

**STC 18/1994, de 20 de enero**

Guardia Civil fue condenado por la justicia civil por delito de homicidio. Tal condena supuso apertura de expediente gubernativo en el que se acordó su separación de servicio; sus pretensiones de recurso fueron desestimadas por considerarse tal sanción como automática por la condena. El demandante entiende vulnerados los principios de legalidad y tipicidad y non bis in ídem y el principio de igualdad así como el derecho a la tutela efectiva. El TC advierte que la sanción de separación de servicio en modo alguno puede considerarse automática y que, entre otros motivos, la vulneración de un derecho fundamental exige la posibilidad de recurso ante la imposición de tal sanción. Así estima que dada que la causa de la no admisión se fundamentaba en el art. 468 c) su aplicación condujo a un resultado contrario al art. 24. 1º CE por impedir el acceso a la jurisdicción sin posibilidad de respuesta de fondo, por lo cual reconoce el amparo solicitado y el derecho a obtener tal resolución. Se da voto particular concurrente por el Magistrado Mendizábal Allende, quien señala que debió autoplantearse y resolverse la cuestión de inconstitucionalidad, con suspensión mientras tanto del proceso de amparo en el cual había surgido, pues de no haberse hecho así el precepto sigue siendo aplicable por los jueces

De una parte la resolución del supremo afirmaba que contra sanciones por expediente gubernativo no cabe recurso en vía jurisdiccional, no obstante el recurrente lo hizo por la vía preferente y sumaria regulado en 453 y 518 de la LPM solicitando que se planteara cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 468 c) de dicha ley que niega tal recurso, lo cual fue rechazado por el Tribunal y estima que tal inadmisión vulnera su tutela judicial efectiva por impedirle acceder a los tribunales de justicia.

TIPO: SENTENCIA

REFERENCIA-NUMERO: 18/1994

FECHA-APROBACION: 20-01-1994

PUBLICACION-BOE: 17-02-1994 ["BOE" núm. 41]

SALA: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, López, García-Mon, Díaz, Gimeno, Gabaldón, de Mendizábal, González, Cruz y Viver.

NUMERO-REGISTRO: 1.722/1991

PONENTE: don Julio Diego González Campos

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO:

1. Los recursos a los que alude el art. 44.1 a) LOTC como presupuesto del proceso de amparo, no son todos los posibles o imaginables, sino solo aquellos que puedan ser conocidos y ejercitados por los litigantes, sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente (SSTC 142/1992 y 11/1993). El art. 504 de la Ley Procesal Militar recoge ciertamente como motivos de revisión la

contradicción entre las decisiones de la parte dispositiva de la Sentencia (apartado a) y el dictado de resoluciones contrarias entre sí respecto a los mismos litigantes en idéntica situación (apartado b), motivos de recurso aptos para acoger quejas por incongruencia de la propia Sentencia o, incluso, como aquí se ha alegado, vulneraciones del derecho a la igualdad (art. 14 C.E.). Pero dichas previsiones, por mucho que se fuerce su interpretación, no son suficientes para incluir los motivos de este recurso de amparo que conciernen a los principios de legalidad (art. 25 C.E.), prohibición de “ne bis in ídem” y principio de igualdad (art. 14 C.E.) referidos a las resoluciones administrativas, ni de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción que conciernen a la resolución judicial [F.J. 2].

2. Admitida por imperativo constitucional (art. 106 C.E.) la necesidad de que los Tribunales controlen la actuación administrativa de naturaleza sancionadora de las Administraciones Públicas -en la que se integra la militar-, el mandato constitucional se refuerza y transforma en un derecho de los ciudadanos cuando en el ejercicio de la citada actividad sancionadora pueda haberse vulnerado alguno de los derechos reconocidos en el art. 14 y Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I del Texto constitucional (art. 53.2 C.E.). Consciente de ello ha sido el legislador cuando en el art. 465 del Código Procesal Militar admite la posibilidad de acudir al recurso contencioso-disciplinario militar contra los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la Ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa, y al prever en el párrafo 3. del art. 453 de la misma Ley que, contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 C.E., podrá interponerse el recurso contencioso-administrativo disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el Título V del Libro IV de la misma Ley [F.J. 4].

3. La separación del servicio en este caso supone (arts. 64 de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y 17 de la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil) para el sancionado quedar fuera del Cuerpo de la Guardia Civil, perdiendo los derechos profesionales adquiridos. No se trata de una consecuencia automática ni obligada de la condena penal, sino derivada de disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (arts. 73 y 74) [F.J. 4].

4. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha sido clara y terminante al respecto. En la STC 21/1981 ya señalamos que las faltas militares graves forman parte del régimen disciplinario y que “para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional, es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa”. Más tarde, la STC 80/1983, en relación con determinadas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia no susceptibles de recurso, aseveró de manera más tajante que habían de entenderse derogados por la propia Constitución todos aquellos preceptos que excluyen de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa alguna de las resoluciones de dicho Tribunal, por oponerse a los arts. 24.1, 106.1 y 117.5 C.E., los cuales proclaman el derecho de toda persona a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, el sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial y el principio de unidad jurisdiccional. Finalmente, y en reiteración de la anterior posición jurisprudencial, la STC 197/1988 concluía que la tutela judicial efectiva prohíbe al legislador que, con normas excluyentes de la vía judicial, impida el acceso al proceso, prohibición esta última que se refuerza por

lo prevenido en el art. 106.1 C.E., cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las Administraciones Públicas [F.J. 5].

5. El control por parte del Tribunal Constitucional sobre la selección de la norma aplicada podrá tener lugar, entre otras causas, si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional o legal de los controles normativos (art. 106.1 C.E.), o si de dicha selección o interpretación se ha seguido daño para alguno de los derechos procesales constitucionalmente garantizados por el propio art. 24 C.E., como es en este caso el derecho de acceso a la jurisdicción (SSTC 24/1990, 26/1990 y 90/1990). Pese a que a la Sentencia impugnada no le es imputable una selección arbitraria o errónea de la norma, la aplicación del art. 468 c) de la Ley Procesal Militar ha conducido a un resultado que es contrario a la protección del derecho fundamental reconocido por el art. 24.1 C.E., en cuanto que se ha impedido al actor el acceso a la jurisdicción, y truncado su derecho a obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión mediante la aplicación de una causa de inadmisión que no se adecua a las exigencias constitucionales. Por esta razón, la consecuencia no puede ser otra que la de acordar la nulidad de la mentada resolución [F.J. 6.].

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978

Artículo 103

Artículo 106

Artículo 106.1

Artículo 117.5

Artículo 14

Artículo 24

Artículo 24.1

Artículo 25

Artículo 25.1

Artículo 53.2

Título I, Capítulo Segundo, Sección 1.a

Ley 4/1985, de 21 de marzo. Extradición pasiva

Artículo 15.2

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

Sección Segunda

Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio. Régimen disciplinario de la Guardia Civil

Artículo 17

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

Artículo 43.1

Artículo 44

Artículo 44.1 a)

Artículo 50.1 a)

Artículo 55.2

Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo. Tribunal de Cuentas

Artículo 49

Disposición Final Tercera

Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril. Procesal Militar

Artículo 453

Artículo 453.3  
Artículo 465  
Artículo 468 a)  
Artículo 468 b)  
Artículo 504  
Artículo 518  
Libro IV, Título V  
Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. Poder Judicial  
Artículo 49  
Artículo 61  
Ley de 27 de diciembre de 1956. Jurisdicción Contencioso-Administrativa  
Artículo 100 (antiguo)  
Artículo 102  
Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre. Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas  
Artículo 64  
Artículo 65  
Artículo 73  
Artículo 74  
En general

**MATERIAS:**

Agotamiento de recursos en la vía judicial  
Recurso de revisión.  
Cuestión de inconstitucionalidad  
Recurso de amparo elevado al Pleno.  
Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales  
Inadmisión de recurso contencioso-disciplinario militar.  
Ley Procesal Militar  
Art. 468 c).  
Recurso contencioso-disciplinario militar.  
Recurso de revisión.  
Potestad sancionadora de la Administración  
Control jurisdiccional.  
Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales  
Recurso contencioso-disciplinario militar.  
Recurso contencioso-disciplinario militar  
Inadmisión lesiva de la tutela.  
Recurso de amparo  
Mixto.  
Subsidiariedad.  
Recurso de revisión  
Agotamiento de recursos.  
Régimen disciplinario militar  
Separación del servicio.  
Sanciones administrativas  
Separación del servicio.  
Separación del servicio  
Régimen disciplinario militar.

**PREAMBULO:**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Eugenio Díaz Eimil, don Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 1.722/91, promovido por don José Antonio Sánchez García, representado por el Procurador de los Tribunales don José Sánchez Jáuregui y asistido del Letrado don Ildefonso Vázquez Cachinero, contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1991, que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, núm. 2/24/89 formulado contra las resoluciones del Excmo. Sr. Ministro de Defensa, de 26 de septiembre de 1989 y 7 de marzo de 1990, por las que se acordó la separación del servicio del recurrente en el expediente gubernativo núm. 7/89. Han sido parte el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Julio Diego González Campos, quien expresa el parecer del Tribunal.

**ANTECEDENTES:**

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 31 julio de 1991, el Procurador de los Tribunales don José Sánchez Jáuregui, actuando en nombre y representación de don José Antonio Sánchez García, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 12 de julio de 1991, de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, interpuesto contra las Resoluciones de 26 de septiembre de 1989 y de 7 de marzo de 1990, del Excmo. Sr. Ministro de Defensa, por las que se acordó la separación del servicio del demandante.

2. La demanda se basa, sucintamente, en los siguientes antecedentes de hecho:

A) El actor, Guardia Civil con destino en la 411. Comandancia de la Guardia Civil de Barcelona, fue detenido el 14 de abril de 1985 como autor de un delito de homicidio, y sancionado con dos correctivos disciplinarios que dieron lugar a la incoación del expediente gubernativo núm. 24/85 por la comisión de faltas previstas en los arts. 446 y 443 del Código de Justicia Militar, las de pernoctar fuera del cuartel y descuido en la conservación del arma. Recurridas en alzada las meritadas sanciones, el Excmo. Sr. Ministro de Defensa las anuló por defectos padecidos en su tramitación, y, reanudada la misma, el expediente resultó definitivamente terminado por prescripción de la acción disciplinaria el 7 de noviembre de 1989.

B) En tanto se sustanciaba el citado expediente, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 20 de enero de 1986 que condenó al demandante, como autor de un delito de homicidio, a la pena de once años de prisión mayor, accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio. La Sentencia fue confirmada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Resolución de 4 de abril de 1987.

C) A la vista de dicha Sentencia, se incoó el expediente gubernativo núm. 7/89 en el que, tras dar vista al recurrente, recayó Resolución del Ministro de Defensa que acordó su separación del servicio. Contra esta última decisión, el actor, el 20 de octubre de 1989, interpuso ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, y, el 10 de noviembre de 1989, recurso de reposición contra la Resolución del Ministro de Defensa.

D) El recurso de reposición fue resuelto en vía gubernativa, el 7 de marzo de 1990, en el sentido de desestimarlo y confirmar la Resolución recurrida. Dicha Resolución advertía que era definitiva y que contra la misma no se podía interponer recurso contencioso-disciplinario militar de conformidad con lo previsto en el art. 468 c) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril.

Por su parte, la Sala Quinta del Tribunal Supremo declaró, mediante Sentencia de 12 de julio de 1991, la inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, por cuanto, en virtud también de lo dispuesto en el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar, no cabe admitir recurso contencioso-disciplinario militar respecto de la Resolución de separación de servicio impuesta como consecuencia de Sentencia firme que imponga pena de privación de libertad superior a seis años por cualquier delito. La interpretación de dicha norma, dice la Sentencia, la hace aplicable tanto al procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario como al preferente y sumario.

3. La demanda se plantea tanto contra las decisiones administrativas (art. 43 LOTC) como contra la decisión judicial (art. 44 LOTC), si bien reconoce la subsidiariedad de las Resoluciones impugnadas en el primer caso con respecto de las segundas. En cambio, en su orden expositivo, comienza por el análisis de las vulneraciones imputadas a las Resoluciones administrativas.

Sostiene, respecto de éstas, que han vulnerado los principios jurídicos de legalidad, tipicidad y non bis in ídem consagrados como derechos fundamentales en el art. 25.1 C.E. A su juicio, la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, habría derogado los delitos, faltas y expedientes gubernativos tipificados en el Código de Justicia Militar; las cometidas con anterioridad, como es el caso de las imputadas al recurrente, habrían quedado amnistiadas desde la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica. Además de ello, serían de aplicación al mismo las causas de incoación de expediente gubernativo previstas en el Real Decreto 353/1977, de 25 de enero, que no ha sido derogado expresamente por la Ley Orgánica 12/1985, el cual no prevé como una de ellas la tenida en cuenta en el expediente seguido en su contra. Por este motivo, las Resoluciones administrativas impugnadas habrían infringido los principios de legalidad y tipicidad prevenidos por el art. 25.1 C.E.

Denuncia igualmente la violación del derecho fundamental a la igualdad del art. 14 C.E. fundado en que al recurrente se le han aplicado unas normas jurídicas, para sancionarlo, distintas a las aplicadas a otros Guardias Civiles, dando lugar con ello a un resultado contradictorio. Como término de comparación cita la Orden del Ministro de Defensa núm. 120/14643/84.

Partiendo de que al recurrente ya se le instruyó el expediente gubernativo núm. 24/85 alega que el mismo encubría el mismo objeto del seguido con el núm. 7/89. Se trataba de una artimaña para evitar la sanción de nulidad, lo que produce una vulneración del principio ne bis in ídem, y que, en cuanto se le ha aplicado la Ley Orgánica 12/1985 y no el Real Decreto 353/1977, le ha originado indefensión, pues las normas de este último le son más favorables ya que el expediente no habría tenido que finalizar necesariamente con una sanción de separación del servicio.

Con respecto a la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo le imputa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. En efecto, la posibilidad de recurrir por vía contencioso-disciplinaria militar las sanciones impuestas por el Ministro de Defensa, de acuerdo con el art. 76 de la Ley Orgánica 12/1985, se vio truncada con la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Ante la imposibilidad del recurso ordinario que preveía el art. 468 de esta última, el actor intentó el recurso preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales al que hacen mención los arts. 453 y 518 de la Ley Procesal Militar y, cuando el Abogado del Estado, en esta vía, se opuso a la admisibilidad del mismo, el actor solicitó que se plantease cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 468 c) de dicha Ley por oponerse a los arts. 53.2 y 106.1 C.E. y 45.1 LOTC.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo, sin embargo, no accedió a ello e inadmitió el recurso. Con esta Resolución el órgano judicial impidió al recurrente el acceso a los Tribunales, con una decisión que es, además, irrazonable, pues el recurrente no impugnaba con este recurso la Sentencia penal sino el procedimiento administrativo que le imponía una sanción disciplinaria.

En atención a lo dicho solicita la estimación del recurso de amparo y la nulidad de las Resoluciones impugnadas.

4. Por providencia de 16 de diciembre de 1991, la Sección Cuarta de la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo, tener por parte al recurrente y reclamar de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y del Ministerio de Defensa certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-disciplinario militar con núm. de rollo 2/24/89 y del expediente administrativo núm. 7/89.

5. Comparecido el Abogado del Estado el 30 de diciembre de 1991, mediante providencia de 24 de febrero de 1992, la Sección acordó acusar recibo de las actuaciones remitidas y dar vista de las mismas al recurrente, al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal para que presentasen las alegaciones que estimaran pertinentes conforme determina el art. 52.1 LOTC.

6. El 20 de marzo de 1992 tuvieron entrada en el Registro de este Tribunal las alegaciones

del actor. Reitera en ellas las que formuló con su escrito de demanda, insistiendo en que los hechos por los que ha sido sancionado no estaban tipificados en la norma aplicable en el momento de su comisión (Código de Justicia Militar). Insiste en que el legislador quiso amnistiar con su legislación posterior las faltas cometidas con anterioridad a la Ley Orgánica 12/1985 con lo que, a su juicio, queda patente la vulneración del art. 25.1 C.E. Añade como término de comparación a su denunciada vulneración del derecho a la igualdad la Sentencia de 17 de octubre de 1991 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. La Administración ha tratado de amparar con manifiesto abuso de Derecho, fraude de Ley y desviación de poder la incoación de dos expedientes administrativos con el mismo objeto, con lo que vulnera la prohibición de ne bis in ídem y le ha producido indefensión. Finalmente, reproduce sus alegaciones en torno al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Solicita, por último, una Sentencia de conformidad con su escrito de demanda.

7. El Abogado del Estado, en un escrito presentado el 18 de marzo de 1992, sostiene el carácter mixto del amparo presentado y la subsidiariedad de los motivos referentes a las impugnaciones dirigidas contra Resoluciones administrativas respecto de

los atribuidos a la Sentencia judicial. Sólo si la Sentencia no prosperara en este punto cabría analizar el primero de los extremos.

Como obstáculo previo al análisis sobre el fondo de la demanda, objeta la falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial, pues en su opinión, el demandante antes de acudir al amparo debería haber utilizado el recurso extraordinario de revisión previsto en el art 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (L.J.C.A.). Como consecuencia, concluye que concurre el supuesto de inadmisión previsto en el art. 50.1 a) en relación con los arts. 43.1, in fine, y 44.1 a) LOTC.

Subsidiariamente sostiene la constitucionalidad del art. 468 c) de la Ley Procesal Militar y justifica la exclusión del recurso judicial de aquellas decisiones a que se refiere el mismo por el hecho de que el legislador ha optado por el automatismo de la sanción dado el poderoso interés en la irreprochabilidad penal de los miembros de las Fuerzas Armadas y, en particular, de la Guardia Civil. Además, la imposición necesaria de la separación del servicio como consecuencia de la condena penal responde a un régimen especial que sobre las penas accesorias contiene la Ley Orgánica 12/1985 y, así, la Resolución administrativa de separación del servicio equivale a una pena accesoria penal revestida formalmente como Resolución administrativa sancionadora. La consecuencia de todo ello sería que únicamente mediante el recurso de amparo podrán corregirse las violaciones de derechos fundamentales que puedan cometerse al aplicar el art. 74.1 de la Ley Orgánica 12/1985, con lo que se puede sostener que ha sido una decisión del legislador someter este tipo de sanciones directamente al amparo constitucional.

Cabe incluso interpretar que el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar limita el acceso al procedimiento contencioso-disciplinario ordinario pero no al contencioso-disciplinario preferente y sumario. Con ello viene a significarse que el indicado precepto no puede ser tachado de inconstitucional sino, a lo sumo, procedería corregir la interpretación del mismo hecha por el Tribunal Supremo.

En cuanto a las impugnaciones que afectan a las Resoluciones del Ministerio de Defensa, carecen de base. La que les imputa vulneración del principio de legalidad, porque la sanción de separación de servicio se impuso no para sancionar una conducta homicida sino en atención a salvaguardar la eficacia y prestigio de las Fuerzas Armadas. Por lo tanto, la fecha relevante no es la de comisión del delito sino la de firmeza de la condena penal, y esta fecha y la de comunicación a la Administración de la sanción son posteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 12/1985, de aquí que carezca de base afirmar que la Disposición transitoria segunda de la misma representa una amnistía. Del mismo modo, carece de solidez la invocación del Real Decreto 353/1977, porque esta disposición regula la "propiedad en el empleo" de las clases de tropa y de la Guardia Civil, y concede al Director General de este último Cuerpo competencia para incoar y resolver dicho expediente, regulado entonces por el art. 1.011 del Código de Justicia Militar, pero, derogado este último precepto por la Ley Orgánica 12/1985, es claro que el art. 2 del Real Decreto 353/1977 ha de ajustarse a esta última Ley, es decir, no hay razón para considerar a aquél una Ley especial respecto de ésta.

La vulneración del principio de igualdad (art. 14 C.E.) carece de término de comparación ya que la Orden del Ministerio de Defensa núm. 120/14643/84 que se utiliza para ello es anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 12/1985.

Tampoco aprecia vulneración del principio ne bis in ídem dado que los hechos por los que se siguieron los expedientes 24/95 y 7/89 son distintos, y el primero no concluyó con sanción alguna.



En cuanto a la inaplicación de la Ley más favorable, que utiliza el recurrente poniendo en relación el art. 24.1 con el art. 9.3 C.E., no puede acogerse, entre otras razones porque el carácter más o menos favorable de diversas normas sancionadoras nada tiene que ver con la indefensión y porque el art. 9.3 C.E. no protege derechos susceptibles de amparo.

Como consecuencia de lo argumentado, solicita que se dicte Sentencia denegando el amparo pedido.

8. Con fecha 17 de marzo de 1992, se registraron en este Tribunal las alegaciones del Ministerio Fiscal. En coincidencia con las demás partes indica que las vulneraciones que se imputan a la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo son preferentes respecto de las que atañen a las dirigidas contra las Resoluciones administrativas, lo que obliga a analizar primero aquéllas, pues si se hubiese ignorado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, se impondría la nulidad de la Sentencia y su efecto sería que, al no haberse agotado la vía judicial, no podría entrarse en el examen de las segundas impugnaciones.

Con este orden sistemático, el Fiscal advierte que la demanda combate la decisión judicial tanto legal como constitucionalmente. Lo primero porque el art. 468 c) de la Ley Orgánica Procesal Militar contradice la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (art. 76), y lo segundo, porque la prescripción de dicho artículo se opone a los arts. 53.2 y 106.1 C.E. Pues bien, tanto en uno como en otro caso, el art. 468 c) de la Ley Orgánica Procesal Militar es incompatible con el art. 106.1 C.E., ya que lo que este precepto ordena es que la actuación administrativa se controle por los Tribunales, sin que se prevea excepción alguna a dicho principio, y así lo ha entendido repetidamente este Tribunal, en especial con referencia al art. 40 f) L.J.C.A. El mandato constitucional hace imposible que una actuación de la Administración quede inmune a la revisión de los Tribunales. Si ello se pone en conexión con el art. 53.2 C.E., resulta que aquí no se trata ya de un control de la Administración sino de que toda lesión de un derecho fundamental pueda ser sometida ante los Tribunales, para restablecer, en su caso, el derecho afectado.

Contradiendo, pues, el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar a la Constitución, su aplicación en la Sentencia impugnada ha vulnerado el art. 24.1 C.E. Y ello es suficiente para obviar el juicio de legalidad sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, o, lo que es lo mismo, si con otra interpretación podría haberse afirmado la procedencia del recurso contencioso especial.

Ahora bien, una hermenéutica legal favorable a la aplicación de los derechos constitucionales puede y debe conducir a sostener la procedencia de dicho recurso especial, en atención a lo que dispone el art. 453 de la Ley Procesal Militar, pues nada autoriza, como hace la decisión judicial, a afirmar que la separación del servicio subsiguiente a una condena penal sea automática y que las objeciones en contra debieron situarse en el proceso penal. La condena penal no comporta directamente la separación del servicio, sino que, entre una y otra, se intercala el expediente gubernativo, y aunque se deje poco margen a una nueva valoración por parte de quien haya de decidir el expediente, en éste se pueden cometer infracciones (prescripción, desviación de poder, fraude de Ley, etc.) cuya revisión judicial contradice la idea del automatismo.

Procede, por tanto, declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

Para el caso de que no prosperase el anterior planteamiento, el examen de la impugnación subsidiaria daría lugar a rechazar la infracción del art. 25.1 C.E., porque el

motivo de la separación del servicio impuesta no es el hecho delictivo sino la Sentencia penal pronunciada, cuya firmeza es de 4 de abril de 1987 y, por tanto, no cabe hablar de retroactividad alguna. Por lo demás, la lectura de la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas no supone la amnistía que pretende el recurrente sino la aplicación de la Ley a hechos anteriores cuando sus disposiciones fueran más favorables. Esto último, materialmente, no es para el recurrente ni más ni menos ventajoso, porque la condena penal de que ha sido objeto estaba sancionada con la separación del servicio antes y después, y, procesalmente, puede sostenerse el carácter más beneficioso de esta última por ofrecer mayores garantías.

Tampoco puede decirse que el Real Decreto 353/1977 sea Ley especial no derogada, entre otras cosas porque no es una Ley sino una disposición reglamentaria y ello es suficiente para descartar la pretendida desigualdad respecto de otros Guardias Civiles a los que sí se aplicó el referido Real Decreto.

No hay, finalmente, infracción de la prohibición de ne bis in ídem. Los expedientes incoados son distintos con imputaciones diferenciadas que no inciden en una repetición de sanciones.

A la vista de lo expuesto interesa, con carácter principal, que se declare que el fallo judicial ha infringido la tutela judicial efectiva, anulando el mismo y elevando al Pleno del Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 468 c) de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar (art. 55.2 LOTC) y, de no prosperar lo anterior, desestimar el presente recurso de amparo.

9. Por providencia de 14 de diciembre de 1993 el Pleno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 k) de la Ley Orgánica de este Tribunal y a propuesta de la Sala Segunda del mismo, acordó recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

10. Por providencia de 18 de enero de 1994 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año.

## FUNDAMENTOS:

### II. Fundamentos jurídicos

1. Coinciden todas las partes intervinientes en este recurso de amparo en el carácter "mixto" del mismo al comprender impugnaciones que afectan a las Resoluciones administrativas, encuadrables en el ámbito del art. 43.1 LOTC, y otras relacionadas con la Sentencia pronunciada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo (art. 44 LOTC). Esta última Resolución, aunque de inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (art. 453, párrafo 3., de la Ley Procesal Militar), constituye la respuesta judicial dada al recurso interpuesto contra las primeras decisiones administrativas y, como cauce elegido por el actor para la fiscalización de las mismas, ha de ser examinada preferentemente, pues sólo si aquella Sentencia de inadmisión es respetuosa con la tutela judicial efectiva del recurrente -extremo que éste niega- podrá examinarse la adecuación constitucional de los expedientes gubernativos también impugnados. En caso contrario, el principio de subsidiariedad que informa el recurso de amparo [art. 44.1 a) LOTC] no quedaría completo, debido a que los órganos judiciales, de anularse dicha Sentencia, aún no se habrían pronunciado sobre las vulneraciones que en este proceso constitucional se quieren hacer valer contra aquellos actos de la Administración Militar.

2. Lo antes apuntado requiere un examen preliminar de la objeción que apunta el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones. Según éste la demanda incurre en una causa de inadmisibilidad, en el presente estadio procesal de denegación, del amparo

consistente en la falta de agotamiento de la vía judicial procedente [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC].

Para el Abogado del Estado, al establecer el art. 504 de la Ley Procesal Militar que contra las Sentencias firmes de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo cabrá recurso de revisión ante la Sala prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), idéntico recurso cabría interponer contra las Sentencias de la misma Sala que resuelvan los recursos contencioso-disciplinarios de protección de los derechos fundamentales, al igual que ocurre en el proceso previsto en la Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, con respecto al recurso contencioso-administrativo común. Este planteamiento vendría apoyado en la reciente jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en interpretación de lo que dispone el art. 102 L.J.C.A. que “parece” admitir la posibilidad de basar un recurso de revisión contencioso-administrativo en la infracción de preceptos constitucionales.

La exigencia de agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial es, efectivamente, un corolario del carácter último y subsidiario del amparo y, por tanto, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado, por su carácter y naturaleza, para tutelar el derecho o libertad que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir a la vía del amparo constitucional (STC 39/1993). Ahora bien, los recursos a los que alude el art. 44.1 a) LOTC, como presupuesto del proceso de amparo, no son todos los posibles o imaginables, sino sólo aquellos que puedan ser conocidos y ejercitados por los litigantes, sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente (SSTC 142/1992 y 11/1993).

El art. 504 de la Ley Procesal Militar recoge ciertamente como motivos de revisión la contradicción entre las decisiones de la parte dispositiva de la Sentencia (apartado a) y el dictado de Resoluciones contrarias entre sí respecto a los mismos litigantes en idéntica situación (apartado b), motivos de recurso aptos para acoger quejas por incongruencia de la propia Sentencia o, incluso como aquí se ha alegado, vulneraciones del derecho a la igualdad (art. 14 C.E.). Pero dichas previsiones, por mucho que se fuerce su interpretación, no son suficientes para incluir los motivos de este recurso de amparo que conciernen a los principios de legalidad (art. 25 C.E.), prohibición de ne bis in ídem y principio de igualdad (art. 14 C.E.), referidos a las Resoluciones administrativas, ni de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción que conciernen a la Resolución judicial.

En conclusión, el recurso de revisión que se dice no agotado no era exigible, y de aquí que deba rechazarse el obstáculo previo aducido por el Abogado del Estado.

3. Como indicamos anteriormente, el examen de los motivos a que se ciñe el actual recurso de amparo exige comenzar por aquel dirigido directamente contra la Sentencia pronunciada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Defensa que impuso al recurrente la sanción disciplinaria de separación del servicio.

El alcance de dicha Resolución es, sin embargo, mayor que la que cabe predicar del propio recurso que resuelve, pues de su fundamentación jurídica se desprende que contra las sanciones administrativas como la ahora recurrida no cabe recurso alguno en vía jurisdiccional, es decir, ni el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario ni el preferente sumario. Y a idéntica conclusión llega, por otra parte, la Resolución del Ministerio de Defensa, que desestima el recurso de reposición intentado contra la misma decisión sancionadora, cuando advierte que la misma es definitiva, sin que contra ella

pueda interponerse recurso contencioso-militar. Siendo de señalar que la fundamentación jurídica utilizada tanto por el órgano jurisdiccional como el administrativo es la misma: lo dispuesto en el art. 468 c) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. De manera que la exclusión del recurso jurisdiccional tendría su origen en lo ordenado por dicho precepto.

El recurrente, en cambio, aun partiendo de esta conclusión -que el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar impide el recurso contencioso militar ordinario-, acudió al recurso preferente y sumario de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (arts. 453 y 518 de la Ley Procesal Militar) como único medio de obtener la protección jurisdiccional de sus derechos y agotar, en su caso, la vía que le permitiese el acceso a este recurso de amparo. En la demanda, y por estos motivos, interesó del Tribunal Supremo que planteara cuestión de inconstitucionalidad respecto del contenido del art. 468 c) de la Ley Procesal Militar por considerarlo contrario a los arts. 53.2 y 106.1 C.E. y art. 43.1 LOTC; petición esta que fue rechazada por el alto Tribunal. Y es esta inadmisión del recurso la que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. pues, como sostiene en su demanda de amparo, le ha impedido acceder a los Tribunales de justicia y obtener la protección de éstos, e incluso hace inviable un eventual recurso de amparo, al no permitirle agotar la vía judicial previa exigida por el art. 44 LOTC.

La cuestión de fondo, en lo que afecta al contenido de esta impugnación, viene apoyada, pues, en que al reconocer el art. 53.2 C.E. el derecho de cualquier ciudadano a recabar la tutela de sus derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, de otro lado, al prescribir el art. 106 del mismo Texto constitucional el control por los Tribunales de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, la Resolución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que inadmite el recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en aplicación de lo dispuesto en el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) en su vertiente de derecho de acceso a los recursos.

4. Centrada en dichas coordenadas el motivo de amparo, se hace indispensable tomar como referencia el fallo inadmisorio de la pretensión del recurrente, que se juzga contrario al art. 24 C.E.:

A) Sobre el control de la actividad sancionadora de la Administración ya se pronunció la STC 10/1988 al afirmar que “no puede negarse, justamente por obra de lo dispuesto en el art. 106 C.E., que los Tribunales poseen el control de la legalidad de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa, incluida la sancionadora”. Dentro de esta potestad está la supervisión del ajuste a la Ley y al Derecho (art. 103 C.E.) de la actuación administrativa mediante la aplicación de criterios jurídicos dentro de su competencia funcional. Admitida, pues, por imperativo constitucional (art. 106 C.E.) la necesidad de que los Tribunales controlen la actuación administrativa de naturaleza sancionadora de las Administraciones Públicas -en la que se integra la militar-, el mandato constitucional se refuerza y transforma en un derecho de los ciudadanos cuando en el ejercicio de la citada actividad sancionadora pueda haberse vulnerado alguno de los derechos reconocidos en el art. 14 y Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I del Texto constitucional (art. 53.2 C.E.).

Consciente de ello ha sido el legislador cuando en el art. 465 del Código Procesal Militar admite la posibilidad de acudir al recurso contencioso-disciplinario militar contra

los actos definitivos dictados por las autoridades o mandos sancionadores en aplicación de la Ley disciplinaria, que causen estado en vía administrativa, y al prever en el párrafo 3 del art. 453 de la misma Ley procesal que contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 C.E., podrá interponerse el recurso contencioso-administrativo disciplinario militar, preferente y sumario, que se regula en el Título V del Libro IV de la misma Ley.

B) La quiebra que para este régimen general de recursos supone lo dispuesto en el art. 468, c), de la Ley Procesal Militar obliga a indagar si el distinto criterio aplicado a los actos recogidos en el indicado precepto obedece a razones que, objetiva y razonablemente, sean atendibles en el plano constitucional. Ninguna matización a esta posibilidad de acceso a la vía judicial implican los actos recogidos en los apartados a) y b) del citado artículo. Los primeros porque son actos que reproducen otros anteriores ya firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos, cuyo acceso a la vía judicial habría sido posible respecto de aquellos actos anteriores, y los segundos porque admiten expresamente la posibilidad de acudir al procedimiento contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario.

Otras razones, sin embargo, han de buscarse para comprender las causas que impiden el acceso a los Tribunales de aquellos actos, como el aquí objeto de recurso, que implican la imposición de la sanción de separación del servicio como consecuencia de Sentencia firme en que se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años. Para la Sala Quinta del Tribunal Supremo no nos encontramos aquí con la imposición de una sanción en la que se pueda vulnerar la legalidad ordinaria y los derechos fundamentales, sino simplemente de la adopción de una consecuencia automática de la imposición de una condena, y, lógicamente -dice-, hay que pensar que en el proceso correspondiente se han observado todos los derechos fundamentales y podido alegar cualquier tipo de infracción de los preceptos constitucionales. En definitiva, la separación del servicio no supondría una nueva sanción sino “una obligada consecuencia de la condena”.

Esta interpretación, sin embargo, no es razonable. Y no lo es porque la Sentencia penal condenatoria no ha impuesto en ningún momento, como pena principal o accesoria, la de separación del servicio y ni siquiera la de inhabilitación absoluta a que se refiere el mismo apartado c) del art. 468. La condena penal impone como pena accesoria la de suspensión de cargo público, cuya duración se circunscribe al tiempo de la condena. Por el contrario, la separación del servicio en este caso supone (art. 64 de la Ley Orgánica 12/1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y 17 de la Ley Orgánica 11/1991, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil) para el sancionado quedar fuera del Cuerpo de la Guardia Civil, perdiendo los derechos profesionales adquiridos. No se trata, por tanto, de una consecuencia automática ni obligada de la condena penal sino derivada de disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (arts. 73 y 74).

C) Estas razones impiden también atender los postulados que, en su escrito de alegaciones, mantiene el Abogado del Estado. Es posible convenir con él en que a los miembros de las Fuerzas de Seguridad, entre las que se incluye la Guardia Civil, les son exigibles cumplimientos de las Leyes penales más ejemplares que a cualquier otro ciudadano y que, precisamente por eso, la Administración del Estado tiene un poderoso interés en la irreprochabilidad penal de los miembros de las Fuerzas de Seguridad. Incluso quiz sea por ello por lo que el legislador haya optado por dejar a la Ley disciplinaria correspondiente la regulación de las consecuencias jurídicas que, sobre la

relación administrativa de servicios, tiene una condena. Pero de aquí no es posible extraer la consecuencia de automatismo en la sanción que el mismo predica. Precisamente por las razones apuntadas la Ley disciplinaria prevé un conjunto de sanciones administrativas que pueden añadirse al miembro de las Fuerzas de Seguridad que haya sido condenado penalmente. Y es que como quiera que la Sentencia penal no contiene pronunciamientos que afecten de manera definitiva a la relación administrativa de servicios, la misma Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas previene la incoación e instrucción de un expediente gubernativo, e incluso un período probatorio dentro de él, con una serie de recursos en vía gubernativa que si revelan algo es, precisamente, el carácter no automático ni obligado de la consecuencia que, sobre aquélla, posee la condena penal.

La misma Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (art. 74) previene trámites y motivos de oposición y prueba en el expediente disciplinario -la falsedad, inexistencia o falta de firmeza de la Sentencia penal condenatoria- a las que podría añadirse la prescripción de la falta (art. 65) o, por qué no, la infracción de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, que pueden hacer posible y necesaria la revisión judicial de las sanciones impuestas al amparo del art. 74 de la Ley mencionada.

5. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha sido clara y terminante al respecto. En la STC 21/1981 ya señalamos que las faltas militares graves forman parte del régimen disciplinario y que “para que la acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional, es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las Resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita ejercer el derecho de defensa”. Más tarde, la STC 80/1983 en relación con determinadas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia no susceptibles de recurso, aseveró de manera más tajante que habían de entenderse derogados por la propia Constitución todos aquellos preceptos que excluyen de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa alguna de las Resoluciones de dicho Tribunal, por oponerse a los arts. 24.1, 106.1 y 117.5 C.E., los cuales proclaman el derecho de toda persona a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, el sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial y el principio de unidad jurisdiccional. Finalmente, y en reiteración de la anterior posición jurisprudencial, la STC 197/1988 concluía que la tutela judicial efectiva prohíbe al legislador que, con normas excluyentes de la vía judicial, impida el acceso al proceso, prohibición esta última que se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 C.E., cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las Administraciones Públicas. A idénticas conclusiones llegaron la STC 22/1982 y el ATC 43/1984 respecto de sanciones disciplinarias militares como es el caso de la aquí impuesta.

6. Centrados en el caso ahora enjuiciado, al demandante le fue impuesta una sanción disciplinaria de separación del servicio como consecuencia de haber sido condenado a una pena superior a los seis años de privación de libertad. En el expediente administrativo seguido al efecto alegó la infracción de determinados derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, en concreto los de legalidad (art. 25.1) y de igualdad (art. 14 C.E.), que fueron rechazados por la Resolución administrativa que le impuso la sanción disciplinaria. Iniciado contra aquella Resolución el recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales el mismo fue inadmitido por la Sala Quinta del Tribunal Supremo en aplicación de lo dispuesto en el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar.

Pues bien, como este Tribunal ha declarado reiteradamente, el derecho a la tutela judicial efectiva implica, ciertamente, el derecho a obtener una Resolución fundada en Derecho sobre la pretensión suscitada ante los órganos judiciales, que puede ser de inadmisión cuando se funde en una causa prevista legalmente. Pero también es cierto que el control por parte del Tribunal Constitucional sobre la selección de la norma aplicada podrá tener lugar, entre otras causas, si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional o legal de los controles normativos (art. 106.1 C.E.), o si de dicha selección o interpretación se ha seguido daño para alguno de los derechos procesales constitucionalmente garantizados por el propio art. 24 C.E., como es en este caso el derecho de acceso a la jurisdicción (SSTC 24/1990, 26/1990 y 90/1990).

A la luz de todo lo dicho es preciso concluir que a la Sentencia pronunciada por la Sala Quinta del Tribunal no le es imputable una selección arbitraria o errónea de la norma. Sin embargo, la aplicación del art. 468 c) de la Ley Procesal Militar ha conducido a un resultado que es contrario a la protección del derecho fundamental reconocido por el art. 24.1 C.E., en cuanto que se ha impedido al actor el acceso a la jurisdicción, y truncado su derecho a obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión, mediante la aplicación de una causa de inadmisión que no se adecua a las exigencias constitucionales. Por esta razón, la consecuencia no puede ser otra que la de acordar la nulidad de la mentada Resolución como nos piden el demandante y el Ministerio Fiscal.

7. Ahora bien, tras llegar a la anterior conclusión es de advertir que esa consecuencia, lesiva del derecho fundamental como el examen anterior ha puesto de relieve, deriva de lo prescrito en el art. 468 c) de la Ley Procesal Militar, precepto que, por excluir cualquier recurso, no se compadece con lo dispuesto en los arts. 24.1, 106.1 y 53.2 C.E.

Por esta razón, el Pleno, que ha avocado a instancia de la Sala Segunda el conocimiento del presente recurso de amparo, en atención a lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad del art. 468 c) de la Ley Procesal Militar. Examen de inconstitucionalidad que ha de llevarse a cabo no sólo desde la perspectiva del derecho fundamental vulnerado en el presente recurso de amparo (art. 24.1 C.E.) sino también en relación con el carácter subsidiario de este recurso (art. 53.2 C.E.) y desde la perspectiva del control de la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de la misma a los fines que la justifican (art. 106.1 C.E.).

#### FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,  
Ha decidido

1. Reconocer el derecho del recurrente a obtener la tutela judicial efectiva.
2. Declarar la nulidad de la Sentencia pronunciada el 12 de julio de 1991 por la Sala Quinta del Tribunal Supremo en el recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario, núm. 2/24/89 y devolver las actuaciones a fin de que pueda dictarse una Sentencia sobre el fondo del asunto.
3. Plantear de acuerdo con el art. 55.2 LOTC cuestión de inconstitucionalidad del art. 468, c), de la Ley Procesal Militar, por la posible vulneración de los arts. 24.1, 53.2 y 106.1 C.E.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

VOTO:

Voto particular que formula don Rafael de Mendizábal Allende, Magistrado de este Tribunal, respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1.722/91 avocado por el Pleno Anticipo, desde la primera palabra de esta opinión disidente, que estoy plenamente de acuerdo con la dación del amparo y con las líneas maestras del razonamiento utilizado para llegar a tal conclusión, donde muy inteligentemente se evita el contemplar la esfinge de frente, tratando de soslayo el tema de la inconstitucionalidad. En consecuencia, mi discrepancia se refiere al tercero de los pronunciamientos de la parte dispositiva desde una óptica muy concreta. En pocas palabras y para no hacer m s largo el cuento, creo que primero debió autoplantearse y resolverse la cuestión de inconstitucionalidad, con suspensión mientras tanto del proceso de amparo en el cual había surgido, y luego -una vez allanado este obstáculo- pasar al enjuiciamiento del caso concreto.

1. El supuesto -como así lo llama- que contempla el art. 55.2 LOTC guarda una semejanza rayana en la identidad con el esquema al cual responde el recurso indirecto contra disposiciones generales en lo contencioso-administrativo. Efectivamente, se trata de la impugnación de un acto singular con fundamento en la ilegalidad allí, inconstitucionalidad aquí, de un reglamento o de una Ley, respectivamente. La Sentencia correspondiente anula el acto, para lo cual le sirve de premisa en el razonamiento esa ilegalidad o inconstitucionalidad, cuya declaración, sin embargo, no se lleva al fallo. En definitiva, es una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad del precepto, que sigue vivo y aplicable, pues, por los demás Jueces. En tal situación, la Sala concede primero el amparo con tal base y eleva el asunto después al Pleno para que estudie el tema de la inconstitucionalidad. Lo que está vedado a la Sala es el planteamiento de la cuestión con carácter previo, como hacen los Jueces ordinarios.

No está prevista, sin embargo, la hipótesis análoga, pero nunca idéntica, en el caso de avocación del recurso de amparo por el Pleno, a iniciativa suya o a propuesta de la Sala. En tal coyuntura, y ante el silencio de la Ley, caben al menos dos lecturas. Una, la aplicación analógica del precepto analizado, en la cual falta la identidad de situación porque aquí se identifican, se confunden -en el sentido jurídico del término- el Juez del amparo y el Juez de la constitucionalidad, allá separados. Otra -mi propuesta- que el Pleno se autoplantee la cuestión de la eventual inconstitucionalidad, abra el proceso correspondiente por los pasos y con las audiencias que marca nuestra Ley, decida acerca de ella en la Sentencia y defiera luego el amparo a la Sala. Cabe también, por qué no, una Sentencia única para ambos, en una acumulación de pretensiones y dos Sentencias simultáneas o sucesivas de ambos procesos. En cualquier caso, parece innecesaria y hasta excesiva una llamada al legislador para un problema que el usus fori puede resolver adecuadamente.

2. La creación judicial del Derecho ha sido detectada en muchas ocasiones dentro del Derecho sustantivo, como fue el caso del abuso del Derecho o del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. En el ámbito procesal cabe traer a cuento varios ejemplos, por su orden cronológico. El primero se produjo en los procedimientos de extradición, donde la Ley vigente a la sazón configuraba la instancia única. La adhesión de España al Convenio de Roma de 1950 sobre Derechos Humanos hizo exigible la garantía de la doble instancia sin que el legislador de la época, despreocupado o demasiado ocupado, pusiera remedio a esta carencia. Lo hizo en cambio la Audiencia Nacional que se sacó con imaginación de la



manga de la toga un inexistente ex lege recurso de súplica ante la Sala de lo Penal en Pleno contra los Autos al respecto de sus Secciones. El invento funcionó y fue adoptado por la vigente Ley 4/1985, de 21 de marzo, sobre Extradición Pasiva (art. 15.2).

Una segunda muestra puede encontrarse en la doctrina legal de la vieja Sala Tercera del Tribunal Supremo que en 1986, después de cuatro años de establecido el recurso de casación contra las Sentencias de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas en su Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo (art. 49), se encontró con un vacío normativo por falta de la regulación no ya prometida, sino exigible. No se había publicado aún la Ley de Funcionamiento, prevista en aquélla, para cuya promulgación se concedía el plazo de seis meses (Disposición final tercera). Una vez promulgada, sin embargo, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, que encomendaba tales recursos a la Sala Tercera del Tribunal Supremo (art. 49), ésta admitió sin m s su viabilidad en el Auto de 15 de diciembre de 1986. Lo mismo pudo haberse hecho con el recurso de casación en lo contencioso-administrativo, y así lo propuse en su día, como reflejan mis votos particulares a los Autos de 20 y 22 de mayo 1990 de la recreada Sala Tercera del Tribunal Supremo, por refundición en una de las tres hasta entonces existentes para ese orden jurisdiccional. Si tal recurso se hubiera introducido por vía jurisprudencial, mediante un reconocimiento “declarativo” de que estaba ya en la L.O.P.J. desde 1985, con un obvio efecto retroactivo, la situación actual de la jurisdicción, a tan alto nivel, sería diferente.

El tercer ejemplo se produjo también en las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, entonces tres (Tercera, Cuarta y Quinta), en el sucinto procedimiento de la apelación, consistente esquemáticamente, si no hubiere vista, en unas alegaciones del apelante a las que ha de responder el apelado con otras, sin más trámite (art. 100 L.J.C.A. en su versión primigenia). Pues bien, cuando en estas últimas se introducía un nuevo alegato, no esgrimido hasta ese momento, el usus fori creó un nuevo trámite de alegaciones para que el apelante, a su vez, pudiera reargüir lo dicho ex novo por la otra parte, manteniendo así la plenitud del principio de contradicción. Aún habría m s ejemplos que aducir, tanto en lo contencioso-administrativo (incompetencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo sobre los recursos de revisión de las Sentencias dictadas en segunda instancia por las Salas ordinarias -art. 61 L.O.P.J.- y determinación del órgano ad hoc para ello, solución que recogió luego el legislador) como en los demás sectores jurisdiccionales.

3. Con este proceder, poniendo primero lo que debe ir delante -la declaración de inconstitucionalidad- y después lo que se deriva de tal premisa, el amparo, se evitarían dificultades fácilmente imaginables a la hora del cumplimiento de cualquier Sentencia nuestra al respecto, que implica la anulación de la impugnada y una nueva decisión del Juez ordinario, dejando de aplicar una norma todavía vigente por no haber sido declarada inconstitucional (con la posibilidad añadida de que no llegue a producirse tal evento), ni expulsada en consecuencia del ordenamiento jurídico. Esa incoherencia queda de manifiesto en la antítesis profunda que ofrecen, si bien se mira, los pronunciamientos segundo y tercero del fallo.

Madrid, a veinte de enero de mil novecientos noventa y cuatro.