

**ATC 308/1995, de 7 de noviembre**

Cuestión de inconstitucionalidad en proceso relativo a delito contra el deber de prestación del servicio militar respecto del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, sobre régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal. En concreto, en relación con la expresión de este último precepto “en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena”, por su posible contradicción con el principio de proporcionalidad derivado de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución. El TC no admite el recurso al entender que, en modo alguno, el precepto aplicado era aplicable al caso.

TIPO: AUTO

REFERENCIA-NUMERO: 308/1995

FECHA-APROBACION: 7-11-1995

SALA: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, de Mendizábal, González, Cruz, Viver, Jiménez de Parga, Delgado y Vives.

NUMERO-REGISTRO: 2.779/1995

RECURSO-TIPO: Cuestión de inconstitucionalidad.

EXTRACTO: Inadmisión. Cuestión de inconstitucionalidad: supuestos de inadmisibilidad.

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978

Artículo 1.1

Artículo 10.1

Artículo 163

Artículo 9.3

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre. Texto refundido del Código Penal conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre

Artículo 135 bis i)

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

Artículo 35.1

Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre. Régimen de recursos en caso de objeción de conciencia

Artículo 2.3

MATERIAS:

Cuestión de inconstitucionalidad

Supuestos de inadmisibilidad.

**ANTECEDENTES:****I. Antecedentes**

1. El 24 de julio de 1995 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 26 de junio de 1995, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal, tal como quedó redactado por la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, y en concreto respecto de las palabras “en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena”, por su posible oposición al principio de proporcionalidad derivado de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución.

2. La cuestión trae causa del procedimiento penal abreviado seguido contra don José Leiva Piqueras por un presunto delito contra el deber de prestación del servicio militar previsto en el art. 135 bis i) del Código Penal, para quien el Ministerio Fiscal solicitó las penas de un año y seis meses de prisión menor, accesorias y costas.

Celebrado el acto del juicio, el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia, por providencia de 1 de junio de 1995, otorgó a la defensa del acusado y al Ministerio Fiscal un plazo común improrrogable de diez días para que pudieran alegar lo que estimasen oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad “contra los arts. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre (reguladora del régimen de recursos en casos de objeción de conciencia y su régimen penal) y contra el art. 6 de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria y contra el artículo 135 bis i) del Código Penal (introducido por la Disposición adicional séptima de la Ley Orgánica y su antecedente el art. 127 del Código Penal Militar, por si pudieran vulnerar el principio de proporcionalidad de las penas derivado de los artículos 1.1, 9.3, 10.1 de la Constitución, en concreto la proporcionalidad de las penas previstas por el legislador en relación con el B.J.P. y con la entidad de la lesión de dicho bien. Así como contra la Ley Orgánica 6/1980 de 1 de julio en cuanto establece el carácter obligatorio del servicio militar en España, por si pudiera vulnerar el derecho de igualdad de todos ante, la Ley proclamado por el artículo 14 C.E. en relación con los arts. 7, 48.2 y 50 del tratado constitutivo de la C.E.E. (por las que se prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad, se reconoce el derecho a la libre circulación de nacionales, se acuerda el libre intercambio de trabajadores jóvenes) atendiendo al dato de que Gran Bretaña, Luxemburgo e Irlanda tienen servicio militar voluntario y contra los arts. 2, 6, 9, 11.2. de la Ley 13/1991 de 20 de diciembre del Servicio Militar y concordantes de anterior legislación por ella derogada (Ley del Servicio Militar 19/1984 de 8 de junio en los casos en que sea de aplicación), en relación con el apéndice 1 de la mencionada Ley (cuadro médico de exclusiones que determina la no prestación del servicio militar, en relación con las Ley Orgánica 8/1984, Ley Orgánica 48/1984, por si vulneran los derechos a la libertad ideológica y a la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley de los arts. 16 y 14 de la C.E.”.

Evacuado el trámite conferido, el Ministerio Fiscal estimó que no era pertinente el planteamiento de la cuestión, mientras que la defensa del acusado consideró pertinente su planteamiento.

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

A) De una parte, identifica como precepto legal cuestionado el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en

caso de objeción de conciencia, tal como quedó redactado por la Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre, y en concreto las palabras “en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena”. De otra, estima como preceptos constitucionales infringidos por la disposición legal cuestionada los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 de la C.E., en cuanto consagran el principio de proporcionalidad de la pena, en relación con los arts. 16.1 de la C.E. que reconoce el derecho fundamental a la libertad ideológica y el art. 30.2 de la C.E. en el que se contempla la posibilidad legal de imposición de una prestación social sustitutoria, en tanto estos dos últimos preceptos constitucionales sirvan como parámetros a valorar en el juicio de proporcionalidad de los preceptos anteriormente citados.

B) Reproduce a continuación la fundamentación del Auto de la Audiencia Provincial de Segovia mediante el que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad registrada con el núm. 1.125/95, admitida a trámite por providencia de 9 de mayo de 1995.

Tras señalar que la validez de la norma legal cuestionada condiciona directamente el fallo de la Sentencia que deba dictarse y que no cabe una acomodación a la Constitución por vía interpretativa, ya que el mandato del legislador es claro y por vía interpretativa no es posible la imposición de una pena distinta a la específicamente señalada en la Ley, considera el órgano judicial proponente que en el Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho como el que proclama el art. 1.1 de la C.E. la pena no responde al mero capricho del legislador. El castigo a un ciudadano, privándole de su libertad o de sus derechos, sólo encuentra legitimación en una necesidad de protección social y exclusivamente en la medida en que responda a dicha necesidad. De lo contrario, se convertiría en un ataque ilegítimo a la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10.1 de la C.E., y supondría una consagración de la arbitrariedad de los poderes públicos cuya interdicción garantiza el art. 9.3 de la C.E., y, en suma, de los principios de libertad y justicia, que, como valores superiores del ordenamiento jurídico, consagra el art. 1.1 de la C.E.

C) El Tribunal Constitucional ha reconocido y recogido el principio de proporcionalidad, no solo en cuanto a la aplicación judicial de las normas penales (SSTC 62/1982 y 154/1990), sino también como principio que debe respetar el propio legislador, a quien compete de modo primario valorar tanto la necesidad de protección del bien jurídico como la proporcionalidad de la amenaza penal establecida para ello. Sin embargo, esa libertad no es absoluta al estar limitada por las exigencias constitucionales y, en este sentido, puede el Tribunal Constitucional examinar si una norma penal carece o no de la doble justificación: si falta un bien jurídico a proteger o si la pena prevista no guarda la necesaria relación de proporcionalidad con la trascendencia social del bien jurídico protegido y con la entidad de su lesión (STC 85/1992).

Cierto que en la STC 65/1986, alegada por el Ministerio Fiscal para oponerse al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional señaló que el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general a un hecho punible que es presupuesto de la misma, “es competencia del legislador”, pero también es verdad que en dicha Sentencia el rechazo del recurso de amparo no se produjo por la falta de competencia para acometer la revisión, sino por los límites impuestos por el ámbito del recurso de amparo, en cuyo seno se planteaba el problema. Otro tanto cabe deducir de las demandas de amparo inadmitidas por ATC 949/1988, o por la providencia de 4 de marzo de 1992.

En la STC 160/1987 el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, en el que se impugnaba,

entre otros, el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre. Sin embargo, dicho recurso se fundaba en la vulneración del principio de igualdad y en el de la proporcionalidad, pero ligado este último a la comparación entre la pena que se imponía a los que se negaban a prestar el servicio militar y la prestación social sustitutoria, señalando la importancia de las penas establecidas para el objetor en el art. 2 de la Ley Orgánica 8/1984 en comparación con las previstas en el Código Penal ordinario y Código de Justicia Militar para el mismo tipo de supuestos fácticos. Por el contrario, lo que ahora se cuestiona es concretamente la proporcionalidad de las penas previstas por el legislador en relación con el bien jurídico protegido y con la entidad de la lesión a dicho bien, lo cual difiere sustancialmente de lo ya examinado por el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia.

D) Sentadas las anteriores premisas, considera el órgano judicial que la llamada “insumisión” tiene indudables connotaciones ideológicas que la sitúan en el marco de la objeción de conciencia, de la cual no es sino su versión más radical, en cuanto la oposición ideológica al servicio militar lleva incluso a la oposición al servicio civil que lo sustituye, pero que al mismo tiempo lo respalda. De hecho el nombre “prestación social sustitutoria” que le da el art. 30.2 de la C.E. y la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, lo diferencian del “servicio social para el cumplimiento de fines de interés general” contemplado en el núm. 3 del art. 30 de la C.E. y esto viene a revelar que el primero no satisface una finalidad autónoma, sino que se “impone” en los casos de objeción de conciencia y como consecuencia de ésta. Ello así, más que una alternativa al servicio militar es un sustituto de éste, y el objetor lleva su oposición ideológica al servicio militar más allá de la coherencia personal que le impide integrarse en una organización militar y llega a rechazar lo que él considera una militarización de la sociedad.

De otra parte, la objeción de conciencia se incardina en el ámbito de la libertad ideológica reconocida en el art. 16.1 de la C.E. En tal sentido se ha pronunciado la Comisión de las Naciones Unidas (Resolución 1989/89, de 8 de marzo), la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (Resolución 337/67) y el Consejo de Europa (Reconvención R-87-8), así como el Parlamento Europeo (Resolución de 13 de octubre de 1989). También el Tribunal Constitucional en su STC 15/1982, en la que declara que “la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma”. En la STC 53/1985 proclama que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16.1 de la C.E. Y aunque en la posterior STC 160/1987 afirma que se trata de “un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema ... pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarla de fundamental”, es lícito, afirma, que aunque se admita que la objeción de conciencia no forma parte del contenido de la libertad ideológica y de conciencia se sitúa en su ámbito y mantiene con ella una íntima relación.

E) De lo expuesto cabe deducir que si el bien jurídico supuestamente protegido por la norma cuestionada es el interés estatal en el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, la desproporción es evidente al imponerse una pena privativa de libertad cuyo mínimo se sitúa en los 28 meses para asegurar una obligación administrativa que ni siquiera se deriva como una exigencia constitucional, sino como una posibilidad a considerar por el legislador (art. 30.2 de la C.E.). En todo caso, la prestación sustitutoria no cumple una finalidad en sí misma porque es sustitutiva del servicio militar objetivo, es decir, un medio de asegurar su cumplimiento y controlar la seriedad de la objeción de conciencia. La norma penal viene así a sancionar una conducta que en sí misma

responde a determinadas posiciones ideológicas, en cuanto que castiga una forma de disenso ideológico radical al servicio militar con una pena privativa de libertad y de derechos -entre 28 meses y 1 día y 6 años- que lleva consigo necesariamente el ingreso en prisión y que por responder a una conducta esencialmente irrepetible carece por completo de cualquier efecto resocializador y se convierte en una pura retribución o castigo de extraordinaria dureza, para proteger un interés administrativo no exigido por la Constitución y que en sí mismo carece de entidad objetiva que justifique tal respuesta penal, la cual por ello se manifiesta como desproporcionada.

Sobre tal desproporción existe, como es notorio, una amplia conciencia social de la que se han hecho eco no sólo los Tribunales que responden a este sentir social con la aplicación generalizada de atenuantes muy cualificadas y de eximentes incompletas, y con la propuesta en otras ocasiones de indulto particular, sino el propio Gobierno que mantiene en tales casos una política penitenciaria de aplicación automática del tercer grado para los condenados por el precepto penal que se cuestiona. En definitiva, no parece que el sacrificio que la pena establecida presenta para la libertad personal, en una conducta en la que subyace un problema de libertad ideológica, guarde la debida proporción con la entidad del bien jurídico protegido y con la gravedad objetiva que de su lesión resulta.

4. La Sección Tercera de este Tribunal, por providencia de 3 de octubre de 1995, acordó tener por recibidas las actuaciones remitidas por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia, así como oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días y a los efectos que determina el art. 37.1 de la LOTC, alegase lo que estimare oportuno acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad por poder resultar la norma cuestionada inaplicable al caso e irrelevante su validez para la decisión del proceso.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado con fecha 23 de octubre de 1995, en el que interesó la inadmisión a trámite de la presente cuestión, a cuyo efecto formuló las siguientes consideraciones:

A) Tras relatar los antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad, pone de manifiesto la incongruencia que, tanto sobre los preceptos cuestionados como sobre las normas constitucionales que se invocan, se aprecia entre la providencia por la que el órgano judicial proponente acuerda oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de elevar cuestión de inconstitucionalidad y el auto de planteamiento de la misma, debiendo de estarse, en su opinión, a esta última resolución y entender, en consecuencia, que la norma legal cuestionada es el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre. No obstante, el Fiscal General del Estado entiende que la incongruencia advertida supone una infracción del art. 35.2 de la LOTC, por lo que tal circunstancia podría determinar la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad o, en su caso, su desestimación (SSTC 21/1985, 186/1990).

B) En cuanto al análisis y verificación del juicio de relevancia señala que, según resulta de la calificación provisional de los hechos que figura en las actuaciones, la pretensión penal actuada por el Fiscal, única parte acusadora, se concretaba en la imputación de un delito contra el deber de prestación del servicio militar previsto en el art. 135 bis i) del Código Penal. Sin embargo, como ya se ha hecho notar, en el Auto de planteamiento se cuestiona la constitucionalidad del art. 2.3 de la Ley 8/1984, de 26 de diciembre. Resulta, pues, que no coinciden el precepto objeto de la cuestión de

inconstitucionalidad con aquel que debe ser aplicado por el Juzgador para poner fin, por Sentencia definitiva, al procedimiento penal.

A continuación, tras reproducir la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre el juicio de aplicabilidad y relevancia, el Fiscal General concluye que en el caso que nos ocupa el Auto de planteamiento no contiene el esquema argumental que la promoción de una cuestión de inconstitucional requiere; que la norma cuestionada no es aplicable al caso, como se deriva de las exigencias del principio acusatorio; que el fallo en modo alguno depende de la validez de esta norma, y, en fin, que es de toda evidencia la falta de relación de necesidad entre la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad y la que ha de aplicarse al fallo, sin necesidad de entrar en el análisis de fondo del problema suscitado por el órgano judicial.

Por último, entiende que la afinidad, que sin duda existe, entre el delito que configura el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, y el que describe el art. 135 bis i) del Código Penal, hasta el extremo de que algún sector de la doctrina científica comprende ambos en el fenómeno más general y sociológico de la llamada “insumisión”, no permite prescindir de las diferencias esenciales que separan ambos delitos, ni entender correctamente planteada la cuestión.

## FUNDAMENTOS:

### II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia, en el seno de un procedimiento penal abreviado por un presunto delito contra el deber de prestación del servicio militar previsto en el art. 135 bis i) del Código Penal, suscita cuestión de inconstitucionalidad, según resulta del auto de planteamiento, respecto del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, sobre régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal. En concreto, en relación con la expresión de este último precepto “en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena”, por su posible contradicción con el principio de proporcionalidad derivado de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución.

2. Según una reiterada doctrina constitucional, son requisitos ineludibles para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que la norma legal cuestionada resulte aplicable al caso y que de su validez dependa la decisión del proceso (arts. 163 C.E. y 35.1 LOTC). Requisitos éstos que se encuentran en estrecha relación y que tienden a preservar el carácter de control concreto de constitucionalidad que la cuestión de inconstitucionalidad tiene en nuestro ordenamiento jurídico. Este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones que es en principio al Juez promotor de la cuestión a quien corresponde determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir y que sólo proceder el rechazo procesal de la cuestión de inconstitucionalidad cuando de manera evidente, sin necesidad de un análisis de fondo, la norma legal cuestionada no sea en modo alguno aplicable para resolver el litigio (por todas, SSTC 17/1981, 3/1988, 76/1990, 157/1990, 15/1994, 149/1994).

3. Pues bien, el examen de la cuestión de inconstitucionalidad ahora considerada pone de manifiesto, como en su escrito de alegaciones señala el Fiscal General del Estado, que el precepto cuestionado no es, en modo alguno, aplicable para resolver el proceso en cuyo seno se suscita la cuestión. En efecto, abstracción hecha de la identidad que pueda apreciarse entre los delitos que configuran, respectivamente, el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984 y el art. 135 bis i) del Código Penal, lo cierto es que en el presente supuesto, según resulta del testimonio de los autos remitidos por el Juez proponente y, en particular, del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, del Auto de

apertura del juicio oral y del escrito de defensa, al acusado se le imputó un delito contra el deber de prestación del servicio militar previsto en el art. 135 bis i) del Código Penal, al rehusar sin causa legal el cumplimiento del servicio militar e incorporarse a las Fuerzas Armadas una vez citado reglamentariamente, y no un delito contra la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria tipificado en el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, ya que no había quedado exento del servicio militar como objetor de conciencia, condición ésta que ni siquiera llegó a solicitar. De modo que es aquel precepto art. 135 bis i) C.P. y no este último -art. 2.3 Ley Orgánica 8/1984- el aplicable al caso y de cuya validez depende la decisión del proceso en el que la cuestión se plantea.

En consecuencia, la cuestión ha de estimarse inadmisibile por carecer de los indicados requisitos de procedibilidad respecto al precepto legal realmente cuestionado -art. 2.3 Ley Orgánica 8/1984-, ya que ni resulta aplicable al proceso a quo ni sería relevante el pronunciamiento sobre su constitucionalidad para la resolución de aquel proceso. Ello sin perjuicio de reiterar, una vez más, que el hecho de no admitir una cuestión de inconstitucionalidad debido a la concurrencia de determinados defectos en el planteamiento de la misma, no empiece la posibilidad de un replanteamiento de aquélla por el propio Juez o Tribunal si se cumplen ulteriormente todos los requisitos de admisibilidad exigidos por la LOTC (AATC 17/1983, 18/1983)

**FALLO:**

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

Madrid, a siete de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.