|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 15/2006 |
| Fecha | de 17 de enero de 2006 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 6470-2005 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 6470-2005 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 19 de septiembre de 2005 se registró en este Tribunal Constitucional un escrito del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, fechado el día 16 anterior, al que se acompaña Auto del mismo órgano jurisdiccional, de 15 de septiembre de 2005, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 37, 38, 39 y 44 de la Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, medidas de protección integral contra la violencia de género.

2. Los antecedentes procesales de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 28 de julio de 2005 el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Violencia sobre la mujer de Las Palmas de Gran Canaria dictó Auto acordando la incoación de diligencias urgentes en el procedimiento 78-2005, al apreciar que los hechos referidos en atestado policial reunían, en principio, las circunstancias mencionadas en el art. 795 LECrim.

Ese mismo día el citado órgano judicial dictó otro Auto por el que se acordaba la incoación de diligencias previas en el procedimiento 62-2005, que se acumuló al anteriormente citado.

Con idéntica fecha se dictó un último Auto por el que adoptaba orden de protección de la denunciante, prohibiéndose al denunciado que se aproximara o comunicase con aquélla en una distancia inferior a 500 metros en tanto se sustancia la causa.

b) Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, éste dictó Auto de 29 de julio de 2005 por el que señalaba el siguiente día 3 de agosto para la realización de la vista oral.

c) El 5 de agosto de 2005 se dictó providencia con el siguiente contenido: “habiéndose acordado en el acto del juicio la suspensión del plazo para dictar sentencia a los efectos de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley de violencia de género, se da traslado a las partes por término de 10 días a efectos de que aleguen sobre la posible inconstitucionalidad y evacuado este trámite se acordará”.

d) Ese mismo día 5 de agosto de 2005 la defensa manifestó su conformidad con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En contra se pronunció la acusación particular en escrito de 17 de agosto de 2005. En dicho escrito se indica que en el acto de la vista oral había procedido, como cuestión previa, a retirar la acusación formulada, a lo que el acusado mostró plena conformidad y procedió igualmente a retirar su acusación por una presunta falta, en tanto el Ministerio Fiscal “informó que no era parte en el presente procedimiento, al no haber formulado acusación de tipo alguno, pero que en cualquier caso no se oponía a ambas retiradas de acusación”.

e) Mediante escrito de 7 de septiembre de 2005 el Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma contra el citado proveído por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 35 LOTC, ya que no se específica el precepto o preceptos de la norma con rango legal cuya constitucionalidad se discute, las normas constitucionales de contraste y la referencia obligada al modo en que la decisión del proceso afectado depende de la validez del precepto o preceptos legales en cuestión.

f) Finalmente la presente cuestión de inconstitucionalidad se elevó mediante Auto de 15 de septiembre de 2005.

3. La fundamentación jurídica del Auto de planteamiento de esta cuestión se abre con la indicación de que “el artículo 153.1 del Código Penal, en su redacción dada por la L.O. 1/2004, 28 de diciembre, medidas de protección integral contra la violencia de género, vulnera abiertamente lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución”.

Seguidamentese dirige el reproche de vulneración del art. 14 CE al conjunto de la indicada Ley Orgánica, por quebrantar el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Tras lo cual se concluye que “la Ley de Violencia de Género vulnera no sólo nuestra Constitución sino todos los convenios y pactos internacionales suscritos por nuestro país, para la protección de los derechos fundamentales, de los derechos humanos, civiles y políticos”.

Para el titular del órgano judicial promotor de la cuestión la mayor irregularidad de la Ley es su contradicción con el art. 14 CE, puesto que “si se dispensa un trato penal o punitivo diferente a dos ciudadanos españoles, sea cual sea su sexo, se está dispensando una clara discriminación”. En este caso se trata de una discriminación positiva para la mujer no respetuosa con la Constitución y carente de justificación. Según se asevera en el Auto de planteamiento: “los poderes públicos no pueden expresar a voz en grito que la mujer se encuentra en una situación de indefensión respecto del hombre, cuando se producen situaciones de maltrato y de lesiones que se causan de mujeres hacia hombre o incluso de mujeres contra mujeres (que constituyen pareja de hecho o incluso hoy, ya unidas por vínculo matrimonial) no siendo estos casos de aplicación el precepto establecido e inaugurado por el artículo 37 de la Ley que hoy se impugna. Es una protección inexplicable.”

Para el juzgador el anterior art. 153 CP dispensaba igual protección al hombre que a la mujer, pues, en el fondo, el tipo indicado contiene un doble bien jurídico protegido: la integridad física y psíquica de la víctima y la integridad del núcleo familiar. Sin embargo en la actualidad se dispensa un tratamiento penológico diferente al agresor en función de su sexo, lo que está proscrito por la Constitución, puesto que “el individuo, el homo delincuentis como diría Pavese, debe ser castigado, pero debe serlo por atentar a un bien jurídico protegido que el Derecho y la sociedad claman por proteger, pero no por su sexo, por su condición de hombre o mujer, condición con la que se nace y no condición que se hace”. Y continua afirmando: “cierto es que se crea, o mejor, se ha creado una fuerte alarma social con los numerosos casos de malos tratos familiares, a los que los jueces vienen dando respuesta desde hace años, con las normas que tienen a su alcance, como lo viene haciendo quien suscribe desde hace más de diez años. No se debe legislar al albur de unas elecciones o de una legislatura concreta, debe legislarse para dar respuesta a situaciones de hecho que vive la sociedad y que el Derecho debe regular, pero siempre, y esa es la grandeza del Estado de Derecho, desde la Carta Magna que el constituyente, en su día, quiso plasmar para la posteridad.”

Siempre en opinión del juzgador no cabe, como se hace en el art. 153 CP, penar al hombre con pena privativa de libertad de seis meses a un año si “arremete” contra su esposa o persona unida por análoga relación de afectividad, y a la mujer que “arremete” contra su esposo o contra persona unida por análoga relación de afectividad con pena privativa de libertad de tres meses a un año, pues “ello implica a su vez que la pena que obtiene la víctima para su agresor es diferente, es menor, por el solo o simple hecho de ser una víctima varón”. Lo mismo ocurre con el art. 38 de la Ley Orgánica 1/2004, que añade los apartados 4, 5 y 6 al art. 171 CP, “pues los mismos contienen penas privativas de libertad de seis meses a un año para quien amenaza a quien sea o haya sido su esposa o mujer unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, cuando si quien amenaza es la esposa al esposo, o persona unida por análoga relación de afectividad, pero varón, la pena será de prisión de tres meses a un año”. Y otro tanto sucede con el art. 39 de la referida Ley Orgánica para el delito de coacciones.

En resumen: “sobran razones jurídicas para declarar inconstitucional la Ley, sobre todo, si atendemos a que la igualdad es un derecho fundamental y que desde la Ilustración, nuestra filosofía jurídica ha definido la igualdad como tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Y es que en los casos de violencia doméstica la víctima siempre será la víctima, sea hombre o mujer, y el agresor siempre agresor, sea hombre o mujer, pues el Derecho Penal está para regular las relaciones entre personas, sin distinción de raza, sexo, nación o religión, ya que hoy la diferencia de sexo ni siquiera hace a la familia”.

Por último, “la protección penal que dispensa la Ley es diferente para quien sea mujer, por el hecho de ser mujer y siempre que el agresor sea una hombre, pues el artículo 44 de la Ley crea los llamados Juzgados de Violencia Doméstica”; Juzgados cuyas competencias se enumeran pormenorizadamente. Tras lo cual se concluye que “existen órganos jurisdiccionales específicos y exclusivos para la víctima mujer, siempre que el autor de los delitos objeto de la instrucción sea hombre, pero no existe esa especial protección para los delitos cometidos por mujer contra hombre o por hombre contra hombre, cuando víctima y agresor estén unidos por vínculo matrimonial o por relación de análoga afectividad a la conyugal”. La discriminación que se produce “es absoluta”, no sólo al dispensarse por la Ley una diferente sanción penal por razón de sexo, sino al consagrarse por la misma un verdadero “Tribunal de excepción, el Juzgado de Violencia Doméstica, proscrito, como sabemos por la Constitución”.

La parte argumentativa del Auto concluye con la formulación del juicio de relevancia en los siguientes términos: “la decisión de plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la indicada Ley es porque la decisión del proceso depende en su totalidad de la constitucionalidad o no de la misma. Si la Ley es inconstitucional y así se declara por el Alto Tribunal, la pena a imponer al reo acusado en este proceso será muy diferente y de una duración en el tiempo (siempre la pena privativa de libertad) inferior a la establecida por el precepto que ahora se impugna, pues de no ser válida la norma contenida en los artículos 153, 171 y 172 del CP, sería de aplicación la legislación anterior, más favorable al reo que la presente norma”.

En la parte dispositiva del Auto se acuerda “plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2004, 28 de diciembre, medidas de protección integral contra la violencia de género, en sus artículos 37, 38, 39 y 44 por las razones expuestas”.

4. Mediante providencia de 25 de octubre de 2005 la Sección Tercera de este Tribunal acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que estimara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con la posible falta de condiciones procesales para su admisión.

5. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional con fecha 17 de noviembre de 2005, el Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido.

Tras una pormenorizada exposición de los antecedentes procesales, el Fiscal General del Estado inicia la fundamentación jurídica de sus alegaciones reproduciendo el FJ 2 de la STC 67/2002, para a continuación constatar que “en el Auto de 15 de septiembre de 2005 por el que se acuerda plantea la cuestión, se omite toda justificación acerca de que la decisión del proceso dependa de la validez de ninguno de tales artículos, que con extensión se cuestionan, y tal ausencia de conexión entre el fallo y los preceptos cuestionados resulta palmaria a juicio del Fiscal General del Estado, pues tratándose de una causa penal en la que ninguna de las partes procesales ha formulado acusación, es claro, por la ineludible aplicación del principio acusatorio, recogido en el art. 24.2 CE, que el fallo no puede ser otro que la absolución, por lo que de manera alguna podrán aplicarse ninguno de los preceptos penales o de organización de Tribunales que se cuestionan”. Todo ello fue oportunamente puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal en el recurso de reforma que interpuso contra la providencia de apertura del trámite de audiencia, sin que por el Magistrado se analizase este extremo en el Auto de planteamiento ni se resolviera el mencionado recurso.

A la vista de lo expuesto, y de conformidad con la doctrina sintetizada en el ATC 118/2005 de 15 de marzo, FJ 2, se interesa la inadmisión liminar de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Según se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 37, 38, 39 y 44 de la Ley Orgánica 1/2004, 28 de diciembre, medidas de protección integral contra la violencia de género, pues tales son los preceptos legales concretamente mencionados en el Auto de planteamiento. Sin embargo esta cuestión de inconstitucionalidad no satisface los requisitos procesales exigibles para su admisión, como seguidamente se expone.

2. En primer lugar cumple señalar que en la providencia por la que se confería trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal no se identificaron los preceptos legales de cuya constitucionalidad dudaba el órgano judicial ni las normas constitucionales que creía infringidas. Con respecto a esa audiencia, exigida por el art. 35.2 LOTC, este Tribunal ha hecho hincapié en que su importancia “no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde (STC 166/1986, FJ 4). Por el contrario las alegaciones que se sustancien en este trámite habrán de versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos (ibidem). Resulta, pues, inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado a elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones” (ATC 29/2005, de 5 de julio, FJ 3 y las numerosas resoluciones allí citadas).

Pues bien, como ya ha quedado indicado, en este caso la providencia de apertura del trámite de audiencia no satisfizo las mencionadas exigencias, puesto que no identificó los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad dudaba el órgano judicial ni los artículos de la Constitución que estimaba infringidos.

3. A esta deficiencia, que bastaría por sí sola para acordar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, se añade en el presente caso una circunstancia sobre la que debemos detenernos y que afecta a la formulación del juicio de relevancia.

Conforme se recuerda en el ATC 120/2005, de 15 de marzo, “la formulación del juicio de relevancia lleva implícita, como paso previo, la realización del juicio de aplicabilidad, esto es, la explicitación del precepto o preceptos aplicables al caso y de cuya constitucionalidad el órgano judicial duda, pues sólo una vez que han sido concretados dichos preceptos puede aquél exteriorizar el expresado nexo entre su validez y el fallo que debería recaer” (FJ 2). En efecto, tal y como hemos subrayado en la STC 139/2005, de 26 de mayo, “es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, en principio, corresponde comprobar y exteriorizar la existencia del llamado juicio de relevancia, de modo que el Tribunal Constitucional no puede invadir ámbitos que, primera y principalmente, corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad y evitar que los órganos judiciales puedan transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades que este Tribunal tiene para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales” (FJ 5).

Pues bien, como acertadamente ha señalado el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, la presente cuestión de inconstitucionalidad se encuentra ayuna de cualquier atisbo de formulación de ese imprescindible juicio de relevancia. En particular el órgano judicial promotor de la misma no justifica la aplicabilidad al caso de unos preceptos tipificadores de ilícitos penales (arts. 37, 38 y 39 de la Ley Orgánica 1/2004) y de contenido organizativo (art. 44) a un proceso penal en el que no media acusación. En efecto, según se constata en la lectura del acta del juicio oral —y así lo recordó el letrado de la acusación particular en el trámite previo al planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad—, al comienzo de dicho acto ambas partes retiraron las respectivas acusaciones, retirada frente a la que nada opuso el Ministerio Fiscal, que en ningún momento había formulado acusación.

A la vista de las circunstancias concurrentes en este caso parece pertinente reiterar, una vez más que “la cuestión de inconstitucionalidad, conforme a los arts. 163 CE y 35 LOTC, es un delicado instrumento jurídico que se ofrece a los órganos judiciales para conciliar su deber de respeto a la legalidad y la primacía de la Constitución, por lo que sólo debe ser utilizada cuando de la validez constitucional de la norma legal cuestionada y, claro está, del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la cuestión, dependa el fallo en el concreto proceso de que se trate” (por todos, ATC 296/1992, de 14 de octubre). Ateniéndonos a esta caracterización de la cuestión de inconstitucionalidad debemos ahora advertir que su uso no debe mermar el respeto a los principios constitucionales que informan el proceso penal, entre los que figura el principio acusatorio (art. 24.2 CE). Sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones procesales o de legalidad ordinaria, es lo cierto que la preservación de este principio acusatorio hubiera exigido que el órgano judicial aportase las razones en virtud de las cuales estima que la resolución de un proceso penal en el que ya no media acusación depende, inexorablemente, de la aplicación de unos preceptos legales en los que se tipifican conductas penales y se crean unos nuevos órganos jurisdiccionales, entre los que no figura el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a diecisiete de enero de dos mil seis.