

**23107** Sala Primera. Recurso de amparo número 631/1984. Sentencia número 139/1985, de 18 de octubre.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente; don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo número 631/1984, promovido por la Procuradora de los Tribunales doña Mercedes Blanco Fernández, en nombre y representación de don Juan Marín Prera, bajo la dirección técnica del Abogado don Francisco Javier Monge Zamorano, contra acuerdo del excelentísimo señor Capitán General de la Primera Región Militar, de fecha 5 de julio de 1984, que aprobó la Sentencia del Consejo de Guerra de 21 de mayo de 1984; habiendo sido parte del Ministerio Fiscal, y actuando como Ponente el Magistrado don Angel Escudero del Corral, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. ANTECEDENTES

Primero.-Don Francisco Javier Monge y Zamorano, Letrado del Colegio de Abogados de Madrid, que asistía a don Juan Marín Prera, ya que por designación del turno de oficio le fue conferida la representación y defensa del recurrente ante el Consejo de Guerra en la causa núm. 221/1982, instruida por el Juzgado Togado Militar de Instrucción número 2, de la Capitanía General de la Primera Región Militar, interpuesto recurso de amparo por escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, el día 10 de agosto de 1984, contra el acuerdo del excelentísimo señor Capitán General de la Primera Región Militar, de 5 de julio de 1984, notificado a la parte recurrente el día 18 de julio, que aprobó la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra ordinario, celebrado el día 21 de mayo de 1984 y desestimó el recurso de casación.

La demanda se fundamenta, en síntesis, en los hechos siguientes:

a) Don Juan Marín Prera se encontraba prestando el servicio militar en el Batallón Mixto de Ingenieros de la Brigada Paracaidista de Guarnición en Alcalá de Henares, cuando el 16 de octubre de 1982 se ausentó de su unidad hasta el día 12 de noviembre del mismo año, en que fue detenido.

b) Por estos hechos fue procesado en la causa 221/1982, instruida por el Juzgado Togado Militar de Instrucción número 2 de la Capitanía General de la Primera Región Militar, y se descubrió en la instrucción sumarial, a juicio de la parte recurrente, que el procesado estaba exento del cumplimiento del servicio militar, pese a lo cual, se abrió el periodo de plenario, y se celebró el Consejo de Guerra, dictándose Sentencia en la que se condenaba al solicitante del amparo como autor de un delito consumado de deserción simple en tiempo de paz, en el que concurre la circunstancia atenuante calificada de enajenación mental incompleta, al correctivo de dos meses y un día de arresto militar, absolviéndole del delito de fraude por el que había sido acusado.

El fallo, literalmente, señala:

«Que debemos condenar y condenamos al C.L.P. Juan Marín Prera, como autor de un delito consumado de deserción simple en tiempo de paz, en el que concurre la circunstancia atenuante calificada antes citada, al correctivo de dos meses y un día de arresto militar y el efecto de pérdida de tiempo y antigüedad en el servicio, sin que haya responsabilidades civiles que exigir.

Y que debemos absolver y absolvemos al procesado C.L.P. Juan Marín Prera, del delito de fraude por el que viene siendo acusado.»

c) Contra dicha Sentencia el recurrente en amparo presentó ante la autoridad judicial militar, a tenor del art. 797 del C.J.M., un escrito solicitando la no aprobación de la Sentencia y la remisión de los Autos al Consejo Supremo de Justicia Militar, presentando, con carácter subsidiario, recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

d) El Capitán General de la Primera Región Militar, por acuerdo de 5 de julio de 1984, aprobó la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra y desestimó las alegaciones efectuadas por la parte recurrente, así como la interposición del recurso de casación.

El recurrente, en el suplico de la demanda dirigida a este Tribunal, se limita a señalar que han sido vulnerados los arts. 24.1 y 25.1 de la Constitución Española.

Al escrito inicial de la demanda, la parte solicitante del amparo acompañaba los siguientes documentos: 1. Fotocopia de la Sentencia

dictada por el Consejo de Guerra ordinario en Alcalá de Henares, el día 21 de mayo de 1984. 2. Informe del Coronel Auditor accidental, de 27 de junio de 1984. 3. Acuerdo del Capitán General de la Primera Región Militar, de 5 de julio de 1984, y 4. Tres escritos dirigidos por el Letrado D. F. J. Monge y Zamorano al Juzgado Togado de Instrucción número 2 de Madrid, de 22 de mayo de 1984, el último de los cuales va dirigido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Segundo.-La Sección Segunda, de la Sala Primera de este Tribunal, en providencia de 26 de septiembre de 1984, acordó librar despacho al Decano del Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de que designase Procurador del turno de oficio al recurrente, señor Marín Prera, y se le concedió un plazo de diez días para que formulase la demanda de amparo.

En providencia de 3 de octubre de 1984, la Sección acordó tener por designada a la Procuradora doña Mercedes Blanco Fernández en el turno de oficio para la representación del recurrente señor Marín Prera, y se acordó conceder un plazo de diez días a la parte solicitante del amparo, para que formulase la demanda, que fue presentada en el Registro General el día 10 de octubre de 1984. En la demanda se hacían constar los mismos hechos que figuraban en el escrito inicial, cuando se interpuso el recurso de amparo, si bien, se ampliaba la argumentación jurídica a los siguientes razonamientos: a) La resolución del excelentísimo señor Capitán General de la Primera Región Militar infringe el art. 24.2 de la C. E., y la interpretación que del mismo efectuó el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 75/1982, de 14 de diciembre, sobre inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, ya que esta resolución declara inconstitucional este precepto y lo reforma en el sentido de posibilitar el acceso al recurso de casación de cualquier condenado en Consejo de Guerra, con independencia de la pena impuesta. La resolución recurrida restringe el derecho del recurrente a que se revise la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra. b) Subsidiariamente, la parte recurrente entiende que la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, aprobada por la autoridad militar infringe el art. 25.1 de la C. E., por cuanto se condena al recurrente por un delito militar, cuyo tipo exige que el sujeto activo sea militar y dicho requisito no se cumple en el caso examinado, pues, se condena a un individuo por un delito inexistente y se recurre a un *fictio*, por considerar en situación militar a un individuo que nunca fue militar. A ello se une el error de la Administración Militar que da por apto a un individuo inútil, condenándose a una persona con base a un error exclusivamente imputable a la Administración.

La pretensión final que formula la parte recurrente contra el acuerdo del excelentísimo señor Capitán General de la Primera Región Militar, de 5 de julio de 1984, tiene por objeto que se revoque el acuerdo citado, en cuanto deniega el recurso de casación interpuesto en tiempo y forma ante el Tribunal Supremo, y con carácter subsidiario solicita que se acuerde conceder el amparo, revocando la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, celebrado el pasado día 21 de mayo de 1984, para que se declare la atipicidad de la conducta del recurrente y su inocencia respecto de los cargos que se le imputan.

Tercero.-La Sección Segunda de la Sala Primera de este Tribunal, en providencia de 7 de noviembre de 1984, acordó tener por recibido el escrito de la Procuradora señora Blanco Fernández y admitir a trámite el recurso. A tenor del art. 51 de la LOTC, la Sección acuerda requerir a la Capitanía General de la Primera Región Militar para que, en un plazo de diez días, remita testimonio de las actuaciones relativas a la causa número 221/1982, instruidas por el Juzgado Togado Militar de Instrucción número 2 de dicha Capitanía, interesándose de dicho órgano judicial que emplazase a quienes fueren parte en dicha causa, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el proceso constitucional. Una vez remitidas las actuaciones, la Sección Segunda de la Sala Primera, en providencia de 5 de diciembre de 1984, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la LOTC, acordó dar vista de las mismas al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo, para que, dentro de dicho término, alegaran lo que estimasen procedente.

Cuarto.-El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, por escrito de 31 de diciembre de 1984, formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones: a) Se concreta el amparo a la supuesta vulneración del derecho a obtener la tutela efectiva contenida en el artículo 24.1 de la C. E., y, subsidiariamente, para el caso de no estimarse el anterior amparo, se considera infringido el derecho de legalidad penal contenido en el art. 25.1 de la C. E.

Es cierto que la defensa del condenado interpuso el recurso de casación basándose en el art. 14 de la citada Ley Orgánica 9/1980, y no en el art. 13.1, como a todas luces correspondía por haber citado la Sentencia recurrida precisamente un Consejo de Guerra ordinario; pero también lo es que, aunque efectivamente sólo corresponde declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal al Tribunal Constitucional, como viene a decir el Coronel Auditor en su escrito de 27 de junio de 1984, pudo la Autoridad Judicial

Militar, de acuerdo con lo establecido en el art. 35.1 y 2 de la LOTC, plantear como cuestión previa la de inconstitucionalidad del art. 13.1 de la Ley 9/1980, de la misma manera que ya lo hizo, por ejemplo, el Capitán General de la Quinta Región Militar en la cuestión de inconstitucionalidad número 620/1984.

b) A lo largo del trámite seguido ante la jurisdicción militar en los presentes Autos se ha puesto de relieve, tanto por la Defensa como por el Coronel Auditor, la inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 9/1980, proclamada por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 14 de diciembre de 1982, cuestión de inconstitucionalidad número 411/1982, en cuya parte dispositiva se declara:

La inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, en el inciso «superiores a tres años en una de ellas o en la suma de varias» por estimar que se producía una diferencia de trato al abrir el legislador el recurso de casación siempre al Fiscal, excluyendo, sin embargo, del mismo a los condenados a menos de tres años de privación de libertad, por cuanto creado un recurso en materia penal en nuestro ordenamiento, como en el caso presente el recurso de casación.

c) El Ministerio Fiscal se ha pronunciado en sentido favorable a la inconstitucionalidad del mentado art. 13.1 de la Ley 9/1980, tanto en su escrito de alegaciones emitido en la cuestión de inconstitucionalidad número 411/1982, como en el asunto 620/1984, instado incluso del Tribunal, a tenor de cuanto permite el art. 39.1 de la LOTC, y por razones de economía procesal, que la declaración de inconstitucionalidad «no se contraiga al concreto aspecto de aquellos casos en que la pena impuesta —de privación de libertad— no fuere superior a tres años de duración, sino que se extienda al inciso final del propio art. 13.1 debatido, en cuanto asimismo impide el acceso a la casación en tanto la condena no comporte, para otros supuestos separación del servicio como principal o accesoria. Es decir, que la declaración de inconstitucionalidad, en orden al condenado, conlleve la eliminación de todo condicionamiento que suponga trato de desfavor para el condenado, frente a la libre posibilidad de acceder a la casación, que se reconoce en favor del Ministerio Fiscal, salvando así otros hipotéticos casos que obliguen a volver de nuevo en torno a la inconstitucionalidad de estos preceptos».

En suma, en el supuesto de Autos, al negarse el condenado de acceso a la casación, se produjo, al juicio del Fiscal, una vulneración del derecho fundamental contenido en el art. 24.1 de la C. E., concretamente del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, lo que dio lugar a la consiguiente indefensión, y, por ello, se considera procedente estimar en este extremo la demanda de amparo constitucional.

d) La segunda cuestión planteada en el recurso de amparo en forma subsidiaria para el caso de no prosperar la primera, es la supuesta vulneración del art. 25.1 de la C. E., es decir, del derecho de legalidad penal, por haberse condenado al recurrente, que «nunca llegó a ser militar», por un delito de desertión militar.

Este tema tiene el carácter de mera legalidad ordinaria cuyo conocimiento no corresponde al Tribunal Constitucional, como reiteradamente lo tiene declarado, entre otros, en Autos 79/1983, de 23 de febrero y el 153/1983, de 13 de abril, es además motivo de amparo que se plantea para el caso de no prosperar la alegada conculcación del derecho contenido en el art. 24.1 de la C. E., y, siendo así que el Fiscal se ha manifestado ya favorable a la estimación del amparo por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, la cuestión ahora discutida, de prosperar el amparo, podrá hacerse valer en la vía procedente.

El Fiscal concluye su informe interesante de este Tribunal lo siguiente: 1. Que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.1, 53, 54 y 55 y concordantes de la LOTC, dicte sentencia estimando el amparo, proclamando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con la consiguiente indefensión, reponiendo las actuaciones al momento de instar el recurso de casación, a cuyo efecto deberá otorgarse al condenado el plazo correspondiente para su preparación. 2. Que de acuerdo con lo establecido en el art. 55.2 de la LOTC, se eleve la cuestión por la Sala al Pleno del Tribunal Constitucional a los efectos de la posible inconstitucionalidad de tan repetido precepto —art. 13.1 de la Ley Orgánica 9/1980.

Quinto.—Doña Mercedes Blanco Fernández, Procuradora de los Tribunales, y don Juan Marín Prera, por escrito de 7 de enero de 1985, se limitó a reiterar los mismos hechos expuestos en el escrito inicial y demanda del proceso, y a alegar los propios fundamentos de derecho, sin ninguna variación, y terminó solicitando que se dictare Sentencia por la que se estimen las pretensiones deducidas, otorgando el amparo solicitado respecto del acuerdo del excelentísimo señor Capitán General de la Primera Región Militar, de 5 de julio de 1984, revocándolo y concediendo al recurrente la posibilidad de acceder al recurso de casación, enviando los Autos, con testimonio de la Sentencia, a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Y subsidiariamente del pedimento anterior, y por si éste no fuere concedido, solicitó que se conceda el amparo meritado respecto a la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra, celebrado contra el recurrente, revocando la Sentencia dictada y declarando la inocencia del recurrente respecto del delito de que fue acusado.

Sexto.—En las actuaciones remitidas a este Tribunal constan los siguientes datos de interés:

a) El Auto de procesamiento del solicitante del amparo fue dictado por la autoridad judicial militar de Alcalá de Henares, el día 10 de noviembre de 1982 por ausentarse de la Unidad, Juan Marín Prera, faltando a seis listas de Ordenanza consecutivas, siendo la primera de ellas la de retreta del día 16 de octubre de 1982 y la última la de diana del día 19 del mismo mes y año.

b) Que según consta en el acta de declaración de exclusión del servicio militar, de 5 de enero de 1983, se comprobó que Juan Marín Prera padecía una debilidad mental con trastornos del carácter, por lo que se acordó excluirlo totalmente del servicio militar, haciendo constar que la causa de inutilidad era anterior a su ingreso en el servicio y no contraída durante su permanencia en filas.

c) Por Auto de 9 febrero de 1983, se decretó la libertad provisional del solicitante del amparo, después de que, por Auto de 10 de noviembre de 1982, se acordara su prisión incondicional y de que fuese reconocido, el día 5 de enero de 1983, por un Tribunal médico que acordó la exclusión total para el servicio militar.

d) Que por resolución de 26 de septiembre de 1983, se eleva a plenario la causa número 221/1982, en la que, por escrito del Fiscal Jurídico Militar, de 3 de octubre de 1983, se solicita para el señor Marín Prera la imposición de la pena de cuatro meses de arresto militar como autor de un delito de desertión simple, previsto en el número 1 del art. 370 y penado en el art. 372, y de un delito de fraude del art. 403, apartado 4.º, párrafo segundo, del mismo cuerpo legal, para el que solicitaba la imposición de la pena de dos meses y un día de arresto militar.

El Fiscal apreciaba la circunstancia atenuante calificada de enajenación mental incompleta del art. 189-2, en relación con el art. 185-1 del Código de Justicia Militar.

El Abogado don Francisco Javier Monge y Zamorano, por escrito de 31 de octubre de 1983, hizo constar ante el Juzgado Togado de Instrucción Militar núm. 2 que Juan Marín Prera sufría una patología mental con episodios de anulación de la libertad volitiva, que convertían al sujeto en inimputable de la comisión delictiva, por lo que procedía la libre absolución del acusado.

e) El resto de las actuaciones comprenden los documentos ya incorporados por el solicitante al amparo del escrito inicial de demanda, y que han sido reseñados en el apartado primero.

Séptimo.—La Sala, por providencia de 9 de octubre de 1985, acordó señalar para la deliberación y votación el día 16 de octubre de 1985, en la que se llevó a debido efecto.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Del escrito inicial y de la demanda de amparo se deriva claramente que se ejercitan por el actor dos pretensiones: Una principal, basada en el art. 24.1 y 2 de la Constitución, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva dentro de un proceso con las garantías debidas, por no haberse concedido el planteamiento de recurso de casación contra Sentencia condenatoria, y otra subsidiaria, ejercitada sólo para el supuesto de que no aceptara la pretensión acabada de exponer, y consistente en la lesión del art. 25.1 de la propia norma fundamental, por falta de tipo penal que pudiera acoger la conducta de desertión militar castigada, al haber sido declarado no apto para el servicio, con posterioridad a su incorporación a filas, pero con efectos anteriores a que lo efectuara.

A fin de decidir adecuadamente el proceso de amparo, debe examinarse la primera pretensión ejercitada, que si se acepta impide conocer la subsidiaria, y a cuya finalidad y para una adecuada resolución jurídico-constitucional, deben exponerse adecuadamente los hechos que pueden soportar y nutrir dicha petición de amparo constitucional.

Segundo.—Según deriva documentalmente de las actuaciones militares enviadas a este Tribunal, y alega el recurrente, fue condenado por un Consejo de Guerra, en Sentencia de 21 de mayo de 1984, como autor de un delito de desertión simple a sufrir un correctivo de dos meses y un día de arresto militar, con pérdida de tiempo y antigüedad en el servicio, por lo que contra dicha resolución formuló escritos ante el Capitán General de la Primera Región Militar, a tenor del art. 797 del Código de Justicia Militar (CJM), solicitando que no fuera aprobada dicha Sentencia con remisión de las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar (CSJM), o, en otro caso, se le admitiera el recurso de casación por infracción de Ley del art. 849 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al amparo del art. 14 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de

noviembre, según lo interpretó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo; siendo desestimadas dichas peticiones, expresamente, por acuerdo de la indicada autoridad, de 5 de julio de 1984, aprobando la Sentencia y mandando ejecutarla, y aceptando el dictamen del Auditor y sus fundamentos, entre los que figuraba la no admisión del recurso de casación por invocarse el art. 14 de la referida Ley 9/1980, que no se refería al caso, siendo el precepto aplicable al art. 13, y además, por no poder realizar la autoridad militar una aplicación analógica del art. 14 de la interpretación de una Sentencia del Tribunal Constitucional por corresponder a este órgano esa interpretación con exclusividad, por lo que al no ser recurrible en casación la Sentencia conforme a un precepto expreso -el art. 13- procedía la desestimación de la interposición del recurso de casación, como así se acordó.

Tercero.-Es muy abundante la doctrina de este Tribunal en relación con el contenido del art. 24.1 de la C.E., en cuanto establece el derecho de los ciudadanos a obtener de los Jueces y Tribunales la tutela judicial efectiva, entre otras manifestaciones, a través de la formulación de recursos ordinarios y extraordinarios; exponiéndose en ella y en orden al recurso de casación penal, que el órgano que conoce de él es el «Tribunal Superior» a que se refiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos de 19 de diciembre de 1966, que, a tenor del art. 10.2 de la C.E. debe tenerse en cuenta para la interpretación de dicho precepto constitucional, y que corresponde en esencia a tal recurso, la depuración y control del Derecho en su aplicación por los Tribunales de instancia, asegurando que sus decisiones sean conformes a la Ley, y unificando la interpretación jurisprudencial, y que, como tal recurso, en su regulación por las leyes procesales, por su carácter limitado y especial naturaleza, está enmarcado con la presencia de ciertos formalismos que regulan su contenido, exige que para la debida efectividad de dicho derecho a la tutela judicial efectiva, la interpretación legal de las normas procesales se realice en el sentido más favorable a su efectividad, no convirtiendo toda irregularidad procesal en un obstáculo insalvable y enervante para la prosecución del procedimiento, debiéndose de favorecer la consecuencia de la finalidad prioritaria del proceso, que es la obtención de una resolución de fondo, y teniendo, por tanto, que evitarse las interpretaciones restrictivas que cercenen la admisión del recurso extraordinario, y eludir cualquier exceso formalista que actúe como mero obstáculo procesal; por lo que, en definitiva, sólo el incumplimiento grave y cierto de ritos procesales esenciales, por atacar radicalmente y sin posibilidad de enmienda las normas imperativas que ordenan el procedimiento de casación, son las que pueden determinar la declaración de su inadmisión, mientras que si se trata de meras irregularidades instrumentales de contenido menor y de alcance limitado, no pueden determinar el rechazo de la admisibilidad, por ser actos imperfectos que no afectan al contenido esencial del recurso, y que, únicamente, en casos muy determinados requieren si fuera preciso, según criterio judicial ponderado, de una subsanación convalidante de la referida irregularidad, que debe impulsarse de oficio el Tribunal, con mayor razón aún, en el ámbito de la casación penal interpuesta por un condenado por delito, en que han de adoptarse los criterios de la máxima amplitud, porque se dirige al buen fin de evitar la definitiva imposición de penas o sanciones penales, que limitan esenciales derechos humanos (doctrina, la expuesta, coincidente con la formulada de manera general en las Sentencias de este Tribunal, 65/1983, de 14 de marzo; 57/1984, de 10 de mayo; 69/1984, de 11 de junio, y especialmente, para la casación penal en los números 17/1985, de 9 de febrero; 60/1985, de 6 de mayo, y la de 8 de octubre de 1985).

Cuarto.-Para otorgar efectividad a esta doctrina en el caso concreto, ha de ponderarse el alcance de la inadmisión del recurso de casación preparado por el condenado y decretado por la autoridad militar, apoyada en los argumentos establecidos en el dictamen del Auditor, y asumidos por el Capitán General de la Primera Región Militar, de un lado, por invocarse equivocadamente en el escrito que lo preparaba el art. 14 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, cuando el precepto aplicable era el 13 de la propia Ley, y de otro, por no poder realizar dicha autoridad una aplicación analógica del art. 14 citado de la interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional -se refiere a la núm. 76/1982, de 14 de diciembre-, por pertenecer al órgano constitucional esa interpretación en exclusiva.

Quinto.-Es cierto que la defensa del condenado, en el escrito de preparación del recurso de casación que presentó al Capitán General, citó para apoyar su procedencia el art. 14 referido, e incluso estimó que correspondía conocer del mismo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero estas apreciaciones eran indudablemente equivocadas, porque la Sentencia recurrida no procedía del Consejo Supremo de Justicia Militar, como exige dicha norma para otorgar el indicado recurso ante la Sala precisada, sino que emanaba de un Consejo de Guerra, en cuyo supuesto

resultaba aplicable el art. 13 y el órgano que debía conocer de él era dicho Consejo Supremo. Pero este error pudo y debió ser estimado, no como un formalismo enervante e insuperable, atribuyéndolo a un incumplimiento procesal esencial y grave, haciendo uso de una interpretación harto restrictiva y contraria al derecho constitucional que concede la tutela judicial efectiva, y a la finalidad protegible de conocer del fondo del recurso casacional penal, para cumplir el buen fin de todo proceso, declarando la inadmisibilidad del mismo, sino que debió valorarse como de escaso alcance, por constituir una mera irregularidad instrumental de condición menor al ser infima, y que ni siquiera requería de una subsanación impulsada de oficio, ya que era evidente la voluntad de recurrir en casación contra la Sentencia condenatoria por el agraviado, y esa voluntad resultaba prevalente y atendible, sin cortapisas imbuídas en rigor formal, debiéndose de admitir el recurso, por encima de una mera equivocación en la cita de una norma, de la que eran conscientes el Auditor y el Capitán General, por así expresarse en su dictamen y acuerdo, con sólo aplicar el cambio del punto de vista jurídico, que corresponde como deber ejercitar a los Jueces y autoridades con capacidad de decidir, que se consagra en los conocidos principios procesales, *iura novit curia* y *dat mihi factum dabo tibi ius*, consiguiéndose la finalidad perseguida, y aplicando como ambos reconocían los efectos permitidos en pro del recurso del art. 13 tan repetido, por lo que al no actuar de dicha manera, resulta necesario en este sentido acoger la pretensión de amparo, acordándose admitir el recurso rechazado, por lesionar el art. 24.1 de la C.E. tal y como resulta interpretado por la doctrina expuesta de este Tribunal.

Sexto.-Cuando se adoptó el acuerdo recurrido el 5 de julio de 1984, únicamente este Tribunal había declarado, en su Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre, en parte inconstitucional el art. 14 de la Ley 9/1980, en cuanto suprimía el recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo contra las Sentencias dictadas por el CSJM, si las penas impuestas de privación de libertad fueran inferiores a tres años, por contradecir el art. 24 de la C.E., ya que tal garantía procesal debía estar a disposición de todas las partes actuantes en el proceso penal militar, y no sólo a la del Fiscal. Y en la propia fecha del acuerdo aún no se había constado por este Tribunal la constitucionalidad o no del art. 13.1 de la misma Ley, que también privaba de recurso de casación, ante la Justicia Militar, a los condenados por Sentencias de los Consejos de Guerra a penas inferiores a tres años de duración entre otros supuestos.

Pero estas circunstancias no permiten acoger la argumentación del Auditor aceptada por el acuerdo del Capitán General, de no poder efectuarse una aplicación analógica del art. 14 en la parte declarada inconstitucional, para conseguir igual ampliación en orden al planteamiento del recurso de casación en el contenido del art. 13.1, por pertenecer esa exclusiva interpretación al Tribunal Constitucional, ya que como argumenta razonablemente el Ministerio Fiscal, podía dicha autoridad militar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal, plantear como cuestión previa a su decisión, la posible inconstitucionalidad del art. 13.1, para tratar de conseguir la equiparación de ambos recursos de casación en cuanto a las personas que podían utilizarlo, y, además, otorgar un beneficio al condenado, pero adoptó la posición más perjudicial de inadmitir el recurso, siendo consciente de la posibilidad de actuar de dicha manera formulando la cuestión de inconstitucionalidad.

Con posterioridad a la iniciación del proceso de amparo, en la Sentencia de este Tribunal 27/1985, de 26 de febrero, se consideró estar en un supuesto de condena inferior a tres años de privación de libertad decretada por un Consejo de Guerra, y en el que el Capitán General de la Quinta Región Militar, formuló cuestión de inconstitucionalidad para delimitar, si la prohibición de el art. 13.1 de la Ley 9/1980 hacía de entablar recurso de casación ante el CSJM, era contraria al art. 24 de la C.E. estableciendo, en síntesis, la doctrina, de tratarse de un supuesto sustancialmente idéntico al de la Sentencia ya referida 76/1982, de 14 de diciembre, por tener contenido análogo el art. 14 en ella examinado al 13.1 que se cuestiona, al tratarse en ambos supuestos de otorgar al Ministerio Fiscal la posibilidad de recurrir en casación, cualquiera que fuera el alcance de las penas impuestas por los Consejos de Guerra o por el CSJM, y no permitiéndolo a las demás partes, cuando las penas privativas de libertad no excedieran en su duración de tres años, estimando la indicada Sentencia 27/1985, que la garantía procesal de recurrir en casación no permitía la desigualdad ni la indefensión según el art. 24 de la C.E., debiendo tener todas las partes en el proceso penal las mismas posibilidades de recurrir, por lo que extendió la declaración de inconstitucionalidad a todas las limitaciones del art. 13.1, quedando redactado: Que «contra las Sentencias de los Consejos de Guerra podrá interponerse recurso de casación ante la Justicia Militar, por el Ministerio Fiscal Jurídico Militar, y por quienes hubieran sido condenados en la Sentencia» sin oponer límites algunos que lo impidieran.

Es evidente, después de dicha declaración de inconstitucionalidad del art. 13.1, que en el caso de examen, necesariamente ha de aceptarse la nulidad pedida del acuerdo recurrido, en cuanto denegó el recurso de casación interpuesto, que deberá admitirse para plantearlo ante el CSJM, ya que aquella declaración surgida en el curso del proceso afecta a la decisión de éste en el momento de la decisión, al no poderse aplicar una norma en la parte declarada inconstitucional, en un supuesto sustancialmente igual al que motivó la decisión de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la Sentencia 27/1985.

A dicha nulidad ha de agregarse, para cumplir lo dispuesto en el art. 55.2 de la LOTC, el reconocimiento al actor del derecho vulnerado, y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a tan referido acuerdo objeto del recurso de amparo.

Séptimo.—Al haberse aceptado la pretensión principalmente ejercitada, resulta imposible examinar la subsidiariamente expuesta, porque se articuló exclusivamente para el supuesto de que no se admitiera aquella, pero como fue aceptada, se ha de llegar a tal consecuencia, aún con mayor razón, cuando el examen de la presunta vulneración del art. 25.1 de la C.E., por posible ausencia de tipicidad, al no poseer la condición de militar, quien estaba excluido del servicio, a efectos de la estimación del delito de desertión, es un tema de legalidad que puede ser objeto del recurso de casación ante el CSJM, que con su decisión agotará la vía judicial militar, como exige el art. 44.1, a), en conexión con el 50.1 de la LOTC, y que resulta necesaria para poder, en su caso, someter la decisión adversa al recurso subsidiario de amparo, que requiere previamente a su planteamiento, la utilización de todas las vías comunes, para poder después examinarse en él la posible lesión de un derecho fundamental, lo que ahora no puede hacerse, porque

entonces el amparo se convertiría en un recurso *per saltum*, imposible de admitir.

#### FALLO

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

Ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por el recurrente, y, en consecuencia:

a) Anular el acuerdo dictado el 5 de julio de 1984 por el excelentísimo señor Capitán General de la Primera Región Militar, en cuanto privó al recurrente, en amparo de la posibilidad de interponer recurso de casación, contra la Sentencia dictada por un Consejo de Guerra en Alcalá de Henares, el 21 de mayo anterior, condenándole como autor de un delito de desertión militar.

b) Reconocer el derecho del recurrente a tener por preparado dicho recurso de casación, y a que le sea admitido, para posteriormente poder interponerlo ante el Consejo Supremo de Justicia Militar.

c) Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse dicho acuerdo de 5 de julio de 1984.

PUBLIQUESE esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 18 de octubre de 1985.—Manuel García-Pelayo y Alonso.—Ángel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Gloria Begué Cantón.—Rafael Gómez-Ferrer Morant.—Ángel Escudero del Corral.—Firmados y rubricados.