

**ATC 115/1981, de 12 de noviembre**

De nuevo militar golpista (Cid Fortea), sobre falta seguimiento del art. 24. 2º (juez predeterminado por la ley). El Tribunal rechaza peticiones por defectos formales de la demanda. El magistrado Fernández Viagas, en voto particular entiende que debió estimarse el amparo

TIPO: AUTO

REFERENCIA-NUMERO:115/1981

FECHA-APROBACION:12-11-1981

SALA: Pleno: Excmos. Sres. García-Pelayo, Arozamena, Díez de Velasco, Rubió, Begué, Díez-Picazo, Tomás, Gómez-Ferrer, Escudero, Fernández y Truyol.

NUMERO-REGISTRO:146/1981

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO: Inadmisión. Plazos procesales: error en la fecha de notificación. Derecho a Juez ordinario. Imputabilidad directa de la violación a acción u omisión del órgano judicial: inexistencia. Agotamiento vía judicial precedente: inexistencia. Voto particular.

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Artículo 164.1.

Artículo 24.

Artículo 53.2.

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

Artículo 6.

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

Artículo 41.1.

Artículo 42.

Artículo 43.1.

Artículo 44.

Artículo 44.1.

Artículo 44.1.b).

Artículo 50.2.b).

Artículo 90.2.

Artículo 95.2.

Disposición Transitoria Segunda, 2.

Ley de 27 de diciembre de 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 1.

**MATERIAS:**

Agotamiento de la vía judicial procedente

Inexistencia.

Derecho al Juez ordinario

En general.

Imputabilidad directa de la violación a acción u omisión del órgano judicial

Inexistencia.

Plazos procesales

Error en la fecha de la notificación.

Votos particulares

Formulados.

**PREAMBULO:**

En el asunto reseñado, el Pleno ha acordado dictar el siguiente

**AUTO**

**ANTECEDENTES:**

**I. Antecedentes**

1. El señor Cid Fortea, Capitán de Intendencia y procesado en la causa militar 2/1981, que se instruye ante el Consejo Supremo de Justicia Militar para el esclarecimiento de los hechos que culminaron en el asalto al Congreso de los Diputados el 23 de febrero de 1981, interpuso ante este Tribunal demanda de amparo el día 30 de mayo por presunta violación por los poderes públicos del art. 24.2 de la Constitución que garantiza el derecho que todos tienen al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Acompañaba a su demanda copia de un incidente de nulidad total de actuaciones, planteado en su día por el recurrente ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, en el cual pedía que éste declarara la nulidad del Real Decreto 287/1981, de 26 de febrero, por el que se nombró el Juez Instructor Especial de la citada causa, así como también la nulidad de todo lo actuado y la retroacción del expediente del proceso militar mencionado hasta su momento inicial. Al incidente en cuestión puso fin el Consejo Supremo por medio de un Auto denegatorio fechado a 28 de abril de 1981.

2. El Pleno de este Tribunal, por providencia de 14 de julio de 1981 recabó para sí, de conformidad con el art. 10 k) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el conocimiento del presente recurso de amparo que inicialmente había correspondido en reparto a la Sala Primera.

3. El día 24 de julio el Pleno acordó abrir el trámite por el art. 50.1 de la LOTIC, indicando la posible existencia en este caso de tres causas de inadmisibilidad:

a) falta de precisión del amparo que se solicita (art. 49.1 de la LOTIC);

b) carecer manifiestamente la demanda de contenido que justifique una decisión del Tribunal (art. 50.2 b) de la LOTIC), y

c) presentación de la demanda fuera de plazo (art. 50.1 a) de la LOTIC). En providencia de ese día otorgó a las partes un plazo común para alegaciones.

4. El día 24 de julio, el señor Cid Fortea presentó ante este Tribunal un escrito pidiendo la inmediata suspensión del acto objeto del recurso. Formada la correspondiente pieza separada, abierto el trámite previsto en el art. 56.2 de la LOTIC y habiendo presentado sus alegaciones el Ministerio Fiscal, el Tribunal, por Auto de 29 de julio, acordó no haber lugar a la suspensión solicitada.

5. Por escritos datados a 19, 23 y 22 de septiembre, los señores Tejero Molina, J. Pascual Gálvez y nueve Letrados de procesados en la causa militar 2/1981,

respectivamente, solicitaron ser tenidos como intervinientes y coadyuvantes en el recurso de amparo 144/1981. El Tribunal denegó tales peticiones por Auto de 23 de octubre de 1981.

6. El Tribunal, por providencias del Pleno de 13 y 20 de octubre acordó no admitir y devolver al interesado dos escritos del señor Cid Fortea presentados por su Procurador señor Corujo. Asimismo el Pleno, por providencia de 20 de octubre, acordó no admitir y devolver al señor Tejero Molina un escrito presentado en su nombre por el mismo Procurador el 15 de octubre.

7. En el trámite de admisibilidad a que se ha hecho referencia en el punto 3 de estos antecedentes el Ministerio Fiscal y el recurrente en amparo, señor Cid Fortea, presentaron oportunamente sus respectivas alegaciones. En su escrito, el Fiscal General del Estado pide que este Tribunal proceda a dictar resolución denegando la admisión de la demanda con imposición de costas al demandante. Por su parte, el recurrente, además de formular varios suplicos por otrosí, reitera al Tribunal su pretensión y pide la admisión de su demanda y la continuación del proceso de amparo.

A la vista de ambos escritos de alegaciones el Tribunal, por providencia de 13 de octubre y con base en el art. 84 de la LOTC, acordó comunicar a las partes la eventual existencia de otras dos causas de inadmisión:

a) por incumplimiento del requisito exigido por el art. 44.1 b) de la LOTC, y

b) por incumplimiento del requisito exigido por el art. 43.1 de la misma Ley.

En consecuencia, el Tribunal acordó igualmente dar traslado de los respectivos escritos a las partes y abrir un plazo común de cinco días para que alegasen sobre los expresados motivos de inadmisión.

En su correspondiente escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal estima procedente que este Tribunal acuerde la inadmisión del recurso interpuesto por don José Cid Fortea y entiende que concurren las dos causas de inadmisibilidad a que se refería la providencia de 13 de octubre. Por su parte, el recurrente afirma (punto 4 de su escrito de 20 de octubre) que la violación del derecho o libertad es imputable de modo directo o inmediato a la acción del Juez Especial y que (puntos 16 y sigs.) la vía judicial previa se encuentra totalmente agotada, por lo cual reitera su petición de amparo por violación de su derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, así como también formula por otrosí una nueva petición, a la que se hará referencia más adelante en el fundamento sexto de esta resolución.

Para adoptarla, el Pleno ha tenido en cuenta los siguientes

## FUNDAMENTOS:

### II. Fundamentos jurídicos

1. Acerca de la posible presentación de la demanda fuera de plazo el recurrente aduce en sus dos escritos de alegaciones la existencia de errores materiales, no imputables al recurrente, en la fecha de notificación del Auto del Consejo Supremo de Justicia Militar de 28 de abril, que explica satisfactoriamente las dudas que a este respecto tuvo el Tribunal, por lo que no se aprecia la existencia de esta causa de inadmisión.

2. En su escrito de interposición del recurso el demandante no precisó contra qué acto se dirigía, pues en algunos pasajes afirmaba ir contra resolución judicial firme y definitiva del Consejo Supremo de Justicia Militar de 28 de abril, en otros parecía impugnar el nombramiento de Juez Especial y en ocasiones se dirigía contra la actuación del Juez Especial. En su primer escrito de alegaciones, aunque el recurrente afirma que

no existe falta de precisión del amparo que se solicita, sí subsiste la indeterminación de cuál es el acto objeto de su impugnación, pues unas veces parece dirigirse contra una vía de hecho política y en otros momentos muestra su indecisión al elegir el objetivo de su recurso. Finalmente, en su segundo escrito de alegaciones, además de orientar su impugnación contra la acción del Juez Especial, no despeja la incógnita respecto a si se dirige contra Auto del Consejo Supremo de Justicia Militar de 28 de abril de 1981 o contra el Real Decreto de 26 de febrero de 1981. Examinemos ambos términos de la disyuntiva, no sin antes indicar que la apertura de un nuevo trámite de alegaciones acordada en la providencia del 13 de octubre no tuvo otra finalidad que la de dar ocasión al demandante en amparo y al Ministerio Fiscal para que alegasen respecto a otras dos posibles causas de inadmisión, suscitada una de ellas por el Fiscal en su primer escrito de alegaciones, donde señala con reiteración que no ha agotado el recurrente la vía judicial previa (art. 44.1 b) de la LOTC), y la otra por el propio demandante quien en el punto 6 de su primer escrito de alegaciones afirma que la violación tiene su origen inmediato y directo en la omisión de un órgano jurisdiccional: el Excmo. Consejo Supremo de Justicia Militar.

3. Si el acto infractor frente al cual se solicita amparo es el citado Auto, es claro que nos encontramos ante un supuesto de los regulados por el art. 44 de la LOTC, esto es, ante una presunta violación de un derecho fundamental por acto de un órgano judicial, que en este caso sería el Consejo Supremo de Justicia Militar. Tal violación consiste, según el suplico de la demanda, en la infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en el art. 24 de la Constitución. Ahora bien, como afirma el Ministerio Fiscal, en su escrito de 19 de octubre, la iniciación por el señor Cid Fortea del incidente de nulidad de actuaciones ante el Consejo Supremo de Justicia Militar presupone que la supuesta violación de su derecho al Juez ordinario ya se había realizado cuando el ahora recurrente en amparo acudió al Consejo Supremo de Justicia Militar y, en efecto, el señor Cid Fortea, en su escrito dirigido al Consejo el 20 de abril, planteando el mencionado incidente, ya afirmaba que el Real Decreto 287/1981, de 26 de febrero, es nulo. Por consiguiente, cuando el Consejo en su Auto de 28 de abril declara inadmisibles el escrito del señor Cid Fortea y se muestra conforme con el Real Decreto 287/1981, no puede en modo alguno afirmarse que la supuesta violación del derecho fundamental al Juez ordinario tengan, como exige el art. 44.1 de la LOTC, su origen inmediato y directo en ese acto judicial, pues tanto el recurrente en su escrito al Consejo como la resolución de éste están apuntando a un presupuesto lógico y fáctico, que es el Real Decreto 287/1986, de 26 de febrero.

Así, pues, la demanda de amparo del señor Cid Fortea, en la medida en que se dirige contra el citado Auto del Consejo Supremo de Justicia Militar, debe ser declarada inadmisibles por carecer de un requisito legal (art. 50.1 b) de la LOTC), ya que la supuesta violación de un derecho fundamental atribuida por el recurrente a un acto de dicho órgano judicial no es imputable de modo directo e inmediato a éste.

4. La posible violación del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley debió buscarla el recurrente en el Real Decreto 287/1981, por el que procedió el Gobierno a nombrar un Juez instructor del sumario de la causa militar 2/81, y contra éste debió dirigirse, impugnándolo como acto infractor de su derecho. Ahora bien, el proceso de amparo constitucional no es una vía primaria de defensa de los derechos y libertades fundamentales. La Constitución, en su art. 53.2 faculta a cualquier ciudadano para que reclame su tutela ante los Tribunales ordinarios... y, en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por su parte, el art. 14.1 de la LOTC, al iniciar la regulación del amparo constitucional, declara que éste ha de entenderse sin perjuicio de

la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas encomendada a los Tribunales de justicia. Antes de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional hay que agotar, salvo en los supuestos regulados por el art. 42 de la LOTC, lo que la m s reciente y autorizada doctrina denomina el filtro procesal, que tiene, pues, carácter previo.

Esto es así de modo indubitable por lo que concierne a los actos del Gobierno, que sólo podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente (art. 43.1 de la LOTC). En el caso que nos ocupa, el Real Decreto 287/1981, de 26 de febrero, es, sin duda posible, un acto del Gobierno, con independencia del carácter jurisdiccional o no de su contenido, irrelevante a los efectos de su necesaria impugnación previa. Y ésta debió agotarse en la forma y por la vía legalmente prevista, que no puede ser otra, por ahora, que la señalada por la disposición transitoria segunda, dos, de nuestra Ley Orgánica, como reiteradamente afirma el Ministerio Fiscal en sus dos escritos de alegaciones.

En efecto, el art. 53.2 de la Constitución prevé que la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas ante los Tribunales ordinarios se habrá de realizar por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, pero como el legislador ordinario no había acometido todavía la tarea de regular tal procedimiento, la disposición transitoria segunda, dos, de la LOTC estableció que en tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53.2 de la C.E., se entender que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo está la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre. El precepto transcrito es imperativo (se entender ) y es válido en términos generales para la defensa de cualquiera de los derechos fundamentales y libertades públicas, porque a tal efecto dispone de que el ámbito de la citada Ley 62/1978 se entienda extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado art. 53.2 de la Constitución, y por consiguiente también al derecho al Juez ordinario. Como en el momento actual subsiste la situación de provisionalidad regulada por la citada disposición transitoria, y como el Real Decreto 287/81, en cuanto acto jurídico del Gobierno es uno de los supuestos incluidos en el art. 43.1 de la LOTC, es claro que el recurrente debió impugnarlo ante la vía contencioso-administrativa ordinaria (con apoyo en el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956) o ante la configurada por el art. 6 y siguiente de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

Al no haberlo hecho así, no ha agotado la vía judicial procedente (artículo 43.1 de la LOTC) y, por falta de este requisito legal, su demanda no puede ser admitida (art. 50.1 b) de la LOTC).

5. En su providencia de 24 de julio, el Tribunal comunicó a las partes la posible existencia de la causa de inadmisibilidad recogida por la LOTC en su art. 50.2 b). Habiéndose apreciado la existencia de las causas de inadmisibilidad recogidas en los fundamentos 3 y 4 del presente Auto, el Tribunal entiende que no es necesario entrar en el análisis de la concurrencia de esta otra causa.

6. El recurrente, tanto en su escrito de interposición del recurso como en los de alegaciones, ha formulado otros muchos pedimentos laterales. Es materialmente imposible acceder a alguno de ellos por inexistencia del supuesto de hecho en que se basa, como sucede con su petición, formulada por otrosí en su último escrito de alegaciones, de que se le dé traslado del informe emitido en este caso por la Abogacía del Estado, ya que tal informe no existe. Es jurídicamente imposible conceder algún otro, por no concurrir el supuesto jurídico en que se funda, como ocurre con su pedimento de que se le dé, en caso de desestimación del recurso, certificación de los votos reservados,

ya que en los procesos constitucionales no existen tales votos reservados, aunque sí cabe la existencia de votos particulares, cuya publicidad garantiza la Constitución en su art. 164.1 y la Ley Orgánica de este Tribunal en su art. 90.2, donde expresamente se dispone que tales posibles votos particulares se incorporan a la resolución. Algunas peticiones caen fuera de la competencia de este Tribunal o no guardan relación con la litis planteada, por lo que hay que entender que el recurrente las ha formulado tan sólo en términos de defensa. Otras peticiones, finalmente, corresponden a momentos procesales posteriores a la admisión de la demanda, por lo que, no admitida ésta, carece de sentido.

Aunque el Ministerio Fiscal pidió en su primer escrito de alegaciones la imposición de costas al demandante, el Tribunal no accede a ello por entender que no se dan en este caso los supuestos a que se refiere el art. 95.2 de la LOTC.

**FALLO:**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal en Pleno acuerda la inadmisión de la demanda interpuesta en nombre de José Cid Fortea.

Madrid, a doce de noviembre de mil novecientos ochenta y uno.

**VOTO:**

Voto particular que formula el Magistrado señor Fernández Viagas

1. He de expresar -al amparo del art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional- mi discrepancia de este Auto, en coherencia con la opinión que defendí en la deliberación, consistente en que se acordara la admisión de la demanda interpuesta en nombre de don José Cid Fortea.

2. El Auto de que disiento reconoce expresamente que no concurre la posible causa de inadmisión que, en un principio, el Tribunal había detectado: la presentación de la demanda fuera de plazo. En cuanto a la manifiesta carencia de contenido constitucional en la misma, no considera preciso su examen. Y así reduce el fundamento de la inadmisión a la falta de un presupuesto procesal: el agotamiento de la vía judicial previa.

3. La tesis aceptada, mayoritariamente, por el Pleno del Tribunal parte del supuesto de que la violación del derecho que el recurrente acusa debe basarse en el Real Decreto por el que el Gobierno procedió a nombrar Juez instructor del sumario para la Causa militar y contra el que no se puede ejercitar el recurso de amparo sin haber agotado la vía judicial.

No entramos -porque el Auto no profundiza en él, ni es preciso para sostener la opinión discrepante de este Magistrado- en el tema de la posible naturaleza judicial del acto por el que el Gobierno designa un Juez, ni en la cuestión, quiz controvertible, de la exigencia de agotamiento de la vía judicial respecto a las simples vías de hecho.

4. Pero lo cierto es que el amparo se solicita por el recurrente -quiz no exclusivamente, pero, al menos, concurrentemente- contra el Auto del Consejo Supremo de Justicia Militar que denegó la solicitud de nulidad del Real Decreto que nombró al Juez.

La resolución de que discrepamos mantiene que la violación denunciada no dimana del Auto del Consejo de modo directo e inmediato, puesto que existe un presupuesto lógico y fáctico que es el Real Decreto.

Tal interpretación omite que el sostenimiento del propio ámbito constitucional de cada uno de los poderes del Estado es exigible a los respectivos órganos estatales por cualquier ciudadano que tuviere interés en ello. Cuando, ante una pretensión de esta

índole, un Tribunal la desestima, al no sostener su competencia frente a la posible injerencia del Gobierno, no puede decirse que esta decisión no sea causa originaria de la violación de modo inmediato y directo por el hecho de que preexista un acto emanado de otro ámbito de poder, si este acto precisamente implica exceso de atribuciones. Sobre la viabilidad de la pretensión no se puede decidir sin entrar en el fondo, lo que exige la admisión y la tramitación del recurso.

Madrid, a doce de noviembre de mil novecientos ochenta y uno.