

ATC 66/1995, de 14 de febrero

Cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 127, inciso primero, del Código Penal Militar, en relación con el art. 41 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar y, subsidiariamente, respecto al art. 135 bis i), inciso primero, del Código Penal, en relación con el art. 11.2, inciso primero, de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, por su posible contradicción con el art. 14, en conexión con los arts. 1.1, 9, 30.1 y 2 y 53.1, todos de la C.E, en relación con un proceso relativo a delito de negativa a la prestación del servicio militar (art. 127.1 C.P.M.). A juicio del órgano judicial proponente, dichos preceptos penales en la medida en que configuran como sujeto activo del delito contra el deber de prestación del servicio militar a los varones, excluyendo, por tanto, de su represión penal a las mujeres, al estar exentas de la prestación del servicio militar obligatorio, introducen una clara discriminación en razón del sexo en perjuicio de aquéllos, que por carecer de una causa objetiva y razonable que la justifique vulnera el principio de igualdad que proclama el art. 14 de la C.E. El TC recuerda lo afirmado en cuestión idéntica resuelta en ATC 246/1993

TIPO: AUTO

REFERENCIA-NUMERO: 66/1995

FECHA-APROBACION: 14-02-1995

SALA: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver.

NUMERO-REGISTRO: 3.986/1989

RECURSO-TIPO: Cuestión de inconstitucionalidad.

EXTRACTO: Inadmisión. Cuestión de inconstitucionalidad: carencia de fundamento.

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978

Artículo 14

Artículo 163

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre. Texto refundido del Código Penal conforme a la Ley 441/1971, de 15 de noviembre

Artículo 135 bis i)

Ley 19/1984, de 8 de junio. Servicio Militar

Artículo 41

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. Código Penal Militar

Artículo 127

Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre. Servicio Militar

Artículo 11.2

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Artículo 35.1

Artículo 37.1

MATERIAS:

Cuestión de inconstitucionalidad
Carencia de fundamento.

ANTECEDENTES:

I. Antecedentes

1. El 15 de diciembre de 1994 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Magistrado-juez del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santander al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 17 de noviembre de 1994, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 127, inciso primero, del Código Penal Militar, en relación con el art. 41 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar y, subsidiariamente, respecto al art. 135 bis i), inciso primero, del Código Penal, en relación con el art. 11.2, inciso primero, de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, por su posible contradicción con el art. 14, en conexión con los arts. 1.1, 9, 30.1 y 2 y 53.1, todos de la C.E.

2. La cuestión trae causa del procedimiento de juicio oral núm. 182/92, dimanante del abreviado núm. 130/92, que ante el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santander se sigue contra don Fernando Palenzuela Martínez por un posible delito de negativa a la prestación del servicio militar (art. 127.1 C.P.M.), en el que el Ministerio Fiscal solicita para el acusado la pena de un año y seis meses de prisión menor, accesorias y costas.

Concluido el juicio oral y dentro del plazo para dictar Sentencia, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santander acordó, por providencia de 29 de octubre de 1994, oír a las partes personadas para que, en el plazo común e improrrogable de diez días, pudieran formular alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 127 del Código Penal Militar, en relación con la Ley 19/1984, de 8 de junio, y la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, “por cuanto que al excluir estos textos legales a la mujer del deber de prestación de este servicio (militar) hacen que sólo el varón pueda ser sujeto activo del delito tipificado en aquel precepto, conculcando así el principio de igualdad ante la Ley y prohibición de discriminación por razón de sexo proclamados en el art. 14 C.E., al no existir una causa objetiva y razonable que justifique esta diferencia de trato jurídico”.

Únicamente evacuó el trámite de alegaciones conferido el Ministerio Fiscal, quien consideró impertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que ésta, por una parte, carece de juicio de relevancia respecto a la Ley 19/1984 y la Ley Orgánica 13/1991 y, por otra parte, resulta notoriamente infundada, ya que el tipo penal a aplicar por el Juez al caso concreto es independiente del hecho de que sólo los varones sean llamados a filas. Se remite en su escrito a la doctrina recogida en el ATC 246/1993.

3. En la fundamentación del Auto de planteamiento, el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

A) En cuanto a la identificación de las normas cuestionadas, señala que la pretensión de inconstitucionalidad va dirigida, en primer lugar y de modo principal, contra el art. 127, inciso primero, del Código Penal Militar, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1985, de 9 de diciembre, “según la única interpretación resultante de su obligada conexión” con el art. 41 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar y demás preceptos concordantes. Subsidiariamente, en caso de no estimarse la

inconstitucionalidad de aquel precepto penal, la cuestión de inconstitucionalidad se dirige contra el art. 135 bis i), inciso primero, del Código Penal, "según la única interpretación que resulta de su obligada conexión" con el art. 11.2, inciso primero, de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar y demás preceptos concordantes.

Precisa, no obstante, que no son objeto directo de la presente cuestión de inconstitucionalidad las Leyes mencionadas del Servicio Militar, pues ello desvirtuarla la genuina naturaleza de este medio de impugnación incidental y concreto, sino, alternativamente, los preceptos penales citados (arts. 127 C.P.M. y 135 bis i) C.P.), que considera contrarios a la C.E. no por su tenor literal, sino por su contenido real, resultante de su obligada interpretación con las correlativas Leyes del Servicio Militar, en virtud de la cual sólo los varones pueden ser sujetos activos de estos tipos penales y, por ende, destinatarios de la consecuencia penal asociada a los mismos.

Señala, también, que aunque algunas de las normas cuestionadas están ya derogadas - concretamente, el bloque normativo integrado por el art. 127 del C.P.M. y la Ley 19/1984-, no por ello queda privada de contenido la cuestión de inconstitucionalidad, pues, como tiene declarado este Tribunal, lo esencial es que la norma cuya constitucionalidad se pone en duda sea aplicable al caso y de su validez depende el fallo, esto es, que sea relevante para la decisión del proceso (SSTC 14/1981, 95/1988, 109/1993).

B).1) En relación Con el denominado juicio de aplicabilidad Y relevancia, estima el órgano judicial que no necesario, respecto a la primera norma legal cuestionada (art. 127 C.P.M., en relación con la Ley 19/1984), realizar especial alarde argumental para justificar no sólo su aplicabilidad caso, sino también la directa relación que su validez o invalidez tiene con el fallo a dictar. En efecto, a la vista de acusación que el Ministerio Fiscal formula contra el inculpado en el proceso penal, la figura delictiva a enjuiciar no puede ser otra que la tipificada en el art. 127, inciso primero, de C.P.M. Así lo imponen elementales exigencias del principio acusatorio formal y, por lo demás, aunque dicho precepto haya sido derogado por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre es de imperativa aplicación de conformidad con la disposición transitoria 7.2 de la mencionada Ley.

Respecto al art. 135 bis i), inciso primero, del C. P., en relación con el art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, preceptos que han venido a sustituir, respectivamente, al art. 127 del C.P.M. y al art. 41 de la Ley 19/1984, se recuerda en el Auto de planteamiento que su impugnación se formula con carácter subsidiario, esto es, para el supuesto de que se desestimase 1 pretensión principal de inconstitucionalidad respecto al art. 127 del C.P.M.

Tras señalar que, en principio, de los dos tipos penales que in abstracto podrían ser aplicables, se ha optado, indiscutiblemente, por el primero, es decir, por el art. 127 del C.P.M., no sólo porque ese era el que solicitaba la acusación pública de conformidad con la disposición transitoria 7.2. de la Ley Orgánica 13/1991, sino también porque el art. 135 bis i) del C.P. no podría ser aplicado retroactivamente dada su mayor aflictividad penal, añade el órgano judicial proponente que al examinar ambos preceptos, en relación con las respectivas Leyes del Servicio Militar, ha observado vicios de inconstitucionalidad en cada uno de ellos por la misma causa, por lo que debe prever que si plantease la cuestión de inconstitucionalidad exclusivamente respecto al art. 127 del C.P.M., y ésta fuese desestimada atendiendo a una motivación no trasladable al segundo bloque normativo -art. 135 bis i) C.P. y Ley Orgánica 13/1991-, se encontraría nuevamente ante la tesitura de tener que reflexionar cu l es la Ley que m s puede favorecer al reo si se reputa este último bloque manifiestamente inconstitucional. Pues bien, de conformidad

con el principio de irretroactividad de la ley más favorable al acusado (arts. 9.3 C.E. y 24 C.P.), el Juzgador se verá compelido a considerar como posiblemente aplicable al caso la norma reguladora de la misma figura delictiva que considera inconstitucional, pues su inconstitucionalidad conllevará una exclusión de responsabilidad para dicho reo (arts. 164 C.E., 39 y 40 LOTC).

B).2) A continuación se refiere el órgano judicial al ATC 246/1993, por el que se inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián respecto al art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, en relación con el art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, para señalar que aunque dicha cuestión de inconstitucionalidad guarda cierto paralelismo con la que ahora se eleva, no son globalmente trasladables al presente caso los razonamientos expuestos en aquel Auto, “muchos de los cuales este Juzgador no comparte”.

Argumenta en este sentido que de ningún modo son equiparables ambas cuestiones de inconstitucionalidad, tanto en razón de los diferentes preceptos impugnados, como por el distinto alcance y enfoque de cada uno de ellos, puesto que mientras en aquella cuestión de inconstitucionalidad se cuestionaba no sólo la norma penal sino también una norma administrativa que se entendía relacionada, en la presente cuestión de inconstitucionalidad se cuestiona sólo la norma penal según el contenido interpretativo resultante de su conexión con la norma administrativa, pero no se impugna directamente ésta.

De otra parte, considera que aunque los preceptos penales alternativamente impugnados en la presente cuestión de inconstitucionalidad están gramaticalmente redactados en términos abstractos, sin hacer alusión alguna al sexo, tras la integración hermenéutica con las Leyes del Servicio Militar, sí contienen un presupuesto de hecho y una sanción discriminatoria por razón de sexo, pues de forma arbitraria contemplan como sujetos activos de dichos delitos exclusivamente al varón. Aunque se trata de delitos de situación, el órgano judicial está obligado a examinar la constitucionalidad o no de dicha situación, debiendo en todo caso preceder esta labor interpretativa a la aplicación de la norma o al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

C) El órgano judicial proponente, en base a las argumentaciones que seguidamente se extractan, considera que los arts. 127.1 del C.P.M. y 135 bís i) del C.P., tras su integración normativa con la Ley 19/1984 y con la Ley Orgánica 13/1991, respectivamente, ambas del Servicio militar, de las que son mero eco o respuesta coactiva en el ámbito punitivo, son contrarias al art. 14 de la C.E., que consagra la igualdad de todos los españoles ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo.

Tras referirse a la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad ante la Ley en su vertiente de prohibición de discriminación por razón de sexo, se señala en el Auto de planteamiento que no cabe la menor duda que los preceptos penales impugnados, en lógica concordancia con las respectivas leyes-origen, encierran objetivamente un trato desigual entre hombres y mujeres, que, en principio, se encuentran en idéntica situación. Así se desprende de la regulación contenida en esas normas extrapenales, dado que el art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991 proclama con rotundidad que “las mujeres están exentas del Servicio Militar”, equiparando así a las mujeres con los varones que se encuentran afectados por una enfermedad o limitación física o psíquica que les impide prestar el servicio militar. Tampoco plantea dudas en este sentido la Ley 19/1984, aunque no establezca categóricamente dicha exclusión, ya que su art. 41 difiere a una Ley posterior la regulación del servicio militar de la mujer, pues en orden a determinar el sujeto activo del delito tipificado en el precepto penal cuestionado (art. 127 C.P.M.) lo

importante es que no haya duda de que durante la vigencia de este tipo penal -y más concretamente al tiempo de la comisión del delito- ni aquella Ley administrativa ni ninguna otra contemplaba a la mujer como destinataria del deber de prestación del servicio militar.

A mayor abundamiento, considera que, de conformidad con la doctrina recogida en la STC 216/1991, el art. 41 de la ley 19/1984 debe reputarse contrario al principio de igualdad por servir de instrumento para el mantenimiento de una situación histórica de desigualdad, al no haber adoptado el legislador, en un lapso de tiempo que pueda estimarse razonable, mediada alguna correctora de tipo normativo, que, además, ha resultado radicalmente abortada tras la aprobación de la Ley Orgánica 13/1991, que expresamente exime a la mujer del deber de prestación del servicio militar.

Sentado, pues, que los preceptos impugnados encierran un trato desigual en perjuicio de los varones, procede el órgano judicial a examinar la “razonabilidad” de ese desigual trato jurídico. En este sentido, entiende que no existe causa alguna objetiva y razonable expresa o subyacente que justifique ese desigual trato. Sólo el preámbulo de la Ley Orgánica 13/1991 expone la causa por la que se exime a la mujer del servicio militar obligatorio en los términos lacónicos siguientes: “porque las necesidades de la defensa militar quedan cubiertas con el concurso de los varones”. Mas, esa explicación, en opinión del órgano judicial, deja por sí misma al descubierto la total ausencia de razón alguna que justifique ese desigual trato jurídico.

La circunstancia de que la conscripción quede exclusivamente limitada a los hombres y que, por ende, sólo éstos puedan ser destinatarios de las penas privativas de libertad contempladas en las normas cuestionadas, es algo que en una sociedad avanzada como la nuestra, que se articula como un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1 C.E.), carece de una absoluta falta de justificación, porque ni con ello el legislador puede pretender lograr una finalidad constitucionalmente legítima, ya que entra en contradicción con el art. 30.1 de la C.E., ni guarda coherencia y, en su caso, proporcionalidad con los fines de la defensa nacional que esa norma persigue. Es decir, ese diferente trato jurídico no supera, en modo alguno, los tests de relevancia, razonabilidad y proporcionalidad como parámetros de justificación de un trato desigual.

Por otra parte, este Tribunal Constitucional en la STC 216/1991 ha tenido ocasión de rechazar rotundamente que se puedan alegar razones de orden fisiológico o, a estas alturas desde la aprobación de la C.E., problemas de infraestructura militar para justificar aquel trato desigual. Además, la discriminación por razón de sexo del deber de prestación del servicio militar resulta más escandalosa y chirriante en nuestro actual ordenamiento jurídico a partir del Real Decreto-ley 1/1988, de 22 de febrero, que ha abierto a la mujer la posibilidad de acceder a los diversos cuerpos y escalas militares.

El órgano judicial cuestionante tampoco considera invocable en el presente supuesto como pretendida causa de justificación de esa situación de desigualdad jurídica la “doctrina de la discriminación favorable” o “del derecho desigual desigualatorio”, que ha desarrollado este Tribunal para reequilibrar situaciones de inferioridad social de la mujer en aquellos ámbitos sociales, especialmente el laboral, en que esa desigualdad real es más patente, puesto que es precisamente en el ámbito militar donde la mujer sólo ostenta derechos, es decir, el derecho de acceder a las Fuerzas Armadas y no el deber de incorporarse a filas.

4. La Sección Cuarta, por providencia de 11 de enero de 1995, acordó abrir el trámite previsto en el art. 37.1 de la LOTC y oír al Fiscal General del Estado para que expusiese lo que considerase pertinente acerca de si pudieran resultar, de una parte,

inaplicables en el proceso a quo las normas cuestionadas y pudiera ser, en todo caso, su constitucionalidad o inconstitucionalidad irrelevante para el fallo que debe dictar el órgano judicial, y, de otra, notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad suscitada.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado con fecha 1 de febrero de 1995, en el que interesa la inadmisión de la presente cuestión, a cuyo efecto formula las siguientes consideraciones:

Tras destacar la dificultad de cualquier planteamiento respecto al art. 135 bis i) del C.P., no sólo porque no estaba vigente cuando se cometieron los hechos y no es el precepto más beneficioso para el acusado, sino porque en la providencia de apertura del trámite de audiencia a las partes sólo se menciona el art. 127 del C.P.M. y los preceptos correspondientes a las Leyes del Servicio Militar, infringiéndose, por tanto, el art. 35.2 de la LOTC (SSTC 153/1986, 21/1985, 166/1986, entre otras), señala el Fiscal General del Estado que no son los arts. 41, en relación con la Disposición Transitoria 2., de la Ley 19/1984, de 8 de junio, ni 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, los aplicables al caso, sino el art. 127 primero, inciso primero, del C.P.M., que tipifica el delito de negativa de cumplir el servicio militar.

Reiterando sucintamente las alegaciones expuestas en el trámite de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1772/93, que concluyó en el ATC 246/1993, entiende que aquellos artículos -arts. 41 Ley 19/1984 y 11.2 Ley Orgánica 13/1991- lo que hacen es crear una situación objetiva a la que después el legislador, en otro orden de cosas, anuda unas consecuencias entre las que se comprende la posible comisión de un delito: "El español que, declarado útil para el servicio militar, rehusare expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar..." (art. 127, primero, inciso primero, C.P.M.). El verbo rector del tipo es sin duda rehusar. Se trata de uno de los delitos denominados de situación cuya concurrencia debe comprobar, sin duda, el Tribunal sentenciador, pero su verificación para el Juez penal es meramente objetiva: se da o no esa determinada situación regulada en un ámbito legislativo distinto.

Querer trasladar una pretendida inconstitucionalidad de una norma legal, que impone sólo a los hombres la obligación de prestar el servicio militar, al ámbito de las normas penales que sancionan al que rehúse hacerlo y tachar a estas normas penales de discriminatorias, es articular una suerte de discriminación per saltum de imposible acomodación a la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional en torno al principio de igualdad. No es el órgano penal promovente el competente para discutir la constitucionalidad de una norma que no puede aplicar, pues, en efecto, no es de su competencia el enjuiciamiento del llamamiento a filas. Dicho acto administrativo pudo ser recurrido por el afectado alegando, en su caso, su carácter discriminatorio y serían entonces los órganos jurisdiccionales competentes quienes podrían cuestionar la posible discriminación por razón del sexo del art. 41 y Disposición Transitoria 2. de la Ley 19/1984 y del art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991.

Concluye el Fiscal General del Estado afirmando que, en consecuencia, la presente cuestión carece de relevancia, por una parte, y, de otra, es notoriamente infundada. El tipo penal a aplicar por el órgano cuestionante en el caso concreto es independiente del hecho de que sólo los varones sean llamados a filas. Lo único que el Juez podría cuestionar es la constitucionalidad del reproche penal a quien se niega a un concreto deber público, la que sería en sí mismo notoriamente infundado.

FUNDAMENTOS:**II. Fundamentos jurídicos**

1. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santander plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto, en primer lugar y de modo principal, al inciso primero del art. 127 del Código Penal Militar, en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, “según la única interpretación resultante de su obligada conexión” con el art. 41 de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar; y, subsidiariamente, para el supuesto de no estimarse la inconstitucionalidad de aquel precepto penal, respecto al inciso primero del art. 135 bis i) del Código Penal, “según la única interpretación que resulta de su obligada conexión” con el inciso primero del art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar, preceptos que han venido a sustituir, respectivamente, a los arts. 127 del C.P.M. y 41 de la Ley 19/1984.

Se dice en el Auto de planteamiento, en síntesis, que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad lo constituyen no los preceptos citados de las mencionadas Leyes del Servicio Militar, sino los preceptos penales indicados, esto es, el art. 127 del C.P.M., de modo principal, y el art. 135 bis i) del C.P., subsidiariamente, en atención no a su tenor literal, sino a su contenido real, resultante de su concordancia y puesta en conexión con los arts. 41 de la Ley 19/1984 y 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991. A juicio del órgano judicial proponente, dichos preceptos penales en la medida en que configuran como sujeto activo del delito contra el deber de prestación del servicio militar a los varones, excluyendo, por tanto, de su represión penal a las mujeres, al estar exentas de la prestación del servicio militar obligatorio, introducen una clara discriminación en razón del sexo en perjuicio de aquéllos, que por carecer de una causa objetiva y razonable que la justifique vulnera el principio de igualdad que proclama el art. 14 de la C.E.

2. Abstracción hecha, como señala el Fiscal General, de la dificultad de admitir el planteamiento del órgano judicial de cuestionar unos preceptos legales con carácter principal y otros con carácter subsidiario, para el supuesto de que se desestime la inconstitucionalidad de aquéllos, pese a que en la providencia de apertura del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para nada se cita el art. 135 bis i) del C.P. y que resulta, al menos, seriamente cuestionable la argumentación del Auto de remisión sobre la aplicabilidad al caso del mencionado art. 135 bis i) del C.P. y la relevancia de su constitucionalidad o inconstitucionalidad para la resolución del proceso, la presente cuestión de inconstitucionalidad, como ya se indicara en el ATC 246/1993 en relación con otra sustancialmente idéntica, debe considerarse “notoriamente infundada” (art. 37.1 LOTC) respecto a los preceptos legales formalmente cuestionados -arts. 127 C.P.M. y, subsidiariamente, 135 bis i) C.P.- y ha de estimarse inadmisibles por carecer de los requisitos de procedibilidad respecto a los preceptos legales en realidad cuestionados -arts. 41 Ley 19/1984 y, subsidiariamente, 11.2 Ley Orgánica 13/1991-, ya que éstos ni resultan aplicables al proceso a quo, ni, en caso de que pudiera reconocerse su aplicabilidad, sería relevante el pronunciamiento sobre su constitucionalidad para la resolución de aquel proceso.

Reiterando, sucintamente, los razonamientos entonces expuestos en el mencionado Auto, es necesario señalar que visto el reproche que se hace a los arts. 127 del C.P.M. y 135 bis i) del C.P. -discriminación por razón de sexo-, es de todo punto evidente que dicho hipotético vicio no podría identificarse nunca con el enunciado de tales preceptos penales, pues éstos, como expresamente se reconoce en el Auto de planteamiento, están redactados en términos abstractos, para nada alusivos al sexo. En realidad, como evidencia el planteamiento del órgano judicial proponente, la discriminación por sexo

vulneradora del art. 14 de la C.E. nacería, más bien, de las normas legales que configuran el deber de prestación del servicio militar y que eximen del mismo a las mujeres. En concreto, la inconstitucionalidad surgiría del art. 41 de la Ley 19/1984 o del art. 11. 2 de la Ley Orgánica 13/1991, en cuanto eximen a la mujer de la prestación del servicio militar. En todo caso, el objeto de la cuestión no podrían ser nunca las reglas penales en sí mismas, sino las normas implícita o explícitamente invocadas en ellas (elementos normativos del tipo) para configurar el ilícito, de modo que la cuestión resulta “notoriamente infundada” si afectara sólo a los mencionados arts. 127 del C.P.M. y, subsidiariamente, 135 bis i) del C.P..

Respecto a las normas en realidad cuestionadas -arts. 41 Ley 19/1984 y, subsidiariamente, 11.2 Ley Orgánica 13/1991- la cuestión es manifiestamente inadmisibile, pues ni estas reglas resultan aplicables al proceso a quo, ni, caso de que pudiera reconocerse su aplicabilidad, sería relevante el pronunciamiento sobre su constitucionalidad para la resolución de aquel proceso. Como se ha señalado al respecto en el ya citado ATC 246/1993, es claro que “cualquier Tribunal penal ha de aplicar en el proceso no sólo la regla configuradora del tipo y establecedora de la pena, sino también, en su caso, las demás disposiciones que delimiten los elementos normativos del tipo. Pero lo que no tiene por qué aplicar el Tribunal penal ... son reglas legales ajenas a la determinación concreta del tipo, esto es, a la constatación de su verificación en el singular caso de autos”. Ajena es, sin duda, en este supuesto la norma que excluye a las mujeres del servicio militar obligatorio (arts 41 Ley 19/1984 y 11.2 Ley Orgánica 13/1991), pues dichas normas en modo alguno contribuyen a delimitar el deber o deberes cuyo incumplimiento presupone aquí el ilícito penal. En realidad, lo que el órgano judicial proponente hace no es aplicar en el proceso los citados arts. 41 de la Ley 19/1984 y 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, sino comparar la situación resultante de la regulación de los mencionados preceptos (exención de las mujeres de prestar el servicio militar obligatorio) con la situación del inculpado en el proceso a quo, comparación de la que nace su duda de constitucionalidad. Pero, “a efectos de una cuestión de inconstitucionalidad, sin embargo, comparar no es aplicar, so pena de desdibujar enteramente este cauce de control y de incurrir en una inadmisibile inversión del razonamiento que exigen los art. 163 de la Constitución y 35.1 de la LOTC: estos preceptos requieren, en efecto, que la duda de constitucionalidad del Juez parta de un previo juicio de aplicabilidad, no que se forme ese juicio a partir de una duda abstracta de constitucionalidad como la que aquí se formula mediante la comparación de normas generales impositivas de deberes (servicio militar) con aquella(s) otra(s) que establece(n) una exención para un elenco abstracto de personas” (ibídem).

FALLO:

Por lo expuesto, el Pleno acuerda declarar la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad (art. 37.1 LOTC).

Madrid, a catorce de febrero de mil novecientos noventa y cinco.