

**STC 235/1994, de 20 de julio**

Guardia Civil fue condenado por jurisdicción civil por tenencia ilícita de armas y hurto, como consecuencia de dicha condena se acordó la separación del servicio por expediente gubernativo según el aún vigente CJM (abril 1985). Se recurre tal sanción confirmada judicialmente por entender que vulneraba el principio de legalidad tanto por no respetar el principio non bis in ídem así como por no aplicarse la nueva normativa más favorable de forma retroactiva. No obstante el TC considera que no se agotó la vía judicial previa a la vez que advierte que la resolución sancionadora fue firme antes de entrar en vigor la nueva normativa más favorable.

TIPO: SENTENCIA

REFERENCIA-NUMERO: 235/1994

FECHA-APROBACION: 20-07-1994

PUBLICACION-BOE: 18-08-1994 ["BOE" núm. 197]

SALA: Sala Primera: Excmos. Sres. Rodríguez-Piñero, García-Mon, de la Vega, Gimeno, de Mendizábal y Cruz.

NUMERO-REGISTRO: 2.041/1992

PONENTE: don Fernando García-Mon y González-Regueral

RECURSO-TIPO: Recurso de amparo.

EXTRACTO:

1. Como hemos reiterado en distintas ocasiones, es únicamente la demanda de amparo la que fija los elementos configuradores de la pretensión, cuales son el acto que se reputa lesivo, el derecho constitucional que se estima infringido, la "causa petendi" y el "petitum" (SSTC 79/1982, 7/1987 y 147/1988, entre otras muchas) [F.J.1].

2. En el "plus" de argumentación que se observa en la Sentencia recurrida no cabe en modo alguno ver una actitud subsanadora de los defectos formales reseñados, que permita a este Tribunal entrar en los problemas de fondo, sino, exclusivamente, una loable intención por parte de la Sala de ofrecer al recurrente una contestación exhaustiva a su pretensión, pero sin que ello elimine, naturalmente, la causa principal desestimatoria del recurso extraordinario de revisión de no plantearse en él una cuestión de hecho sino unos problemas jurídicos cuyo cauce adecuado, utilizable y no utilizado, era el recurso previsto para la protección de los derechos fundamentales en la Ley 62/1978 [F.J.5.].

DISPOSICION-CITADA:

Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978

Artículo 25.1

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

Artículo 6

En general

Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre. Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas

Artículo 74

Artículo 76

Disposición Derogatoria

Disposición Transitoria Segunda

En general

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

Artículo 43.2

Artículo 44.1 a)

Artículo 44.1 c)

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

Artículo 43.2

Artículo 44.1.a)

Artículo 44.1.c)

Ley de 17 de julio de 1945. Código de Justicia Militar

Artículo 1.011.3

Artículo 496.1

Ley de 17 de julio de 1958. Procedimiento Administrativo

Artículo 127.1

Real Decreto 353/1977, de 25 de febrero. Reconocimiento de la propiedad del empleo a las clases de tropa de la Guardia Civil

Artículo 2

#### MATERIAS:

Agotamiento de recursos en la vía judicial

Incumplimiento por interposición extemporánea del recurso.

Demanda de amparo

Determina el contenido del fallo.

Invocación formal del derecho vulnerado

Falta.

Recurso de revisión

Recurso inadecuado.

#### PREAMBULO:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, con Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende y don Pedro Cruz Villalón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.041/92, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Javier Ruiz Martínez Salas, en nombre y representación de don Constantino Rodríguez Jardón, contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1992, por la que se confirmaba la sanción de separación del servicio impuesta al recurrente por Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil de 20 de abril de 1985. Han intervenido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal,

siendo Ponente el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, quien expresa el parecer de la Sala.

#### ANTECEDENTES:

##### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 30 de julio de 1992, el Procurador de los Tribunales don Javier Ruiz Martínez Salas, en nombre y representación de don Constantino Rodríguez Jardón, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1992, por la que se confirmaba la sanción de separación del servicio impuesta al recurrente por Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil de 20 de abril de 1985.

2. El recurso se basa en los siguientes hechos:

a) Con fecha de 31 de octubre de 1984, el Juzgado Togado Militar Permanente de Instrucción núm. 2 de San Sebastián dictó una Sentencia en la que condenaba al hoy demandante de amparo, como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, con las accesorias correspondientes, y como autor de una falta de hurto del art. 587 del Código Penal, a la pena de veintiún días de arresto menor. Dicha Sentencia adquirió firmeza al ser aprobada por el Capitán General de la Sexta Región Militar el 30 de noviembre de 1984.

b) A consecuencia de dicha condena, se instruyó contra el recurrente un expediente gubernativo que concluyó con Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil, de 20 de abril de 1985, en la que se acordaba separarle del servicio por considerarle incurso en el supuesto contemplado en el art. 1.011.3 del Código de Justicia Militar, publicándose su baja en el Cuerpo en el "Boletín Oficial del Ministerio de Defensa" de 20 de mayo de 1985. Contra dicha Resolución, interpuso el recurrente sucesivamente en vía administrativa un recurso extraordinario de revisión y otro de reposición, desestimado el primero por Resolución del Ministro de Defensa de 1 de junio de 1988 y el segundo por Resolución de ese mismo órgano de 5 de septiembre de 1988.

c) Presentado contra esta última Resolución recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dicho órgano jurisdiccional declaró, por Auto de 12 de marzo de 1992, que la competencia para conocer del asunto correspondía a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Remitidas las actuaciones a la Sala Quinta del Tribunal Supremo, la Resolución recurrida fue confirmada en todos sus extremos por Sentencia de 9 de julio de 1992, notificada al recurrente al día siguiente.

3. La representación del recurrente estima que la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha infringido su derecho a la legalidad en materia sancionadora, consagrado en el art. 25.1 de la C.E., al haberse vulnerado en ella el principio non bis in ídem y no haberse aplicado el principio de retroactividad de la disposición sancionadora más favorable.

En relación con la primera de dichas pretendidas vulneraciones, se argumenta en la demanda que la sanción de separación del servicio que le fue impuesta al recurrente, por Resolución de la Dirección General de la Guardia Civil de 20 de abril de 1985, obedeció a la incoación de un expediente administrativo por exactamente los mismos hechos que habían sido objeto de enjuiciamiento penal y que motivaron su condena en esta última vía.

Por otra parte, se aduce asimismo infracción del principio de legalidad en materia sancionadora al no haber procedido la Sala Quinta del Tribunal Supremo a aplicar con carácter retroactivo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria

segunda de la L.O. 12/1985, las disposiciones contenidas en dicha Ley en relación con la imposición de la sanción extraordinaria de separación del servicio, que, evidentemente, resultaban en este caso más favorables al no venir ya prevista dicha sanción en relación con el delito y falta por los que fue condenado.

En consecuencia, se pide a este Tribunal que anule la Sentencia recurrida.

4. Por providencia de 14 de septiembre de 1992, la Sección Primera acordó tener por interpuesto el presente recurso de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.5 de la LOTC, conceder a la representación del solicitante de amparo un plazo de diez días para que aportase copia de la Sentencia dictada por el Juez Togado Militar y una certificación acreditativa de la fecha de notificación de la misma, a efectos del cómputo del plazo establecido en el art. 44.2 de la citada Ley Orgánica, reiterándose ambas solicitudes por otra providencia de fecha 28 de septiembre de 1992.

5. Por providencia de 12 de enero de 1993, la Sección acordó conceder, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que, dentro de dicho término, alegaran cuanto estimasen conveniente en relación con la posible existencia del siguiente motivo de inadmisión: Carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo prevenido en el art. 50.1 c) de la LOTC.

6. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional evacuó el trámite por medio de escrito registrado con fecha de 25 de enero de 1993, en el que concluía interesando la inadmisión del presente recurso por entender que, efectivamente, la demanda carecía manifiestamente de contenido constitucional. A su juicio, las alegaciones formuladas en la misma se apoyan en la pretensión por parte del recurrente de que la Sentencia del Juzgado Togado Militar Permanente de Instrucción núm. 2 de San Sebastián, por la que se le condenó como autor de un delito de tenencia ilícita de armas y de una falta de hurto, dando origen, por tal motivo, a que se instruyera contra el señor Rodríguez Jardón el expediente gubernativo 8/85 que culminó con la imposición al mismo de la sanción extraordinaria de separación del servicio, adolecía de una contradicción y era, por consiguiente, radicalmente nula. Con ello se olvida que tal Sentencia fue dictada el 31 de octubre de 1984, que devino firme el 30 de noviembre de ese mismo año sin que conste que contra la misma se ejercieran los recursos prevenidos en los arts. 797 y 954 del C.J.M. y que la L.O. 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, no entró en vigor hasta el 1 de junio de 1986. Por consiguiente, en opinión del Ministerio Fiscal, no puede estimarse vulnerado en el caso de autos el principio de retroactividad de la ley más favorable toda vez que la sanción no sólo fue cumplida durante la vigencia del C.J.M. (art.1.011.3) sino que, además, venía asimismo prevista en el art. 60 de la L.O. 12/1985.

Por lo que se refiere a la pretendida vulneración del principio non bis in ídem, considera el Ministerio Fiscal que tampoco cabe su apreciación por cuanto la existencia de una relación de supremacía especial entre el solicitante de amparo, en tanto que guardia civil, y la Administración militar justifica, en este caso, la imposición de la doble sanción penal y administrativa por unos mismos hechos, de conformidad con la doctrina constitucional reiteradamente mantenida a partir de la STC 2/1981.

Por su parte, la representación del recurrente mantuvo sustancialmente en idéntico trámite, evacuado por escrito de fecha 25 de enero de 1993, las alegaciones ya formuladas en la demanda de amparo, añadiéndose que en el expediente gubernativo que culminó con la sanción de separación del servicio todos los declarantes se mostraron favorables a la continuación del señor Rodríguez Jardón en el Cuerpo de la Guardia Civil.

7. Por providencia de 1 de marzo de 1993, la Sección tuvo por recibidos los anteriores escritos y acordó admitir a trámite la demanda de amparo formulada por la representación procesal del señor Rodríguez Jardón, sin perjuicio de lo que resultare de los antecedentes, así como, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la LOTC, requerir atentamente a la Sala Quinta del Tribunal Supremo para que, en el plazo de diez días, remitiera testimonio del conjunto de las actuaciones, con inclusión del expediente gubernativo, interesando al propio tiempo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente, para que, también en el plazo de diez días, pudieran comparecer en este proceso constitucional.

8. Por escrito registrado con fecha de 5 de marzo de 1993, el Abogado del Estado solicitó ser tenido por personado y parte, accediendo a ello la Sección por providencia de 1 de abril de 1993 en la que, por otra parte, se tenían por recibidas las actuaciones requeridas, concediéndose al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y al solicitante de amparo, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la LOTC, un plazo de veinte días para que dentro de dicho término formularan cuantas alegaciones estimaran convenientes.

9. En su escrito de alegaciones de fecha 21 de abril de 1993, la representación del recurrente comenzaba por referirse a la STC 95/1992, en la que creía ver un punto de apoyo para sus pretensiones toda vez que en la misma se reconoce que la aplicación, en virtud de la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985, de los preceptos de dicha normativa a hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor podría resultar más favorable.

Aduce, por otra parte, el solicitante de amparo que frente a la Resolución de 20 de abril de 1985 por la que se le separaba del servicio no le fue concedido recurso alguno, y que dicha Resolución únicamente le fue notificada de palabra y no según lo dispuesto en el art. 79 de la L.P.A., lo que, a su entender, le daba opción a decidir por sí mismo el recurso que estimaba que correspondía, lo que no pudo hacer hasta que sus posibilidades económicas le permitieron acudir a un Letrado, interponiendo entonces, a causa de los plazos perdidos, un recurso extraordinario de revisión por motivo de la infracción del art. 25.1 C.E. A su juicio, no puede sin embargo hablarse en este caso de extemporaneidad de tal pretensión ya que, si bien es cierto que se dejaron transcurrir ciertos plazos procesales, no lo es menos que ello no impidió que el órgano judicial entrara a conocer sobre el fondo del asunto.

10. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha de 27 de abril de 1993. En él, comenzaba por señalar que el objeto del presente recurso venía constituido por la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa de 1 de junio de 1988 (desestimatoria del recurso administrativo extraordinario de revisión), confirmada en reposición por esa misma autoridad el 5 de septiembre de 1988 y posteriormente, en vía contencioso-disciplinaria ordinaria, por Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1992.

A su juicio, la Resolución a la que originariamente se atribuye la supuesta lesión de los derechos fundamentales invocados es, pues, aquella por la que se desestimó el recurso administrativo de revisión, previsto en los arts. 127 y 128 de la L.P.A. como medio extraordinario de impugnación de resoluciones administrativas firmes, que, en el caso de autos, se dirigía contra la Resolución administrativa de fecha 20 de abril de 1985 por entenderse que había sido dictada con manifiesto error de hecho que resultaba de los propios documentos incorporados al expediente gubernativo de referencia. Ahora bien, debe en opinión del Abogado del Estado advertirse que dicha Resolución de 20 de abril de 1985 no había sido recurrida en tiempo y forma por el afectado, quedando en

consecuencia consentida y deviniendo firme, como vino a demostrar el mismo hecho de la interposición contra la misma de un recurso extraordinario de revisión que, a tenor de lo establecido en el art. 127 de la L.P.A., únicamente procede contra actos administrativos firmes.

Tras poner de relieve que no se encontraba unido a las actuaciones el expediente gubernativo 5/85 y que, por consiguiente, sus alegaciones se limitarían, hasta tanto no se reclamase por este Tribunal el envío del mencionado expediente - lo que por otrosí solicitaba- a aquello que pudiera inferirse de lo actuado en vía jurisdiccional, consideraba el Abogado del Estado que el verdadero objeto del amparo era la desestimación de un recurso de revisión promovido contra una Resolución de separación del servicio de un guardia civil por motivo de la existencia de un manifiesto error de hecho resultante de los documentos incorporados al expediente. Centrada así la cuestión, en su opinión resultaba manifiesta la falta de contenido constitucional de la demanda: en primer lugar, porque, por lo que se refiere a la pretendida vulneración del principio non bis in ídem, de haber existido ésta realmente sería imputable a la Resolución de 20 de abril de 1985, que en su momento no fue recurrida ni en la vía judicial ordinaria ni en amparo, lo que conduce necesariamente a la conclusión de que tal invocación es ahora manifiestamente extemporánea y, en consecuencia, a su desestimación de conformidad con lo establecido en el art. 43.2 de la LOTC, sin que el examen de tal alegación por parte de las resoluciones recurridas pueda servir para subsanar este evidente defecto procesal.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la falta de aplicación de la L.O. 12/1985, normativa a la que el recurrente atribuye la condición de *m s* favorable, tras recordar el Abogado del Estado la jurisprudencia constitucional dictada en el sentido de no considerar incluido en el art. 25.1 C.E. el derecho a la aplicación de la ley penal *m s* favorable (así, SSTC 8/1981, 15/1981, 68/1982, 51/1985, 131/1986, 22/1990 y 21/1993), subrayaba que la sanción de separación del servicio había quedado ya totalmente ejecutada bajo el imperio del Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, esto es, mucho antes de la publicación de la L.O. 12/1985, lo cual, tal y como se declaraba en la STC 184/1988 en relación con una condena penal ya ejecutada, impediría rectificarla aplicando la ley posterior *m s* favorable. Finalmente, advertía que el recurrente no había pedido en su debido momento la revisión de oficio de dicha sanción, sino que la había intentado, en forma claramente extemporánea, a través de la interposición de un recurso extraordinario de revisión por motivo de error de hecho, siendo así que tal error era de todo punto inexistente por ser la cuestión planteada no de hecho sino de Derecho. De manera que, a su juicio, al invocarse en la demanda dos pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales que en modo alguno eran atribuibles a la actividad desarrollada por la Administración militar en la tramitación y resolución del mencionado recurso de revisión y que resultaban ajenas al motivo de revisión invocado, procedía la denegación del amparo solicitado.

11. En su escrito de fecha 6 de mayo de 1993, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional estimaba asimismo necesario, antes de proceder a la formulación de alegaciones, que se reclamase el envío de las actuaciones correspondientes tanto al expediente gubernativo 5/85 como a la causa penal que le dio origen. Por providencia de 17 de mayo de 1993, la Sección Primera tuvo por recibidos los precedentes escritos del representante del recurrente, del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal y, de conformidad con lo solicitado por estos dos últimos, acordó requerir atentamente al Ministerio de Defensa y al Juzgado Togado Militar Permanente núm. 2 de San Sebastián para que, en el plazo de diez días, remitieran testimonio de las actuaciones interesadas. Por otra providencia de 28 de junio de 1993, la Sección tuvo por recibidas dichas

actuaciones y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la LOTC, acordó dar vista de las mismas al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y al solicitante de amparo para que, en el plazo de diez días, presentasen nuevas alegaciones o ampliaran las ya formuladas.

12. Por escrito de fecha 8 de julio de 1993, el Abogado del Estado ampliaba sus anteriores alegaciones señalando que, a su modo de ver, los datos fundamentales que habían de tomarse en cuenta para fallar el presente recurso de amparo debían extraerse del recurso extraordinario de revisión interpuesto el 4 de febrero de 1988 contra la Resolución por la que se impuso al actor la sanción de separación del servicio. Pues bien: en su opinión, el examen del mismo demuestra claramente que en ningún momento se produjo el error de hecho que en dicho recurso se invocaba, ya que el precepto aplicado para motivar la citada sanción (art. 1.011.3 C.J.M.) se basó en la previa condena del recurrente en causa penal por falta de hurto.

La introducción en el escrito de formalización del recurso de la cuestión relativa a la posterior derogación de tal precepto por supuesta vulneración del principio non bis in ídem era por completo ajena al motivo aducido para solicitar la revisión de la sanción, ya que no constituía una cuestión de hecho sino de Derecho, no tratándose, por otra parte, de una derogación sino, en su caso, de un problema de inconstitucionalidad que la Administración no estaba autorizada a suscitar (arts. 163 C.E. y 35 LOTC). En cuanto a la pretendida vulneración del art. 25.1 C.E. por falta de aplicación retroactiva de la nueva legislación penal y disciplinaria de las Fuerzas Armadas, nada se decía en el escrito de formalización del recurso de revisión, siendo introducida por vez primera, sin razonamiento alguno, en el recurso de reposición, lo que habría de conducir a su desestimación por incumplimiento del requisito prevenido en el art. 44.1 c) de la LOTC. Por consiguiente, ninguna vulneración de derechos fundamentales cabe a su juicio reprochar a las resoluciones administrativas y judicial recaídas en el curso de dicho procedimiento extraordinario de revisión por haber desestimado el recurso al considerar que no existía error de hecho alguno.

13. La representación del recurrente presentó su nuevo escrito de alegaciones con fecha de 9 de julio de 1993, en el que, tras dar por reproducidas las anteriormente formuladas, consideraba que en el caso de autos se había vulnerado también el art. 24.1 C.E. al no haber brindado la Sala Quinta del Tribunal Supremo al señor Rodríguez Jardón la tutela judicial efectiva a la que constitucionalmente tenía derecho.

Frente a la posibilidad de que este Tribunal declarase que dicha vulneración no se encontraba recogida en la demanda de amparo, oponía el recurrente que, en el punto tercero de dicho escrito, se aludía al fundamento jurídico cuarto de la Sentencia recurrida en el que se contenía una remisión al art. 24 C.E., así como que en todo momento la vulneración del derecho reconocido en dicho precepto se presentaba interrelacionada con la del art. 25.1 C.E.

14. Por escrito de 8 de julio de 1993, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional solicitaba que se le prorrogase el plazo de diez días que le había sido concedido, por providencia de 28 de junio de 1993, para formular alegaciones, al habitual de veinte días acordado por providencia de 1 de abril de 1993, petición a la que accedió la Sección por providencia de 19 de julio de 1993. Cumplido dicho plazo, el Ministerio Fiscal, en su escrito de fecha 20 de julio de 1993, concluía interesando la denegación del amparo solicitado por estimar que no cabía reprochar a las resoluciones recurridas vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados.

A su juicio, la demanda parte de un defecto de base: confunde el error de hecho con el de Derecho. Sólo el primero puede ser corregido por vía de la interposición de un

recurso administrativo de revisión contra actos firmes, cuando concurren los siguientes requisitos: 1) que sea manifiesto, y 2) que se deduzca de los propios documentos que obran ya en el expediente administrativo. Ninguno de ambos requisitos se da en el caso de autos, ya que lo que verdaderamente se alega es la existencia de un error de Derecho (por quiebra del principio de legalidad sancionadora) que, por otra parte, ni es manifiesto ni se deduce del propio expediente. Por consiguiente, de la misma manera que se procedió a su desestimación en las vías administrativa y jurisdiccional, no puede prosperar en esta vía de amparo constitucional. Lo que con él se intentó fue reabrir el debate contra una resolución administrativa firme que no fue impugnada en momento oportuno y que, por ello, no puede ser discutida en lo relativo a la legalidad de la sanción ya que respecto de tal alegación se daría la causa de inadmisión -que en este momento lo sería de desestimación del recurso- prevenida en el art. 44.1 c).

En consecuencia, estimaba el Ministerio Fiscal que el examen debía ceñirse a la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, por la que se desestimó el recurso extraordinario de revisión al no apreciar el órgano casacional que se hubiera producido error de hecho alguno en la vía administrativa, respecto de la cual concluía que no concurrían las vulneraciones de derechos fundamentales aducidas por el solicitante de amparo.

15. Por providencia de 18 de julio de 1994, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 siguiente.

#### FUNDAMENTOS:

##### II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de amparo se alega exclusivamente la vulneración del derecho a la legalidad consagrado en el art. 25.1 C.E., ya que, frente a lo que mantiene el recurrente, el motivo consistente en una pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva no fue aducido en la demanda sino, por primera vez, en el escrito de alegaciones que presentó con fecha de 9 de julio de 1993. Ello nos impide todo pronunciamiento acerca de este segundo motivo ya que, como hemos reiterado en distintas ocasiones, es únicamente la demanda de amparo la que fija los elementos configuradores de la pretensión, cuales son el acto que se reputa lesivo, el derecho constitucional que se estima infringido, la causa petendi y el petitum (SSTC 79/1982, 7/1987 y 147/1988, entre otras muchas). Por lo demás, tal pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva no ha sido objeto de una argumentación que pueda considerarse autónoma respecto de la esgrimida en relación con la supuesta vulneración del derecho a la legalidad sancionadora, motivo este último cuya justificación se desarrolla en cambio por una doble vía: de un lado, el citado derecho se estima conculcado por haber infringido el órgano judicial el principio non bis in ídem al haber confirmado una sanción decretada tras haberse producido dos enjuiciamientos distintos sobre unos mismos hechos, con la consiguiente imposición al actor de una doble e injustificada sanción; de otro, por no haber procedido a revisar, a la vista del texto de la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985, la sanción de separación del servicio pese a que, según lo establecido en esa disposición, era la normativa contenida en dicha Ley Orgánica la que habría debido aplicarse en el caso de autos en virtud de su carácter más favorable.

2. Con carácter previo al examen de tales pretendidas vulneraciones, hemos de pronunciarnos acerca de la concurrencia o no, en relación con estos motivos de amparo, de las causas formales de inadmisibilidad respectivamente señaladas por el Abogado del

Estado y por el Ministerio Fiscal, que en este momento lo serían de desestimación de los mismos.

Alega a este respecto el Abogado del Estado, en primer término, que la Resolución del Director General de la Guardia Civil de 20 de abril de 1985, en la que se decretaba la separación del servicio del guardia civil solicitante de amparo, no fue recurrida en tiempo y forma por el afectado ni en vía judicial ordinaria ni en vía de amparo constitucional. Debido a tal circunstancia, considera que procede la desestimación del motivo consistente en una supuesta vulneración del principio non bis in ídem por entender que la misma, exclusivamente atribuible, en su caso, a dicha Resolución administrativa, resulta claramente extemporánea a la vista de lo dispuesto en el art. 43.2 de la LOTC, y que esa extemporaneidad no puede estimarse subsanada por el hecho de que las resoluciones administrativas y judicial ahora recurridas en amparo entrasen a conocer sobre el fondo de esta invocación. Por otra parte, a juicio del Abogado del Estado debe asimismo calificarse de extemporáneo el motivo consistente en una pretendida vulneración del derecho a la legalidad sancionadora por no haberse aplicado retroactivamente al recurrente las disposiciones contenidas en la L.O. 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (en lo sucesivo L.O.R.D.F.F.A.A.), ya que, no habiendo instado éste en su debido momento la revisión de oficio de la sanción que le había sido impuesta, lo que intentó al acudir al cauce procesal del recurso extraordinario de revisión entonces previsto en el art. 127.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (L.P.A.) fue reparar tardíamente dicha omisión a través de un recurso totalmente inadecuado para ello, toda vez que tal cuestión no era de hecho sino de Derecho; e incluso en este marco procesal no formuló alegación alguna en relación con este motivo sino hasta su escrito de formalización del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Ministro de Defensa de 1 de junio de 1988. En consecuencia, concluye el Abogado del Estado que también este motivo de amparo debe desestimarse por incumplimiento del requisito prevenido en el art. 44.1 c) de la LOTC.

Por su parte, el Ministerio Fiscal es asimismo de la opinión de que los motivos invocados en el presente recurso en relación con la Resolución de 20 de abril de 1985 deben ser desestimados por incumplimiento del requisito formal establecido en el art. 44.1 c) de la LOTC, al haber utilizado el recurrente para introducirlos a debate el cauce procesal inadecuado del recurso extraordinario de revisión por error de hecho, planteando de esta suerte, en forma manifiestamente extemporánea, cuestiones de Derecho relativas a la legalidad de la sanción contenida en una resolución que, como la anteriormente citada, al no haber sido objeto de recursos, había devenido firme e inatacable. Debido a ello, mantiene el Ministerio Fiscal que únicamente puede ser objeto del presente recurso de amparo la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, dictada con fecha de 9 de julio de 1992.

3. A efectos de dilucidar en qué medida ha de darse la razón al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal en sus alegaciones acerca del carácter extemporáneo de las referidas invocaciones, conviene reconstruir con algún detalle el iter procesal recorrido u omitido por el solicitante de amparo, tanto en la vía administrativa como en la vía judicial ordinaria, hasta llegar al presente proceso constitucional.

Punto de arranque del mismo es la Sentencia del Juzgado Togado Militar Permanente núm. 2 de San Sebastián, de 31 de octubre de 1984, confirmada por Acuerdo del Capitán General de la Sexta Región Militar de 30 de noviembre de 1984, en la que se condenó al señor Rodríguez Jardón como autor de un delito de tenencia ilícita de armas y de una falta de hurto. A consecuencia de esta condena a título de falta de

hurto, se incoó contra el demandante de amparo un expediente gubernativo que culminó con la imposición al mismo, por Resolución del Director General de la Guardia Civil, de 20 de abril de 1985, de la sanción extraordinaria de separación del servicio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto 353/1977, de 25 de febrero, y en el entonces vigente art. 1.011.3 del Código de Justicia Militar (C.J.M.).

La legalidad de dicha sanción no ofrecía dudas en el momento de su imposición, ya que ambos preceptos contemplaban como posible causa de la misma la existencia de una condena por falta de hurto. Ello no obstante, las alegaciones contra ella formuladas en la demanda en el sentido de considerarla lesiva del principio non bis in ídem debieron dar lugar a la interposición por el sancionado de un recurso contencioso-administrativo, que si bien no se encontraba previsto en el C.J.M. sí que lo estaba en el art. 6 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Para lo cual contaba con diez días de plazo a partir del 2 de mayo de 1985, fecha en la que, frente a lo que opina el recurrente, debe estimarse que le fue debidamente notificada de viva voz la citada Resolución, de conformidad con lo entonces establecido en el art. 496.1 C.J.M.

A la vista de que el señor Rodríguez Jardón omitió presentar dicho recurso contencioso-administrativo, parece confirmarse que, tal y como aducen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, la Resolución sancionadora de 20 de abril de 1985 devino firme por aquietamiento del sancionado, siendo por consiguiente extemporánea la introducción de la referida invocación en el recurso extraordinario de revisión presentado en el Ministerio de Defensa el 4 de febrero de 1988, esto es, casi cuatro años después de haberse dictado aquélla. Procede, por ello, la desestimación de dicho motivo por haberse incumplido respecto del mismo el requisito de índole formal prevenido en el art. 44.1 c) de la LOTC.

4. Por lo que se refiere al motivo de amparo consistente en la supuesta lesión del derecho a la legalidad sancionadora, que se atribuye al órgano judicial por no haber procedido a aplicar al recurrente las disposiciones contenidas en una ley posterior más favorable, ha de señalarse en primer lugar que la normativa cuya falta de aplicación se denuncia (L.O.R.D.F.F.A.A.) entró en vigor el 1 de junio de 1986, esto es, algo más de un año después de publicada la baja del recurrente en el Cuerpo de la Guardia Civil en el "Boletín Oficial del Ministerio de Defensa" de 20 de mayo de 1985, previéndose efectivamente, en su Disposición transitoria segunda, lo siguiente: "Los preceptos de esta Ley Orgánica se aplican a las infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor, salvo que sus disposiciones sean más favorables al sancionado, en cuyo caso se aplicará la presente Ley Orgánica, previa audiencia del mismo".

Debe asimismo resaltarse que la norma contenida en el art. 1.011.3 del C.J.M., que había dado lugar a la imposición al señor Rodríguez Jardón de la sanción extraordinaria de separación del servicio, fue derogada, junto con todas aquellas disposiciones del C.J.M. relativas a los procedimientos de naturaleza gubernativa, por la Disposición derogatoria de la L.O.R.D.F.F.A.A., sin que en el art. 74 de dicha Ley Orgánica se incluyera, entre los supuestos de condena penal que pueden dar lugar a dicha sanción, el de haber sido declarado el expedientado responsable de un delito de tenencia ilícita de armas o de una falta de hurto.

De ello se infiere que hasta la entrada en vigor de la L.O.R.D.F.F.A.A., producida con fecha de 1 de junio de 1986, no había base legal alguna en la que asentar, en su caso, la mencionada invocación, ni cauce procesal adecuado para ello dado que ya habían transcurrido sobradamente los plazos establecidos para la interposición de los recursos prevenidos en el art. 76 de la citada Ley Orgánica. En tales circunstancias, el

recurrente optó por interponer ante el Ministro de Defensa, con fecha de 4 de febrero de 1988 y por consiguiente todavía dentro del plazo de cuatro años establecido a tal efecto, un recurso extraordinario de revisión contra la Resolución del Director general de la Guardia Civil de 20 de abril de 1985, alegando para ello el motivo previsto en el art. 127.1 de la L.P.A., esto es, la existencia en dicha resolución de un error de hecho, según resultaba de los documentos incorporados al expediente, dado que, por una parte, la referida sanción se había basado en unos documentos que carecían ya de eficacia al deberse entender derogado el art. 1.011.3 del C.J.M. por motivo de su oposición al principio non bis in ídem, y, por otra, en el expediente gubernativo del que aquélla traía su origen se habían utilizado como fundamento de la misma los mismos documentos que en la causa penal por cuyo motivo había sido instruido.

5. A la vista de la vía procesal elegida, hemos de dar la razón a la Sala Quinta del Tribunal Supremo cuando, en la Sentencia recurrida en amparo, confirma las Resoluciones anteriormente dictadas por el Ministro de Defensa por estimar absolutamente correcto el argumento que en las mismas se esgrimía para rechazar el recurso extraordinario de revisión interpuesto al abrigo del art. 127.1 de la L.P.A., ya que no cabe duda alguna de que las cuestiones que en el mismo se planteaban no eran de hecho sino de Derecho. Es cierto que ni por el órgano administrativo ni por el órgano judicial fue declarado inadmisibile el mencionado recurso por motivo de su extemporaneidad o de su inadecuación instrumental para obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, así como que, pese a considerarse ab initio improcedente el cauce procesal elegido para el planteamiento de tales cuestiones, las sucesivas resoluciones dictadas en ambas vías contienen pronunciamientos relativos a esas pretendidas vulneraciones del derecho consagrado en el art. 25.1 C.E. Mas si bien tal proceder, justificado por el órgano casacional en virtud del principio pro actione, supuso en la práctica que entrase a conocer del fondo de todos y cada uno de los motivos alegados por el recurrente, no obstante haberse rechazado en su fundamento jurídico tercero la presencia de un error de hecho en la Resolución impugnada, la respuesta ofrecida a tal respecto no puede llevar a olvidar que, con carácter previo, había concluido que la naturaleza improcedente del recurso constituía per se causa suficiente para la desestimación del mismo y que lo que en verdad pretendía el recurrente era alegar la vulneración de dos principios constitucionales por la vía procesal inadecuada del art. 127.1 L.P.A., lo que asimismo se estimaba causa suficiente para proceder a dicha desestimación. De manera que en ese plus de argumentación que se observa en la Sentencia recurrida no cabe en modo alguno ver una actitud subsanadora de los defectos formales reseñados, que permita a este Tribunal entrar en los problemas de fondo, sino, exclusivamente, una loable intención por parte de la Sala de ofrecer al recurrente una contestación exhaustiva a su pretensión, pero sin que ello elimine, naturalmente, la causa principal desestimatoria del recurso extraordinario de revisión de no plantearse en él una cuestión de hecho sino unos problemas jurídicos cuyo cauce adecuado, utilizable y no utilizado, era, como ya hemos dicho, el recurso previsto para la protección de los derechos fundamentales en la Ley 62/1978.

6. A mayor abundamiento debe señalarse que, tal y como advierte el Abogado del Estado, el motivo de referencia no fue invocado en el primer momento en que hubo lugar para ello, puesto que lo fue por vez primera en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución desestimatoria del recurso extraordinario de revisión, por lo que no cabría tampoco por esta razón estimar cumplida la exigencia procesal contemplada en el tantas veces citado art. 44.1 c) de nuestra Ley Orgánica.

En efecto: de las actuaciones se desprende que la argumentación definitiva del motivo, tal y como ahora se nos plantea, no se produjo hasta la fase procesal señalada por el Abogado del Estado, ya que, si bien en el escrito de formalización del recurso extraordinario de revisión ya se aducía que el art. 1.011.3 del C.J.M. estaba derogado, esta conclusión no se basaba en la posterior entrada en vigor de la L.O. 12/1985 sino en su pretendida incompatibilidad con el principio non bis in ídem, respecto de la cual, conforme ha quedado dicho, nada se había alegado en tiempo hábil para ello, dado que el actor omitió impugnar en su día por tal causa la Resolución de 20 de abril de 1985. En consecuencia, ha de concluirse en la desestimación del presente recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa y de invocación formal en el proceso de los derechos constitucionales vulnerados tan pronto como, una vez conocida la violación, hubo lugar para ello [art. 44.1 a) y c) de la LOTC].

FALLO:

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,  
Ha decidido  
Denegar el amparo solicitado por don Constantino Rodríguez Jardón.  
Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".  
Dada en Madrid, a veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro.