

Auto	214/1996
Fecha	de 18 de julio de 1996
Sala	Pleno
Magistrados	Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don José Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Javier Delgado Barrio y don Tomás Salvador Vives Antón.
Núm. de registro	1442-1996
Asunto	Cuestión de inconstitucionalidad 1.442/1996
Fallo	Por lo expuesto, el Pleno acuerda la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1442/96, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia (art. 37.1 LOTC)

## **AUTO**

### **I. Antecedentes**

1. El 9 de abril de 1996 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 30 de marzo de 1996, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 135 bis i) del Código Penal, por su posible contradicción con los arts. 16.1, 30.1 y 2 y 53.2 de la C.E.

2. La cuestión trae causa del procedimiento penal abreviado seguido contra don Joaquín Martínez López por un presunto delito contra el deber de prestación del servicio militar previsto en el art. 135 bis i) del Código Penal.

Celebrado el acto del juicio, el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia, por providencia de 22 de febrero de 1996, otorgó a la defensa del acusado y al Ministerio Fiscal un plazo común e improrrogable de diez días para que pudieran alegar lo que estimasen oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 135 bis i) del Código Penal, «en concreto es el párrafo que dice "en su grado medio o máximo" por si dicho precepto, de aplicación al presente caso pudiera vulnerar el principio de proporcionalidad de las penas derivado de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la C.E.; así como contra la totalidad de dicho artículo (135 bis i C.P.) por si su regulación excediere el

contenido esencial del derecho-deber de defender a España previsto en el artículo 30.1 y 2 de la C.E. vulnerando el artículo 53.1 de la C.E. y el artículo 16.1 de la misma Constitución».

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

3. En la fundamentación del Auto de planteamiento, el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones: A) Comienza por señalar que ha tenido conocimiento a través de los medios de comunicación de que el Tribunal Constitucional, con fecha 28 de marzo de 1996, ha dictado Sentencia desestimando las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por distintos órganos judiciales, entre ellos por el ahora promotor de la presente cuestión, respecto a la posible quiebra del principio de proporcionalidad como consecuencia de la pena prevista para el delito de negativa a cumplir el servicio militar sic. Por ello, estima improcedente reiterar en este extremo la duda de constitucionalidad y la circunscribe a la segunda de las razones aducidas en la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal, esto es, a «si la totalidad del art. 135 bis i) C.P. excediese con su regulación el contenido esencial del derecho-deber de defender a España previsto en el art. 30.1 y 2 C.E. vulnerando con ello lo dispuesto en el art. 53.1 C.E. y el art. 16.1 de la misma Constitución».

En este sentido, entiende que la actual tipificación de la negativa a cumplir el servicio militar obligatorio efectuada por el art. 135 bis i) del Código Penal, basada en el art. 1.2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del servicio militar, excede del contenido esencial de lo dispuesto literalmente por el art. 30.2 de la C.E., vulnerando con ello los arts. 53.1 y 16.1 de la C.E. Dos son las razones que esgrime al respecto: en primer lugar, que el establecimiento en el texto constitucional de un derecho-deber para los ciudadanos no puede suponer automáticamente la sanción penal de su incumplimiento; y, en segundo término, que cuando la Constitución prevé que la vulneración a sus normas se sancionará penalmente, lo establece así expresamente.

En relación con la primera de las razones expuestas, se dice en el Auto de planteamiento que dentro de la misma Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título I de la C.E. se contempla, entre otros, además del derecho y deber de defender a España, el deber de trabajar y el derecho al trabajo (art. 35 C.E.). Sin embargo, si el Legislador angustiado por el problema creciente del paro estableciera que «las obligaciones laborales de los españoles a que se refiere el art. 35.1 de la Constitución consisten en trabajar desde los dieciocho a los veinte años en las instituciones públicas y servicios sociales de los distintos Ayuntamientos y

se sancionase como constitutiva de delito la conducta consistente en mantenerse ocioso y se mandase a prisión a los transeúntes y a los parados de este país... el legislador estaba excediendo en su regulación el contenido esencial del art. 35 al solventar acudiendo al Derecho Penal lo que puede -y debe- resolver por otras vías... Igual sucedería si se tipificase como delito la soltería (derecho al matrimonio del art. 32)». El órgano judicial proponente considera, por el contrario, que la sanción como punible de una conducta sólo en los casos excepcionales que ataque gravemente la convivencia en sociedad está amparada por el contenido esencial del derecho, sin que pueda sancionarse penalmente la no participación activa del ciudadano en las instituciones del Estado, No cuestiona la potestad del legislativo para sancionar, vetar o paliar las consecuencias de determinadas conductas individuales que afecten negativamente las expectativas de la sociedad general acerca de lo que «deba ser» el funcionamiento «normal» de los administrados, sino que -se precisa en el Auto de planteamiento- para la obtención de tal conducta uniforme y pretendidamente «normal» por cuanto deseable, el poder legislativo pueda hacer uso de la facultad punitiva sin vulnerar la C.E.

Y ello porque entiende que cuando la C.E. prevé que la vulneración de sus normas se sancionará penalmente, lo establece así expresamente. Salvo los derechos y libertades fundamentales de los arts. 14 a 29 de la C.E., cuya protección es absoluta, el resto de los derechos y deberes de los ciudadanos son inhábiles para imponerse penalmente si expresamente no está prevista su sanción penal. En este sentido, es indiscutible que la C.E. no establece sanción penal para el incumplimiento del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria.

En definitiva, no previendo el art. 30 de la C.E. sanción penal para el incumplimiento de los deberes en él instituidos, el límite sancionador ha de quedar necesariamente relegado al ámbito administrativo y, en consecuencia, la punición que efectúe el art. 135 bis i) del Código Penal es exorbitante a lo previsto en el art. 30.2 de la C.E., vulnerando, además, el derecho a la libertad ideológica por cuanto supone restricciones intolerables a la libertad individual de consecuencias tan sumamente penosas que hacen inoperante tal derecho. En relación con el último de los derechos fundamentales mencionados se dice en otro pasaje del Auto de planteamiento que aquel derecho -a la libertad ideológica- «se ve limitado en cuanto que quienes se oponen al cumplimiento del servicio militar obligatorio... se ven sometidos a la punición que de su antimilitarismo efectúa el art. 135 bis i) C.P., estimando esta juzgadora que tal punición constituye un límite que hace impracticable tal derecho, por obligar al ciudadano a afrontar unas consecuencias quasi-heroicas para su antimilitarismo...».

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 3 de junio de 1996, acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días y a los efectos que determina el último inciso del art. 37.1 de la LOTC, formulase alegaciones acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad por si la misma pudiera resultar carente de objeto como consecuencia de la STC 88/1996, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.883/95.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado con fecha 21 de junio de 1996, en el que interesó se dicte Auto, debidamente motivado, decretándose la inadmisión a trámite de la cuestión planteada, con base en la argumentación que, a continuación, se resume: En la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve la STC 88/1996, la duda de constitucionalidad del órgano judicial versaba sobre la posible inconstitucionalidad de la pena prevista en el art. 135 bis i) del Código Penal por su contradicción con los arts. 1.1, 9.3, 10.1 y 25.2 de la C.E., proyectándose aquella duda sobre la proporcionalidad de la pena establecida en el citado precepto legal. En la mencionada Sentencia, que en sus fundamentos jurídicos se remite a la STC 55/1996, se declaró que dicha pena no vulneraba la C.E. en lo que se refiere a su proporcionalidad con el ilícito tipificado.

En la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia, la duda de constitucionalidad respecto al art. 135 bis i) del Código Penal, tras desistir de contrastarlo con el principio de proporcionalidad, presenta otro enfoque, pues versa la misma sobre si el citado precepto legal excede del contenido del derecho-deber que configuran los arts. 30.1 y 2 de la CE., así como si vulnera el derecho a la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 de la C E .

Un juicio comparativo entre una y otra, sin perder de vista la referencia a la STC 55/1996, permite llegar a la conclusión que la presente cuestión de inconstitucionalidad esta ya resuelta en la mencionada STC 88/1996, dado que si el Tribunal Constitucional declaró entonces que las penas con las que se conmina el ilícito que describe el art. 135 bis i) del Código Penal no son desproporcionadas a la luz de los preceptos constitucionales antes citados, parece obvio que está aceptando la constitucionalidad del tipo mismo y de la pena en abstracto, puesto que no es concebible mayor desproporción de la pena que aquélla que resulta de sancionar penalmente una conducta que no merece tal sanción.

Aunque en principio cabe cuestionar sucesivamente, según resulta del art. 38.1 de la LOTC, la constitucionalidad de una norma respecto de preceptos constitucionales diversos si una cuestión anterior hubiere sido desestimada, el presente supuesto ofrece la singularidad de que, como hemos advertido, la cuestión que se plantea esta ineludiblemente comprendida en la que ya resolvió el Tribunal Constitucional mediante la STC 88/1996, cuyo pronunciamiento negativo de inconstitucionalidad respecto de la proporcionalidad de la pena no es concebible si no se parte previamente de la procedencia de la sanción penal considerada en abstracto y de la legitimidad del tipo de delito.

Las razones expuestas, concluye el Fiscal General del Estado, conducen a entender que concurre en la cuestión de inconstitucionalidad planteada la causa de inadmisión que previene el último inciso del art. 37.1 de la LOTC, esto es, se trata de una cuestión notoriamente infundada como consecuencia de la pérdida de su objeto por el pronunciamiento de la STC 88/1996, y en razón del valor de cosa juzgada que de ella se deriva de conformidad con los arts. 38.1 de la LOTC y 5.1 de la L.O.P.J.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. El Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia eleva cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 135 bis i) del derogado Código Penal, que tipifica como ilícita la conducta de quien citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusare sin causa legal este cumplimiento.

El órgano judicial proponente manifiesta en el Auto de planteamiento que ha tenido conocimiento de la STC 55/1996, en la que el Tribunal Constitucional desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas, una de ellas por él mismo, respecto al 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 la objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el art. 45 de la LOTC, en la que se abordó el problema jurídico-constitucional de la desproporción de las penas que se asignan al comportamiento del objetar de conciencia al servicio militar que rehúsa cumplir la prestación social sustitutoria. En este extremo, estima resuelta en virtud de la citada Sentencia la duda de constitucionalidad que le suscitaba el citado art. 135 bis i) en el momento de proceder en el proceso a quo a la apertura del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal. En consecuencia, circunscribe su duda de constitucionalidad en relación con el mencionado precepto legal, tal y como la delimita en el Auto de planteamiento, a la

determinación de si el legislador al haber tipificado como ilícito penal el incumplimiento del deber de prestar el servicio militar pudiera haber excedido el contenido esencial del derecho-deber de defender a España, previsto en el art. 30.1 y 2 de la C.E., y con ello, además, vulnerar el art. 53.1 de la C.E. y el derecho a la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 de la C.E., ya que, en su opinión, el establecimiento en el texto constitucional de un derecho-deber para los ciudadanos no puede suponer automáticamente la sanción penal de su incumplimiento, la cual sólo procedería cuando el propio texto constitucional haya expresamente previsto que la vulneración de sus normas se sancionará penalmente.

2. La respuesta a la duda de constitucionalidad planteada ha de partir, como señala el Fiscal General del Estado, de la doctrina de este Tribunal Constitucional recogida en la STC 55/1996, a cuya fundamentación jurídica se remite la STC 88/1996, en la que se desestimó una cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con el citado art. 135 bis i) con base en argumentos idénticos a los esgrimidos en las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas en aquella Sentencia. De acuerdo con dicha doctrina, sintéticamente resumida, corresponde a la potestad exclusiva del legislador configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que se pretenden evitar y las penas con las que se intenta conseguirlo (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 3. ; 160/1987, fundamento jurídico 6.b); ATC 949/1988). De modo que «en el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de una plena libertad». En esta materia, la función de control de este Tribunal frente a la acción del legislador, «lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, ... (ha) de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme más ni nada menos que su

sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma» (STC 55/1996, fundamento jurídico 6 ).

Descendiendo de lo general a lo particular, en cuanto a la posible vulneración por el legislador del art. 30.1 y 2 de la C.E. al haber tipificado como ilícito penal el incumplimiento del deber de prestación del servicio militar, ha de traerse a colación la doctrina sentada en la STC 60/1991, en relación con el antiguo art. 127 del Código Penal Militar, que fue dejado sin contenido por la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del servicio militar (Disp. adic. octava) para pasar a constituir la conducta en él tipificada el mencionado art. 135 bis i) del Código Penal. Como entonces dijimos, el bien jurídico tutelado en el delito contra el deber de prestación del servicio militar es el cumplimiento del servicio militar obligatorio, obligación que impone la Ley (art. 1.2 Ley Orgánica 13/1991) 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 protege el interés del Estado de la defensa militar de España y es congruente con la obligatoriedad del propio servicio militar, obligatoriedad que también significa 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 de la C.E.. El art. 30.1 y 2 de la C.E., a la vez que impone una revisión profunda de la regulación del servicio militar obligatorio, «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... la negativa expresa y sin causa legal de cumplir el servicio militar». En definitiva, la relevancia constitucional del deber de defensa de España y el cumplimiento de la obligación militar impuesta por la Ley a realizar un servicio militar obligatorio ha permitido al legislador tipificar como delito la conducta de quien se niegue injustificadamente a cumplir el servicio militar, dados los bienes, valores e intereses constitucionales, en relación con el bien jurídico de la defensa nacional, puestos en juego por la omisión del cumplimiento de ese servicio (fundamento jurídico 5.º).

A la luz de la doctrina constitucional expuesta, ha de concluirse, pues, que la tipificación como ilícito penal del incumplimiento sin causa legal justificada del servicio militar que se contiene en el art. 135 bis i) del Código Penal no vulnera el contenido esencial

del deber de defensa previsto en el art. 30.1 y 2 de la C.E., ni, en consecuencia, el art. 53.1 de la C.E.

3. La violación del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 C.E.) se anuda inicialmente en el Auto de planteamiento a la vulneración del art. 30.1 y 2 de la C.E., por lo que al no existir ésta, lógicamente debe también desestimarse aquélla.

No obstante, en relación con la libertad ideológica se afirma también en otro pasaje del Auto de planteamiento que la misma resulta limitada por el precepto legal cuestionado, en cuanto quienes se oponen al cumplimiento del servicio militar obligatorio «se ven sometidos a la punición que de su antimilitarismo efectúa el art. 135 bis i) C.P.», estimando el órgano judicial proponente «que tal punición constituye un límite que hace impracticable tal derecho, por obligar al ciudadano a afrontar unas consecuencias quasi-heroicas para su antimilitarismo... » Como hemos señalado en la STC 55/1996, a cuya fundamentación jurídica se remite, como hemos hecho en la STC 88/1996, para desestimar el vicio de inconstitucionalidad que se imputa al precepto cuestionado, lo es en el planteamiento del órgano judicial proponente una asimilación que no se puede aceptar «entre la concreta y personal afectación a las convicciones íntimas que generan el cumplimiento del deber general de prestar el servicio militar, conflicto a cuya solución sirve el reconocimiento de la eficacia eximente de la objeción de conciencia a dicho servicio, y la oposición ideológica a las normas que regulan ese deber y el del cumplimiento de otras prestaciones sustitutorias, cuyo cauce natural de desarrollo se encuentra en un Estado democrático en las libertades públicas constitucionalmente proclamadas y, muy especialmente, en las de expresión, participación política y asociación» (fundamento jurídico 5 °). En otras palabras, quienes objetan por motivos de conciencia al servicio militar obligatorio tienen reconocido el derecho a no realizar el servicio militar o, más técnicamente, a que se les exima del deber de prestarlo, pero la Constitución no les reconoce ningún derecho a negarse a realizar el servicio militar o, en su caso, la prestación social sustitutoria como medio para imponer sus particulares opciones políticas acerca de la organización de las Fuerzas Armadas o de su radical supresión.

En suma, como hemos reiterado en otras resoluciones, so pena de vaciar de contenido los mandatos constitucionales o legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 de la CE no resulta por sí sólo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes constitucional o legalmente establecidos (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994, 55/1996; AATC 1227/1988, 71/1993).



## ACUERDA

Por lo expuesto, el Pleno acuerda la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1442/96, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Valencia (art. 37.1 LOTC)

Madrid, a dieciocho de julio de mil novecientos noventa y seis