

**ATC 247/1992, de 25 de agosto**

Un Comandante y dos Capitanes del Ejército del Aire, entre los que se encontraba el hoy recurrente, solicitaron el pase a la situación de retiro por haber decidido dedicarse a actividades políticas legalmente incompatibles con la condición de militar en activo, la Administración militar denegó tal petición señalando no se había concretado ni acreditado debidamente la clase de actividades que se pretendía ejercer, siendo tal decisión anulada por sentencia judicial que afirmaba que tal requisito no se recogía en la normativa aplicable. No obstante, esta sentencia fue revocada por el TS. Uno de los solicitantes recurrió en amparo alegando que se violaba el art. 23 de la Constitución en cuanto le impedía participar en los asuntos públicos; el art. 22, en cuanto le impedía afiliarse a un partido político; el art. 16, sin más explicación; el art. 17, por perpetuar la adscripción de un ciudadano a las Fuerzas Armadas en contra de su voluntad, y, por último, el art. 35 que consagra el derecho a la libre elección de profesión. No obstante no los alegó correspondientemente en sede judicial previa por lo que sólo se atiende la referencia al art. 23 CE que, en todo caso, no admite el TC haciendo referencia a anteriores pronunciamientos de Autos que llevan fecha de 12 de noviembre de 1990, 28 de enero y 17 de mayo de 1991

TIPO: AUTO

REFERENCIA-NUMERO:247/1992

FECHA-APROBACION:25-08-1992

SALA: Sección de Vacaciones: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, de Mendizábal y González.

NUMERO-REGISTRO:2049/1991

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO: Inadmisión. Invocación formal del derecho vulnerado: falta. Derecho a la participación en los asuntos públicos: pase de militar a la situación de retirado. Tutela efectiva de Jueces y Tribunales: cuestión de legalidad.

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978

Artículo 16

Artículo 17

Artículo 22

Artículo 23

Artículo 28

Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona

En general

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

Artículo 44.1 a)  
Artículo 44.1 c)

**MATERIAS:**

Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales  
Cuestión de legalidad.  
Invocación formal del derecho vulnerado  
Falta.

**PREAMBULO:**

En el asunto de referencia, la Sala ha acordado dictar el siguiente  
AUTO

**ANTECEDENTES:**

I. Antecedentes

1. Don Eduardo Codes Feijoo, Procurador de los Tribunales y de don Carlos Ramírez Ledesma, formuló el 11 de octubre de 1991 recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que lleva fecha de 25 de julio de 1991. Según se nos dice, un Comandante y dos Capitanes del Ejército del Aire, entre los que se encontraba el hoy recurrente, solicitaron el pase a la situación de retiro por haber decidido dedicarse a actividades políticas legalmente incompatibles con la condición de militar en activo. El Jefe del Estado Mayor del Aire denegó la petición el 8 de marzo de 1989 con fundamento en que no se había concretado ni acreditado debidamente la clase de actividades que se pretendía ejercer. Formulado recurso de reposición fue igualmente desestimado y contra ambas resoluciones se interpuso recurso contencioso-administrativo con arreglo al procedimiento de la Ley 62/1978, ante la Audiencia Nacional, que en Sentencia de 4 de octubre de 1989 anuló los actos impugnados porque “ni el Real Decreto-ley 706/1977 de 1 de abril, ni el Real Decreto 706/1977 imponen tal exigencia”, y en definitiva “no cabe coartar aquel derecho con una limitación no prevista legislativamente”. El Abogado del Estado formuló la correspondiente apelación ante el Tribunal Supremo contra la antedicha Sentencia que fue revocada por otra de la Sala Tercera que lleva fecha de 25 de julio de 1991, por entender que según la jurisprudencia de la propia Sala era necesario indicar en la solicitud de retiro la concreta actividad política que se pretendiera ejercer, para que la Administración Militar pudiera ponderar así la procedencia, o no, de concederlo.

El recurso de amparo se basa en que la citada Sentencia viola el art. 23 de la Constitución en cuanto le impide participar en los asuntos públicos; el art. 22, en cuanto le impide afiliarse a un partido político; el art. 16, sin más explicación; el art. 17, por perpetuar la adscripción de un ciudadano a las Fuerzas Armadas en contra de su voluntad, y, por último, el art. 35 que consagra el derecho a la libre elección de profesión. Por todo ello se solicita la nulidad de la referida resolución judicial, así como que se suspendiera su ejecución.

2. En providencia de 30 de marzo de 1992, la Sección acordó conceder un plazo común de seis días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que pudieran alegar lo que estimaran conveniente sobre la omisión en el procedimiento especial de cualquiera alegaciones respecto de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 16, 17 y 22 de la Constitución, así como sobre la eventual carencia manifiesta de contenido constitucional que exija una decisión en forma de Sentencia por parte de este Tribunal por lo que afecta a la presunta lesión del derecho reconocido en el art. 23.

El Ministerio Fiscal presenta escrito donde arguye que el objeto del presente recurso de amparo ha de reducirse a la supuesta violación del art. 23 de la Constitución por no haber sido alegada en la vía previa vulneración alguna de los arts. 22, 16 y 17, para concluir que en relación con el primero concurre efectivamente la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 50.1 c), citando al respecto numerosos precedentes (ATC 339/1990, entre otros).

El recurrente, por su parte, niega la existencia de la causa de inadmisión cuyo fundamento separa en el art. 44.1. c) de nuestra Ley Orgánica ya que la violación surge en la propia Sentencia del Tribunal Supremo y no ha habido por tanto posibilidad de invocación previa, insistiendo en sus alegaciones iniciales respecto del contenido constitucional de la demanda.

## FUNDAMENTOS:

### II. Fundamentos jurídicos

1. En el caso de las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieren su origen inmediato y directo en un acto o en una omisión de los órganos unipersonales o colegiados del Poder Judicial es presupuesto inexcusable que, dentro del proceso previo y en las sucesivas instancias, se haya invocado formalmente el derecho que se pretende vulnerado, tan pronto como hubiere lugar para ello, una vez conocida la violación. Así lo exige nuestra Ley Orgánica por el juego conjunto de los apartados a) y c) en su art. 44.1. Tal requisito no se queda en mero formalismo, corrupción o depravación de la forma, ni es una fórmula retórica inútil, desprovista de significado. Su razón de ser y su más profundo sentido se encuentra en la naturaleza subsidiaria de esta nuestra jurisdicción constitucional, que resultaría desvirtuada si pudieran plantearse ante ella cuestiones ex novo, sin que hubieran tenido ocasión de pronunciarse sobre ellas los demás Jueces y Tribunales que son quienes tienen a su cargo, directa e inmediatamente, la misión de garantizar y asegurar la protección de los derechos y libertades que la Constitución proclama. Así lo hemos dicho en más de una ocasión y es doctrina consolidada que se recoge en nuestras SSTC 11/1982, 46/1983, 75/1984 y 203/1987, entre otras.

Así, pues, las cosas, resulta que en el proceso especial sumario, configurado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, como vía previa al amparo constitucional en el orden judicial contencioso-administrativo, se utilizaron como fundamento para desactivar los actos administrativos objeto de impugnación, los arts. 23 y 28 de la Constitución y sólo ellos, tanto en la primera instancia ante la Audiencia Nacional como en la última ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En esta sede se volatiliza el art. 28 y, en cambio, surgen inesperadamente otros varios (16, 17 y 22). Es evidente por tanto que la delimitación del objeto del actual proceso, desde la doble perspectiva sugerida más arriba, anverso y reverso, deja subsistente exclusivamente la pretensión cuya base es el art. 23, eliminando el 28 por abandono y los demás por extemporáneos, a quienes procesalmente les conviene la declaración de inadmisibles.

2. Ahora bien, la cuestión superviviente después de ese análisis formal no merece mejor suerte si es contemplada desde su vertiente sustantiva, a la luz de lo que nuestra Ley Orgánica llama contenido constitucional que exija o justifique una decisión por parte de este Tribunal. Efectivamente, un pronunciamiento nuestro al respecto resulta innecesario por reiterativo, ya que el problema planteado aquí y ahora es idéntico a otros tres anteriores y ha obtenido respuesta en los Autos que llevan fecha de 12 de noviembre de 1990, 28 de enero y 17 de mayo de 1991, que se nos imponen como

precedente, en el auténtico sentido de la expresión, como consecuencia del principio de igualdad ante la Ley. Allí, enjuiciando supuestos de hechos idénticos, hemos respaldado la interpretación de la norma al respecto por el Tribunal Supremo en el sentido de que el pase a la situación de retiro para la dedicación a la vida política o sindical no es automático por el hecho de la petición y exige una ponderación de las circunstancias concurrentes. Por ello, no puede considerarse irrazonable o arbitraria la negativa por razón de la disponibilidad del personal necesario para que las Fuerzas Armadas puedan desempeñar con eficacia las misiones de la Defensa Nacional que tiene constitucionalmente a su cargo, a cuyo efecto la concreción de la actividad política o sindical y la explicación de las razones de la solicitud constituyen un elemento de juicio muy importante en el momento de aquella ponderación. En definitiva, todo ello se reconduce a la colocación de la controversia dentro de la legalidad ordinaria, desprovista de cobertura directa en el art. 23 de la Constitución.

FALLO:

Por lo expuesto, la Sala declara la inadmisibilidad del presente recurso de amparo y acuerda su archivo.

Madrid, a veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y dos.