

nes que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, puedan las diligencias sumariales servir de base probatoria (STC 217/1989, fundamento jurídico 2.º), y sin perjuicio, igualmente, de los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, que no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquéllos con respecto a los cuales se prevea su imposible reproducción en el juicio oral, siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (SCT 182/1989, fundamento jurídico 2.º).

En este caso, inejecutada la testifical, en el acto del juicio solamente se practicó, en relación con los hechos constitutivos del robo con intimidación, el interrogatorio de los procesados, quienes, conviene insistir en ello, negaron la autoría de tales hechos. Se pone de manifiesto, así, que, al considerarse la Audiencia suficientemente informada, los ahora recurrentes fueron condenados únicamente a partir de las declaraciones vertidas en el sumario por quienes en el juicio oral deberían haber sido los testigos de cargo, declaraciones que ni fueron sometidas a contradicción en la vista ni puede decirse que tuvieran, por verse su imposible reproducción en el juicio, carácter de prueba preconstituida. No hubo, pues, prueba de cargo de la autoría del robo con intimidación y, con esa carencia, la Audiencia no pudo hacer responsables de ese delito a los recurrentes.

Por todo ello, al no practicarse en el juicio oral la única prueba de cargo y no haberse accedido a la suspensión, aunque instrumental o mediadamente pudiera lesionarse el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, en cuanto que la defensa se había adherido a la práctica de unas pruebas inicialmente propuestas por el Ministerio Fiscal, lo que finalmente se vulneró en la Sentencia fue el derecho de los acusados a ser presumidos inocentes, lo que en todo caso implica el derecho a no ser condenados sin prueba alguna de cargo practicada en el juicio oral. Este es el derecho que hay que reconocer vulnerado, reconocimiento que comporta la necesaria declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas.

Ahora bien, dado que la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona condena a los recurrentes no sólo por

el delito de robo con intimidación, sino, además, por otros tres delitos y dos faltas -respecto de los que nada se ha cuestionado en este proceso-, no procede, como en la demanda se pide, declararla nula en su totalidad, sino anularla parcialmente, dejando sólo sin efecto la condena por el delito de robo con intimidación. En cambio, ha de anularse íntegramente la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al haberse aducido como único motivo del recurso de casación por quebrantamiento de forma que desestimó la denegación de la suspensión del juicio oral ante la incomparecencia de las tres testigos presenciales de los hechos constitutivos del robo con intimidación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Antonio Portillo Fuster y don José Torres Liñán y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho a la presunción de inocencia.

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1988 y anular parcialmente la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 1985, dejando sin efecto únicamente la condena por el delito de robo con intimidación.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.-Francisco Tomás y Valiente.-Fernando García-Mon y González-Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Jesús Leguina Villa.-Luis López Guerra.-Vicente Gimeno Sendra.-Firmado y rubricado.

9276 Pleno. Sentencia 60/1991, de 14 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad 545/1990. En relación con el artículo 127 del Código Penal Militar. Insumisos: Jurisdicción militar. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don Vicente Gimeno Sendra y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 545/1990, promovida por el Juzgado Togado Territorial núm. 46, con sede en Pamplona, por supuesta inconstitucionalidad del art. 127 del Código Penal Militar por contradicción con los arts. 117.5 y 24.2 C.E., en cuanto se refiere a la competencia para su conocimiento de la jurisdicción militar. Han sido partes el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, y Ponente, el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 5 de marzo de 1990 tuvo entrada en este Tribunal un oficio del Juzgado Territorial núm. 46 de Justicia Militar, con sede en Pamplona, por el que se remitía Auto de 27 de febrero anterior de dicho Juzgado en el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad «de atribuir a la jurisdicción castrense, por imperativo del art. 127 del Código Penal Militar la conducta de negativa ilegal a la prestación del Servicio Militar en tiempo de paz toda vez que tal competencia excedería del ámbito estrictamente castrense, al que queda circunscrita tal jurisdicción por imperativo del art. 117.5 de la Norma fundamental; de así entenderse al continuar conociendo de este asunto, quedaría igualmente infringido el art. 24.2 C.E., que garantiza el Juez ordinario predeterminado por la Ley». Se adjuntan las actuaciones relativas al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y las alegaciones de las partes del proceso de origen.

2. En el Auto de planteamiento se destaca la trascendencia de decidir qué jurisdicción es la competente para conocer de una determinada conducta, reiterando la doctrina constitucional de que se vulnera

el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley cuando se atribuye indebidamente un asunto a una jurisdicción especial en vez de a la ordinaria. El establecimiento de la competencia del órgano judicial militar se erige en el tema básico a partir del cual se construye constitucionalmente el procedimiento judicial, pues para considerarla constitucionalmente propia de la jurisdicción militar, no basta con que una determinada conducta esté encuadrada en el Código Penal Militar, si va más allá del «ámbito estrictamente castrense» el propio de esta jurisdicción en tiempos de paz y estado constitucional normal. El término «estrictamente» obliga a una interpretación restrictiva de las competencias y el ámbito castrense es un concepto absolutamente objetivo, que no depende de si el sujeto es militar o civil, por lo que también ciertas conductas de «paisanos» podían caer en ese ámbito. Sin embargo, el art. 128 del Código Penal Militar realiza una ficción legal absolutamente innecesaria al considerar «militar» al mozo recluta para este tipo de delitos, redundancia que hace sospechar las dudas de constitucionalidad que pudo tener el legislador en su momento.

La conducta del art. 127 del Código Penal Militar se diferencia radicalmente de las conductas recogidas en el art. 102 del Código Penal Militar, porque es anterior a la entrada en filas. El tipo del art. 102 del Código Penal Militar es la desobediencia a órdenes por parte del «militar», que sin especialidades de ningún tipo es la persona definida en el art. 8 del C.P.M. -y de forma especial para el soldado no profesional, el número dos del mismo-, mientras que el sujeto activo de la conducta definida en el art. 127 C.P.M. aún no ha entrado en filas. Esta es una conducta cuya última justificación es el art. 30 C.E. y cuya regulación más inmediata se encuentra en la Ley del Servicio Militar.

Al hundir sus raíces el Servicio Militar obligatorio en la Constitución, la protección jurídica del mismo en el ámbito penal, al igual que lo es en el contencioso-administrativo, «cabría que fuera atribuida» a la jurisdicción ordinaria, y el introducir a la jurisdicción castrense en estas actividades premilitares «podría constituir» violación de las fronteras que le impone el art. 117.5 C.E. Debe corresponder a la misma jurisdicción la normativa que prepara al ciudadano para cumplir su deber constitucional, o ampara su derecho a la exención del mismo; en este caso, la vía penal ordinaria para las cuestiones delictivas y la contencioso-administrativa respecto a las decisiones administrativas. Así ocurre hoy con los temas contencioso-administrativos y con la prestación social sustitutoria en vía penal, pero la atribución a la jurisdicción militar de la negativa a prestar el servicio militar rompe la unidad, también del art. 30 C.E.

El ámbito de la jurisdicción militar no es el estrictamente militar sino el estrictamente castrense, lo que hace referencia al campamento militar, a lo militar en cuanto a relación de trabajo, mientras que la conducta del art. 127 C.P.M. es «precastrense». Los actos previos a la entrada en el servicio militar, en ningún momento son estrictamente militares, siendo actividades administrativas previas de colaboración, cuya revisión

corresponde a la vía contencioso-administrativa. Parece excesivo atribuir a la jurisdicción militar la protección penal de estas mismas actividades, a través de la figura del art. 127 C.P.M. ello es más claro aún en el caso del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, resultando que sus resoluciones denegatorias producen en la actual situación la puesta en marcha de la jurisdicción militar a través del art. 127 C.P.M. Todo lo dicho hasta ahora se refiere exclusivamente al tiempo de paz y estado constitucional normal, momento al que se circunscribe el ejercicio estricto y restringido de la jurisdicción militar.

3. Por providencia de 12 de marzo de 1990, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión, dar traslado de las actuaciones conforme dispone el art. 37.2 LOTC para personación y formulación de alegaciones en el plazo de quince días, así como publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

El Presidente del Senado ruega se tenga por comparecida a la Cámara y por ofrecida su colaboración. El Presidente del Congreso de los Diputados comunica la no personación de la Cámara en el procedimiento y la no formulación de alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar.

4. El Fiscal General del Estado, tras afirmar que considera adecuado el momento en que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad y cumplida la concreción del precepto supuestamente inconstitucional, precisa que la cuestión es la posible inconstitucionalidad de la atribución a la jurisdicción militar de la conducta definida en el art. 127 C.P.M., por considerar que va más allá del ámbito estrictamente castrense del art. 117.5 C.E. De entenderse infringido ese precepto, según el Juez proponente, quedaría infringido el art. 24.2 C.E.

Si se quiere respetar la concreción del art. 127 C.P.M. como el sometido a discusión la cuestión debe formularse no preguntando si la atribución del delito a la jurisdicción militar es constitucional, sino si la inclusión en el Código Penal Militar de la conducta tipificada, lo que determina su atribución a la jurisdicción militar, es o no constitucional. El art. 117.5 C.E., a diferencia de la Constitución de 1931, no ha limitado el ejercicio de la jurisdicción militar a los delitos militares cometidos por militares, sino que adopta una solución más realista y flexible, más realista, porque restringe la jurisdicción militar a sus justos límites, hechos que afectan a la organización y a la disciplina militar, y más flexible, porque el ámbito estrictamente castrense tiene, incluso dentro de su restricción, un límite mínimo y un límite máximo que debe valorar la ley, dentro de los principios que inspiran la Constitución. Si bien es cierto que la jurisdicción ordinaria ejerce *vis atractiva* para las infracciones penales cometidas en tiempo de paz, el principio rector de la delimitación de la competencia castrense no puede ser otro que el de la protección de los ejércitos en cuanto instrumento de la defensa nacional; sobre esta base y sobre la idea del servicio deben girar los criterios tradicionales de delimitación de competencias.

La duda no se formula sobre si personas no militares pueden ser juzgadas por la jurisdicción militar, sino si la conducta tipificada en el art. 127 C.P.M. es incardinable en el ámbito estrictamente castrense, concepto que ha de ser valorado por el legislador. La legislación actual tiene una evidente coherencia al desarrollar el art. 30 C.E., considerando el Servicio Militar como una prestación personal fundamental a la defensa nacional. Tanto los mozos como los reclutas pueden ser prófugos y cometer delito militar si no se presentan. Por el hecho de cumplir la edad y entrar en la clasificación provisional ya se está en el ámbito estrictamente castrense, lo que no resulta extraño a la idea de servicio que late en la Constitución. No se es militar ni asimilado sino cuando se ha sido separado expresamente de la situación castrense por ineptitud u objeción de conciencia.

Por consiguiente, la inclusión en el Código Penal Militar de la conducta prevista en su art. 127 y su consiguiente atribución a la jurisdicción militar no constituye una interpretación extensiva del art. 117.5 C.E. ni lesiona el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, ya que ello entra dentro de la libertad que al legislador concede el art. 117.5 C.E. para establecer un sistema que partiendo de la base de que la Defensa Nacional exige el servicio y la prestación personal de todos los españoles, considere a éstos, desde que cumplen la edad señalada, integrados en el ámbito castrense a los efectos del cumplimiento del Servicio Militar, salvo que concurra alguna causa que justifique su exclusión. El Fiscal estima que no procede declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

5. En su escrito de alegaciones el Abogado del Estado afirma, en primer lugar, que lo realmente cuestionado es si desborda el ámbito de lo estrictamente castrense la atribución a la jurisdicción militar en tiempo de paz del conocimiento del delito tipificado en el art. 127 C.P.M., atribución que resulta no de ese precepto sino del art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, en relación con el art. 3.2 L.O.P.J. No se cuestiona así la constitucionalidad del propio art. 127 C.P.M., sino su consideración como delito militar en tiempo de paz. Pero esta pretensión significa alterar la voluntad legislativa, y solicitar del Tribunal Constitucional que modifique el Código Penal Militar, extrayendo de él la negativa injustificada a cumplir el Servicio Militar en tiempo de paz para incluirla en el Código Penal común. Esta petición es función ajena a las propias del Tribunal y la cuestión debería ser rechazada por falta

de jurisdicción del Tribunal (art. 4.2). Sin embargo, subsidiariamente, examina el fondo del asunto.

Estima el Abogado del Estado que la infracción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley sería una consecuencia del desbordamiento de los estrictos límites constitucionales de la jurisdicción militar. Cuando ésta se extiende fuera del ámbito estrictamente castrense, contra lo que dispone el art. 117.5 C.E., se vulnera el derecho al Juez legal de aquéllos a quienes alcanza la indebida extensión. El problema central de esta cuestión es determinar si el legislador democrático, al incluir en el Código Penal Militar la negativa injustificada a cumplir el Servicio Militar y considerarla así delito militar cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción castrense, ha violado el límite que el art. 117.5 C.E. el «ámbito estrictamente castrense». Si se hubiera violado este límite, entonces se habría violado también el art. 24.2 C.E. en cuanto el derecho al Juez legal de todas aquellas personas afectadas por ese exceso en la atribución jurisdiccional.

El «ámbito estrictamente castrense» es un concepto constitucional indeterminado cuya concreción corresponde en principio al legislador. Para los órganos encargados de aplicar el derecho, el citado concepto constitucional se traduce en una directriz hermenéutica: Los enunciados legales con que se atribuyen asuntos o materias a la jurisdicción castrense deben ser interpretados restrictivamente. En cambio, cuando se trata de acotar la libertad política del legislador democrático, «el ámbito estrictamente castrense» tiene escaso poder restrictivo, y no puede llevarse más allá de exigir a las Cortes Generales una apreciación no arbitraria del nexo entre el asunto atribuido a la jurisdicción militar y la esfera estrictamente castrense. En el caso del art. 127 C.P.M., no ha existido apreciación arbitraria de tal nexo y, por tanto, la negativa a cumplir el Servicio Militar (en tiempo de paz) ha sido considerada delito militar e incluida en el Código Penal Militar como absoluto respeto a tantas veces mencionado límite del art. 117.5 C.E.

El Juez proponente reconoce que el carácter no militar del sujeto activo de un delito no es decisivo para privar a éste de su carácter militar y para excluirlo, en consecuencia, del ámbito estrictamente castrense, pero critica el art. 128 C.P.M. (que no cuestiona) por realizar una ficción legal absolutamente innecesaria, sin embargo tal precepto no contiene una ficción sino que extiende la consideración de militar a ciertas clases de personas con referencia a delitos bien determinados (inutilización voluntaria, simulación para eximirse del Servicio Militar, negativa injustificada a cumplirlo). En cuanto «mozo» o «recluta» denotan fases preliminares, coronadas por la adquisición de la condición militar en sentido propio (art. 8.2 C.P.M.), no puede juzgarse irrazonable que se extienda el carácter militar a esas categorías o clases de personas para proteger penalmente su normal progreso hacia la incorporación a filas. Además la supuesta duda psicológica del legislador no puede alegarse como razón de inconstitucionalidad.

La restricción de la jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense» (art. 117.5 C.E.) se expresa también en que aquélla no reproduce en su seno todos los órdenes jurisdiccionales del art. 9 L.O.P.J. o, en general, todas las manifestaciones de la jurisdicción ordinaria. Con arreglo a los arts. 4.12 y siguientes, 17 y 18 L.O. 4/1987, la jurisdicción militar es, ante todo, jurisdicción penal y jurisdicción revisora en materia disciplinaria (o si se quiere, jurisdicción contencioso-administrativa especial en materia disciplinaria militar). Las materias atribuidas en garantía de un derecho (cf. arts. 519 a 521 de la Ley Procesal Militar, de 13 de abril de 1989) son muy secundarias. Limitada así la jurisdicción militar, no vale el argumento de que la jurisdicción contencioso-administrativa controla la legalidad de las actividades de reclutamiento, puesto que la misma controla toda la actividad sujeta al Derecho administrativo de la Administración militar, a excepción de la materia disciplinaria, la cual además es dudoso que se pueda considerar como estrictamente administrativa. Tampoco el argumento etimológico es válido, puesto que lo castrense no designa sólo al campamento, sino lo perteneciente o relativo al ejército y al Estado o profesión militar, identificable, por tanto, también con el objetivo militar.

Aunque el Servicio Militar no agota el contenido del derecho y deber constitucional de defender a España, es concreción capital y prioritario sobre cualquier otro servicio que se establezca. Ninguna duda hay de la base constitucional para proteger penalmente la obligación de cumplir el Servicio Militar y con toda razón el art. 127 C.P.M. figura dentro de los «delitos contra los deberes del servicio», pues el bien jurídico que protege es el deber de prestar el Servicio Militar obligatorio impuesto por el art. 30.2 C.E. Esta protección penal puede atribuirse a la jurisdicción castrense tanto en tiempo de paz como de guerra, y la Constitución incluye el Servicio Militar obligatorio dentro de la esfera de las obligaciones militares de los españoles. Lo estrictamente castrense o militar será lo que el constituyente ha calificado expresamente como militar, y, por tanto, el Servicio Militar, incluso en tiempo de paz, ya que, al respecto, entre la paz y la guerra sólo hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa en relación a la protección del bien jurídico.

El art. 127 C.P.M. protege la regular incorporación de los españoles a la esfera castrense mediante la institución prevista por la Constitución, el Servicio Militar obligatorio. Con arreglo a una interpretación inmanente de los preceptos constitucionales, lo estrictamente castrense ha de

ser elaborado a partir de los arts. 8 y 30.2 C.E. Y según este punto de vista, no puede tacharse de arbitraria la consideración de la negativa sin causa legal a cumplir el Servicio Militar como delito atribuido a la jurisdicción castrense, hecha por las Cortes Generales al aprobar el Código Penal Militar incluyendo en él su art. 127. Se solicita Sentencia en la que el Tribunal Constitucional se declare falto de jurisdicción o, subsidiariamente, desestime la cuestión.

6. Por providencia de 12 de marzo de 1991, se señaló para deliberación y votación de la presente cuestión el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se cuestiona en este proceso la constitucionalidad de la atribución a la jurisdicción militar, en situación de normalidad constitucional, del conocimiento del delito de negativa a la prestación del Servicio Militar previsto en el art. 127 del Código Penal Militar (L.O. 13/1985, de 9 de diciembre), por posible contradicción con lo previsto en el art. 117.5 C.E., y en conexión con el mismo, con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley del art. 24.2 C.E.

Según el Abogado del Estado, el Tribunal Constitucional carecería de jurisdicción para resolver la presente cuestión, puesto que la competencia de la jurisdicción militar para conocer de dicho delito derivaría de su inclusión dentro del Código Penal Militar, de modo que lo que se solicita de este Tribunal sería una modificación y alteración de la voluntad legislativa, la exclusión de ese delito del Código Penal Militar y su inclusión en el Código Penal ordinario.

No tiene razón el Abogado del Estado. En primer lugar, en virtud del art. 1.1 LOTC, este Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución y, por tanto, en uso de tal potestad, puede declarar la disconformidad con ella de cualquier norma; ningún reproche ni objeción puede hacerse si tal aclaración, por demandarlo así la Constitución, supone delimitar las competencias de los órganos jurisdiccionales. El Juez proponente de la cuestión basa la misma en lo que entiende como disconformidad constitucional y dado que tal juicio de relevancia aparece, en principio fundado, la jurisdicción de este Tribunal queda *eo ipso* establecida.

El Juez cuestionante plantea un problema de constitucionalidad, para el que es competente, sin duda alguna, este Tribunal, el de si el art. 117.5 C.E. permite al legislador atribuir a la jurisdicción militar el conocimiento de un determinado delito, en vez de someterlo al conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria. Este Tribunal ya ha admitido que puede llevarse al recurso de amparo, en cuanto implica una violación del art. 24.2 C.E., la transgresión por las reglas legales definidoras de la competencia de la jurisdicción militar en los límites que para la misma establece el art. 117.5 C.E. Con mucha más razón, y sin necesidad de la intermediación del art. 24.2 C.E., corresponde al Pleno de este Tribunal conocer directamente de la eventual infracción del art. 117.5 C.E. por la atribución indebida por la ley a la jurisdicción militar de un asunto que, si no se pudiera calificar como de estrictamente castrense, correspondería constitucionalmente a la jurisdicción ordinaria, y ello al margen del alcance que la declaración de inconstitucionalidad haya de tener sobre la validez del precepto.

Es cierto que la declaración de inconstitucionalidad de la atribución por la ley de una competencia en contra del mandato contenido en el art. 117.5 C.E. puede plantear problemas a efectos de identificar cuáles sean los preceptos que hayan de ser declarados nulos para corregir el exceso legislativo, en cuanto que la determinación de la competencia judicial para conocer del delito previsto en el art. 127 C.P.M. deriva de la conjunción de varios preceptos, tanto de la L.O.P.J. como de la L.O. 4/1987. Esta precisión, que menciona el Abogado del Estado, no es, desde luego, ociosa, y no lo es porque, entendida en su propia literalidad, la cuestión objeto del presente proceso estaría poniendo en tela de juicio la presunta inconstitucionalidad de una norma sustantiva, es decir, de un tipo penal; pero una lectura atenta del Auto de planteamiento de la cuestión trasluce que, partiendo de la justificación de la infracción, lo que somete a nuestra consideración es que tal infracción haya de ser enjuiciada por la jurisdicción militar. Por tanto, y a efectos de centrar como es debido el objeto del presente proceso, la duda que alberga el Juez togado militar cuestionante no es la de la idoneidad constitucional del citado art. 127 C.P.M., sino la del mecanismo contenido en los arts. 3.2 L.O.P.J. y 12.1 L.O. 4/1987, de los que resulta la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento del delito previsto en el citado art. 127 C.P.M. Pero para examinar si esos preceptos, al atribuir tal competencia, han vulnerado los arts. 117.3 y 24.2 C.E. resulta necesario valorar el carácter estrictamente castrense del delito tipificado en el art. 127 C.P.M., para lo que, desde luego, es competente este Tribunal, habiendo de rechazarse, en consecuencia, la alegación del Abogado del Estado de la falta de jurisdicción de este Tribunal.

2. El precepto constitucional que se supone infringido por el órgano judicial es el art. 117.5 C.E., aunque también se invoca el art. 24.2 C.E. en relación al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Este Tribunal ha afirmado, en diversas ocasiones, que «el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria» (SSTC 75/1982, 111/1984, 66/1986 y 4/1990), y que «el

conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional» (STC 105/1985). En este sentido, la alegada vulneración del art. 117.5 C.E. podría implicar la del art. 24.2 C.E., pero ello carece de trascendencia en el marco de un proceso de inconstitucionalidad en el que directamente ha de tenerse en cuenta, como fundamento de la inconstitucionalidad, el precepto más específico, el art. 117.5 C.E., sin necesidad de introducir en este caso como elemento diferenciador para el enjuiciamiento constitucional la referencia autónoma al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley del art. 24.2 C.E., que sólo podría servir de argumento adicional de apoyo a la eventual vulneración del art. 117.5 C.E.

3. El art. 117.5 C.E. ha establecido límites y exigencias muy estrictos de la Ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 C.E. impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios. El art. 117.5 C.E. no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 C.E.

El art. 117.5 C.E. impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la jurisdicción militar el conocimiento de delitos ajenos al ámbito de lo estrictamente castrense, por no poderse poner en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas. Lo estrictamente castrense sólo puede ser aplicado a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas, es decir los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para «las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional» (STC 160/1987) como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión, habiendo de quedar fuera del ámbito de la justicia militar todas las restantes conductas delictuales.

El precepto constitucional refuerza esta exigencia mediante el calificativo «estrictamente», que, en contra del parecer del Abogado del Estado, no se dirige sólo al órgano judicial, para que éste aplique de forma estricta la norma atributiva de competencia (STC 4/1990), sino también al propio legislador, limitando su margen de configuración del ámbito de la jurisdicción militar. Como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como de estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8 y 30 C.E.); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.

4. El art. 3.2 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, establece que la competencia de la jurisdicción militar «quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar». Por su parte el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, reconoce la competencia de la jurisdicción militar para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar. El art. 127 C.P.M. establece que «el español que, declarado útil para el Servicio Militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el Servicio Militar, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión».

De la conjunción de estos tres preceptos deriva que la jurisdicción militar es la competente para conocer del delito de negativa a la prestación del Servicio Militar previsto en el art. 127 C.P.M.

El Juez cuestionante estima que esta conducta punible no es incluyente en el ámbito estrictamente castrense, y ello por un doble orden de razones. En primer lugar, porque la regulación del Servicio Militar

pertenece al Derecho administrativo, de modo que la protección jurídica de ese servicio, al igual que lo es en el orden contencioso-administrativo, también en el orden penal cabría que fuera atribuida a la jurisdicción ordinaria, puesto que debe corresponder a la misma jurisdicción, la ordinaria, toda la normativa que prepara al ciudadano para cumplir su deber constitucional o ampara su derecho para la exención del mismo, tanto en lo que se refiere a las decisiones administrativas en asuntos de Servicio Militar y de prestación social sustitutoria, como a la imposición de sanciones penales, como ocurre en lo relativo a la prestación social sustitutoria. Se afirma así que el atribuir a la jurisdicción militar la negativa a prestar el Servicio Militar rompe la unidad hasta del art. 30 C.E., en que se regulan las cuestiones de la obligación de entrar en filas.

El art. 117.5 C.E. parte de la idea de la unidad jurisdiccional y de la especialidad singular de la jurisdicción militar en el ámbito de lo estrictamente castrense, pero no impone, como sostiene el Juez proponente, una «unidad» de atribución de un mismo asunto, en todas sus vertientes, penal, civil, administrativa, etc., ya sea la jurisdicción militar o a la jurisdicción ordinaria. Nuestro Tribunal Supremo, al determinar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la jurisdicción militar, ha venido afirmando reiteradamente que el ámbito asignado por la ley a la jurisdicción militar no incluye todo lo castrense, pues materias como las relativas al control de la Administración militar han sido asignadas por la ley a la jurisdicción ordinaria, en este caso a la jurisdicción contencioso-administrativa (Sentencias de la Sala de Conflictos de 19, 21 y 27 de diciembre de 1990). Por ello, no es aceptable el argumento de que, como la materia de Servicio Militar en su vertiente contencioso-administrativa es conocida por la jurisdicción ordinaria, las conductas penales relacionadas con el tema deberían ser conocidas también por la jurisdicción penal ordinaria. El que determinados aspectos administrativos de la materia del Servicio Militar sean conocidos por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta irrelevante a efectos de determinar constitucionalmente cuál sea el ámbito de lo estrictamente castrense y, en lo que aquí importa, para determinar el Juez penal competente para enjuiciar la responsabilidad penal por conductas relacionadas con el Servicio Militar.

Tampoco es argumento válido al respecto el que la negativa a prestar un servicio social sustitutorio por el objeto de conciencia sea un delito que, a diferencia de otros sistemas, se haya dejado fuera de la justicia militar, pues es una lógica consecuencia del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y consiguiente liberación de la obligación de cumplir el Servicio Militar, sustituida por una prestación de carácter social que por su propia naturaleza no puede ser considerada como «militar». Se trata de una manifestación del derecho constitucionalmente reconocido a la objeción de conciencia (STC 15/1982) que debe ser regulado en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia (STC 160/1987), lo que incluye la no consideración como delito militar la negativa a prestar el servicio social sustitutorio. El art. 30 C.E. es el que rompe la unidad entre la obligación de entrar en filas, que es de naturaleza militar y la liberación de esa obligación por el ejercicio del derecho constitucional a la objeción de conciencia, que puede estar acompañada por la imposición de un servicio social sustitutorio, de naturaleza no militar.

5. El segundo argumento en favor de la inconstitucionalidad de la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento del delito es el de que antes de la entrada en filas o en el Servicio Militar, tanto los actos como las conductas previas no puedan considerarse como militares, de forma que la negativa a entrar en el Servicio Militar o «campamento» es meridianamente «precastrense», dada la naturaleza administrativa de la llamada a las armas, por lo que la conducta criminal consistiría en la omisión o incumplimiento de una obligación meramente administrativa, pero no de naturaleza militar. Se parte así de una pretendida distinción entre el deber general del ciudadano de cumplir su Servicio Militar, que sería de carácter «civil», y el deber del que se acoge a dicho llamamiento y cumple dicho deber, en cuyo momento se transformaría en un deber específico militar.

Desde luego, la obligación de cumplir el Servicio Militar es un deber cívico, de ciudadanía, y sólo tiene sentido si es el ciudadano el obligado a prestarla. Pero el que se trate de un deber cívico del ciudadano no implica el carácter «civil» de una obligación que el primer inciso del art. 30.2 C.E. califica como una obligación militar, ni desnaturaliza el carácter militar del servicio obligatorio y, por ende, de la obligación de prestarlo.

El bien jurídico tutelado en el delito previsto en el art. 127 C.P.M. es el cumplimiento del Servicio Militar obligatorio (y no, como se afirma en el Auto, las actividades administrativas previas a la entrada en el Servicio Militar), obligación que impone la ley en función del deber de todas las personas de ciudadanía española de defender a España (art. 30.1 C.E.), deber primario que es el que permite al legislador establecer obligaciones militares y dentro de ellas un Servicio Militar obligatorio (art. 30.2 C.E.), por una duración limitada, a cargo de ciudadanos declarados físicamente idóneos. La previsión legal de este tipo delictivo, aparte de asegurar la igualdad de todos los españoles en el efectivo cumplimiento de una obligación constitucionalmente impuesta, protege el interés del Estado de la defensa militar de España,

y es congruente con la obligatoriedad del propio Servicio Militar, obligatoriedad que significa también coerción y forzosidad, pues no debe olvidarse que la realización de ese servicio es una importante restricción de la libertad personal, que supone además cargas y sacrificios para el afectado, que se justifican por el deber de defensa de España que establece el art. 30.1 C.E. El Texto constitucional, a la vez que se impone una revisión profunda de la regulación del Servicio Militar obligatorio —para ponerla en consonancia con los principios y valores constitucionales (art. 8.2 C.E.), y para asegurar, de acuerdo al principio de concordancia práctica, el mínimo de sacrificio y limitación de la libertad del ciudadano que sea compatible con la dotación efectiva de medios humanos indispensables para «las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional» (STC 160/1897)—, también legitima al legislador para establecer las medidas de coerción que estime adecuadas para asegurar que la obligación de prestar el Servicio Militar se cumpla. Y, dada la incoercibilidad específica de este tipo de obligaciones personales, la posibilidad de imponer sanciones penales, tipificando como delito, como hace el art. 127 C.P.M. la negativa expresa y sin causa legal de cumplir el Servicio Militar.

La relevancia constitucional del deber de defensa de España y del cumplimiento de la obligación militar impuesta por la ley a realizar el Servicio Militar obligatorio, no sólo ha permitido al legislador calificar como delito la conducta de quien se niegue injustificadamente a cumplir ese Servicio Militar, sino también, dados los bienes, valores e intereses constitucionales, en relación con el bien jurídico de defensa nacional, puestos en juego por la omisión del cumplimiento de ese servicio, calificarlo como delito militar en sentido propio, tanto en su aspecto objetivo como también por la condición subjetiva del justiciable.

La protección de la particular situación jurídica que caracteriza al Servicio Militar en todo su conjunto, condiciona la tipicidad del hecho y faculta al legislador para calificarlo como de naturaleza militar, en cuanto tutela específicamente el cumplimiento del deber ciudadano del Servicio Militar, lo que afecta directamente al orden propio, la disciplina y el régimen de funcionamiento de la defensa nacional encomendada constitucionalmente a las Fuerzas Armadas (STC 75/1982).

Con las cautelas con las que en esta materia puede hacerse la referencia al Derecho comparado, no es ocioso recordar que la tutela penal de la obligación de cumplir el Servicio Militar se encuentra tipificada, en la generalidad de los sistemas comparados próximos, como delito de naturaleza militar, sometido al conocimiento de los correspondientes órganos judiciales que conocen de los delitos de esta naturaleza. Se considera así que este tipo de delito es típica y propiamente militar en cuanto daña al Servicio Militar en sentido genérico y trata de evitar o limitar la negativa ilícita a la prestación de ese servicio.

6. El Auto cuestionante argumenta además que el ámbito de la jurisdicción militar no es el estrictamente militar, sino el estrictamente castrense, lo que haría referencia al campamento militar en cuanto relación de trabajo, excluyendo una conducta «precastrense» como la prevista en el art. 127 C.P.M., por lo que la atribución del conocimiento de ese delito a la jurisdicción militar «podría constituir violación de las fronteras» que impone el art. 117.5 C.E.

Por de pronto, ha de aclararse que este precepto constitucional establece un límite negativo al legislador que le impide ampliar la jurisdicción militar más allá de ese límite, pero que no le impediría asignar a la jurisdicción ordinaria asuntos como el presente, por todo lo anteriormente expuesto. Alguno de los argumentos que se utilizan en el Auto son más bien de oportunidad o conveniencia, entrando por ello en el terreno de la legítima opción del legislativo que no corresponde valorar a este Tribunal. El tema no es si, como resulta obvio, este delito podría ser conocido por los Jueces ordinarios, sino si el art. 117.5 C.E. permite que sea conocido por la jurisdicción militar.

En relación con el cumplimiento del Servicio Militar existen en la Ley 19/1984, de 8 de junio, una serie de fases administrativas de alistamiento, clasificación provisional y definitiva y distribución del contingente anual, a través de las cuales el «mozo» puede llegar a ser declarado útil para el Servicio Militar y, en función de ello, llamado a la situación de actividad o servicio en filas, y obligado a incorporarse a la realización del servicio. De acuerdo al art. 217 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar (Real Decreto 611/1986) «el cumplimiento del servicio en filas se iniciará a partir del día de incorporación efectiva en filas en las Unidades o Centros de Instrucción del Ejército». Quien se niega a realizar el Servicio Militar generalmente no se incorpora al servicio y por ello no asume los deberes específicos, de servicios de armas concretos, que presuponen que el ciudadano se ha colocado ya bajo las armas y se ha sometido a la disciplina militar.

La incorporación supone ya cumplimiento de la obligación de prestar el Servicio Militar. La omisión de esa incorporación, no poniéndose o negándose a ponerse a la efectiva disposición de los Ejércitos, es un hecho concerniente al Servicio Militar, pues constituye el incumplimiento total de ese servicio obligatorio y de los deberes militares correspondientes. El Auto proponente parece confundir las consecuencias que de la incorporación a filas se derivan para la aplicación global del régimen penal y disciplinario militar (art. 8.2 C.P.M.) con el tema de la naturaleza de la obligación de prestar el Servicio Militar, que no puede depender en su calificación, ni tampoco en la asignación competencial

a la correspondiente jurisdicción, de un acto de sujeción voluntario del obligado. No es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del derecho militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa, y por ello mismo el art. 117.5 C.E. no puede ser interpretado en el sentido etimológico que defiende el Auto proponente, ni su contenido normativo puede ser integrado por disposiciones infraconstitucionales de carácter legal o reglamentario.

Las obligaciones militares, como otras obligaciones públicas, surgen *ex lege* sin necesidad de un acto voluntario de sujeción o sometimiento del ciudadano, y pueden entenderse contraídas desde el momento en que el individuo ha sido enrolado en la milicia (*delatus in numerus*) y llamado a incorporarse a filas, ese enrolamiento y esa llamada es el hecho que, distinguiendo al interesado de todo otro ciudadano, puede determinar la aplicación de sanciones penales de carácter militar incluíbles en el ámbito de lo estrictamente castrense.

El sujeto activo del delito no es, por tanto, cualquier ciudadano español, sino un ciudadano concreto declarado apto, que ha sido llamado efectivamente a realizar el Servicio Militar. La norma penal no tiene como destinatarios a todos los ciudadanos, sino sólo a ciertas personas que tienen una especial cualidad en ese momento, se trata de sujetos calificados en términos jurídicos por haber sido llamados al Servicio Militar, y, por ello, de un delito referido a un ciudadano *uti miles*.

Adscribir el conocimiento del delito previsto en el art. 127 C.P.M. a los Tribunales de la jurisdicción militar no supone, por tanto, una infracción del límite de lo estrictamente castrense del art. 117.5 C.E. Se tipifican como delito conductas que suponen sustraer a la milicia la disponibilidad de un ciudadano con el que las Fuerzas Armadas pueden

y deben contar, al haber sido llamado, aunque, por un acto voluntario del obligado, todavía no se haya incorporado efectivamente a filas. El perjuicio que la conducta omisiva del sujeto expresa y la lesión del interés, la de asegurar efectivamente la prestación del servicio, son estrictamente militares, por lo que esa omisión de cumplimiento ha podido ser configurada como un delito militar, y no de carácter común, y ha podido ser sometida legítimamente al conocimiento de la jurisdicción militar, en cuanto es una conducta incluíble dentro de lo estrictamente castrense.

Por consiguiente, el legislador, al encomendar a la jurisdicción militar el conocimiento del delito previsto en el art. 127 C.P.M., no ha violado el art. 117.5 C.E. ni ha desconocido la competencia propia de la jurisdicción ordinaria, ni, por ello, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 C.E.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA.

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publiquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.—Francisco Tomás y Valiente.—Francisco Rubio Llorente.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rubricados.

Voto particular discrepante que formula el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 545/90, promovida por el Juzgado Togado Territorial de Pamplona

1. Comienzo por lamentar mi discrepancia; por aceptar en todo caso la decisión mayoritaria y por elogiar la decisión del Juez Togado militar quien, al dudar fundadamente sobre su competencia y jurisdicción para el conocimiento del hecho encausado (negativa al Servicio Militar), no hace sino expresar una duda generalizada que justifica de sobra el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta duda se resuelve en la Sentencia de la que discrepo en el sentido de establecer la constitucionalidad del art. 127 del Código Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre) en su aplicación por la jurisdicción castrense y no por la ordinaria, por no vulnerarse el art. 117.5 de la C.E.

Se trata, pues, no de la constitucionalidad en sí del tipo penal que describe dicho art. 127 C.P.M. («El español que, declarado útil para el Servicio Militar, rehusare expresamente y sin causa legal cumplir el Servicio Militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión de cinco a quince

años»), sino de la jurisdicción competente para enjuiciar dicha conducta. Así también lo aclara la Sentencia, en sus fundamentos primero y segundo, no objetables por mi parte en cuanto, por lo demás, explican la posibilidad de anular los preceptos que fueren base de una indebida atribución de competencia. En mi opinión, como se verá después, lo son el art. 128 del C.P.M. en relación con el 127 y 8.º del mismo Código, cuando definen quienes son militares a los efectos penales.

2. Me permito transcribir ahora lo que sigue del fundamento jurídico 3.º de la Sentencia votada y aprobada por la mayoría: «El art. 117.5 C.E. ha establecido límites y exigencias muy estrictos a la ley reguladora de la jurisdicción militar. Impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, dejándola sometida a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa y además reduce a límites muy estrechos su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar, tanto en las etapas liberales como, mucho más acentuadamente, en las dictatoriales. Siguiendo en parte la pauta de la Constitución republicana de 1931, y también la de otras Constituciones extranjeras, el art. 117.5 C.E. impide una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, vedando tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, como la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios. El art. 117.5 C.E. no deja lugar a dudas del propósito constitucional de limitar el ámbito de la jurisdicción militar a lo estrictamente indispensable, asegurando que, en tiempo de normalidad constitucional, la jurisdicción militar sólo pueda conocer de lo estrictamente castrense, noción que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los arts. 8 y 30 C.E.».

Nada más lógico sería concluir —tras ese correcto planteamiento o premisa mayor— que las normas penales cuestionadas han de ser aplicadas por la jurisdicción ordinaria. No se hace así, llegándose a la solución contraria a través de un razonamiento que, en mi opinión, fuerza el sentido restrictivo del art. 117.5 C.E. No voy a reiterar aquí los argumentos de la mayoría. Sin embargo, parece que toda su razón básica está en la consideración de otorgar naturaleza militar o condición de delito militar al tipo penal del art. 127 C.P.M. en atención al bien jurídico protegido, y como tal delito militar enjuiciable por la jurisdicción especializada, a tenor de los arts. 3.2 L.O.P.J. 6/1985; 12.1 L.O. 4/1987; y 127 del C.P.M., Ley 13/1985.

3. Pero hay que partir de los principios básicos de nuestra Constitución. El primero, en esta materia, es el de la unidad de jurisdicción que consagra el art. 117.5. Después dicho precepto salva la jurisdicción militar, cuyo ejercicio la Ley regulará en el ámbito estrictamente castrense. Esto, en llano lenguaje, significa establecer una excepción y como tal debe ser tratada, es decir, restrictivamente. O, como ya se dijo en la STC 75/1982: «El precepto remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene también un valor interpretativo de tal regulación legal. En este sentido ..., resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al ámbito estrictamente castrense. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente».

Añado, por mi parte, que no sólo para interpretar la legislación, sino para valorarla y enjuiciarla desde el plano constitucional. Valorada desde esta perspectiva, la conclusión no puede ser otra que la de entender que aquí el legislador ha sobrepasado el límite constitucional, es decir, ha salido del «ámbito castrense», o mejor, ha delimitado con exceso dicho ámbito.

El tipo penal del art. 127 C.P.M. está previsto para «el español que, declarado útil para el Servicio Militar, rehusare expresamente y sin causa legal cumplir el Servicio Militar», es decir, para el ciudadano llamado, pero no integrado en filas, no militar todavía, que se niega al cumplimiento de un deber general (servir a España, art. 30 C.E.). Y hasta tal punto el tipo penal está pensando previamente en el ciudadano civil —no militar— que el propio legislador, en el artículo siguiente, el 128, asimila a los sujetos militares «a los mozos y reclutas» a los efectos penales (del art. 124 y del art. 127), es decir, otorgándoles la condición de «militar», que es la base personal o supuesto de los delitos de esos artículos y también del de los arts. 125 y 126 (autolesiones y simulaciones de enfermedad o defecto físico), aunque en estos últimos sí se emplea la denominación «militar» para referirse al sujeto.

Cierto que la mayoría no tiene en cuenta, ni funda su fallo, en la relación del art. 127 con el 128 del C.P.M., ni entra a considerar, por tanto, el efecto de esa relación, no pronunciándose sobre la constitucionalidad de dicho art. 128. Si cita este artículo, sin embargo, el Juez Togado proponente, al calificarlo como «ficción legal» e innecesaria y al relacionarlo con el art. 127 como un conjunto normativo. Y sobre él también se pronuncia el Abogado del Estado.

Pudo, pues, insistir siempre que en mi opinión, considerar la mayoría ese precepto legal y valorarlo en relación con el precedente art. 127 por razón de conexión y conforme autoriza el art. 39 de la LOTC.

Ahora bien, el no haberlo hecho la mayoría no me impide traerlo ahora a colación, porque es evidente el influjo y relevancia de ese precepto, en cuanto viene a reafirmar, desde el plano subjetivo, la competencia de la jurisdicción militar, ya admitida por la Sentencia de la que discrepo, por obra de la naturaleza o materia del delito que se tipifica. Pero ambos criterios no determinan en el caso la correcta atribución de competencia a la jurisdicción militar, según de la manera más sucinta expongo a continuación.

En efecto, es aquel precepto —el 128— el que, al establecer una asimilación (en realidad una analogía legal (*in malam partem*) indebida o excesiva, provoca la vulneración del art. 117.5 C.E. Según el art. 3.3 de la Ley 19/1984, del Servicio Militar, mozos son «los españoles sujetos a reclutamiento, desde el primero de enero del año en que cumplen los dieciocho de edad hasta su pase a la situación de disponibilidad», y reclutas los «españoles sujetos a las obligaciones del Servicio Militar, desde que pasan a la situación de disponibilidad hasta que prestan juramento de fidelidad a la Bandera». El art. 26 de la misma Ley establece que «la situación de disponibilidad empieza el primero de enero del año en que se cumplan los diecinueve de edad y termina en la fecha en que el recluta debe incorporarse a la de actividad en el llamamiento que le corresponda...».

Consecuentemente —en la lógica legal— el art. 127 C.P.M., por la asimilación aludida, viene a someter a la Jurisdicción Militar al español —sujeto a reclutamiento— desde que cumpla los dieciocho años de edad hasta los veinte, ya que la situación de disponibilidad puede durar hasta un año, en el que se realiza la efectiva incorporación, sin que el mozo o recluta deje de ser ciudadano civil hasta esa edad e incorporación. Sin embargo, el art. 8 del Código Penal Militar, a sus efectos, no considera militar sino al que esté incorporado en las Fuerzas Armadas. Después, como ya he indicado, es el art. 128 del mismo Código el que desvirtúa, excepcionalmente, esa calificación, que considero inconstitucional, como también he dicho, fundamentalmente porque en modo alguno puede admitirse que el período de vida, previo al Servicio Militar, de los dieciocho a los veinte años del ciudadano, pueda ser integrado en el «ámbito castrense», pues ninguna relación tiene el mozo o recluta en ese tiempo con la vida y disciplina militar y sólo por vía de forzada analogía puede ser considerado como tal.

4. ¿Cuál puede ser el fundamento de esa analogía?

Hecha abstracción de la condición de la persona, civil o militar, que es lo que en alguna medida parece hace la mayoría en la Sentencia, ésta busca y halla su fundamento en la materia o naturaleza del hecho que da vida al tipo penal. Ciertamente que una consideración objetiva del concepto «ámbito castrense» permite o permitiría incluir en él la acción y autoría de cualquier persona, sea —o fuere— civil o militar (problema más dificultoso aún sería el de la inclusión en ese ámbito del copartícipe —inductor, cómplice, encubridor, etc.— no mozo ni recluta).

Ahora bien, aquella inclusión, respecto de la persona civil no incorporada, ha de tener suficiente causa y justificación. No olvidemos que es la excepción lo que debe justificarse, no lo ordinario y normal, ni que el derecho a la jurisdicción correcta —por la vía del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que consagra el art. 24.2 C.E.— tiene naturaleza de derecho fundamental. Consecuentemente su

regulación legal, su desarrollo y tratamiento (aquí normas sobre una jurisdicción especializada —art. 117.5 C.E.—) debe ser sumamente respetuoso con el contenido del derecho y siempre, desde luego, interpretarse dichas normas en el sentido más favorable para ese contenido, y, en definitiva, para su titular.

La mayoría considera que la conducta punible del art. 127 C.P.M. está dentro del ámbito castrense porque el bien jurídico protegido es un bien que afecta a los Ejércitos y en ese sentido el sujeto puede ser lícitamente considerado militar. El bien protegido es el cumplimiento del Servicio Militar obligatorio en función del deber de la defensa de España e igual para todos los españoles y la relevancia de ese deber —se dice en la Sentencia— permite al legislador calificar como delito la conducta que se describe y, dados los valores en juego, calificarlo como delito militar en sentido propio, sometiendo a la jurisdicción militar, por lo que se termina afirmando que el art. 127 C.P.M. no vulnera el límite de lo estrictamente castrense del art. 117.5 C.E.

Pero no basta la consideración de la materia o del objeto del delito, o el carácter militar de las obligaciones y deberes que en el tipo se describen para integrarlo en el ámbito castrense. La consideración del autor, de la persona, es también no sólo relevante como se admite por el texto de la mayoría, sino decisiva en muchos casos para la atribución de la competencia. Y esto es lo que, implícitamente, resulta de toda la apreciación del problema, en el cual late y opera de ese modo la analogía establecida en exceso por el art. 128 C.P.M. No justifica la mayoría, a mi parecer, la condición militar del sujeto, a pesar de indicar (fundamento jurídico 3.º, *in fine*) que esa condición es también dato relevante para definir «lo estrictamente castrense».

Nadie pone en duda la característica del bien jurídico protegido, ni su importancia, pero es evidente —para mí— que ni uno y otro dato puede justificar el ensanchamiento de una excepción porque, de estimarlo así, vendría a significar que la jurisdicción ordinaria —exclusiva y excluyente, *de lege ferenda*— no sería apta para conocer y enjuiciar esos delitos de negativa al servicio militar, como si la jurisdicción ordinaria no pudiera salvaguardar esos bienes protegidos. Lo que podría decirse (y ese era el fundamento de las tesis justificativas de la especialización judicial) es que la naturaleza o materia delictiva explica que sean expertos o conocedores los que deben enjuiciar esos hechos. Pero no se dice. Seguramente porque la llamada especialización tampoco podría justificarse (no hay diferencia objetiva entre una desobediencia «civil» y otra «militar»), a menos que se pensara que la jurisdicción militar sólo se justifica para mantener la disciplina militar, lo que si bien en ciertos casos y tiempos puede ser aceptable, no lo es en términos generales y para situación de paz, so pena de confundir las nociones de «justicia» y «castigo» y consagrar la desproporción entre fines y medios.

No aparece justificada por tanto —siempre en mi opinión— la regulación legal que la mayoría acepta, debiéndose haber sido resuelta la cuestión en el sentido de estimar inconstitucionales los arts. 127 y 128 C.P.M. en cuanto permiten, en relación con el art. 12 de la Ley Procesal Militar y en tiempo de paz, enjuiciar por la jurisdicción militar el tipo del art. 127 citado.

Madrid, a catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.—Firmado.—Carlos de la Vega Benayas.—Rubricado.

9277 Sala Segunda. Sentencia 61/1991, de 20 de marzo. Recurso de amparo 1.562/1989. Contra las dilaciones indebidas habidas en la ejecución provisional de Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, en juicio declarativo de menor cuantía. Supuesta vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; retraso no imputable a pasividad judicial.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente; don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.562/1989, interpuesto por don Juan Barja de Quiroga Paz, representado inicialmente por el Procurador de los Tribunales don José Luis Granizo García-Cuenca, y, tras el cese de éste en la profesión, por el propio recurrente en su condición de Letrado, contra las dilaciones indebidas habidas en la ejecución provisional de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, en juicio declarativo de menor cuantía 1.016/1985. Han sido partes don Vicente Román Pérez, representado por el Procurador don Jesús Iglesias Pérez, y el Ministerio Fiscal y Ponente el Magistrado don

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El día 26 de julio de 1989 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito por virtud del cual el Procurador de los Tribunales don José Luis Granizo García-Cuenca, actuando en nombre y representación de don Juan Barja de Quiroga Paz, interpone recurso de amparo contra las dilaciones indebidas habidas en la ejecución provisional de la Sentencia dictada en 15 de julio de 1986 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Madrid, en resolución del juicio declarativo de menor cuantía 1.016/1985.

2. La demanda de amparo se funda, en síntesis, en los siguientes antecedentes fácticos:

A) El demandante de amparo interpuso, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Madrid, demanda de juicio de menor cuantía, en reclamación de cantidad, contra don Vicente Román Téllez. La demanda fue estimada por Sentencia de 15 de julio de 1986, la cual fue apelada por la parte demandada.

B) Por escrito fechado el 1 de septiembre de 1986, el demandante ofreció fianza a los efectos oportunos. Aceptado dicho ofrecimiento por providencia de 16 de septiembre de 1986, por otra de 22 de octubre siguiente se tuvo por constituida la fianza, ordenándose la apertura de pieza separada de ejecución provisional, lo que se llevó a efecto por providencia de 18 de noviembre.

C) Por escrito fechado el día 20 de noviembre de 1986, el demandante solicitó el embargo de un turismo propiedad del deman-