

ATC 246/1993, de 13 de julio

Cuestión de inconstitucionalidad suscitada en el marco del enjuiciamiento de un delito de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria. El juez se cuestiona "Si el art. 2 de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, que define y castiga el llamado delito de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria y derivativamente el art. 11.2 de la L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, que declara exentas del servicio militar obligatorio a las mujeres, vulneran, por causa de discriminación por razón de sexo, el art. 14 en relación con el 9.2 de la Constitución", es decir, se cuestiona si no es discriminatorio que sólo los varones puedan ser los sujetos del delito que se enjuicia, puesto que las mujeres, en tanto exentas del servicio militar y de la prestación social sustitutoria no pueden cometerlo. El TC no admite la cuestión planteada por faltar a los presupuestos de una cuestión de constitucionalidad, puesto que no se cuestiona el precepto que se debe aplicar (delito de negación cumplimiento prestación) sino se cuestiona indirectamente la posible discriminación que supone que sólo el varón deba prestar el servicio militar o la prestación social.

TIPO: AUTO

REFERENCIA-NUMERO:246/1993

FECHA-APROBACION:13-07-1993

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

NUMERO-REGISTRO:1.772/1993

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

Ley 48/1984, de 26 de diciembre. Servicio Militar: Regula la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria

En general

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

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

Artículo 2.3

Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril. Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral
Artículo 137

MATERIAS:

Cuestión de inconstitucionalidad
Carencia de fundamento.

PREAMBULO:

El Pleno, en su reunión del día de hoy y en el asunto de referencia, ha acordado dictar el siguiente

AUTO

ANTECEDENTES:

I. Antecedentes

1. El día 2 del mes de junio de 1993 se ha registrado en este Tribunal un Auto de 25 de mayo anterior, y las actuaciones adjuntas mediante el cual la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de San Sebastián, en apelación de Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de esta ciudad, condenatoria por delito de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria, suscita cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos: "Si el art. 2 de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, que define y castiga el llamado delito de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria y derivativamente el art. 11.2 de la L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, que declara exentas del servicio militar obligatorio a las mujeres, vulneran, por causa de discriminación por razón de sexo, el art. 14 en relación con el 9.2 de la Constitución".

El texto de las disposiciones legales así afectadas por la cuestión de inconstitucionalidad es el siguiente:

- Art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el art. 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (precepto no modificado por la Ley Orgánica 14/1985):

"3. Al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena" (el párrafo segundo de este núm. 3 es irrelevante a los efectos de la presente cuestión: "Una vez cumplida la condena impuesta, quedar excluido de la prestación social sustitutoria, excepto en caso de movilización").

- Art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar:

"2. Las mujeres están exentas del servicio militar. Podrán ser llamadas a cumplir determinados servicios en las Fuerzas Armadas, de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional."

Previamente, por Auto de 14 de marzo de 1993, se había abierto plazo de alegaciones, por diez días, para que la Fiscalía y la Defensa informaran sobre la pertinencia de plantear la cuestión.

La defensa manifestó su parecer conforme al planteamiento de la cuestión, aduciendo la vulneración, además del art. 14, de otros derechos constitucionales (los declarados en los arts. 28.1 y 18.1, así como el art. 49, todos de la Constitución).

La Fiscalía estimó improcedente el planteamiento de la cuestión, por estimar que la misma no resultaba relevante para la resolución del recurso. Observó el Ministerio Fiscal:

1) que, en efecto, las normas relativas a la objeción de conciencia condicionaban el fallo a dictar, si bien la Audiencia no había justificado su incompatibilidad con el art. 14 de la Constitución; 2) que, en segundo lugar, el art. 11.2 de la Ley 13/1991 no resultaba, sin embargo, aplicable, “pues sólo en el momento del llamamiento a filas del recurrente pudo y debió éste impugnar dicha norma”, siendo “perfectamente posible que la Sala dicte Sentencia, en el sentido que estime oportuno, sin necesidad de recurrir a la aplicación de la L.O. 13/1991”, y 3) que, en cualquier caso, el art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991 no conculcaba el principio constitucional de igualdad.

2. Observa la Audiencia como conclusión a la fundamentación del planteamiento:

“La norma incluida en el art. 2 de la L.O. 8/1984, de 26 de diciembre, es una grave respuesta punitiva a la negativa a realizar la prestación social sustitutoria a la cual sólo están obligados los jóvenes varones menores de treinta años no incluidos en el resto de las exenciones numeradas en el art. 11 de la L.O. 13/1991, y que las mujeres en las mismas condiciones de jóvenes menores de treinta años no están excluidas de pertenecer a las Fuerzas Armadas en cualquiera de sus empleos y rangos, pero sí del servicio militar obligatorio y por tanto de la posibilidad de objetar el servicio de armas y en consecuencia de la prestación social sustitutoria y del riesgo de ser incriminadas por la norma penal.”

En consecuencia, se dice en el Auto de planteamiento, “la norma penal referida quiebra el principio de universalidad de la norma y el de universalidad de las decisiones judiciales aplicativas”, en segundo lugar, que dicha norma penal “es incomprensible fuera del ámbito de la obligatoriedad del servicio militar que debe cumplir un grupo diferenciado de la población” y, en fin, que “por tanto se discrimina a este grupo y al integrado por las mujeres en las mismas condiciones de edad y capacidad”.

3. La Sección Segunda, en providencia de 22 de junio último, una vez subsanada por el órgano judicial proponente la falta, en el testimonio inicialmente remitido, de determinada documentación, acordó abrir el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC y oír al Fiscal General del Estado sobre la posible concurrencia de la causa de inadmisión consistente en poder resultar inaplicable la norma cuestionada en el proceso a quo y ser, en todo caso, su constitucionalidad o inconstitucionalidad irrelevante para el fallo que debe dictar la Audiencia Provincial.

4. El Fiscal General del Estado, en escrito que se recibe el 7 de julio, interesa la inadmisión de la presente cuestión, a cuyo efecto formula las siguientes consideraciones.

Comienza recordando que el denominado “juicio de relevancia”, derivado de la aplicabilidad al caso sub iudice de la norma cuestionada, posee íntima relación con la distinción constitucional entre el recurso de inconstitucionalidad [arts. 161.1 a) y 162.1 a) de la Constitución] y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Norma suprema). El primero posee un carácter abstracto, y puede formularse contra cualquier norma con rango de Ley por las personas e instituciones expresamente legitimadas. La segunda es de naturaleza incidental y concreta. Puede decirse que se trata de una auténtica cuestión prejudicial de naturaleza constitucional.

En aplicación de tales principios, dice el Fiscal que debe concretarse la posición jurídica en la que se encuentra la Audiencia Provincial de San Sebastián. Su actuación se limita a confirmar o revocar -en apelación- la Sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de San Sebastián por un delito de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria, tipificado en el art. 2.3 de la L.O. 8/1984. Dicho precepto castiga “al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria”. Señala que el “verbo rector

del tipo" (Beling) es sin duda rehusar, por lo que nos encontramos ante uno de los delitos denominados "de situación": el autor debe encontrarse en determinadas circunstancias previas para poder "conjugarse" dicho verbo. Sin duda el Tribunal sentenciador debe comprobar la concurrencia de las mismas, que juegan a modo de *condictio iuris*. Pero la verificación de que el sujeto se encuentra en tal situación (es decir, exento del servicio militar y sometido a la prestación social sustitutoria por objeción de conciencia) es meramente objetiva: se da o no esa determinada situación, y en el caso de autos la Audiencia Provincial no cuestiona en absoluto que tales circunstancias previas existan. Es decir, para poder cometer el delito del art. 2.3 de la L.O. 8/1984 es necesario haber recorrido un iter previo al delito mismo: a) haber quedado exento del servicio militar, y b) que ello haya sucedido como consecuencia del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, consagrado en el art. 30.2 de la Constitución.

A juicio del Ministerio Fiscal, la única función que -en la presente fase procesal- compete a la Audiencia Provincial es comprobar si concurren objetivamente tales elementos en el presunto autor de la infracción penal, y determinar si ha existido o no una negativa punible al cumplimiento del deber social que se le impone.

Ello lleva a la representación pública a la conclusión de que el enjuiciamiento de la exención del servicio militar y del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y sus consecuencias escapan a la jurisdicción del órgano judicial que plantea la cuestión, que sólo debe constatar objetivamente su presencia, so pena de invadir terrenos propios de otras jurisdicciones.

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. Serían los órganos jurisdiccionales competentes quienes podrían cuestionar entonces la posible discriminación introducida por el art. 11.2 de la L.O. 13/1991. Por su parte, la declaración de objetor de conciencia y sus consecuencias podrían igualmente haber sido objeto de impugnación, y en el seno de dicho proceso se podía haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad derivada del hecho de que sólo los varones menores de treinta años se vieran sometidos -en determinadas circunstancias- a la prestación social sustitutoria.

Añade el Ministerio Fiscal que ninguno de los elementos que exigen la ubicación subjetiva del autor en la situación que puede dar lugar al injusto es relevante en el momento procesal en que nos encontramos. La Audiencia Provincial de San Sebastián debe reducir sus funciones a elucidar si el reproche penal a quien rehúsa el cumplimiento de la prestación social sustitutoria es o no atentatorio a los principios y preceptos constitucionales, y -en caso negativo- aplicarlo.

Concluye el Fiscal General del Estado afirmando que la presente cuestión de inconstitucionalidad carece -por una parte- de juicio de relevancia, y -por 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 (aspecto que se plantea "derivativamente"), así como de que las mujeres no se vean sujetas a prestación social sustitutoria. Lo único que la Audiencia Provincial podría cuestionar es la constitucionalidad del reproche penal a quien se niega a un concreto deber público. Pero -en este caso- la cuestión aparecería como notoriamente infundada.

FUNDAMENTOS:

II. Fundamentos jurídicos

1. La decisión sobre la admisión o inadmisión de esta cuestión exige algunas precisiones previas sobre su objeto y fundamentación.

Dice el Tribunal penal que la cuestión tiene como objeto el art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984 (tipificador como delito de la negación del objetor a realizar la prestación social sustitutoria) y “derivativamente” el art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991 (de conformidad con el cual, y en lo que aquí importa, las mujeres están exentas del servicio militar obligatorio). Sin embargo, visto el reproche que a tales reglas se hace en la cuestión -discriminación por razón del sexo-, es de todo punto evidente que dicho hipotético vicio no podría identificarse nunca en el enunciado de la primera de las cuestionadas (art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984), pues este precepto penal está redactado en términos abstractos, para nada alusivos al sexo. Estando al propio planteamiento de la Audiencia, la discriminación por sexo nacería, m s bien, de las normas legales que configuran los deberes de prestación del servicio militar y de realizar, caso de exención por objeción de conciencia, la prestación social sustitutoria. En concreto, la inconstitucionalidad surgiría, en primer lugar, del art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991 (“Las mujeres están exentas del servicio militar”), aunque también el Auto da a entender la inconstitucionalidad de no haberse establecido una prestación social sustitutoria para las mujeres, reproche que conduciría -de aceptarse- a identificar una inconstitucionalidad “por defecto” en la Ley 48/1984, reguladora de tal prestación. Con independencia de esta última ambigüedad, es claro, en todo caso, que el objeto de la cuestión no podría ser nunca la regla penal en sí misma, sino las normas implícita o explícitamente invocadas en ella (elementos normativos del tipo) para configurar el ilícito. Dicho aún de otro modo: la cuestión resultaría “notoriamente infundada” si afectara sólo al repetido art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984.

El reproche de inconstitucionalidad se fundamenta, de otra parte, en la quiebra del principio de igualdad (art. 14) y, específicamente, en una supuesta discriminación legislativa por razón del sexo. Las alusiones que a lo largo del Auto de planteamiento se hacen a lo que podría ser una duda de discriminación “por razón de la edad” ni están fundamentadas en modo alguno ni parecen tener otro sentido que el de argumentar la tesis de la inconstitucional desigualdad entre sexos.

A partir de lo expuesto es ya posible examinar la viabilidad de esta cuestión.

2. La cuestión es manifiestamente inadmisibile: ni la regla en realidad cuestionada resulta aplicable en el proceso a quo ni, caso de que pudiera reconocerse su aplicabilidad, sería relevante el pronunciamiento sobre su constitucionalidad para la resolución de aquel proceso. Se ha desconocido con su planteamiento, en suma, las inexcusables condiciones de aplicabilidad de la norma y de relevancia de su constitucionalidad que fijan los arts. 163 de la Constitución y 35.1 de la LOTC.

La norma cuestionada no es, en primer lugar, aplicable en el proceso penal. Sí lo es, desde luego, el art. 2.3 de la Ley 8/1984, formalmente cuestionado en primer lugar, pero ya se ha dicho que no puede ser ésta la regla legal acaso discriminatoria (si así se entendiera la cuestión, habría que considerarla -vale repetir- “notoriamente infundada”: art. 37.1 de la LOTC).

Pero tampoco es aplicable en el proceso el otro precepto legal cuestionado, esto es, el art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991, norma que introduciría -en criterio del Tribunal penal- la discriminación por sexo. Es claro, a este respecto, 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, como con razón observa la Fiscalía General del Estado, 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 alguna, la norma (art. 11.2 de la Ley Orgánica 13/1991) que excluye a las mujeres del servicio militar obligatorio, pues dicho precepto en modo alguno contribuye a delimitar el deber o deberes cuyo incumplimiento presupone aquí el ilícito penal. En realidad, lo que la Audiencia de San Sebastián hace -o estima que debiera hacer- no es aplicar en el proceso el repetido art. 11.2, sino comparar la situación en él regulada (exención de las mujeres) con la propia situación del condenado aquí en la instancia, comparación de la que nace su duda de constitucionalidad. 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 arts. 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 este 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 y, en su caso, prestación social sustitutoria) con aquella otra que establece una exención para un elenco abstracto de personas. La cuestión de inconstitucionalidad, en suma, no es un instrumento para propiciar la "depuración abstracta del ordenamiento" (SSTC 17/1981, fundamento jurídico 1., y 36/1991, fundamento jurídico 3.), pero esto es lo que, de modo objetivo, se busca con la que ha planteado la Audiencia de San Sebastián.

FALLO:

Procede, por lo expuesto, declarar la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad (art. 37.1 de la LOTC).

Madrid, a trece de julio de mil novecientos noventa y tres.