

EL DELITO DE INSUMISIÓN Y LA JURISDICCIÓN MILITAR

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991)

Doctrina constitucional sobre la jurisdicción militar

Con anterioridad a la Sentencia de 14 de marzo de 1991, el Tribunal Constitucional (TC) ha tenido oportunidad de pronunciarse en muy diferentes ocasiones acerca de la jurisdicción militar. Ha sentado así una "doctrina constitucional" que vamos a tratar de comprender a continuación.

El Tribunal se ha manifestado en torno a los argumentos que suelen aducirse en orden a la justificación de la existencia de esta jurisdicción. Puede detectarse una cierta convergencia doctrinal respecto a la idea de que la justicia militar no es un fin en sí, sino tan sólo un medio para mantener la eficacia de los Ejércitos, algo de todo punto necesario a la vista de las trascendentales misiones que éstos deben cumplir, y que en el caso español se hallan perfectamente especificadas en el artículo 8 de nuestra Norma Suprema. Pues bien, en esta misma dirección se ha pronunciado nuestro "interprete supremo de la Constitución, para el que la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 de nuestra Constitución está en la base de la ulterior consideración de que la configuración idónea y eficaz de aquéllas en orden al cumplimiento de sus altos fines representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional:

"No puede caber duda —afirma a este respecto el Tribunal (1)— que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 de la Constitución española, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional, el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines (...). A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual".

Y de esta específica configuración institucional de las Fuerzas Armadas, exigida en su último término por la necesidad de, llegado el caso, cumplir con eficiencia sus trascendentales funciones para el Estado, deriva la conveniencia de una jurisdicción castrense. Así se ha encargado de precisarlo el TC:

(1) Auto del Tribunal Constitucional (ATC) núm. 375/1983, de 30 de julio, fundamento jurídico (fund. jur.) 2.

“... (las Fuerzas Armadas) necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el artículo 8.1 de la Constitución española les asigna, una especial e idónea configuración, de donde surge, entre otras singularidades, el reconocimiento constitucional de una jurisdicción castrense estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la jurisdicción ordinaria” (2).

Esta singularidad de la jurisdicción militar, se traduce en el hecho de que no pueda organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto substantivas como procesales respecto de la jurisdicción ordinaria (3). Así lo ha admitido el TC, que, sin embargo, en otro momento, ha precisado (4) que la circunstancia precedente no es óbice para que el derecho sustantivo, penal y disciplinario, como también el proceso penal y disciplinario militar, hayan de encontrarse en su regulación acomodados a la Constitución. Resulta incuestionable —dirá el Tribunal— que el enjuiciamiento militar, sin perder por ello sus peculiaridades, ha de verse configurado por la Constitución vigente.

El reconocimiento constitucional de la singularidad de la jurisdicción militar, que encuentra pleno apoyo no sólo en el hecho de que nuestro constituyente se haga eco de la institución, sino en el de que, además, la contemple nada más proclamar el principio de unidad jurisdiccional, se formula circunscribiéndola de inmediato al “ámbito estrictamente castrense”. En efecto, el verbo “regulará”, (“la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense ...”), en el inciso segundo del artículo 117.5 de nuestra *Lex Superior*, no está marcando tanto la inexcusabilidad de que el legislador proceda a normativizar la jurisdicción militar, cuando la ineludibilidad de que, llegado el momento de proceder a tal normación, el ámbito competencial que se reduzca a esta jurisdicción sea el “estrictamente castrense”. Ello impone, como ha reconocido el mismo Tribunal (5), una consideración forzosamente restrictiva del alcance de esa jurisdicción a los supuestos previstos constitucionalmente.

Este carácter restrictivo que el artículo 117.5 impone a la jurisdicción castrense, que se conforma como una jurisdicción de carácter especial, se proyecta en una doble dirección:

- a) De un lado, en una presunción general de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuya *vis* atractiva debe operar como pauta general. De ello el TC ha entresacado una importante consecuencia de carácter procesal: “no basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar, la simple invocación de que haya motivos que la justifiquen, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen” (6).
- b) De otro, en un criterio hermenéutico de la legislación del desarrollo del referido artículo 117.5, sobre la base del propio valor interpretativo del mismo. “El precepto —razona el Tribunal (7)— remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene también un valor interpretativo de aquella regulación. En este sentido y prescindiendo de la hipótesis del estado de sitio (...), resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al ‘ámbito estrictamente castrense’. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente” (8).

(2) Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) núm. 97/1985, de 29 de julio, fund. jur. 4.

(3) STC 180/1985, de 19 de diciembre, fund. jur. 2.

(4) STC 97/1984, de 19 de octubre, fund. jur. 2.

(5) STC 93/1986, de 7 de julio, fund. jur. 8.

(6) STC 75/1982, de 13 de diciembre, fund. jur. 4.

(7) *Ibidem*, fund. jur. 2.

El artículo 117.5 contempla la jurisdicción castrense en un inciso que sigue inmediatamente a otro en el que se proclama el principio de unidad jurisdiccional, ("el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales"). La unidad jurisdiccional entraña la existencia de una organización judicial (que se refleja en los juzgados y Tribunales) que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad ("juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado"), y de conformidad con unas normas de competencia y procedimentales previamente establecidas por las Leyes con carácter general. Se trata, en definitiva, de que no exista ni una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la jurisdicción ordinaria. De esta forma, el principio de unidad se conecta estrechamente con el de independencia. Como afirma Gimeno Sendra (9), en el Estado de Derecho, la función de juzgar debe estar encomendada a un único conjunto de Jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación de su constitución e independencia esté expresamente desterrada.

Esta trascendente manifestación del principio de unidad no es, en último término, sino un reflejo del derecho al Juez natural, esto es, del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley que consagra el artículo 24.2 de nuestra Norma Suprema.

Como bien sostiene Serrano Alberca (10), la clave del principio de unidad está en que la garantía de independencia de los Jueces sólo se consigue con la existencia de "una organización judicial ordinaria", entendiéndose por tal, aquélla que está prevista por la Ley con carácter general, tanto en cuanto a sus órganos, como en cuanto a su competencia y procedimiento. De ahí que el artículo 117.6 prohíba de modo absoluto los Tribunales de excepción y que el artículo 117.5 circunscriba la jurisdicción militar al "ámbito estrictamente castrense".

La *Bonner Grundgesetz* ha reflejado con notable claridad esta doble vertiente, subjetiva y objetiva, al prescribir en su artículo 101.1 que: "serán ilícitos cualesquiera Tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal".

Pues bien, El TC, entre nosotros, ha establecido idéntica vinculación entre el principio de unidad jurisdiccional y el derecho al Juez natural, al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Ya, en su Sentencia 75/1982 (11), el Tribunal sostendría que "el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria". Desarrollando más esta consideración, en su Sentencia 111/84 (12), nuestro "intérprete supremo" de la Constitución entiende que si bien el precepto del artículo 24.2 garantiza a toda persona un Juez ordinario previamente determinado mediante la institución jurídico-pública de las competencias legales, su formulación debe verse, además, desde la conceptualización de la jurisdic-

(8) En su Sentencia 93/1986, de 7 de julio (fund. jur. 8), el TC proyectaba este principio hermenéutico a la revisión de sanciones administrativas impuestas en el seno de organizaciones específicamente excluidas por la Ley de las Fuerzas Armadas (en el supuesto de referencia las fuerzas de policía), entendiéndose que tal revisión quedaba fuera del alcance del "ámbito estrictamente castrense" contemplado por la Constitución.

(9) José Vicente Gimeno Sendra: *Los principios constitucionales de monopolio y unidad jurisdiccional*, en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la Legislatura Penal*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 307 y siguientes; en concreto, p. 318.

(10) José Manuel Serrano Alberca: *Comentario al artículo 117.5*, en Fernando Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, 2.ª edición, Madrid, 1985, pp. 1.666 y siguientes; en concreto p. 1.669.

(11) STC 75/1982, de 13 de diciembre, fund. jur. 1.

(12) STC 111/1984, de 28 de noviembre, fund. jur. 3.

ción militar como jurisdicción especial que, cabalmente, por ese carácter, frente a la regla general de la jurisdicción ordinaria no consiente interpretaciones que llevan más allá de lo que se define por referencia al “ámbito estrictamente castrense”.

Es precisamente por ello, por lo que el conocimiento por la jurisdicción militar de una causa no ajustada a aquel ámbito, puede verse desde la cara del artículo 117.5, entendiéndose que no respeta la regla constitucional delimitadora del ámbito jurisdiccional castrense, aunque también desde la perspectiva del artículo 24.2, y ello no sólo por el valor que tiene la formulación constitucional en cuanto utiliza el término “ordinario”, indicativo de un órgano jurisdiccional integrado en la jurisdicción ordinaria, sino por la consideración más general de que “la predeterminación, mediante la formulación de las competencias legales, comprenden las que definen al ámbito castrense exceptuado de la regla general de la jurisdicción ordinaria”.

A la vista de las anteriores reflexiones, la conclusión es inequívoca:

“Puede llevarse al recurso de amparo la transgresión de las reglas definidoras de la jurisdicción, en cuanto a su formulación, o en su interpretación o aplicación, resulte incompatible con el alcance que a la jurisdicción militar asigna el artículo 117.5, pues implicaría a la vez violación del artículo 24.2”.

En definitiva, pues, el quebrantamiento del artículo 117.5 mediante la atribución a la jurisdicción castrense de un asunto de la competencia de la jurisdicción ordinaria, supone una lesión del derecho al Juez ordinario que proclama el artículo 24.2 de la Constitución (13).

Estos son en síntesis, algunos de los trazos fundamentales sobre los que se ha diseñado y perfilado la jurisdicción militar en la jurisprudencia del TC. Éste, sin embargo, a vuelto a retomar el tema en su Sentencia 60/1991, de 14 de marzo (14), dictada a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 545/1990, promovida por el Juzgado Togado Territorial núm. 46, con sede en Pamplona, por la supuesta inconstitucionalidad del artículo 127 del Código Penal Militar (CPM) por contradicción con los artículos 117.5 y 24.2 de la Constitución. A los pronunciamientos jurisprudenciales de esta Sentencia nos referimos a continuación.

La posición del Tribunal en la Sentencia 60/1991

El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

El Auto de 27 de febrero de 1990, del Juzgado Togado Territorial núm. 46, con sede en Pamplona, plantea la cuestión de inconstitucionalidad “de atribuir a la jurisdicción castrense, por imperativo del artículo 127 del CPM la conducta de negativa ilegal a la prestación del servicio militar en tiempo de paz (15) toda vez que tal competencia excedería

(13) Esta jurisprudencia ha sido reiterada, entre otras, por la STC 105/1985, de 7 de octubre fund. jur. 3; asimismo, por la STC 66/1986, de 23 de mayo, fund. jur. 3.

(14) Publicada en el *BOE* de 16 de abril de 1991.

(15) A tenor del párrafo primero del artículo 127 del CPM: “El español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años”. El precepto se completa con un segundo párrafo del siguiente tenor: “Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra”.

del ámbito estrictamente castrense, al que queda circunscrita tal jurisdicción por el artículo 117.5 de la Norma Fundamental; de así entenderse al continuar conociendo de este asunto, quedaría igualmente infringido el artículo 24.2 de la Constitución española que garantiza el Juez ordinario predeterminado por la Ley”.

Parte el Juez Togado Militar de la trascendencia de decidir la jurisdicción competente para conocer una determinada conducta, pues la atribución indebida de un asunto a una jurisdicción especial entraña la vulneración del artículo 24.2 de nuestra *Lex Superior*.

A partir de aquí, entiende que no basta con que una determinada conducta esté encuadrada en el CPM, para considerarla constitucionalmente propia de la jurisdicción militar; para que sea así, no deberá ir más allá del “ámbito estrictamente castrense”, expresión que encierra un concepto absolutamente objetivo, que no depende por ello mismo de si el sujeto es militar o civil, por lo que también ciertas conductas de “paisanos” podrían caer en tal ámbito. Ello no obstante, en el Auto de planteamiento de la cuestión se considera que el artículo 128 del CPM (16), realiza una ficción legal absolutamente innecesaria al considerar “militar” a los efectos, entre otros, del artículo 127, a los mozos y reclutas, redundancia que hace sospechar las dudas de constitucionalidad que pudo tener el legislador en su momento.

Sobre la base de las reflexiones precedentes, el Juez cuestionante sustenta su tesis jurídica —la conducta punible que tipifica el artículo 127 del CPM no es incluíble en el “ámbito estrictamente castrense”— en un doble orden de argumentos:

- a) En cuanto a la regulación del servicio militar obligatorio —que hunde sus raíces en la propia Constitución— pertenece al Derecho administrativo, por lo que en su vertiente contencioso-administrativa es de la competencia de la jurisdicción ordinaria, “cabría que fuera atribuida” asimismo a la jurisdicción ordinaria de la protección jurídica del mismo en el ámbito penal. Debe corresponder a la misma jurisdicción —se afirma en el Auto de planteamiento de la cuestión— la normativa que prepara al ciudadano para cumplir su deber constitucional, o ampara su derecho a la exención del mismo; en este caso, la vía penal ordinaria para las cuestiones delictivas y la contencioso-administrativa respecto a las decisiones administrativas.
- b) El ámbito de la jurisdicción militar, no es estrictamente militar sino el “estrictamente castrense”, precisión terminológica con la que, según el Juez cuestionante, se estaría haciendo referencia al campamento militar, a lo militar en cuanto relación de trabajo, excluyendo por ello mismo una conducta “precastrense” como la contemplada por el artículo 127 del CPM. A este respecto, se entiende que los actos previos a la entrada en el servicio militar, en ningún momento son estrictamente castrenses, siendo actividades administrativas previas de colaboración, cuya revisión corresponde a la vía contencioso-administrativa. Es por ello por lo que se estima excesivo la atribución a la jurisdicción militar de la protección penal de estas mismas actividades, a través de la figura del artículo 127 del Código castrense, llegándose a la conclusión de que tal atribución de competencia “podría constituir violación de las fronteras que impone el artículo 117.5 de la Constitución española”.

(16) De conformidad con el artículo 128 del CPM: “A los efectos de los artículos 124 a 127, se consideraran militares a los mozos y reclutas en los términos previstos en la Ley de Servicio Militar y a los soldados que, en situación de reserva, fuesen llamados a filas desde el momento que tengan obligación de presentarse”.

Las alegaciones de la Fiscalía General del Estado y de la Abogacía del Estado

En su escrito de alegaciones, el Fiscal General del Estado comienza efectuando un replanteamiento de la cuestión, que debe formularse no preguntando si la atribución del delito a la jurisdicción militar es constitucional, sino si la inclusión en el CPM de la conducta tipificada —lo que determina su atribución a la jurisdicción militar—, es o no constitucional.

Por su parte, el Abogado del Estado irá aún más lejos al entender que el Tribunal carece de jurisdicción para resolver la cuestión, pues lo que realmente se cuestiona es si la atribución a la jurisdicción castrense en tiempos de paz del conocimiento del delito tipificado en el artículo 127 del CPM, desborda el ámbito de lo estrictamente castrense, y tal atribución no resulta de aquel precepto, sino del artículo 12.1 de la LO 4/1987, en relación con el artículo 3.2 de la LO 6/1985, del Poder Judicial.

En definitiva, no se cuestiona la constitucionalidad del propio artículo 127 del CPM sino su consideración como delito militar en tiempo de paz, pretensión que significa alterar la voluntad legislativa y solicitar del TC que modifique el CPM, extrayendo de él la negativa injustificada a cumplir el servicio militar en tiempo de paz, para incluirla en el Código Penal común, petición que el Abogado del Estado considera función ajena a las propias del "intérprete supremo" de la Constitución.

En lo que al fondo de la cuestión se refiere, el Abogado del Estado estima que el "ámbito estrictamente castrense" es un concepto constitucional indeterminado cuya concreción corresponde en principio al legislador. Para los órganos encargados de aplicar el derecho, tal concepto constitucional se traduce en una dirección hermenéutica: los enunciados legales con que se atribuyen asuntos o materias a la jurisdicción castrense deben ser interpretados restrictivamente. En cambio, cuando se trata de acotar la libertad política del legislador democrático, el "ámbito estrictamente castrense" tiene escaso poder constrictivo, y no puede llevarse más allá de exigir a las Cortes Generales una apreciación no arbitraria del nexo entre el asunto atribuido a la jurisdicción militar, y la esfera estrictamente castrense. Para el Abogado del Estado, en el caso del artículo 127 del CPM, no ha existido apreciación arbitraria de tal nexo.

Rechaza igualmente el Abogado del Estado los dos argumentos sustentados por el Juez cuestionante en pro de su tesis: de un lado, que al pertenecer la regulación del servicio militar al Derecho administrativo, la protección jurídica de ese servicio en el orden penal debiera quedar atribuida a la jurisdicción ordinaria, al igual que lo está en el orden contencioso-administrativo; de otro, que la negativa a la prestación del servicio es una conducta "precastrense".

En relación con la primera de esas argumentaciones, el Abogado del Estado aduce que la limitación de la jurisdicción militar —que es, ante todo, jurisdicción penal y jurisdicción revisora en materia disciplinaria— invalida el argumento de que la jurisdicción contencioso-administrativa controla la legalidad de las actividades de reclutamiento, puesto que *la misma controla toda la actividad sujeta al Derecho administrativo de la Administración militar, a excepción de la materia disciplinaria, que además, es dudoso que se pueda considerar como estrictamente administrativa.*

En cuanto a la argumentación etimológica que el Juez cuestionante hace de "lo castrense", es rechazada por el Abogado del Estado, que entiende de que "lo castrense" no designa sólo al campamento, sino a todo lo perteneciente o relativo al Ejército y al estado o profesión militar, identificable, por tanto, también con el objetivo militar.

El Juez proponente no cuestiona el artículo 128 del CPM, aunque lo critica por entender que realiza una ficción legal absolutamente innecesaria. Frente a ello, el Abogado del Estado considera que en cuanto la condición de “mozo” o “recluta” denota una fase preliminar, coronada por la adquisición de la condición militar en sentido propio, no puede juzgarse irrazonable que se extienda el carácter militar a esas categorías o clases de personas, para proteger penalmente su normal progreso hacia la incorporación a filas.

Partiendo de análoga reflexión, el Fiscal General del Estado entiende que por el hecho de cumplir la edad y entrar en la clasificación provisional ya se está en el ámbito de “lo estrictamente castrense”, lo que no resulta extraño a la idea de servicio que late en la Constitución.

El servicio militar no agota el contenido del derecho y deber constitucional de defender a España, si bien puede considerarse como su concreción capital y prioritaria sobre cualquier otro servicio que pueda establecerse. Y la Constitución incluye el servicio militar obligatorio dentro de la esfera de las obligaciones militares de los españoles. Si a todo ello se añade que dentro de “lo estrictamente castrense” parece lógico que deba incluirse lo que el constituyente ha calificado expresamente como militar, la conclusión a que llega el Abogado del Estado será obvia: dentro del “ámbito estrictamente castrense” tendrá pleno encaje el servicio militar, incluso en tiempo de paz.

Y en cuanto el bien jurídico protegido por el artículo 127 del CPM, es la regular incorporación de los españoles a la esfera castrense, mediante la institución constitucionalmente prevista del servicio militar obligatorio, no podrá tacharse de arbitraria —desde una interpretación inmanente de los preceptos constitucionales, que exige elaborar “lo estrictamente castrense” a partir de los artículos 8 y 30.2 de la *Lex Superior*— la consideración de la negativa sin causa legal a cumplir el servicio militar como delito atribuido a la jurisdicción castrense.

La doctrina constitucional

En su fundamentación jurídica, el TC comienza reivindicando para sí la plena jurisdicción para resolver la cuestión que nos ocupa, puesta en duda, como vimos anteriormente, por el Abogado del Estado, al entender que lo realmente solicitado del Tribunal era una alteración de la voluntad legislativa: la exclusión del delito de insumisión del CPM y su inclusión en el Código Penal común.

Parte el Tribunal de que ningún reproche ni objeción puede hacerse si la declaración de inconstitucionalidad de una norma, implica una delimitación de las competencias de los órganos jurisdiccionales. Pues bien, en cuanto el Juez cuestionante plantea un problema de constitucionalidad el de si —el artículo 117.5 de la Constitución permite al legislador atribuir a la jurisdicción militar el conocimiento de un determinado delito, en vez de someterlo al conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria— el Tribunal se declara, sin duda alguna, competente para conocer del mismo: “corresponde al Pleno de este Tribunal conocer directamente de la eventual infracción del artículo 117.5 de la Constitución española por la atribución indebida, por la Ley a la jurisdicción militar de un asunto que, si no se pudiera calificar como estrictamente castrense, correspondería constitucionalmente a la jurisdicción ordinaria, y ello al margen del alcance que la declaración de inconstitucionalidad haya de tener sobre la validez del precepto” (17).

(17) STC 60/1991, de 14 de marzo, fund. jur. 1.

Queda claro, pues, el principio procesal de que la competencia del Tribunal no puede verse constreñida por la delimitación del alcance que una hipotética declaración de inconstitucionalidad pueda tener sobre la validez del precepto, lo que no obsta para que el Tribunal reconozca que la declaración de inconstitucionalidad de la atribución por la Ley de una competencia en contra del mandato contenido en el artículo 117.5 de la Constitución española, puede plantear problemas a efectos de identificar cuales sean los preceptos que hayan de ser declarados nulos para corregir el exceso legislativo, en cuanto que la determinación de la competencia judicial para conocer del delito previsto en el artículo 127 del CPM deriva de la conjunción de varios preceptos, tanto de la LO del Poder Judicial como la LO 4/21987.

En un orden próximo de consideraciones, admite el Tribunal que, entendida en su propia literalidad, la cuestión parece poner en tela de juicio la presunta inconstitucionalidad de una norma sustantiva: el tipo penal del artículo 127 del CPM, que no dé un aspecto procesal, como es la inconveniencia constitucional de que la jurisdicción castrense conozca del delito de insumisión, en vez de que tal conocimiento se atribuya a la jurisdicción penal ordinaria.

Sin embargo, el Tribunal, con una interpretación flexible, entiende no tanto a la literalidad, cuanto al espíritu, a la pretensión última del Auto de planteamiento de la cuestión, que, en realidad, lo que somete a la consideración de nuestro "intérprete supremo" de la Constitución es que el tipo penal del artículo 127 del CPM haya de ser enjuiciado por la jurisdicción militar. En definitiva, el objeto del proceso que nos ocupa no la idoneidad constitucional de la norma sustantiva de referencia —el artículo 127 del CPM—, sino la del mecanismo contenido en los artículos 3.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 12.1 de la LO 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción castrense, de los que resulta la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento del delito previsto por el referido artículo 127 del Código castrense (18).

Ahora bien, según entiende el Tribunal con toda razón, para examinar si aquellos preceptos, al atribuir tal competencia, han vulnerado los artículos 117.5 y 24.2 de nuestra Norma Suprema, resulta necesario valorar el carácter estrictamente castrense del delito tipificado por el artículo 127, para lo que el propio Tribunal se considera desde luego competente, por lo que rechaza la objeción procesal del Abogado del Estado, de falta de jurisdicción.

Antes de entrar en el fondo del asunto, se refiere el Tribunal al precepto que ha de ser tenido en cuenta para el enjuiciamiento constitucional (19).

Aunque el artículo que se supone infringido es el artículo 117.5, también se invoca el artículo 24.2 en relación al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, en línea con una reiterada jurisprudencia constitucional, en parte ya contemplada con anterioridad, de acuerdo con la cual, "el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria" (20), doctrina que ha sido aún más precisada respecto de la jurisdicción castrense, al sostener el TC (21) que "el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de

(18) De conformidad con el primer inciso del artículo 3.2 de la LO 6/1985, del Poder Judicial: "La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el CPM..." "A tenor del artículo 12.1 de la LO 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar: "En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: 1. Los comprendidos en el CPM."

(19) STC 60/1991, fund. jur. 2.

una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia, supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional".

En este sentido, si bien la alegada vulneración del artículo 117.5 podría implicar la del artículo 24.2, ello según el Tribunal, carece de trascendencia en el marco de un proceso de inconstitucionalidad en el que directamente ha de tenerse en cuenta, como fundamento de la inconstitucionalidad, el precepto más específico, esto es, el artículo 117.5.

El TC ha fijado en la Sentencia que nos ocupa la más completa doctrina en torno al artículo 117.5 de nuestra *lex legum*, precepto que ha establecido límites y exigencias muy estrictos a la Ley reguladora de la jurisdicción militar (22).

Desde una vertiente positiva, el citado precepto impone al legislador una transformación radical de su configuración y alcance, que se traduce, de un lado, en su sometimiento a los principios constitucionales relativos a la independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa, y de otro, en la reducción a muy estrechos límites de su posible ámbito competencial, eliminando la hipertrofia del mismo, que ha venido caracterizando en la España moderna a la jurisdicción militar.

El artículo 117.5 opera además desde una vertiente negativa, impidiendo una extensión inadecuada de la jurisdicción militar, limitación que se traduce, de una parte, en la imposibilidad de crear un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas a los Tribunales ordinarios, y de otra, en el impedimento de una sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales militares de cuestiones que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder en todo caso a los Tribunales ordinarios. "El artículo 117.5 —sostiene el Tribunal— impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la jurisdicción militar el conocimiento de delitos ajenos al ámbito de lo estrictamente castrense, por no poderse poner en conexión con los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas".

La noción del artículo 117.5 de "lo estrictamente castrense", que ha de ser interpretada a la luz de otros preceptos constitucionales, en particular los artículos 8 y 30 de la Constitución (23), sólo puede ser aplicada, a juicio del Tribunal, a los delitos exclusiva y estrictamente militares, tanto por su directa conexión con los objetivos, tareas y fines propios de las Fuerzas Armadas —que no son sino los que hacen referencia a la organización bélica del Estado, indispensable para la satisfacción de "las exigencias defensivas de la comunidad", consideradas en otro momento (24) como un auténtico bien constitucional— como por la necesidad de una vía judicial específica para su conocimiento y eventual represión.

(20) Esta jurisprudencia ha sido reiterada por el TC en numerosas ocasiones. Así, entre otras, en las Sentencias: 75/1982, de 13 de diciembre, fund. jur. 1; 111/1984, de 28 de noviembre, fund. jur. 3, *in fine*; 66/1986, de 23 de mayo, fund. jur. 3, y 4/1990, de 18 de enero, fun. jur. 3.

(21) STC 105/1985, de 7 de octubre, fund. jur. 3.

(22) STC 60/1991, fund. jur. 3.

(23) Recordemos que el artículo 8, entre otras previsiones, contempla las misiones que han de cumplir las Fuerzas Armadas: garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. A su vez, el artículo 30, tras proclamar el derecho y deber de todos los españoles de defender a España, habilita al legislador para que fije las obligaciones militares de los españoles, de entre las que la primera es el servicio militar; asimismo, contempla la objeción de conciencia.

(24) STC 160/1987, de 27 de octubre, fund. jur. 3. *in fine*.

Por lo demás, el artículo 117.5 refuerza esta exigencia restrictiva mediante el calificativo "estrictamente", que no se dirige sólo al órgano judicial —como parece entender el Abogado del Estado—, para que aplique de forma estricta la norma atributiva de competencia, sino también al propio legislador, limitando su margen de configuración del ámbito de la jurisdicción castrense.

Es a la vista de todas estas argumentaciones, como el Tribunal llega a la conclusión de que en cuanto jurisdicción especial penal, "la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como estrictamente castrenses, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido; con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (artículos 8 y 30 de la Constitución); con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense" (25).

Planteadas en tales términos la interpretación del artículo 117.5 de nuestra Norma Suprema, el Tribunal aborda los distintos órdenes de razones expuestas por el Juez cuestionante en apoyo de su tesis, de que la conducta punible del artículo 127 del CPM no es incluíble en el ámbito estrictamente castrense:

- a) El Tribunal considera inaceptable el argumento de que, como la materia del servicio militar en su vertiente contencioso-administrativa es conocida por la jurisdicción ordinaria, las conductas penales relacionadas con el tema deberían ser conocidas también por la jurisdicción penal ordinaria.

Justifica tal interpretación en que "el artículo 117.5 parte de la idea de la unidad jurisdiccional y de la especialidad singular de la jurisdicción militar en el ámbito de lo estrictamente castrense, pero no impone, como sostiene el Juez proponente, una 'unidad' de atribución de un mismo asunto en todas sus vertientes, penal, civil, admisinistrativa... etc." (26).

Recuerda al respecto nuestro "supremo intérprete" de la Constitución cómo es jurisprudencia reiterada de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo que el ámbito asignado por la Ley a la jurisdicción militar no incluye todo lo castrense, pues materias como las relativas al control de la Administración militar, han sido legalmente asignadas a la jurisdicción ordinaria, en este caso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En definitiva, el que determinados aspectos administrativos de la materia del servicio militar sean conocidos por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, resulta irrelevante a efectos de determinar constitucionalmente cuál sea el ámbito de lo estrictamente castrense y, en lo que aquí importa, para determinar el Juez penal competente para enjuiciar la responsabilidad penal por conductas relacionadas con el servicio militar.

Tampoco estima el Tribunal como argumento consistente el que la negativa a la prestación de un servicio social sustitutorio por el objetor de conciencia sea un delito

(25) STC 60/1991, fund. jur. 3, *in fine*.

(26) STC 60/1991, fund. jur. 4.

que se haya dejado fuera de la justicia militar, pues, bien al contrario, tal circunstancia es una lógica consecuencia del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y consiguiente liberación de la obligación de cumplir el servicio militar, sustituida por una prestación de carácter social que por su propia naturaleza no puede ser considerada como "militar".

De esta forma, frente a la consideración del Juez cuestionante, de que la atribución a la jurisdicción militar del conocimiento de la negativa a prestar el servicio militar, rompe la unidad del artículo 30 de la Constitución, el Tribunal se manifiesta en un sentido radicalmente contrapuesto: "es el propio artículo 30 el que quiebra la unidad entre la obligación de entrar en filas, que es de naturaleza militar, y la liberación de esa obligación por el ejercicio del derecho constitucional a la objeción de conciencia, que ha de ir acompañado por la imposición de un servicio social sustitutorio, de naturaleza no militar".

- b) El segundo orden de razones en favor de la inconstitucionalidad de la atribución a la jurisdicción castrense del conocimiento del delito de insumisión es, como ya vimos, el de que ningún acto o conducta previa a la entrada en filas o en el servicio militar puede considerarse como militar, de forma que la insumisión, o negativa a cumplir el servicio militar sin causa legal, es meridianamente "precastrense", por lo que la conducta delictiva consistiría en la omisión o incumplimiento de una obligación meramente administrativa, pero en ningún caso de naturaleza militar.

Como bien advierte el TC, tal razonamiento parte de una pretendida distinción entre el deber general del ciudadano de cumplir su servicio militar, que sería de carácter "civil", y el deber del que se acoge a dicho llamamiento y cumple tal obligación, en cuyo momento se transformaría en un específico deber "militar".

Ante esta argumentación del Juez cuestionante, el Tribunal dedicará dos fundamentos jurídicos de la Sentencia a tratar de desmontar las premisas de que aquella parte. Y así, de un lado, tras dejar clara la legitimidad constitucional de la imposición de sanciones penales para los insumisos, reconocerá la naturaleza militar del tipo penal del artículo 127 del CPM en atención al bien jurídico protegido. De otro, rechazará frontalmente que la calificación de la naturaleza de la obligación de prestar el servicio militar pueda depender de un acto de sujeción voluntario, pues las obligaciones militares, como cualesquiera otras obligaciones públicas, surgen *ex lege*. Nos ocuparemos sucesivamente de los dos órdenes de razonamientos del Tribunal.

El Tribunal, frente a la supuesta naturaleza "civil" del deber general de todo ciudadano de cumplir el servicio militar, precisa que aún sin dejar de reconocer que estamos en presencia de un deber cívico, de ciudadanía, ello no implica el carácter "civil" de una obligación que el primer inciso del artículo 30.2 califica como "obligación militar", ni desnaturaliza el carácter militar del servicio obligatorio y, por ende, de la obligación de prestarlo.

En consonancia con lo anterior, afirma el Tribunal que el bien jurídico que se tutela en el artículo 127 del CPM es el cumplimiento del servicio militar obligatorio (y no, como se afirma en el Auto, las actividades administrativas previas a la entrada en el servicio militar), deber primario que es el que permite al legislador establecer obligaciones militares y dentro de ellas un servicio militar obligatorio por una duración limitada.

La previsión legal del tipo delictivo del artículo 127, aparte de asegurar la igualdad de todos los españoles en el efectivo cumplimiento de una obligación constitucional-

mente impuesta, protege el interés del Estado de la defensa militar de España y es congruente con la obligatoriedad del propio servicio militar, obligatoriedad que significa también coerción y forzosidad.

Es evidente, a juicio del Tribunal, que “el texto constitucional, a la vez que impone una revisión profunda de la regulación legal del servicio militar obligatorio (27), también legitima al legislador para establecer las medidas de coerción que estime adecuadas, a fin de 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” (28).

Al unísono, el texto constitucional proporciona sólidos cimientos sobre los que apoyar la calificación como delito militar de la omisión del cumplimiento del servicio militar.

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

Como puede apreciarse, el Tribunal no fundamenta su postura en la relación del artículo 127 con el 128 del CPM —precepto este último que, como ya vimos, extiende la consideración de militar a ciertas clases de personas con referencia a delitos bien determinados: inutilización voluntaria, simulación para eximirse del servicio militar, negativas injustificada a cumplirlo—, sino que parece atender tan sólo a la naturaleza o materia del delito que se tipifica, con olvido del plano subjetivo, pese a haber considerado en la propia Sentencia, la condición militar del sujeto al que se imputa el delito como uno de los elementos relevantes para definir el concepto de “lo estrictamente castrense”.

A tal efecto, la siguiente reflexión jurisprudencial no deja resquicio alguno a la duda: “la protección de la particular situación jurídica que caracteriza al servicio militar en todo su conjunto, condiciona la tipicidad del hecho y faculta al legislador para calificarlo como de naturaleza militar, en cuanto tutela específicamente el cumplimiento del deber ciudadano del servicio militar, lo que afecta directamente al orden propio, la disciplina y el régimen de funcionamiento de la Defensa nacional encomendada constitucionalmente a las Fuerzas Armadas” (29).

Ahora bien, ello no obsta, como apuntaría en su voto particular discrepante el Magistrado señor de la Vega Benayas (30), para que pueda pensarse que la mayoría de los Magistrados del Tribunal consideró la previsión legal del artículo 128, valorándolo en relación con el precedente artículo 127 por razón de conexión. A este res-

(27) Esa revisión há de orientarse, de un lado, a poner en consonancia con los principios y valores constitucionales (artículo 8.2 Constitución española) la regulación legal del servicio militar, de otro, a asegurar, de acuerdo con el principio de concordancia práctica, el mínimo de sacrificio y limitación de la libertad del ciudadano que sea compatible con la dotación efectiva de medio humanos indispensables para las exigencias defensivas de la comunidad como bien constitucional.

(28) STC 60/1991, fund. jur. 5.

(29) STC 60/1991, fund. jur. 5.

pecto, creemos que no deja de ser significativa la alusión, antes referida, a la "condición subjetiva del justiciable", que se aduce junto al aspecto objetivo para justificar la calificación como delito militar en sentido propio de la conducta que nos ocupa.

En definitiva, el Tribunal viene a decirnos que estamos en presencia de un delito propiamente militar, calificación que requiere la condición militar del sujeto activo, circunstancia que si puede formalmente mantenerse es tan sólo debido a la asimilación que, a los efectos, entre otros, del artículo 127, hace el artículo 128 del propio CPM ("... se considerarán militares a los mozos y reclutas en los términos previstos en la Ley del Servicio Militar...").

Es por todo ello por lo que, aún no fundando su fallo en la relación del artículo 127 con el artículo 128, ni entrando a considerar los efectos de esa relación, no puede descartarse un influjo más o menos larvado de este último precepto en la construcción jurisprudencial llevada a cabo por nuestro "intérprete supremo" de la Constitución.

Es precisamente este aspecto el que constituye el núcleo central de la argumentación realizada por el Magistrado señor de la Vega Benayas en su voto particular discrepante del fallo de la mayoría.

Para el citado Magistrado, el tipo penal del artículo 127 del CPM está previsto para el ciudadano llamado, pero no integrado en filas, no militar todavía, que se niega al cumplimiento de un deber general. Y hasta tal punto el tipo penal está pensado previamente en el ciudadano civil, eso es, en el no militar, que el propio legislador, en el siguiente precepto (el artículo 128) asimila a los sujetos militares "a los mozos y reclutas" a los efectos penales.

Entiende el señor de la Vega Benayas que el artículo 128 del Código castrense, al establecer una asimilación —en realidad una analogía legal *in malam partem*— indebida o excesiva, provoca la vulneración del artículo 117.5 de la Constitución. En la lógica legal —a la vista de las previsiones de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar (31)—, el artículo 127, por la aludida asimilación, viene a someter a la jurisdicción militar al español —sujeto a reclutamiento— desde que cumpla los dieciocho años de edad, hasta los veinte, ya que la situación de disponibilidad puede durar hasta un año, en el que se realizará la efectiva incorporación a filas, y todo ello sin que el mozo o recluta deje de ser ciudadano civil hasta su incorporación. Estas previsiones contrastan con las del artículo 8 del propio CPM, cuyo número 2 considera militares a quienes con carácter obligatorio se hayan incorporado a las Fuerzas Armadas, mientras se hallen prestando el servicio en filas y, como resulta obvio, tan sólo desde el momento de su efectiva incorporación.

A la vista de todo lo expuesto, el Magistrado discrepante concluye significando que en cuanto el artículo 128 del CPM desvirtúa excepcionalmente esa calificación, debe considerarse inconstitucional, pues el carácter restrictivo con que la Constitución

(30) Voto particular a la STC 60/1991, 3.

(31) A los efectos de la Ley 19/1984, se entiende por "mozos" (artículo 3.3): "Los españoles sujetos a reclutamiento, desde el primero de enero del año en que cumplen los dieciocho de edad hasta su pase a la situación de disponibilidad, prevista en el artículo 26" (precepto éste a cuyo tenor, tal situación empieza el primero de enero del año en que se cumplan los diecinueve de edad. Según la propia Ley, se entiende, a efectos de la misma, por "reclutas" (artículo 3.4): "Los españoles sujetos a las obligaciones del servicio militar, desde que pasan a la situación de disponibilidad hasta que prestan juramento de fidelidad a la Bandera, juramento que se realizará de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes".

admite la jurisdicción militar, que ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, para interpretar la legislación correspondiente, choca frontalmente con el hecho de que en el período de vida previo al servicio militar, de los dieciocho a los veinte años, un ciudadano pueda ser integrado en el "ámbito castrense", "pues ninguna relación tiene el mozo o recluta en ese tiempo con la vida y disciplina militares y sólo por vía de forzada analogía puede ser considerado como tal" (32).

Hecha abstracción de la condición de la persona, civil o militar, es cierto que una consideración objetiva del concepto "ámbito castrense" permitiría incluir en él la acción y autoría de cualquier persona a la vista de la materia o naturaleza del hecho que da vida al tipo penal.

Ahora bien, como el mismo Magistrado señor de la Vega Benayas entiende, tal inclusión ha de tener suficiente causa y justificación, pues no cabe olvidar que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley tiene la naturaleza de derecho fundamental y por tanto debe entenderse expansivamente.

Frente al fallo del Tribunal, que se asienta, en último término, en la consideración de que la conducta punible del artículo 127 cae dentro del ámbito castrense por cuanto el bien jurídico protegido afecta a los Ejércitos, y en ese sentido el sujeto puede ser lícitamente considerado militar, el Magistrado discrepante subraya que "no basta la consideración de la materia o del objeto del delito, o el carácter militar de las obligaciones y deberes que en el tipo se describen para integrarlo en el ámbito castrense. La consideración del autor, de la persona, es también, no sólo relevante como se admite por el texto de la mayoría, sino decisiva en muchos casos para la atribución de la competencia" (33). Y esto es lo que, implícitamente, resulta de toda la apreciación del problema, en el que late y opera de ese modo la analogía establecida por el artículo 128 del CPM.

Aún sin poner en duda la especial caracterización del bien jurídico protegido, ni su importancia, ni uno ni otro dato pueden justificar —de nuevo a juicio del Magistrado discrepante— el ensanchamiento de una excepción, porque una estimación de ese tipo vendría a significar que la jurisdicción ordinaria —exclusiva y excluyente, *de lege ferenda*— no es apta para conocer y enjuiciar los delitos de negativa a la prestación de servicio militar, como si la jurisdicción ordinaria no pudiera salvaguardar los bienes en este caso protegidos.

- c) Se ha ocupado finalmente el Tribunal (34) de la argumentación del Juez cuestionante, en el sentido de que el ámbito de la jurisdicción militar no es el estrictamente militar, sino el "estrictamente castrense", expresión que haría referencia al campamento militar en cuanto relación de trabajo, excluyendo una conducta precastrense como la prevista por el artículo 127 del CPM, razonamiento que será replicado por el Tribunal, que aprovechará su réplica para rechazar tajantemente, como ya dijimos, que la calificación de la naturaleza de la obligación de prestar el servicio militar pueda depender de un acto de sujeción voluntaria.

En todo caso, no deja de ser significativo que el "intérprete supremo" de la Constitución comience su argumentación aclarando que el artículo 117.5 de nuestra *Lex Superior* establece un límite negativo al legislador, que le impide ampliar la jurisdic-

(32) Voto particular discrepante a la STC 60/1991, 3, *in fine*.

(33) Voto particular discrepante a la STC 60/1991, 4.

(34) STC 69/1991, fund. jur. 6.

ción militar más allá de ese límite, pero que no le impediría asignar a la jurisdicción militar asuntos como el presente. El Tribunal viene a indicarnos, pues, que aún suponiendo que el “ámbito estrictamente castrense” a que alude el artículo 117.5 tenga, incluso dentro de su restricción, un límite mínimo y otro máximo, ese límite mínimo, no resultaría conculcado de asignar el legislador a la jurisdicción penal ordinaria, el conocimiento del delito de insumisión. Tal opción sería perfectamente legítima, e incluso podrían aducirse en favor de la misma ciertos argumentos de oportunidad o conveniencia, como hace el Juez cuestionante en su Auto; sin embargo, con buen criterio, el Tribunal rechaza entrar en la valoración de las legítimas opciones de legislador, pues, además de no ser esa la función de un TC, la problemática no es si el delito de insumisión podría ser conocido por los Jueces ordinarios, sino si el artículo 117.5 de la Constitución permite que sea conocido por la jurisdicción militar.

La Ley 19/1984, del Servicio Militar, establece una serie de fases administrativas (alistamiento, clasificación provisional y definitiva y distribución del contingente anual) a través de las cuales el “mozo” puede llegar a ser declarado útil para el servicio militar y, en función de ello, llamado a la situación de actividad o servicio en filas, y obligado a incorporarse a la realización del servicio. Tal y como prescribe el artículo 217.2 del Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, por el que se aprueba el *Reglamento de la Ley del Servicio Militar*, “el cumplimiento del servicio en filas se iniciará a partir del día de incorporación efectiva en filas en las Unidades o Centros de Instrucción de cada Ejército...”.

Es evidente que la incorporación supone ya cumplimiento de la obligación de prestar el servicio militar. De ahí que para el Tribunal, la omisión de esa incorporación sea un hecho concerniente al servicio militar, ya que constituye el incumplimiento total de ese servicio obligatorio y de los deberes militares correspondientes. “No es aceptable —precisa el Tribunal (35)— la visión de lo castrense como un mundo aparte y del Derecho militar como el ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa, y por ello mismo el artículo 117.5 de la Constitución española no puede ser interpretado en el sentido etimológico que defiende el Auto proponente, ni su contenido normativo puede ser integrado por disposiciones infraconstitucionales de carácter legal o reglamentario”.

Rechaza asimismo nuestro “supremo intérprete” de la Constitución que la calificación de la naturaleza de la obligación de prestar el servicio militar pueda depender —como parece inferirse del planteamiento llevado a cabo en el Auto proponente— de un acto de sujeción voluntario. Las obligaciones militares —advierte el Tribunal—, como otras obligaciones públicas, surgen *ex lege*, sin necesidad de un acto voluntario de sujeción o sometimiento del ciudadano, y pueden entenderse contraídas desde el momento en que el individuo ha sido enrolado en la milicia y llamado a incorporarse a filas, pues ese enrolamiento y esa llamada es el hecho que, distinguiendo al interesado de todo otro ciudadano, puede determinar la aplicación de sanciones penales de carácter militar incluíbles en el ámbito de lo estrictamente castrense.

En definitiva, el sujeto activo del delito de insumisión no es, por tanto —y en contra de lo que se afirma en el voto particular discrepante—, cualquier ciudadano español, ni siquiera aquél que se encuentre en una edad comprendida entre los dieciocho y los veinte años, sino un ciudadano concreto declarado apto, que ha sido llamado

(35) STC 60/1991, fund. jur. 6.

efectivamente a realizar el servicio militar. Es por todo ello por lo que el Tribunal sostiene que los destinatarios de la norma penal no son todos los ciudadanos, sino tan sólo aquellos sujetos calificados en términos jurídicos por haber sido llamados al servicio militar, o lo que es igual, los ciudadanos *uti miles*.

A la vista de estas reflexiones, el Tribunal concluye significando que el perjuicio que la conducta omisiva del sujeto expresa y la lesión del interés —asegurar efectivamente la prestación del servicio—, son estrictamente militares, por lo que esa omisión de cumplimiento ha podido ser configurada como un delito militar, y no de carácter común.

En consonancia con todo lo expuesto, el Tribunal decide desestimar la cuestión de inconstitucionalidad.

Varias consideraciones conclusivas pueden entresacarse en atención a las reflexiones jurisprudenciales efectuadas por nuestro "supremo intérprete" de la Constitución.

En primer término, el Tribunal ha sentado una importante doctrina en torno al artículo 117.5 de nuestra *Lex Superior*. Este precepto, de conformidad con la misma, presenta una doble vertiente, positiva y negativa, pues no sólo impone al legislador una transformación radical de la configuración y alcance de la jurisdicción militar, sino que, al unísono, impide una extensión inadecuada de la misma. En esta dirección, "lo estrictamente castrense" sólo puede ser aplicado, a juicio del Tribunal, a los delitos exclusiva y estrictamente militares, concepto que ha de ponerse en necesaria conexión:

- a) Con la naturaleza del delito.
- b) Con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal.
- c) Con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito.
- d) En general, con que el sujeto activo del delito sea considerado de condición militar.

En segundo lugar, el Tribunal, aún admitiendo que el artículo 117.5 parte de la idea de la unidad jurisdiccional y de la especialidad singular de la jurisdicción militar en el ámbito de los estrictamente castrense, rechaza que tal precepto imponga una "unidad" de atribución de un mismo asunto, en todas sus vertientes, penal, civil, administrativa...

En tercer término, el bien jurídico tutelado por el artículo 127 del CPM, esto es, el cumplimiento del servicio militar obligatorio, permite otorgar naturaleza militar o condición de delito militar a tal tipo, en base a la relevancia constitucional del deber de defensa de España, y a la vista de los bienes, valores e intereses constitucionales, en relación con el bien jurídico de la Defensa nacional, puestos en juego por la omisión de cumplimiento del servicio militar.

Atiende pues, el Tribunal, casi en exclusiva a la materia y objeto del delito, y es aquí donde se produce el núcleo radical de discrepancia entre el fallo de la mayoría y el voto particular discrepante, al considerarse en éste que el elemento subjetivo es no sólo relevante, sino en muchos casos auténticamente decisivo en orden a la atribución de la competencia.

Y aunque en su último fundamento jurídico el Tribunal se esfuerza por justificar la condición militar del sujeto, al estimar que éste no es cualquier ciudadano español, sino un ciudadano concreto declarado apto, que ha sido llamado efectivamente a realizar el servicio militar, en definitiva, un ciudadano *uti miles*, es lo cierto que nos encontramos aquí ante una de las argumentaciones más débiles de la Sentencia, que además, al proceder a calificar la conducta delictiva tipificada por el artículo 127 como "delito militar en sen-

tido propio” tanto en su aspecto objetivo como también por la condición subjetiva del justiciable, parece estar dejándose influir por la previsión del artículo 128 del propio CPM —precepto que extiende la consideración de militar, de modo un tanto desproporcionado, a ciertas clases de personas con referencia a un conjunto de figuras delictivas bien determinadas—, más que por esa consideración final de que el sujeto activo del delito es un ciudadano *uti miles*.

Quizá no sea ajeno a todo ello la postura que en un momento dado de la Sentencia refleja el Tribunal, al admitir que si bien el artículo 117.5 de nuestra Norma Suprema establece un límite negativo al legislador que le impide ampliar la jurisdicción militar más allá de ese límite, no le obstaculiza, por contra, para asignar a la jurisdicción ordinaria asuntos como el presente, lo que, en último término, implica reconocer la legitimidad constitucional de ambas opciones legislativas: conocimiento del delito de insumisión por la jurisdicción castrense o por la jurisdicción penal ordinaria.

Por último, el Tribunal, incidiendo de nuevo sobre los aspectos materiales del delito, se ocupa de justificar con mayor detalle si cabe, el carácter militar del bien jurídico tutelado y de las obligaciones y deberes que en el tipo penal se describen.

A su juicio, la omisión de la incorporación al servicio militar es un hecho concerniente al servicio militar, pues constituye el incumplimiento total de ese servicio obligatorio y de los deberes militares correspondientes, obligaciones que surgen *ex lege* y que pueden entenderse contraídas desde el momento en que el individuo ha sido enrolado en la milicia y llamado a incorporarse a filas; por lo demás, ese enrolamiento y esa llamada es el hecho que puede determinar la aplicación de sanciones penales de carácter militar, incluibles en el ámbito de “lo estrictamente castrense”. Es por todo ello por lo que el Tribunal entiende que el perjuicio que la conducta omisiva del sujeto expresa y la lesión del interés tutelado —asegurar efectivamente la prestación del servicio militar—, son estrictamente militares, por lo que esa omisión de cumplimiento ha podido ser legítimamente configurada como un delito militar.