

viudedad desde la entrada en vigor de la Constitución, en virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la misma.

4. Esta doctrina resulta plenamente aplicable al presente caso, lo que debe llevar a la concesión del amparo que se solicita. El TCT se limitó a negar el derecho del actor a devengar pensión de viudedad en virtud de una interpretación literal razonando que los sucesivos sistemas de previsión social se acomodan a las posibilidades y condiciones del tiempo en que fueron establecidos, alegando que la normativa de aplicación en el momento del hecho causante limitaba esa pensión a las viudas. Resulta así que el TCT no hace referencia alguna a la incidencia que el art. 14 de la C.E. había de tener sobre la normativa anterior, desconociendo la virtualidad que el principio de igualdad y no discriminación despliega sobre todo el ordenamiento y, en particular, sobre las normas reguladoras de la pensión de viudedad como este Tribunal ha declarado.

No se trata, por lo demás -en contra de lo que parece dar a entender el TCT-, de un problema de sucesión de normas, en cuyo caso estaría justificada la diferencia de trato en razón de las distintas condiciones de cada régimen o sistema (como decía la STC 70/1983). Se trata, en verdad, de la incidencia del art. 14 de la C.E. sobre la normativa anterior que no puede descartarse por las razones que el TCT aporta en su Sentencia.

Dicho precepto constitucional obliga a tener por no puesta la limitación que establecía el art. 3 del Real Decreto de 1955 por razón de sexo, y, en consecuencia, a reconocer al actor el derecho a la pensión de viudedad, cuya satisfacción dependería ya, únicamente, de que concurrieran los restantes requisitos legales exigidos por el ordenamiento. Efectivamente, el Tribunal Central de Trabajo (y previamente, la Magistratura Central de Trabajo (y previamente, la Magistratura núm. 1 de Baleares) lesionaron el derecho a la no discriminación resultante del art. 14 de la C.E., al no valorar debidamente su incidencia sobre el ordenamiento preconstitucional y, en consecuencia, las respectivas Sentencias han de ser anuladas.

5. A la vista de las actuaciones, resulta que ante la Magistratura de Trabajo se propusieron, por la parte demandada, otros motivos de

oposición a la demanda, sobre los que no se produjo decisión alguna, y que, por ser de legalidad ordinaria, han de resolverse por los Tribunales laborales. Por ello, y dado que el art. 55.1 a) de la LOTC prevé que la Sentencia que resuelva el recurso de amparo determine la extensión de los efectos de la nulidad en su caso declarada, procede acordar que la Magistratura de Trabajo (hoy Juzgado de lo Social) dicte nueva Sentencia, resolviendo sobre las cuestiones planteadas en el procedimiento, sin discriminación por razón del sexo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA.

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Miguel Rigo Ferrer, y en su virtud:

1.º Declarar la nulidad de la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 17 de marzo de 1988, y la de la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Baleares, de 14 de enero de 1985.

2.º Reconocer el derecho al recurrente a no ser discriminado por razón del sexo en su condición de viudo de trabajadora beneficiaria del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

3.º Restablecer al mismo en su derecho, para lo cual se procederá por el Juzgado de lo Social competente, a decidir sobre su recurso, sin discriminación por razón de sexo.

Publiquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 14 de marzo de 1991.-Francisco Tomás y Valiente.-Fernando García-Mon y González Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Jesús Leguina Villa.-Luis López Guerra.-Vicente Gimeno Sendra.-Firmado y rubricado.

9275

Sala Primera. Sentencia 59/1991, de 14 de marzo. Recurso de amparo 1.374/1988. Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por la que se declara no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma promovida frente a la anterior. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia; denegación de la suspensión del juicio oral sin la práctica de ninguna prueba de cargo contra los acusados.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Fernando García-Mon y González Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.374/1988, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Enrique Sorribes Torra, en nombre y representación de don Antonio Portillo Fuster y don José Torres Liñán, bajo la dirección letrada de don José Luis Lizondo Rodríguez, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 1985 y la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1988, por la que se declaró no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma promovido frente a la anterior. Ha comparecido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente don Francisco Tomás y Valiente, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Los recurrentes interponen recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1988, confirmatoria de la previamente dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona a 21 de junio de 1985 y recurrida por ellos en casación, así como contra dicha Sentencia de la instancia. Piden que declaremos la nulidad de ambas Sentencias y que mandemos a la Audiencia de Barcelona, Sección Primera, que realice de nuevo el correspondiente juicio oral, practicando en él las pruebas que en su día se declararon pertinentes, cuya falta de práctica por incomparecencia de los testigos previamente citados debió determinar la suspensión del juicio como en

aquella vista pidieron el Fiscal y la representación de los allí procesados y hoy recurrentes.

Los demandantes fueron procesados por hechos ocurridos en Arenys de Mar (Barcelona) el 3 de mayo de 1984 como responsables de un robo con intimidación perpetrado en una peluquería de señoras, y de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, así como por lesiones ocasionadas a un agente de la Policía Urbana que los detuvo por sorprenderlos abriendo coches ajenos en la vía pública.

En la instrucción del sumario dos empleadas de la peluquería y una cliente reconocieron en términos no coincidentes entre sí a los dos procesados o a uno de ellos en presencia del Juez instructor y de su Abogado defensor como autores del robo con intimidación. La no coincidencia de sus testimonios determinó que la defensa pidiera un careo entre ellas, que se celebró con ratificación por cada una de su respectiva declaración.

El Fiscal pidió la comparecencia de las tres testigos en el juicio oral, y al no comparecer ninguna de ellas pidió la suspensión del juicio, peticiones ambas a las que se adhirió la defensa, y de las cuales la segunda no fue atendida por la Sala, pese a anotarse en el acta la oportuna y respetuosa protesta. Por el contrario la Sala procedió a dictar Sentencia condenatoria, que, recurrida en casación, fue confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Los demandantes de amparo consideraron que ambas Sentencias han vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva habiéndose producido indefensión ante la Audiencia, y «no restañando la citada Sala del Tribunal Supremo tal vulneración», consistente en que una prueba declarada pertinente no se realizó en el juicio oral, lo cual «nos lleva a que por un error formal se haya producido indefensión material y real que hace que se condene a personas inocentes». Para mayor abundamiento, se aduce, el art. 24.2 de la Constitución garantiza el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Por otrosí de la demanda piden la suspensión de las dos Sentencias impugnadas.

2. Abierta la correspondiente pieza de suspensión y debidamente tramitada concluyó por Auto de 7 de noviembre de 1988, por el que se concedió la suspensión solicitada de ambas Sentencias.

3. La Sección acordó admitir a trámite el recurso por providencia de 10 de octubre de 1988 y solicitar el envío de las actuaciones en el recurso de casación núm. 3.011 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y del rollo de la Sala y el sumario núm. 38/1984 del Juzgado de Instrucción de Arenys de Mar.

Por providencia de 14 de noviembre de 1988 se tuvo por recibidas las actuaciones y se abrió el trámite del art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para alegaciones.

4. En las suyas, la representación de los recurrentes entiende que la prueba testifical en el juicio oral era «completamente necesaria», toda vez que la principal testigo de cargo, solo una semana más tarde de la Sentencia, acudió libre y espontáneamente a una Notaría donde declaró que la rueda de presos había sido confusa y que si bien en ella reconoció a los procesados, después, habiéndolos visto de nuevo, reconoce que no son los que entraron en su establecimiento, y así sin duda lo habría declarado en el juicio oral si éste se hubiera suspendido para que se celebrara en él la práctica de la prueba testifical. Es claro que todo ello ha producido la indefensión de sus representados y la condena de dos inocentes.

El Fiscal ante este Tribunal pide la denegación del amparo, por entender que cuando la Sala no accedió a la petición de la suspensión del juicio oral lo hizo por entender (y así lo hizo constar en el acta) que ya estaba «debidamente informada», esto es, hizo uso de la facultad que le confiere el art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la instrucción de este caso se había llevado a cabo con plenas garantías el reconocimiento de los procesados y el careo de los testigos, y atendiendo a la existencia de estas diligencias en el sumario y a la reiterada recomendación jurisprudencial de no suspender el juicio oral salvo por considerar necesario los testigos, optó por no suspender, por enjuiciar y por condenar. A ello hay que añadir que la retractación notarial de la principal testigo (por lo demás calificable de infrecuente) era desconocida para la Sala. Por todo lo dicho ni la Sala ni el Supremo en casación violaron el derecho a la tutela judicial de los recurrentes, por lo que su amparo debe ser desestimado.

5. Por providencia de 11 de marzo de 1991 la Sala fijó para deliberación y votación el 14 de marzo siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Los recurrentes, que han sido condenados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona como autores de un delito de robo con intimidación, otro de hurto de uso en grado de tentativa, un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, un delito de atentado y dos faltas de lesiones, se quejan en la demanda de que, por el robo con intimidación, se les haya condenado sin que la prueba testifical en su momento admitida, llegara a practicarse al no haber acordado la Sección, ante la incomparecencia de las testigos citadas, la suspensión del acto del juicio, por considerarse, al amparo del antiguo art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, suficientemente informada. El reproche se hace extensivo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo por no haber anulado en casación el pronunciamiento de la instancia.

Aun cuando en el recurso se invocan casi indiferenciadamente el derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 de la Constitución) y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 de la Constitución), denunciándose también, por más que la supuesta irregularidad no se subsuma formalmente en el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución), la condena de personas inocentes, es claro que, en el planteamiento de los recurrentes, la presunta vulneración del primero de estos derechos —el de no padecer indefensión— aparece desprovista de contenido autónomo y esgrimida, más bien, como la consecuencia que se seguiría de la violación de los otros dos —el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y el derecho a la presunción de inocencia—, que son, por ello, los que han de servir de parámetro para enjuiciar este caso.

2. Que la inejecución en el juicio oral de pruebas previamente admitidas puede vulnerar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa lo ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones y no parece necesario insistir mucho en ello. El derecho que el art. 24.2 de la Constitución reconoce, «inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste —tiene dicho la STC 147/1987, fundamento jurídico 2.º y reiterado la STC 50/1988, fundamento jurídico 3.º— en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas (subrayamos ahora) por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo». Esto no supone, obvio es decirlo, desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que les es propia para apreciar la pertinencia, por relación al *thema decidendi*, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional.

De mayor interés a los efectos de resolver este recurso es resaltar aquí, reproduciendo lo dicho al respecto en oportunidades anteriores, las consecuencias que la constitucionalización del derecho a la ejecución de la prueba admitida hubo de implicar para el uso por los Tribunales de lo dispuesto, antes de su derogación por la Ley Orgánica 7/1988, en el art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto en el que, como más atrás ha quedado apuntado, se basó la Audiencia Provincial de Barcelona para proceder en los términos que los recurrentes consideran constitucionalmente inaceptables.

Prevenía el art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el entonces llamado procedimiento de urgencia, que el juicio oral no se

suspendería por la incomparecencia de testigos «cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos». Era posible, así, en lo que ahora importa, que declaraciones sumariales fueran tenidas en cuenta y, sobre todo, que, previamente admitida, la prueba testifical quedara inejecutada si, ante la incomparecencia de quien hubiera de testificar y hubiere declarado ya en el sumario, el órgano judicial, por considerarse suficientemente informado, denegaba la suspensión del juicio. Este Tribunal no encontró objeciones que hacer a tal posibilidad, por cuanto atendía al legítimo propósito de evitar «retrasos desproporcionados o no debidamente justificados en la resolución de los procesos» (ATC 127/1982, fundamento jurídico 3.º; y, luego, STC 116/1983, fundamento jurídico 2.º; ATC 1.018/1988, fundamento jurídico 2.º). Pero, precisamente por exigencias del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en su faceta de derecho a la ejecución de la prueba admitida, y en aras también de los principios de oralidad, inmediación y contradicción, hubo de advertir que, sobre tener que haberse efectuado las declaraciones sumariales con suficientes garantías (STC 64/1986, fundamento jurídico 4.º), el órgano judicial podría hacer uso de lo dispuesto en el citado precepto «únicamente cuando haya sido practicada en el juicio oral prueba suficiente para formar la convicción del Tribunal» (STC 57/1986, fundamento jurídico 3.º). En otro caso, como ha venido a destacarlo la STC 51/1990, fundamento jurídico 3.º, el derecho a emplear en el juicio oral las pruebas pertinentes para la defensa —en particular, la testifical— ha de prevalecer sobre la potestad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio y tenerse por «suficientemente informado».

En el presente supuesto, la defensa de los entonces procesados y ahora recurrentes se adhirió, haciéndolas suyas también, a las pruebas propuestas para el juicio oral por el Ministerio Fiscal, pruebas que, en lo tocante a los hechos constitutivos del delito de robo con intimidación, fueron, además de la documental de todo lo actuado y del interrogatorio de los procesados, el examen de tres testigos presenciales, de las cuales, en rueda de detenidos ante la Policía y de presos ante el Juez, una había reconocido a los dos procesados, otra tan solo a uno de ellos y la tercera, que únicamente asistió a la diligencia policial, a ninguno de los dos, habiéndose celebrado entonces un careo, en el que cada uno se ratificó en sus respectivas declaraciones. En el juicio, según se sigue del acta levantada por el Secretario de Justicia, fueron interrogados los procesados, quienes negaron los hechos imputados, y, seguidamente, tras ser examinados dos testigos que no son del caso por haber testificado en relación con hechos constitutivos de los otros delitos y faltas por los que también han sido condenados los recurrentes, el Ministerio Fiscal, ante la incomparecencia de las tres testigos citadas, solicitó la suspensión del juicio, petición a la que se sumó la defensa de los procesados y a la que la Sala no accedió «por estar debidamente informada», haciéndose constar en acta la protesta de la defensa.

Ciertamente, y no le falta razón a la Sala Segunda del Tribunal Supremo al apreciarlo así, las declaraciones sumariales de las testigos incomparecidas en el juicio oral reunieron todas las garantías. Se produjeron con asistencia de Letrado y se observaron las prescripciones de los arts. 369 y 370 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Podrían, por tanto, ser tenidas en cuenta por la Audiencia Provincial. Pero ello —y es aquí donde el proceder de la Audiencia se hace reprobable y la argumentación del Tribunal Supremo resulta inaceptable— no bastaba para que la Audiencia pudiera tenerse, a los efectos del art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por suficientemente informada. Para que así fuera, habría sido preciso, tal como hemos señalado, que en el juicio se hubiera practicado prueba suficiente para formar la convicción del Tribunal, lo que, es palmario, no acontecía en el caso, pues, en lo que al delito de robo con intimidación se refiere, en el acto del juicio no se practicó más prueba que el interrogatorio de los procesados, quienes, como se ha dicho, negaron los hechos imputados, por lo que su sólo interrogatorio mal pudo formar, «suficientemente», la convicción judicial que determinó la condena. Por esta razón, y no por las irrelevantes declaraciones efectuadas ante Notario por la testigo que en el sumario había reconocido a los dos procesados, en las que se retractó de lo entonces manifestado —episodio que, como el Ministerio Fiscal advierte, no pudieron conocer ni la Audiencia Provincial, al haber tenido lugar después de recaída Sentencia, ni el Tribunal Supremo, por no haber sido sometido a su consideración con ocasión de la casación—, debió la Audiencia Provincial acceder a la suspensión solicitada para que se practicara la testifical previamente admitida.

3. Ahora bien, el hecho de que fuera denegada la suspensión del juicio oral sin que se hubiera practicado en él ninguna prueba de cargo contra los acusados determina *eo ipso* que haya resultado lesionado el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes, al haber sido éstos condenados, siempre en lo que al delito de robo con intimidación atañe, sin prueba de cargo acreditativa de su culpabilidad.

No es necesario traer aquí, en toda su extensión, la muy reiterada doctrina de este Tribunal acerca del derecho a la presunción de inocencia. De ella basta recordar ahora que siendo una de las ideas esenciales en las que se apoya que la Sentencia condenatoria ha de basarse en auténticas pruebas, por tales únicamente puede tenerse, en el proceso penal, a las practicadas en el juicio (STC 36/1981, fundamento jurídico 3.º), con independencia de que, llevadas a la vista en condicio-

nes que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, puedan las diligencias sumariales servir de base probatoria (STC 217/1989, fundamento jurídico 2.º), y sin perjuicio, igualmente, de los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, que no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquéllos con respecto a los cuales se prevea su imposible reproducción en el juicio oral, siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (SCT 182/1989, fundamento jurídico 2.º).

En este caso, inejecutada la testifical, en el acto del juicio solamente se practicó, en relación con los hechos constitutivos del robo con intimidación, el interrogatorio de los procesados, quienes, conviene insistir en ello, negaron la autoría de tales hechos. Se pone de manifiesto, así, que, al considerarse la Audiencia suficientemente informada, los ahora recurrentes fueron condenados únicamente a partir de las declaraciones vertidas en el sumario por quienes en el juicio oral deberían haber sido los testigos de cargo, declaraciones que ni fueron sometidas a contradicción en la vista ni puede decirse que tuvieron, por preverse su imposible reproducción en el juicio, carácter de prueba preconstituida. No hubo, pues, prueba de cargo de la autoría del robo con intimidación y, con esa carencia, la Audiencia no pudo hacer responsables de ese delito a los recurrentes.

Por todo ello, al no practicarse en el juicio oral la única prueba de cargo y no haberse accedido a la suspensión, aunque instrumental o mediamente pudiera lesionarse el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, en cuanto que la defensa se había adherido a la práctica de unas pruebas inicialmente propuestas por el Ministerio Fiscal, lo que finalmente se vulneró en la Sentencia fue el derecho de los acusados a ser presumidos inocentes, lo que en todo caso implica el derecho a no ser condenados sin prueba alguna de cargo practicada en el juicio oral. Este es el derecho que hay que reconocer vulnerado, reconocimiento que comporta la necesaria declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas.

Ahora bien, dado que la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona condena a los recurrentes no sólo por

el delito de robo con intimidación, sino, además, por otros tres delitos y dos faltas —respecto de los que nada se ha cuestionado en este proceso—, no procede, como en la demanda se pide, declararla nula en su totalidad, sino anularla parcialmente, dejando sólo sin efecto la condena por el delito de robo con intimidación. En cambio, ha de anularse íntegramente la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al haberse aducido como único motivo del recurso de casación por quebrantamiento de forma que desestimó la denegación de la suspensión del juicio oral ante la incomparecencia de las tres testigos presenciales de los hechos constitutivos del robo con intimidación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Antonio Portillo Fuster y don José Torres Liñán y, en consecuencia:

1.º Reconocer su derecho a la presunción de inocencia.

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1988 y anular parcialmente la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de junio de 1985, dejando sin efecto únicamente la condena por el delito de robo con intimidación.

Publiquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.—Francisco Tomás y Valiente.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.

9276 Pleno. Sentencia 60/1991, de 14 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad 545/1990. En relación con el artículo 127 del Código Penal Militar. Insumisos: Jurisdicción militar. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don Vicente Gimeno Sendra y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 545/1990, promovida por el Juzgado Territorial núm. 46, con sede en Pamplona, por supuesta inconstitucionalidad del art. 127 del Código Penal Militar por contradicción con los arts. 117.5 y 24.2 C.E., en cuanto se refiere a la competencia para su conocimiento de la jurisdicción militar. Han sido partes el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, y Ponente, el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 5 de marzo de 1990 tuvo entrada en este Tribunal un oficio del Juzgado Territorial núm. 46 de Justicia Militar, con sede en Pamplona, por el que se remitía Auto de 27 de febrero anterior de dicho Juzgado en el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad «de atribuir a la jurisdicción castrense, por imperativo del art. 127 del Código Penal Militar la conducta de negativa ilegal a la prestación del Servicio Militar en tiempo de paz toda vez que tal competencia excedería del ámbito estrictamente castrense, al que queda circunscrita tal jurisdicción por imperativo del art. 117.5 de la Norma fundamental; de así entenderse al continuar conociendo de este asunto, quedaría igualmente infringido el art. 24.2 C.E., que garantiza el Juez ordinario predeterminado por la Ley». Se adjuntan las actuaciones relativas al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y las alegaciones de las partes del proceso de origen.

2. En el Auto de planteamiento se destaca la trascendencia de decidir qué jurisdicción es la competente para conocer de una determinada conducta, reiterando la doctrina constitucional de que se vulnera

el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley cuando se atribuye indebidamente un asunto a una jurisdicción especial en vez de a la ordinaria. El establecimiento de la competencia del órgano judicial militar se erige en el tema básico a partir del cual se construye constitucionalmente el procedimiento judicial, pues para considerarla constitucionalmente propia de la jurisdicción militar, no basta con que una determinada conducta esté encuadrada en el Código Penal Militar, si va más allá del «ámbito estrictamente castrense» el propio de esta jurisdicción en tiempos de paz y estado constitucional normal. El término «estrictamente» obliga a una interpretación restrictiva de las competencias y el ámbito castrense es un concepto absolutamente objetivo, que no depende de si el sujeto es militar o civil, por lo que también ciertas conductas de «paisanos» podían caer en ese ámbito. Sin embargo, el art. 128 del Código Penal Militar realiza una ficción legal absolutamente innecesaria al considerar «militar» al mozo recluta para este tipo de delitos, redundancia que hace sospechar las dudas de constitucionalidad que pudo tener el legislador en su momento.

La conducta del art. 127 del Código Penal Militar se diferencia radicalmente de las conductas recogidas en el art. 102 del Código Penal Militar, porque es anterior a la entrada en filas. El tipo del art. 102 del Código Penal Militar es la desobediencia a órdenes por parte del «militar», que sin especialidades de ningún tipo es la persona definida en el art. 8 del C.P.M. —y de forma especial para el soldado profesional, el número dos del mismo—, mientras que el sujeto activo de la conducta definida en el art. 127 C.P.M. aún no ha entrado en filas. Esta es una conducta cuya última justificación es el art. 30 C.E. y cuya regulación más inmediata se encuentra en la Ley del Servicio Militar.

Al hundir sus raíces el Servicio Militar obligatorio en la Constitución, la protección jurídica del mismo en el ámbito penal, al igual que lo es en el contencioso-administrativo, «cabría que fuera atribuida» a la jurisdicción ordinaria, y el introducir a la jurisdicción castrense en estas actividades premilitares «podría constituir» violación de las fronteras que le impone el art. 117.5 C.E. Debe corresponder a la misma jurisdicción la normativa que prepara el 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. Así ocurre hoy con los temas contencioso-administrativos y con la prestación social sustitutoria en vía penal, pero la atribución a la jurisdicción militar de la negativa a prestar el servicio militar rompe la unidad, también del art. 30 C.E.

El ámbito de la jurisdicción militar no es el estrictamente militar sino el estrictamente castrense, lo que hace referencia al campamento militar, a lo militar en cuanto a relación de trabajo, mientras que la conducta del art. 127 C.P.M. es «precastrense». Los actos previos a la entrada en el servicio militar, en ningún momento son estrictamente militares, siendo actividades administrativas previas de colaboración, cuya revisión