

**ATC 179/1987, de 8 de febrero**

Teniente Coronel de la Guardia Civil, a resultas de tres condenas a ocho años por jurisdicción civil, recurre el acto del Ministerio de Defensa por el que se le separa del servicio en aplicación del art. 231 CJM, lo que a juicio del recurrente implica una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 y 14. Asimismo entiende vulnerado el derecho reconocido en el art. 24. 2 CE, puesto que, afirma, se le negó la posibilidad del procedimiento preferente y sumario al que hace referencia el art. 53. 2 CE. Por el contrario el TC señala que precisamente fue la denegación de su demanda en el procedimiento preferente y sumario reconocido en la ley 62/1978 el que le dio pie al presente recurso de amparo. De otro lado señala que en modo alguno se justifica una posible vulneración del principio de igualdad. Finalmente, por lo que hace referencia a que la separación del servicio no estaba prevista en la sentencia condenatoria, el TC no duda en señalar que se trata de un efecto legal expresamente recogido en el art. 231 CJM que no supone que el Ministerio de Defensa le esté imponiendo pena alguna, sino que simplemente actúa en cumplimiento de un precepto legal.

TIPO: AUTO

REFERENCIA-NUMERO:179/1987

FECHA-APROBACION:18-02-1987

SALA: Sala Primera (Sección Primera): Excmos. Sres. Tomás, Díez-Picazo y Díaz.

NUMERO-REGISTRO:902/1986

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO: Inadmisión. Tutela efectiva de Jueces y Tribunales: denegación de protección en la vía previa. Derecho a un proceso con todas las garantías: efectos de Sentencia condenatoria. Contenido constitucional de la demanda: carencia.

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

Artículo 14.

Artículo 156.1.

Artículo 24.1.

Artículo 24.2.

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 43.

Disposición Transitoria Segunda.

**MATERIAS:**

Contenido constitucional de la demanda

Carencia.

Derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales

De negación de protección en la vía previa.

Derecho a un proceso con todas las garantías

Efectos de Sentencia condenatoria.

**PREAMBULO:**

La Sección ha examinado el recurso de amparo interpuesto por don Carlos Castillo Quero.

**ANTECEDENTES:**

**I. Antecedentes**

1. El día 31 de junio de 1986 se registró en este Tribunal un escrito mediante el cual don Argimiro Vázquez Guillén, Procurador de los Tribunales, interpuso recurso de amparo constitucional en nombre de su poderdante, don Carlos Castillo Quero, contra la Orden del Ministerio de Defensa de 24 de octubre de 1985, así como contra los Autos de 23 de abril y de 7 de junio de 1986, dictados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2. Los hechos que se exponen en la demanda de amparo y que resultan relevantes en este procedimiento pueden resumirse como sigue:

a) En el "Boletín Oficial del Ministerio de Defensa" núm. 183, de 25 de octubre de 1985, se publicó la Orden 180/26084/1985, de 24 de octubre, en cuya virtud se procedió "a la aplicación del efecto de separación del servicio al Teniente Coronel del Cuerpo de la Guardia Civil don Carlos Castillo Quero, produciéndose su baja en el expresado Cuerpo (...)", a resultas -según la misma Orden- de la condena impuesta por Sentencia firme de 30 de julio de 1982 de la Audiencia Provincial de Almería y en virtud de lo prevenido en el art. 231 del Código de Justicia Militar, todo ello de conformidad con el informe del Pleno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 24 de octubre de 1985.

b) Contra la anterior Orden interpuso la representación del hoy demandante recurso contencioso-administrativo, manifestando ejercer la acción regulada en los arts. 5 y siguientes de la Ley 62/1978, de 25 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. En el escrito de interposición del recurso se decían por el actor conculcados sus derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 24.2 de la Constitución. Admitido a trámite el recurso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, tras la preceptiva audiencia a las partes comparecidas, se inhibió del conocimiento del asunto por entender que, al haber sido dictada la Orden impugnada previo informe del Consejo Superior de Justicia Militar, correspondía el conocimiento de la impugnación al Tribunal Supremo.

c) La Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó Auto, con fecha 23 de abril de 1986, mediante el que aceptaba su competencia para conocer del asunto, declarando "la improcedencia del trámite de la Ley 62/ 1978, de 26 de diciembre, para ventilar la pretensión ejercitada en el recurso, cuyo cauce procesal adecuado es el contencioso-administrativo de la Ley reguladora de la Jurisdicción y al efecto de su posible interposición, conceder al recurrente un plazo de treinta días para que pueda agotar la vía administrativa previa, contado a partir de la notificación de este Auto".

d) Contra esta resolución interpuso la representación actora recurso de súplica, desestimado mediante Auto del mismo Tribunal de fecha 7 de junio de 1986.

3. La fundamentación en Derecho de la demanda de amparo es, en síntesis, la siguiente:

a) Considera el recurrente que la resolución de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la que se declaró inviable, en el caso, el cauce contencioso-administrativo especial regulado por la Ley 62/1978 conculcó su derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, al privarle del procedimiento preferente y sumario. previsto en el art. 53.2 de la Norma fundamental.

b) De otra parte, se afirma recurrir “a la protección en sede constitucional de los derechos y libertades fundamentales violadas por el Ministro de Defensa por Orden 180/26084/1985, al separar a don Carlos Castillo Quero del Cuerpo de la Guardia Civil” y a tal efecto dice que de los dos reproches en su día articulados ante la jurisdicción ordinaria al atacar dicho acto (discriminación y conculcación de los derechos declarados en el art. 24.2 de la Constitución), el primero de ellos (la supuesta conculcación de la regla recogida en el art. 14 de la Constitución) “ha perdido sentido a partir del 1 de junio de 1986”, esto es, desde que entró en vigor la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, pues este texto legal derogó el Tratado II (“Leyes Penales”) del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, en donde se contenía el art. 231, cuya aplicación ahora se controvierte.

Afirma, a continuación, que “el art. 231 encontraba su asiento en el Tratado de Leyes Penales, y no en los tratados orgánicos y procesales de dicho Código”, de tal modo que aquel precepto “no atribuye potestades de ninguna clase a la autoridad administrativa”. Por ello, el Ministerio de Defensa, mediante la repetida Orden, vino a aplicar una “pena accesoria” que no se contenía en la Sentencia de 30 de julio de 1982.

d) Lo anterior supondría que se habría violado el derecho del actor a la defensa y a ser informado de la acusación contra él formulada (art. 24.2 de la Norma fundamental), pues se afirma, así, que en el juicio oral de la causa 65/1981 “no se solicitó ni por la acusación particular ni por el Ministerio Fiscal (...) la pena accesoria de separación del servicio” y que la Sentencia finalmente dictada “sólo lo condenó a la accesoria de suspensión para todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de las condenas de privación de libertad. Tampoco la Sentencia posterior dictada en casación por el Tribunal Supremo (de fecha 16 de mayo de 1983) “incluyó la pena accesoria de separación del servicio”. Por todo ello, “ha sido anómalo -y en todo caso contrario al precepto constitucional citado- que el Ministro del Ejército a procedimiento conocido alguno y simplemente con el apoyo del Consejo Supremo de Justicia Militar (...) le haya separado del servicio”.

La omisión de una pena en Sentencia condenatoria -se añade- es “insubsanable” y “no puede ser salvada por una decisión administrativa”, ya que la aplicación de las penas es cometido específico de los Tribunales, y el art. 231 del Código de Justicia Militar no faculta a la Administración para imponer la pena accesoria de separación del servicio, sino que hace una declaración de tipo general en el Tratado segundo, de Leyes Penales, para que sea aplicada por los Tribunales”.

e) Por lo demás, el art. 896 del Código de Justicia Militar no autorizaría a decretar “la baja de los militares por Decreto u Orden Ministerial”, porque este precepto lo que no puede hacer es amparar un Decreto u Orden Ministerial dictado sin que en la Sentencia judicial se haya impuesto la separación del servicio. El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2) -se concluye- no se circunscribe el aspecto de la competencia funcional o territorial del Juez, sino que comprende también “la competencia

jurisdiccional, que es cometido específico de los Jueces y Tribunales, y que impide que en las funciones judiciales se inmiscuya la Administración.”.

Se suplica se declare la nulidad de la Orden Ministerial impugnada (“con todos los efectos, incluidos los retroactivos derivados de dicha nulidad”) y que -”subsidiaria y alternativamente, para el caso de no acceder a lo anterior”- se haga idéntico pronunciamiento respecto del Auto de 23 de abril de 1986, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, disponiéndose, en tal caso, la retroacción de las actuaciones “para que continúe la tramitación del recurso por el trámite de la Ley 62/ 1978, de 26 de diciembre”.

4. La Sección acordó el 29 de octubre poner de manifiesto la posible existencia de la causa de inadmisibilidad del art. 50.2 b) de la LOTC.

El demandante presentó sus alegaciones el 12 de noviembre, solicitando la admisión a trámite del recurso en base a razonamientos que, en esencia, son reproducción de los expuestos en la demanda.

El Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión propuesta, alegando en su fundamento, sustancialmente, que la inadmisión, por inadecuado, del recurso contencioso-administrativo especial de la Ley 62/ 1978, pone fin a la vía judicial y deja libre el camino del amparo, porque está proclamando que los derechos invocados no han sido vulnerados y, en su consecuencia, no es apreciable en dicha inadmisión quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución. En relación con las vulneraciones imputadas a la Orden Ministerial de separación debe igualmente considerarse que no se han producido, porque no es término adecuado de comparación el que en otros Cuerpos, como es el Superior de Policía, no esté legalmente prevista la misma sanción de separación que para los militares establece el art. 231 del Código de Justicia Militar y el derecho a ser informado de la acusación no puede ser afectado por una Orden Ministerial que no enjuicia una conducta, sino que se limita a aplicar a una ya determinada ciertos efectos previstos en la Ley.

## FUNDAMENTOS:

### II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de amparo se alegan dos clases de vulneraciones distintas: a) la del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la C.E.) que se imputa al Auto del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1986, en virtud del cual se declaró la improcedencia del trámite de la Ley 62/ 1978, interpuesto por el demandante contra la Orden Ministerial de 24 de octubre de 1985 en defensa de los derechos fundamentales que le reconocen los arts. 14 y 24.2 de la Constitución, y b) la de estos últimos derechos que se pretende haber sido vulnerados por la referida Orden Ministerial que acordó su separación del servicio y baja en el Cuerpo de la Guardia Civil, en aplicación del art. 231 del Código de Justicia Militar por haber sido condenado en Sentencia firme a tres penas de ocho años de prisión mayor.

Procede, en su consecuencia, examinar la causa de inadmisibilidad propuesta con la separación que impone dicho planteamiento.

2. En el marco del art. 43 de la LOTC, el recurso contencioso-administrativo regulado por la Ley 62/ 1978, de 26 de diciembre, cumple la función de vía judicial previa que le asigna el núm. 2 de la Disposición transitoria segunda de la misma LOTC y de esa función se deriva, según han declarado las Sentencias 12/ 1982, de 31 de marzo, 31/1984, de 7 de marzo, y 148/ 1986, de 25 de noviembre, que la utilización de dicho recurso en protección de un derecho fundamental que se considera vulnerado deja

expedito el camino del recurso de amparo, cuando la protección pretendida no se ha conseguido, siendo indiferente que la frustración de ésta venga fundada en estimaciones procesales o pronunciamientos de fondo, pues la vía judicial previa ha cumplido su finalidad en ambos casos, incluido el supuesto de que la jurisdicción la haya declarado inadecuada, pues también en este supuesto la decisión judicial está proclamando que estima inexistente la vulneración de los derechos fundamentales invocados y tal declaración es la que abre el cauce procesal subsidiario del recurso de amparo.

Carece manifiestamente de contenido constitucional la pretensión de que dicho acto vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 de la Constitución, pues su negativa a conceder la protección solicitada por el demandante es precisamente la que determina la apertura de este recurso de amparo como medio de reparar esa negativa, si a ello hubiera lugar.

3. Igual carencia manifiesta tienen las imputaciones dirigidas contra la Orden Ministerial recurrida.

La demanda de amparo se limita a citar el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, en su fundamento jurídico-procesal segundo y, en la alegación segunda del escrito presentado en este trámite, señala como contenido del presente proceso la protección “del derecho a la tutela efectiva” (art. 24.1) y a ser informado de la acusación formulada (art. 24.2); la única referencia comparativa a otros Cuerpos del Estado que motiva una alegación del Fiscal, se encuentra en la fotocopia del escrito de interposición del recurso contencioso, y todo ello convierte en pura formalidad la cita del mencionado art. 14, desprovista de desarrollo y fundamentación de clase alguna en la demanda de amparo que permita a este Tribunal conocer cuáles son los motivos y fundamentos de la vulneración del derecho a la igualdad.

La esencia del amparo dirigido a la protección de los derechos de defensa, a ser informado de la acusación y al Juez predeterminado reconocidos en el art. 24.2 se centra en que la sanción de separación del Cuerpo que le impone la Orden Ministerial recurrida no se contiene en la Sentencia condenatoria y ello supone una invasión de la potestad jurisdiccional por un órgano administrativo, no autorizada por el Código de Justicia Militar, que equivale a la imposición de una pena con vulneración de los referidos derechos fundamentales. Tal tesis adolece de la carencia manifiesta de contenido constitucional, que se deja más arriba adelantada, pues la separación del servicio está prevista en el art. 231 del Código de Justicia Militar como uno “de los efectos especiales que producen para los militares las penas comprendidas en la Ley común”, lo cual quiere decir que el Ministerio de Defensa no está imponiendo una pena, sino una consecuencia que la Ley declara aparejada a una Sentencia condenatoria firme y, en tal sentido, actúa como órgano administrativo en cumplimiento de un precepto legal y, por tanto, no puede hablarse de proceso penal, ni por consiguiente de vulneración de las garantías que, en relación con el mismo, establece el art. 24.2 de la Constitución.

FALLO:

En su virtud, la Sección acuerda declarar la inadmisión del presente recurso de amparo.

Madrid, a dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y siete.