|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 570/1983 |
| Fecha | de 23 de noviembre de 1983 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Manuel García-Pelayo y Alonso, don Ángel Latorre Segura y doña Gloria Begué Cantón. |
| Núm. de registro | 350-1983 |
| Asunto | Recurso de amparo 350/1983 |
| Fallo | Por consiguiente, si el nombramiento del Juez especial fue un acto del Gobierno, la supuesta infracción del derecho al Juez ordinario no puede atribuirse a lesión debida a las Sentencias judiciales, porque tal vulneración no tiene su origen inmediato y directo en los actos judiciales como exige el artículo 44.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal (L.O.T.C.), lo que produce la ausencia en el recurso del presupuesto exigido por la norma acabada de citar, en relación con el art. 50.1.b de la propia Ley, al dirigirse la demanda contra resoluciones judiciales que no son causa que pudieran originar la presunta infracción constitucional.  La verdadera causa determinante del nombramiento de Juez especial fue el Decreto 287/81, y por tanto, el que potencialmente podía violar el derecho constitucional invocado al Juez ordinario, mas para conseguir llegar a una debida conclusión, resulta preciso determinar, si se han guardado los presupuestos que la Constitución y las Leyes que de ella derivan imponen, para la debida efectividad del proceso constitucional de amparo. Y sabido es que tal recurso no constituye una vía primaria directa, sino subsidiaria, para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas protegidas en los artículos 14 a 29 de la C.E., según determina el art. 53.2 de la misma, al decretar la previa reclamación ante los Tribunales comunes contra los actos de los poderes públicos, exigencia que reitera el artículo 41.1 de la L.O.T.C. al decir, "sin perjuicio de la tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia", y que concreta el art. 43.1 especialmente, para los actos jurídicos del Gobierno, pues para reclamar en amparo contra ellos, ha de agotarse la reclamación previa en vía judicial que fuera procedente, con la finalidad de poder alcanzar la satisfacción del derecho cuestionado ante los Tribunales ordinarios.  La referida tutela judicial y previa de los derechos y libertades, a impetrar de los órganos judiciales, se determina realizar en el artículo 53.2 de la CE. "por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad", que hasta el presente el legislador ordinario no ha regulado, por lo que resulta directamente aplicable la disposición transitoria segunda de la L.O.T.C., que imperativamente dispuso, que en tanto no fueren desarrolladas las previsiones de dicho art. 53.2, se entendería que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo fuera la contencioso-administrativa ordinaria art. 12 de la Ley de esa jurisdicción o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, que es especial y está regulada en los artículos 6 y siguientes de la misma: caminos o vías que eran a los que el actor debió recurrir, en su momento, opcionalmente, contra la indicada designación del Juez especial por el acto del Gobierno, defendiendo su pretendido derecho al Juez ordinario, pero al no hacerlo de esta manera, por seguir posteriormente otra vía improcedente, cual la del proceso penal casacional, y además "per saltum", al no plantear el tema previamente ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, es evidente que infringió las normas citadas, y muy en concreto el art. 43.1 en relación con el art. 50.1 .b de la L.O.T.C, faltando otro requisito legal que hace, a su vez, inadmisible la demanda, como ya expuso el Auto de este Tribunal de 12 de noviembre de 1981(R.A. 115/81) para otro militar sometido al mismo proceso penal que el recurrente, en doctrina que se reitera, "mutatis mutandi", por tratarse de un supuesto sustancialmente idéntico al que es objeto de esta resolución.  Finalmente, se involucra con la designación de Juez especial del sumario 2/81 ya desestimada, la impugnación no objeto de súplica especifica en el amparo, sobre la designación como tal de don Ignacio Diez de Aguilar y Elizaga, que se estima ilegal, incurriendose en los mismos motivos de inadmisión ya expuestos, y muy particularmente en el de no haberse agotado la vía judicial precedente contra los acuerdos del Poder Ejecutivo cuya fecha y contenido no se cita, sin que por otro lado se afirme intervención alguna de dicho Juez Togado en el proceso militar a que se refiere el presente recurso.  3.- La demanda considera, que el artículo 24.2 de la-Constitución Española se ha infringido también, porque se ha movido a los Jueces Militares buscando un Tribunal que no era el ordinario, ni el predeterminado por la Ley, realizándose una exposición insuficiente en su contenido, pues solo expresa las citas de fechas, que van desde el trece de marzo de 1981 al diecisiete de junio de 1982, publicaron algunas disposiciones que se señalan como "alta" o "baja", referidas a veintitrés personas, cuyo nombre y cargo militar se determina, sin especificar la causa de las mismas en absoluto, ni cualquier otro dato para mejor comprensión de lo que se quiere expresar, y con falta de cualquier otra argumentación en Derecho, que pudiera incidir sobre la normalidad jurídica a presumir en los actos administrativos de nombramiento o cese.  Aunque se quiere entender, con apreciación más benevolente, supliendo los defectos indicados, que el derecho vulnerado se refiere al quebrantamiento de la inamovilidad e independencia judicial de los Jueces Militares, incluida en el art. 24.2 de la CE., por ser garantías procesales indispensables para el ejercicio como Juez legal, y que acogen los artículos 6.1 del Convenio de Roma de Derechos Humanos de 1950 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resultaría a pesar de ello indudable, que tratándose de una pluralidad de actos del Gobierno, por referirse todos ellos a Oficiales Generales, tenían que ser atacados previamente para poder apreciarse en recurso de amparo, en las vías contencioso-administrativas procedentes, como anteriormente quedó argumentado, más aún, cuando ninguna actuación administrativa podía quedar exenta, de acuerdo con los artículo 97 y 106.1 de la CE., por lo que al no haberse cumplido esa indeclinable exigecia, se presenta en amparo una cuestión nueva que genera la causa de inadmisión debida a no haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 43.1en relación con el 50.1.b de la L.O.T.C  4.- El recurso de amparo, acusa el cese del Fiscal Togado Militar durante el curso del procedimiento pena y el nombramiento de otro nuevo, según Reales Decretos 1623 y 16 de 31 de julio de 1981, por entender que el pase del primero a la situación de reserva activa en ese día no podía acordarse, porque el Real Decreto 1611/1981, de 24 de julio, que regulaba tal situación, entraba en vigor al día siguiente 1° de agosto, alegando todo ello bajo el epígrafe referido al Juez ordinario, e invocando, sin justificación alguna, la presencia de indefensión y de desigualdad entre los españoles.  Y tampoco puede aceptarse ni admitirse este motivo, porque resulta evidente que ambos Decretos fueron actos del Gobierno, que por lo ya expuesto sobre el carácter subsidiario del recurso de amparo, no podían acceder directamente a él, al tener que agotarse antes, de acuerdo con el art. 43.1 de la L.O.T.C., la vía judicial procedente, contencioso-administrairiva ordinaria o especial ya indicadas: pero además, no puede admitirse la alegación genérica y no motivada de indefensión o de falta de igualdad, sin término alguno de comparación, porque ambas infracciones son claramente inexistentes, atendiendo a la presunción de normalidad de las decisiones del Gobierno, y presentando por lo demás un tema de mera legalidad que no fue objeto de planteamiento y decisión en las resoluciones judiciales impugnadas, y que este Tribunal no puede por su misma condición decidir, por no afectar derechos constitucionales, siendo por fin de destacar, la confusión en que se incurre de asimilar por extensión al Ministerio Fiscal con el Juez ordinario predeterminado, cuando sus funciones son diferentes, y no corresponde a aquél la misión jurisdiccional de juzgar, única protegida en.el art. 24.2 de la C.E., no existiendo en esta última reconocido en favor de los ciudadanos, la intervención en el proceso penal como parte acusadora de un miembro determinado del Ministerio Fiscal, pues como dice el art. 124.2 de la C.E., ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad.  En definitiva que concurren para este motivo las causas de inadmisión de los artículos 43.1, 50.1.b y 50.2. b de la L.O.T.C.  5.- Se presenta en el proceso constitucional de amparo, con cita genérica del art. 24 de la CE. como vulnerado, una doble cuestión, referida, de un lado, al Ponente de la causa en el Consejo Supremo de Justicia Militar, y otra, al Consejero Togado Marías Mejía. En relación al primero se alegan dos temas: que recusado dicho Ponente por enemistad manifiesta con algunos encausados, aunque no intervino en la pieza de recusación instruida, ni en la sustanciación de las actuaciones mientras se resolvía la recusación, sí figura como interviniente en la resolución que lo desestimó: y que el mismo Instructor del plenario y Ponente de la causa, estuvo en servicio activo durante muchas sesiones del juicio oral, pasando a la reserva por el Decreto de 19 de abril de 1982, cuando la vista estaba en sus postrimerías, acordándose su continuidad hasta que se dictare la Sentencia, estimando la parte recurrente que estos defectos debieron originar la nulidad de actuaciones, que ni el Consejo ni el Tribunal Supremo entendieron existieran. Y en relación al otro Consejero Togado, porque habiéndose solicitado su incompatibilidad como tal, al haber sido testigo en la causa militar en trámite de instrucción, intervino en tres Autos de 9 y 30 de junio y 9 de julio de 1981, estimándose recusado el 23 de septiembre siguiente, y sin que estas resoluciones fueran anuladas al así solicitarse.  Aunque la indeterminación de la infracción del art. 24 de la CE. se supla con un amplio criterio de "favor actionis", entendiendo que se puede referir al Juez ordinario predeterminado por la Ley y también a la indefensión, es lo cierto que no pueden estimarse que las alegaciones relacionadas con dicho Ponente contengan los requisitos exigidos para poder admitir el amparo, pues la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el Considerando 91 de su Sentencia, no admitió la nulidad del Auto del Consejo Supremo, declarando que el Ponente recusado no intervino en el mismo, ni firmó la resolución, aunque su nombre apareciera al margen de dicha resolución, por incuria, error o rutina del secretario y en el Considerando 122, no concedió la nulidad del proceso, por la persistencia de las actuaciones del Ponente luego de su pase a la reserva activa, ya que su actuación se había producido en un dilatado proceso público que estaba en sus postrimerías, por respeto al principio de inmediación y por la misma importancia de la función del Ponente, así como por la aplicación subsidiaria del artículo 155 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que expresamente permite, en tal situación, la continuidad del miembro del Tribunal hasta dictarse la Sentencia, rechazando por todo ello la nulidad de actuaciones, realizando el Tribunal Supremo un juicio ampliamente razonado de mera legalidad que en absoluto interfiere principios garantizados por la Constitución sobre derechos y libertades individuales, por lo que, en todo caso, existe la causa de inadmisión del art. 50.2.b de la L.O.T.C., al carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional, en ambas cuestiones.  No pudiendo tampoco admitirse el motivo expuesto referido al Consejero Togado Marías Mejía, porque aunque un grupo de Letrados de varios procesados, formularan recurso pidiendo la nulidad de los tres Autos indicados, el Consejo constituido en Sala de Justicia, dictó el Auto de 15 de octubre de 1981, aplicando los artículos 852, 158, 159 y 166 del C.J.M. rechazándolo, sin que se produjera recurso alguno, ni del actor de este amparo, ni de los demás condenados en el proceso Militar ante el Tribunal Supremo, como era enteramente preciso como ha quedado argumentado, existiendo de nuevo la causa de inadmisión del amparo establecida en los artículos 44.1.b y 50.1.b de la L.O.T.C.  6.- Y finalmente, el amparo pretende la infracción del art. 24 de la CE. por indefensión, al haber sido rechazada la admisión de prueba propuesta en la calificación provisional, por Auto de 22 de octubre de 1981 del Instructor Plenario, confirmado por otro del Consejo Supremo en Sala de Justicia de 19 de noviembre siguiente, sin que le fuera admitido sobre el particular recurso de casación por quebrantamiento de forma, por lo que el Auto desestimatorio de dicho recurso, al tener autonomia y ser firme según el art. 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debió ser objeto de recurso de amparo, sin esperar a la resolución definitiva del proceso militar por Sentencia por lo que en este aspecto la demanda actual de amparo estuvo formulada fuera de plazo según el art. 44.2 en relación con el 50.2.b) de la LOTC. Aunque para mayor convicción haya de precisarse que en respuesta a otros recursos interpuestos por militares condenados en el mismo proceso castrense que el recurrente, el Tribunal Supremo fundamentó su decisión en los Considerandos uno a cuatro, efectuando un razonado juicio de legalidad, basado en propia jurisprudencia sobre la pertinencia de las pruebas, que formalmente exige una relación con los puntos del debate controvertidos, y materialmente que sean conducentes y útiles para esclarecer los problemas básicos procesales en busca de la verdad material, con rechazo de las superfluas, intranscedentes o nimias, circunstancias que no concurrían porque por su contenido las pruebas propuestas eran manifiestamente superfluas e innecesarias, innanes, carentes de esencialidad y de todo interés para dilucidar los temas de hecho sobre la conducta notoria y pública del recurrente, cuyo comportamiento no necesitaba de otros testimonios que nada aclararían, no existiendo indefensión en una causa que constaba de cuarenta y tres volúmenes con infinidad de folios, y cuyo juicio oral duró varios meses, señalando además que los dos últimos testimonios propuestos se relacionaban con la inculpación de otro procesado, sin conseguir la propia exculpación, y que los careos al tener rango subsidiario, por no existir otro medio de prueba para probar el delito o la culpabilidad, son según inveterada jurisprudencia de naturaleza potestavia y discrecional a juicio de los tribunales penales, nunca revisables en casación.  Este Tribunal Constitucional en Autos de 22 de julio y 30 de septiembre de 1981 (R.A. 84 y 96/81) proclamó la doctrina de que, "no puede basarse la indefensión que prohibe el art. 24 de la CE. en la mera denegación de un medio concreto de prueba, pues el propio precepto constitucional exige su pertinencia, condición sobre la que corresponde pronunciarse al Tribunal penal, de suerte que al reconocerse el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no se otorga al justiciable el que se le acepten indiscriminadamente todos los que se propongan, sino únicamente los que vengan a propósito para resolver las cuestiones planteadas en juicio, no pudiendo servir el mencionado derecho para alegar indefinidamente el proceso o discutir cuestiones ajenas a su finalidad, a través de la caprichosa proposición de pruebas tan numerosas como inútiles", agregando el Auto de 29 de junio de 1983 (R.A. 104/83) que "la posibilidad de estimar si unas pruebas propuestas son o no pertinentes, es una facultad que en principio no puede ponerse en duda cuando se han practicado otras en abundancia y la negativa a practicar otras se hace de forma razonada": a cuya doctrina debe agregarse en conclusión, que la declaración de pertinencia o impertinencia de las pruebas corresponde realizarla a los Tribunales penales en juicio de legalidad según el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través de razonada apreciación, teniendo en cuenta el contenido formal y material que determina su aceptación o rechazo, al ser a quienes corresponde conocer directamente del proceso en toda su amplitud, dirigiéndolo y decidiéndolo, tras la búsqueda de la verdad material sobre la existencia del delito y la culpabilidad del proceso, por lo que únicamente en los supuestos de falta total de fundamentación o de absoluta incongruencia en la motivación de la repulsa procedería este Tribunal a revisar lo acordado, por hallarse afectado el art. 24.2 de la CE. en el derecho a utilizar el inculpado medios de prueba pertinentes para su defensa, siempre que se aportaran al mismo los datos indispensables para efectuar el juicio de valor necesario sobre la pertinencia probatoria.  Como resulta evidente que el juicio de legalidad minuciosamente realizado por los Autos indicados de la jurisdicción Militar, y muy especialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo, se encuentra sólidamente fundado en la demostración de la presencia de pruebas impertinentes, como carentes de adecuada relación con el fin del proceso penal, resultando superfluas, innecesarias, no esenciales e irrelevantes para su decisión, (y además no se hizo una argumentación contradictoria en el recurso de casación, ni en el de amparo, que hicieran desvanecerse tales apreciaciones, limitándose a encarecer, sin más, la importancia de los testimonios en abstracto), la conclusión que tiene que adoptarse es la de entender que la demanda de amparo carece manifiestamente de contenido constitucional, que exigiere llegar a Sentencia, luego de trámites procesales más amplios, incurriéndose en la causa de inadmisión del art.50.2.b) de la L.O.T.C.  7.- Todo lo expuesto conduce a determinar que el recurso de amparo es inadmisible en todas las cuestiones que ponía de manifiesto, por la presencia de las causas de inadmisión expuestas en los razonamientos jurídicos anteriores.  En virtud de todo lo expuesto la Sección ha acordado declarar inadmisible a trámite la demanda de amparo formulada por el Procurador don José Murga Rodríguez, en nombre y representa ción y don José Pascual Gálvez, acordándose el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Don José de Murga Rodríguez, Procurador de los Tribunales, en representación de don José Pascual Gálvez, bajo la dirección letrada de don Antonio Muñoz Perea, presentó escrito interponiendo recurso de amparo con fecha 19 de mayo de 1983, que tuvo su ingreso en este Tribunal en el día 21 de mayo de 1983. En el referido escrito se afirmaba que había habido infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española (C.E.) por diferentes cambios ocurridos en el Consejo Supremo de Justicia Militar durante la sustanciación del procedimiento, por el nombramiento de Juez instructor no predeterminado por la Ley, por el cese del Fiscal Togado del referido Consejo Supremo, por la actuación de un Consejero del mismo que había sido recusado y porque el ponente de la causa 2/81 del Consejo Supremo de Justicia Militar había pasado a la reserva y continuado sus funciones hasta pronunciar la Sentencia. También se argumentaba en el referido escrito la infracción del artículo 24 nº 1 de la C.E. por haberse denegado pruebas, según indica en el referido escrito, de manera sistemática.

En el Suplico de la demanda se solicitaba la nulidad de las actuaciones posteriores al nombramiento de Juez especial, promoviendo incidente de suspensión y solicitando ser tenido como coadyuvante en los recursos interpuestos por otros condenados en la misma causa.

2. Con fecha 6 de julio de 1983 la Sección Primera de la Sala Primera de este Tribunal dictó providencia teniendo por interpuesto el recurso de amparo, y concediendo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (L.O.T.C.), un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que alegaran sobre la posible existencia de los siguientes motivos de inadmisión: 1º En relación al nombramiento del Juez especial por: a) que en relación al Real Decreto 287/81 de 26 de febrero, no se agotó la vía judicial procedente, de acuedo con lo prevenido en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional y disposiciones concordantes de la misma y b) que la Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de junio de 1982 y la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983, no han sido el origen directo e inmediato por un acto u omisión que viole el derecho o libertad impugnado (artículo 44.1.b) de la L.O.T.C.). 2º En relación al movimiento de altas y bajas habido en el Consejo Supremo de Justicia Militar, por: a) no haberse agotado la vía judicial procedente según dicha Disposición Transito ria Segunda de la L.O.T.C. y b) carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional (artículo 50.2.b) de la L.O.T.C).3º En re lación con el cese del Fiscal Togado, por: a) no haberse agotado la vía judicial procedente según el artículo 44 nº 1 de la L.O.T.C, b) deducir la demanda respecto a derechos y libertades no susceptibles de amparo constitucional (artículo 50.1.b) de la L.O.T.C.) y c) carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional (artículo 50 n° 2.b de la L.O.T.C). 4º En relación con el ponente de la causa del Consejo Supremo de Justicia Militar Excmo.Sr. Don José de Diego López y del Consejero General del D.V.Ej.T. Don Manuel Marías Mejia, por: a) no haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (artículo 44 n° 1.a) de la L.O.T.C), y b) carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional (artículo 50 n° 2.b) de la L.O.T.C.) y 5º Respecto a la alegación de haberse producido indefensión por denegación de pruebas, por: a) no haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (artículo 44 nº 1 de la L.O.T.C. y b) carencia manifiesta de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional (artículo 50 nº 2.b de la L.O.T.C.).

En cuanto a las peticiones de suspensión y coadyuvancia se acordaba posponer la resolución procedente en tanto pendiere el trámite de admisión.

3. El Ministerio Fiscal en su escrito de 18 de julio de 1983 alega sobre todos y cada uno de los motivos de inadmisión antes referidos e interesa del Tribunal Constitucional que dicte la resolución que prevé el artículo 86 nº 1 de la Ley Orgánica y declare la inadmisión del presente recurso de amparo por concurrir los distintos motivos referidos conforme al artículo 50 apartado 1.b y 2.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4. En nombre del recurrente se alega en escrito de 22 de julio de 1983 de forma sucinta y se pide que se admita a trámite el recurso de amparo presentado y que se reclame a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y al Consejo Supremo de Justicia Militar una serie de decisiones y escritos, que obran en esta o en otras causas relativas al mismo proceso, por lo que este Tribunal no tiene necesidad de proveer sobre el particular.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Los temas a tratar en esta resolución, para determinar si se pone fin, en trámite de inadmisión, al presente recurso de amparo constitucional, se concretan en precisar la concurrencia de las diversas causas de inadmisión del proceso, señaladas en la providencia de 29 de junio de 1983, bajo cinco apartados diferentes, y que han sido objeto de alegaciones por la parte recurrente, que los impugnó, y por el Ministerio Fiscal, que los apoyó como existentes, solicitando la inadmisión de la demanda de amparo.

2. En primer lugar, el amparo pretende atacar por ilegales y nulas las Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1983, y la antecedente del Consejo Supremo de Justicia Militar (C.S.J.M.) de 3 de junio de 1982, según se deduce de los términos en que está redactada la demanda y especialmente el "suplico" de la misma, por estimar la parte recurrente, que el nombramiento de Juez especial con jurisdicción en todo el territorio nacional para la instrucción de la causa militar 2/1981 a que dichas resoluciones se referían, efectuada por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Defensa, y al amparo de lo preceptuado en el artículo 143 del Código de Justicia Militar (C.J. M.), en el Real Decreto 287/1981 de 26 de febrero, supuso la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que consagra como un derecho fundamental el artículo 24 nº 2 de la Constitución (CE.), al hacerse preterición del Juez Ordinario y legal, no concurriendo, además, las circunstancias exigidas en dicho artículo 143 en relación con el artículo 842 del mismo C.J.M. en la persona del designado.

Es evidente, que si el referido nombramiento de Juez especial se efectuó por el Decreto indicado, constituye por su origen un acto del Poder Ejecutivo, como "acto del Gobierno", con plena independencia del carácter jurisdiccional o no de su contenido intrínseco, ajeno a los órganos del Poder Judicial.

ACUERDA

Por consiguiente, si el nombramiento del Juez especial fue un acto del Gobierno, la supuesta infracción del derecho al Juez ordinario no puede atribuirse a lesión debida a las Sentencias judiciales, porque tal vulneración no tiene su origen inmediato y directo en los actos judiciales como exige el artículo 44.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal (L.O.T.C.), lo que produce la ausencia en el recurso del presupuesto exigido por la norma acabada de citar, en relación con el art. 50.1.b de la propia Ley, al dirigirse la demanda contra resoluciones judiciales que no son causa que pudieran originar la presunta infracción constitucional.

La verdadera causa determinante del nombramiento de Juez especial fue el Decreto 287/81, y por tanto, el que potencialmente podía violar el derecho constitucional invocado al Juez ordinario, mas para conseguir llegar a una debida conclusión, resulta preciso determinar, si se han guardado los presupuestos que la Constitución y las Leyes que de ella derivan imponen, para la debida efectividad del proceso constitucional de amparo. Y sabido es que tal recurso no constituye una vía primaria directa, sino subsidiaria, para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas protegidas en los artículos 14 a 29 de la C.E., según determina el art. 53.2 de la misma, al decretar la previa reclamación ante los Tribunales comunes contra los actos de los poderes públicos, exigencia que reitera el artículo 41.1 de la L.O.T.C. al decir, "sin perjuicio de la tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia", y que concreta el art. 43.1 especialmente, para los actos jurídicos del Gobierno, pues para reclamar en amparo contra ellos, ha de agotarse la reclamación previa en vía judicial que fuera procedente, con la finalidad de poder alcanzar la satisfacción del derecho cuestionado ante los Tribunales ordinarios.

La referida tutela judicial y previa de los derechos y libertades, a impetrar de los órganos judiciales, se determina realizar en el artículo 53.2 de la CE. "por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad", que hasta el presente el legislador ordinario no ha regulado, por lo que resulta directamente aplicable la disposición transitoria segunda de la L.O.T.C., que imperativamente dispuso, que en tanto no fueren desarrolladas las previsiones de dicho art. 53.2, se entendería que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo fuera la contencioso-administrativa ordinaria art. 12 de la Ley de esa jurisdicción o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, que es especial y está regulada en los artículos 6 y siguientes de la misma: caminos o vías que eran a los que el actor debió recurrir, en su momento, opcionalmente, contra la indicada designación del Juez especial por el acto del Gobierno, defendiendo su pretendido derecho al Juez ordinario, pero al no hacerlo de esta manera, por seguir posteriormente otra vía improcedente, cual la del proceso penal casacional, y además "per saltum", al no plantear el tema previamente ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, es evidente que infringió las normas citadas, y muy en concreto el art. 43.1 en relación con el art. 50.1 .b de la L.O.T.C, faltando otro requisito legal que hace, a su vez, inadmisible la demanda, como ya expuso el Auto de este Tribunal de 12 de noviembre de 1981(R.A. 115/81) para otro militar sometido al mismo proceso penal que el recurrente, en doctrina que se reitera, "mutatis mutandi", por tratarse de un supuesto sustancialmente idéntico al que es objeto de esta resolución.

Finalmente, se involucra con la designación de Juez especial del sumario 2/81 ya desestimada, la impugnación no objeto de súplica especifica en el amparo, sobre la designación como tal de don Ignacio Diez de Aguilar y Elizaga, que se estima ilegal, incurriendose en los mismos motivos de inadmisión ya expuestos, y muy particularmente en el de no haberse agotado la vía judicial precedente contra los acuerdos del Poder Ejecutivo cuya fecha y contenido no se cita, sin que por otro lado se afirme intervención alguna de dicho Juez Togado en el proceso militar a que se refiere el presente recurso.

3.- La demanda considera, que el artículo 24.2 de la-Constitución Española se ha infringido también, porque se ha movido a los Jueces Militares buscando un Tribunal que no era el ordinario, ni el predeterminado por la Ley, realizándose una exposición insuficiente en su contenido, pues solo expresa las citas de fechas, que van desde el trece de marzo de 1981 al diecisiete de junio de 1982, publicaron algunas disposiciones que se señalan como "alta" o "baja", referidas a veintitrés personas, cuyo nombre y cargo militar se determina, sin especificar la causa de las mismas en absoluto, ni cualquier otro dato para mejor comprensión de lo que se quiere expresar, y con falta de cualquier otra argumentación en Derecho, que pudiera incidir sobre la normalidad jurídica a presumir en los actos administrativos de nombramiento o cese.

Aunque se quiere entender, con apreciación más benevolente, supliendo los defectos indicados, que el derecho vulnerado se refiere al quebrantamiento de la inamovilidad e independencia judicial de los Jueces Militares, incluida en el art. 24.2 de la CE., por ser garantías procesales indispensables para el ejercicio como Juez legal, y que acogen los artículos 6.1 del Convenio de Roma de Derechos Humanos de 1950 y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resultaría a pesar de ello indudable, que tratándose de una pluralidad de actos del Gobierno, por referirse todos ellos a Oficiales Generales, tenían que ser atacados previamente para poder apreciarse en recurso de amparo, en las vías contencioso-administrativas procedentes, como anteriormente quedó argumentado, más aún, cuando ninguna actuación administrativa podía quedar exenta, de acuerdo con los artículo 97 y 106.1 de la CE., por lo que al no haberse cumplido esa indeclinable exigecia, se presenta en amparo una cuestión nueva que genera la causa de inadmisión debida a no haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 43.1en relación con el 50.1.b de la L.O.T.C

4.- El recurso de amparo, acusa el cese del Fiscal Togado Militar durante el curso del procedimiento pena y el nombramiento de otro nuevo, según Reales Decretos 1623 y 16 de 31 de julio de 1981, por entender que el pase del primero a la situación de reserva activa en ese día no podía acordarse, porque el Real Decreto 1611/1981, de 24 de julio, que regulaba tal situación, entraba en vigor al día siguiente 1° de agosto, alegando todo ello bajo el epígrafe referido al Juez ordinario, e invocando, sin justificación alguna, la presencia de indefensión y de desigualdad entre los españoles.

Y tampoco puede aceptarse ni admitirse este motivo, porque resulta evidente que ambos Decretos fueron actos del Gobierno, que por lo ya expuesto sobre el carácter subsidiario del recurso de amparo, no podían acceder directamente a él, al tener que agotarse antes, de acuerdo con el art. 43.1 de la L.O.T.C., la vía judicial procedente, contencioso-administrairiva ordinaria o especial ya indicadas: pero además, no puede admitirse la alegación genérica y no motivada de indefensión o de falta de igualdad, sin término alguno de comparación, porque ambas infracciones son claramente inexistentes, atendiendo a la presunción de normalidad de las decisiones del Gobierno, y presentando por lo demás un tema de mera legalidad que no fue objeto de planteamiento y decisión en las resoluciones judiciales impugnadas, y que este Tribunal no puede por su misma condición decidir, por no afectar derechos constitucionales, siendo por fin de destacar, la confusión en que se incurre de asimilar por extensión al Ministerio Fiscal con el Juez ordinario predeterminado, cuando sus funciones son diferentes, y no corresponde a aquél la misión jurisdiccional de juzgar, única protegida en.el art. 24.2 de la C.E., no existiendo en esta última reconocido en favor de los ciudadanos, la intervención en el proceso penal como parte acusadora de un miembro determinado del Ministerio Fiscal, pues como dice el art. 124.2 de la C.E., ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad.

En definitiva que concurren para este motivo las causas de inadmisión de los artículos 43.1, 50.1.b y 50.2. b de la L.O.T.C.

5.- Se presenta en el proceso constitucional de amparo, con cita genérica del art. 24 de la CE. como vulnerado, una doble cuestión, referida, de un lado, al Ponente de la causa en el Consejo Supremo de Justicia Militar, y otra, al Consejero Togado Marías Mejía. En relación al primero se alegan dos temas: que recusado dicho Ponente por enemistad manifiesta con algunos encausados, aunque no intervino en la pieza de recusación instruida, ni en la sustanciación de las actuaciones mientras se resolvía la recusación, sí figura como interviniente en la resolución que lo desestimó: y que el mismo Instructor del plenario y Ponente de la causa, estuvo en servicio activo durante muchas sesiones del juicio oral, pasando a la reserva por el Decreto de 19 de abril de 1982, cuando la vista estaba en sus postrimerías, acordándose su continuidad hasta que se dictare la Sentencia, estimando la parte recurrente que estos defectos debieron originar la nulidad de actuaciones, que ni el Consejo ni el Tribunal Supremo entendieron existieran. Y en relación al otro Consejero Togado, porque habiéndose solicitado su incompatibilidad como tal, al haber sido testigo en la causa militar en trámite de instrucción, intervino en tres Autos de 9 y 30 de junio y 9 de julio de 1981, estimándose recusado el 23 de septiembre siguiente, y sin que estas resoluciones fueran anuladas al así solicitarse.

Aunque la indeterminación de la infracción del art. 24 de la CE. se supla con un amplio criterio de "favor actionis", entendiendo que se puede referir al Juez ordinario predeterminado por la Ley y también a la indefensión, es lo cierto que no pueden estimarse que las alegaciones relacionadas con dicho Ponente contengan los requisitos exigidos para poder admitir el amparo, pues la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en el Considerando 91 de su Sentencia, no admitió la nulidad del Auto del Consejo Supremo, declarando que el Ponente recusado no intervino en el mismo, ni firmó la resolución, aunque su nombre apareciera al margen de dicha resolución, por incuria, error o rutina del secretario y en el Considerando 122, no concedió la nulidad del proceso, por la persistencia de las actuaciones del Ponente luego de su pase a la reserva activa, ya que su actuación se había producido en un dilatado proceso público que estaba en sus postrimerías, por respeto al principio de inmediación y por la misma importancia de la función del Ponente, así como por la aplicación subsidiaria del artículo 155 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que expresamente permite, en tal situación, la continuidad del miembro del Tribunal hasta dictarse la Sentencia, rechazando por todo ello la nulidad de actuaciones, realizando el Tribunal Supremo un juicio ampliamente razonado de mera legalidad que en absoluto interfiere principios garantizados por la Constitución sobre derechos y libertades individuales, por lo que, en todo caso, existe la causa de inadmisión del art. 50.2.b de la L.O.T.C., al carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional, en ambas cuestiones.

No pudiendo tampoco admitirse el motivo expuesto referido al Consejero Togado Marías Mejía, porque aunque un grupo de Letrados de varios procesados, formularan recurso pidiendo la nulidad de los tres Autos indicados, el Consejo constituido en Sala de Justicia, dictó el Auto de 15 de octubre de 1981, aplicando los artículos 852, 158, 159 y 166 del C.J.M. rechazándolo, sin que se produjera recurso alguno, ni del actor de este amparo, ni de los demás condenados en el proceso Militar ante el Tribunal Supremo, como era enteramente preciso como ha quedado argumentado, existiendo de nuevo la causa de inadmisión del amparo establecida en los artículos 44.1.b y 50.1.b de la L.O.T.C.

6.- Y finalmente, el amparo pretende la infracción del art. 24 de la CE. por indefensión, al haber sido rechazada la admisión de prueba propuesta en la calificación provisional, por Auto de 22 de octubre de 1981 del Instructor Plenario, confirmado por otro del Consejo Supremo en Sala de Justicia de 19 de noviembre siguiente, sin que le fuera admitido sobre el particular recurso de casación por quebrantamiento de forma, por lo que el Auto desestimatorio de dicho recurso, al tener autonomia y ser firme según el art. 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debió ser objeto de recurso de amparo, sin esperar a la resolución definitiva del proceso militar por Sentencia por lo que en este aspecto la demanda actual de amparo estuvo formulada fuera de plazo según el art. 44.2 en relación con el 50.2.b) de la LOTC. Aunque para mayor convicción haya de precisarse que en respuesta a otros recursos interpuestos por militares condenados en el mismo proceso castrense que el recurrente, el Tribunal Supremo fundamentó su decisión en los Considerandos uno a cuatro, efectuando un razonado juicio de legalidad, basado en propia jurisprudencia sobre la pertinencia de las pruebas, que formalmente exige una relación con los puntos del debate controvertidos, y materialmente que sean conducentes y útiles para esclarecer los problemas básicos procesales en busca de la verdad material, con rechazo de las superfluas, intranscedentes o nimias, circunstancias que no concurrían porque por su contenido las pruebas propuestas eran manifiestamente superfluas e innecesarias, innanes, carentes de esencialidad y de todo interés para dilucidar los temas de hecho sobre la conducta notoria y pública del recurrente, cuyo comportamiento no necesitaba de otros testimonios que nada aclararían, no existiendo indefensión en una causa que constaba de cuarenta y tres volúmenes con infinidad de folios, y cuyo juicio oral duró varios meses, señalando además que los dos últimos testimonios propuestos se relacionaban con la inculpación de otro procesado, sin conseguir la propia exculpación, y que los careos al tener rango subsidiario, por no existir otro medio de prueba para probar el delito o la culpabilidad, son según inveterada jurisprudencia de naturaleza potestavia y discrecional a juicio de los tribunales penales, nunca revisables en casación.

Este Tribunal Constitucional en Autos de 22 de julio y 30 de septiembre de 1981 (R.A. 84 y 96/81) proclamó la doctrina de que, "no puede basarse la indefensión que prohibe el art. 24 de la CE. en la mera denegación de un medio concreto de prueba, pues el propio precepto constitucional exige su pertinencia, condición sobre la que corresponde pronunciarse al Tribunal penal, de suerte que al reconocerse el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no se otorga al justiciable el que se le acepten indiscriminadamente todos los que se propongan, sino únicamente los que vengan a propósito para resolver las cuestiones planteadas en juicio, no pudiendo servir el mencionado derecho para alegar indefinidamente el proceso o discutir cuestiones ajenas a su finalidad, a través de la caprichosa proposición de pruebas tan numerosas como inútiles", agregando el Auto de 29 de junio de 1983 (R.A. 104/83) que "la posibilidad de estimar si unas pruebas propuestas son o no pertinentes, es una facultad que en principio no puede ponerse en duda cuando se han practicado otras en abundancia y la negativa a practicar otras se hace de forma razonada": a cuya doctrina debe agregarse en conclusión, que la declaración de pertinencia o impertinencia de las pruebas corresponde realizarla a los Tribunales penales en juicio de legalidad según el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través de razonada apreciación, teniendo en cuenta el contenido formal y material que determina su aceptación o rechazo, al ser a quienes corresponde conocer directamente del proceso en toda su amplitud, dirigiéndolo y decidiéndolo, tras la búsqueda de la verdad material sobre la existencia del delito y la culpabilidad del proceso, por lo que únicamente en los supuestos de falta total de fundamentación o de absoluta incongruencia en la motivación de la repulsa procedería este Tribunal a revisar lo acordado, por hallarse afectado el art. 24.2 de la CE. en el derecho a utilizar el inculpado medios de prueba pertinentes para su defensa, siempre que se aportaran al mismo los datos indispensables para efectuar el juicio de valor necesario sobre la pertinencia probatoria.

Como resulta evidente que el juicio de legalidad minuciosamente realizado por los Autos indicados de la jurisdicción Militar, y muy especialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo, se encuentra sólidamente fundado en la demostración de la presencia de pruebas impertinentes, como carentes de adecuada relación con el fin del proceso penal, resultando superfluas, innecesarias, no esenciales e irrelevantes para su decisión, (y además no se hizo una argumentación contradictoria en el recurso de casación, ni en el de amparo, que hicieran desvanecerse tales apreciaciones, limitándose a encarecer, sin más, la importancia de los testimonios en abstracto), la conclusión que tiene que adoptarse es la de entender que la demanda de amparo carece manifiestamente de contenido constitucional, que exigiere llegar a Sentencia, luego de trámites procesales más amplios, incurriéndose en la causa de inadmisión del art.50.2.b) de la L.O.T.C.

7.- Todo lo expuesto conduce a determinar que el recurso de amparo es inadmisible en todas las cuestiones que ponía de manifiesto, por la presencia de las causas de inadmisión expuestas en los razonamientos jurídicos anteriores.

En virtud de todo lo expuesto la Sección ha acordado declarar inadmisible a trámite la demanda de amparo formulada por el Procurador don José Murga Rodríguez, en nombre y representa ción y don José Pascual Gálvez, acordándose el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.