

defectos de incongruencia, reforma peyorativa e indefensión, aun tratándose, ciertamente, de un supuesto tan peculiar como el que nos ocupa. Procede, por todo ello, la estimación del recurso de amparo.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.

2.º Anular la Sentencia dictada el 15 de marzo de 1996 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 1368/1995.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse dicha Sentencia, a fin de que se dicte otra, que resuelva el recurso de suplicación sin vulneración de derechos fundamentales.

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

Dada en Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Cachón Villar a la Sentencia dictada por la Sala Primera de este Tribunal en el recurso de amparo núm. 1628/96, al que se adhiere la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde

Disiento, con el máximo respeto al criterio sustentado por la mayoría, del apartado tercero del Fallo, en cuanto en él se acuerda la devolución de las actuaciones al Tribunal que dictó la Sentencia recurrida (la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) a fin de que dicte nueva Sentencia, resolutoria del recurso de suplicación.

Estoy de acuerdo en que dicha Sentencia incurre en los defectos de incongruencia e indefensión, en los términos en que se razona en la Sentencia que otorga el amparo. Ello no obstante, entiendo que no procede la devolución de actuaciones a los fines expresados porque, desde la perspectiva constitucional y de protección de los derechos fundamentales, ámbito propio de nuestra competencia, puede concluirse que de ningún modo es posible la estimación del recurso de suplicación, según se razona a continuación.

Consta, y así se dice en la Sentencia de amparo, que, según las normas de aplicación, la sanción de suspensión de empleo y sueldo lo era por tiempo de tres a siete días, tratándose de faltas graves, y de veinte a sesenta días, tratándose de faltas muy graves. La empresa impuso al trabajador la sanción de quince días de suspensión de empleo y sueldo por hechos que estimó constitutivos de falta muy grave. Formulada demanda impugnatoria de la sanción, la Sentencia de instancia, que mantuvo la calificación de la falta como muy grave, rebajó aquélla a ocho días de suspensión de empleo y sueldo.

Pues bien, al formular la empresa el recurso de suplicación, con invocación de los preceptos considerados como infringidos, postulando que se deje sin efecto la Sentencia de instancia y se confirme, por lo tanto, la

sanción empresarial (es decir, quince días de suspensión de empleo y sueldo), está pidiendo dicha empresa recurrente que el Tribunal de suplicación, en perjuicio del trabajador, dé como buena y establezca positivamente una sanción no prevista por las normas de aplicación, aceptando una inexistente escala de sanciones. Tal pretensión está fuera del ámbito propio del derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce y proclama el art. 24 C.E., cuyo contenido comprende precisamente, según reiterada jurisprudencia constitucional de innecesaria cita, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

Por lo expuesto, la pretensión impugnatoria articulada en el recurso de suplicación, carente de base normativa, no puede obtener más respuesta que la simple desestimación. Tal conclusión cobra más fuerza, si cabe, si se advierte que se está en el campo del derecho sancionador.

En consecuencia, se sostiene en este Voto particular que lo procedente era el otorgamiento del amparo, en el sentido de reconocer el derecho de la parte recurrente a la tutela judicial efectiva y de anular la Sentencia de suplicación, sin más.

Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil.—Pablo Cachón Villar.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

4199 *Sala Primera. STC 18/2000, de 31 de enero de 2000. Recurso de amparo 2656/96. Promovido por don José Luis Cervero Carrillo respecto a la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo que desestimó su petición de nulidad de actuaciones y recusación del Magistrado instructor de una causa seguida por presunto insulto a un superior. Alegada vulneración de los derechos al Juez imparcial y a un proceso sin dilaciones indebidas; supuesta vulneración del derecho al Juez legal; competencia de la jurisdicción castrense sobre un militar que ha solicitado su retiro para dedicarse a actividades políticas.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pedro Cruz Villalón, Presidente; don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Fernando Garrido Falla y doña María Emilia Casas Baamonde, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2656/96, promovido por don José Luis Cervero Carrillo, bajo la representación procesal del Procurador de los Tribunales don José Javier Checa Delgado y asistida de la Abogada doña Piedad Jara Novillo, contra la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1996, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra el Auto de 4 de enero de 1996, dictado por Tribunal Militar Territorial Primero (Sección Segunda), desestimatoria de un incidente de nulidad de actuaciones y de artículos de previo y especial pronunciamiento, dimanante de un procedimiento penal seguido por la presunta comisión de un delito de insulto a superior. Ha comparecido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Magistrado don Pablo García Manzano, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 29 de junio de 1996, el Procurador de los Tribunales don José Javier Checa Delgado, en nombre y representación de don José Luis Cervero Carrillo, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1996, que desestimó el recurso de casación promovido contra el Auto de 4 de enero de 1996, dictado por el Tribunal Territorial Militar Primero (Sección Segunda) y por el que se resolvió el incidente de nulidad de actuaciones y artículos de previo y especial pronunciamiento formulados por el actor, imputado en una causa militar en curso, seguida por un delito de insulto a superior.

2. La demanda se basa en los siguientes hechos:

a) El día 11 de noviembre de 1985 el hoy demandante de amparo, Sr. Cervero Carrillo, solicitó del Ministerio de Defensa la baja voluntaria del Ejército, Cuerpo Militar de la Guardia Civil.

b) En la revista «Interviú», núm. 497 y correspondiente a la semana del 20 al 27 de noviembre de 1985, se publicó un reportaje titulado «GAL: un guardia civil destapa la guerra sucia», que se apoyaba principalmente en las declaraciones del Sr. Cervero Carrillo, al que se presentaba como Sargento de la Guardia Civil, ilustrándose el reportaje con una fotografía suya vestido de uniforme. A resultas de las manifestaciones vertidas en dicho reportaje periodístico y, habida cuenta de que en las mismas se contenían expresiones e imputaciones referidas a oficiales superiores, el General Auditor ordenó la incoación de la correspondiente causa criminal por la incoación de un delito de insulto a superior, previsto en el art. 326 del entonces Código de Justicia Militar.

c) El asunto correspondió al Juez Togado Militar Permanente de Instrucción núm. 1 de la Primera Región Militar, quien inició la instrucción dictando Auto, el 27 de noviembre de 1985, y ordenó la detención del Sr. Cervero Carrillo. Durante la instrucción se incorporaron a los autos nuevas manifestaciones del Sr. Cervero Carrillo a otros medios de comunicación (transcripciones de entrevistas radiofónicas, nuevas declaraciones recogidas por prensa escrita tanto nacional como extranjera...) y se desplegó, bajo la supervisión del Instructor, una actividad tendente a su detención y captura. El día 29 de enero de 1986 se procedió a su detención y, por Auto de esa misma fecha, el Instructor acordó su procesamiento y decretó su prisión preventiva.

d) Mediante comparecencia judicial de 4 de febrero de 1986, debidamente asistido de Letrado y contándose, además, con la presencia del Fiscal Jurídico Militar y del Secretario Relator, el Sr. Cervero Carrillo hizo constar que recusaba al Juez Togado actuante, «por tener pleito pendiente con él, y propone como prueba que se oficie al Juzgado de Instrucción de Alcalá de Henares núm. 2, al Defensor del Pueblo, Amnistía Internacional y al Parlamento Europeo, interesando si en tales organismos existe algún tipo de actuación o denuncia contra la persona recusada» (folio 232 de las actuaciones). Igualmente, mediante escrito de 7 de febrero de ese mismo año, recurrió en súplica el Auto de procesamiento, interesando que se revocase el mismo, por cuanto los hechos que se le imputaban habrían sido cometidos por quien ya no tenía la condición de militar, pues desde el día 11 de noviembre de 1985 había abandonado el servicio activo, dedicándose a trabajar como periodista-colaborador de distintos medios de comunicación. El Auto resolutorio de la súplica fue recurrido en queja sin que conste la resolución de este último recurso.

e) Por escrito de 1 de marzo de 1986, el Sr. Cervero Carrillo formuló conflicto de jurisdicción mediante inhi-

bitoria, que dio lugar a la apertura de las diligencias indeterminadas núm. 275/86 tramitadas ante el Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid. El 24 de marzo de 1986 el referido Juzgado dictó Auto librando oficio de inhibición al Juez Togado Permanente de Instrucción de la Primera Región Militar que instruía la causa núm. 234/89. Por escrito del Capitán General de la Primera Región Militar, de 27 de marzo de 1986, se rechazó el requerimiento de inhibición. Planteado el correspondiente conflicto jurisdiccional éste fue resuelto por la Sala Especial del Tribunal Supremo mediante Auto de 24 de marzo de 1987, confirmando que la competencia correspondía a la jurisdicción militar.

f) El día 24 de abril de 1986, el hoy demandante de amparo, ingresado en prisión desde la fecha de su detención (el 29 de enero de 1986), solicitó el beneficio de la libertad provisional que le fue concedido por resolución de 23 de junio de 1986.

g) Paralelamente, la petición de pase a la situación de retiro había sido rechazada por el Ministerio de Defensa mediante Resolución de 25 de febrero de 1986, lo que motivó la interposición del pertinente recurso contencioso-administrativo del que conoció la Audiencia Nacional, dictándose Sentencia desestimatoria el día 7 de junio de 1986.

h) Mientras tanto la causa penal siguió su curso. El día 9 de octubre de 1987 y dentro del plazo concedido para emitir conclusiones provisionales, el imputado formuló cuestión prejudicial administrativa alegando que todavía no se había resuelto su impugnación de la resolución que le denegaba el pase a la situación de retiro. Al mismo tiempo, planteó nulidad de actuaciones por no haberse resuelto el recurso de queja que había presentado contra el Auto de procesamiento. Ambas cuestiones se tramitaron ante el Tribunal Militar Territorial como artículos de previo y especial pronunciamiento. Por Auto de 15 de septiembre de 1993 el Tribunal Militar Territorial Primero dictó Auto desestimatorio de las cuestiones planteadas.

i) Mediante escrito de 3 de enero de 1994, formuló recusación contra los miembros del Tribunal Militar. Por providencia de 23 de junio se acordó formar la correspondiente pieza separada. Por Auto de 24 de enero de 1995 el Tribunal Militar Territorial resolvió la recusación, estimándola para uno de los tres miembros integrantes del Tribunal.

j) El día 9 de marzo de 1995 el ahora demandante de amparo interpuso nuevo artículo de previo y especial pronunciamiento ante el Tribunal Militar Territorial (Segundo) que conocía de la causa. Se instó, en primer lugar, nulidad de actuaciones por vulneración de derechos fundamentales (al juez ordinario, imparcialidad del juzgador, proceso con todas las garantías, dilaciones indebidas), alegándose, además, que el instructor del expediente gubernativo 3/85 dirigido contra el procesado había sido la misma persona que, como juez militar, ordenó reabrir la causa que se encontraba paralizada, concurriendo la prescripción del delito por la paralización de la causa en más de cinco años, según el art. 45 del Código Penal Militar (desde el año 1987 a septiembre de 1995). El Tribunal Militar, por Auto de 4 de enero de 1996 (aunque aparece fechado, probablemente por error, en 1995) desestimó la nulidad y demás cuestiones planteadas. Dicho Auto fue recurrido en casación ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo que dictó Sentencia, de 6 de junio de 1996, desestimando el recurso de casación.

k) Por medio de escrito de 13 de junio de 1996, dirigido al Tribunal Militar, el imputado solicitó el sobreseimiento definitivo de las actuaciones, por concurrir la causa de exención de la responsabilidad criminal de perdón del ofendido. Por Auto de 1 de julio de 1996, el Tribunal Militar desestimó la pretensión.

l) El 29 de junio de 1998 se interpuso el presente recurso de amparo.

3. En la demanda de amparo alega el actor la vulneración de sus derechos fundamentales al juez legal, al juez imparcial y a un proceso con todas las garantías, reconocidos en el art. 24.2 C.E. Se aduce, en primer lugar, que la falta de respuesta por el Instructor al incidente de recusación que expresamente había planteado y la continuación de aquél en el ejercicio de su función ha conculcado sus derecho al juez imparcial y a la tutela judicial efectiva. La misma vulneración de derechos se habría producido con ocasión del segundo de los incidentes de recusación tramitados, esta vez en relación con el Presidente de la Sección del Tribunal Militar Territorial Primero que resolvió la primera cuestión prejudicial planteada, pues no se comunicó con antelación a la defensa el hecho de que formaría parte del Tribunal cuando, sin embargo, concurrían en él diversas causas de abstención, entre ellas la de haber instruido un expediente gubernativo contra el imputado. En segundo lugar, se alega la lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, producida por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo al confirmar el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero, en el que se determinó que era competente para conocer de los hechos la jurisdicción militar cuando, sin embargo, al tiempo de la comisión de los mismos carecía de la condición de militar por haber solicitado su pase a la situación de retiro. Finalmente, aduce el actor la violación de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como lo demuestra el largo período de tiempo que ya ha transcurrido en la tramitación de la causa (dos años de instrucción y nueve de plenario), que ha estado paralizada por más de cinco años y que ha experimentado nuevos retrasos por razón de las demoras habidas en la tramitación de los incidentes de recusación (diez meses) y de los artículos de previo y especial pronunciamiento (ocho meses).

4. Por providencia de 18 de noviembre de 1996 la Sección Segunda, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.5 LOTC, acordó requerir al demandante de amparo para que, en el plazo máximo de diez días y en relación con la alegada lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, acreditase documentalmente haber agotado la vía judicial así como la pronta y formal invocación de tal derecho.

5. Mediante providencia de 19 de diciembre de 1996, la Sección tuvo por recibida la documentación solicitada y admitió a trámite la demanda de amparo, requiriendo del Tribunal Militar Territorial Primero la remisión del testimonio adverbado de las actuaciones penales, previo emplazamiento de quienes hubieran sido parte en la causa para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso constitucional. Por providencia de la misma fecha se acordó tramitar la correspondiente pieza separada de suspensión que concluyó, mediante Auto de 10 de febrero de 1997, que acordó suspender la causa militar 234/85 en que fueron dictadas las resoluciones recurridas.

6. Por proveído de 10 de febrero de 1997, la Sección Segunda, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52 LOTC, ordenó dar vista de las actuaciones a las partes personadas para que en el plazo común de veinte días pudiesen formular las alegaciones que a su derecho convinieran.

7. El día 28 de febrero de 1997 el demandante presentó su escrito de alegaciones. En él se reproducen y refuerzan argumentalmente las alegaciones del escrito de demanda, insistiendo en la realidad de las violaciones de derechos denunciadas.

8. El Ministerio Fiscal presentó su alegato el día 13 de marzo de 1997. Tras una detenida exposición de los precedentes procesales del asunto, se analizan detenidamente cada una de las vulneraciones de derechos alegadas por el demandante de amparo. En cuanto a los incidentes de recusación, señala el Ministerio Fiscal que la queja de amparo es prematura por no haberse dictado todavía Sentencia firme que permita apreciar si realmente se ha producido una repercusión negativa en la esfera del procesado. Además, en lo que se refiere al incidente de recusación incontestado, sorprende que el imputado no volviese a reproducirlo en ningún momento posterior, o que no solicitase del Instructor la tramitación del mismo, mostrando una palmaria falta de diligencia. En lo referente a la aducida vulneración del derecho fundamental al juez legal por ser enjuiciado por la jurisdicción militar, cuando en el momento de cometer el hecho pretendidamente delictivo ya carecía de la condición de militar, considera el Ministerio Fiscal, a la luz de las resoluciones jurisdiccionales que se pronunciaron sobre la materia, que dicha lesión no ha existido, siendo un problema de mera legalidad que los Tribunales resolvieron de forma razonada y razonable, dentro del marco de la legalidad. Finalmente, y en lo que atañe a la denunciada lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, además de no invocarse debidamente en la vía judicial previa concurriendo la correspondiente causa de inadmisión, se constata que carece de contenido constitucional, pues la demora habida en la tramitación de la causa no se explica sin la propia actuación de la defensa que ha opuesto toda clase de trabas, incidentes y recursos, incluido este mismo proceso constitucional, impidiendo que la causa siguiese su natural curso. En definitiva, la demanda de amparo ha de ser desestimada.

9. Por providencia de 28 de enero de 2000 se fijó para la deliberación y fallo de esta Sentencia el día 31 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente proceso de amparo se denuncian diversas irregularidades acaecidas en la sustanciación de una causa penal militar todavía pendiente de Sentencia. En efecto, el día 29 de enero de 1985, el Juzgado Togado Militar Permanente de Instrucción núm. 1 de la Primera Región Militar dictó Auto de procesamiento contra el recurrente, Sargento de la Guardia Civil Sr. Cervero Carrillo, a quien se imputaba la comisión de un delito de insulto a superior, previsto en el art. 326 del entonces vigente Código de Justicia Militar, como consecuencia de las declaraciones contenidas en un reportaje publicado en el núm. 497 de la revista «Interviú», correspondiente a la semana del 20 al 27 de noviembre de 1985, bajo el título «GAL: un guardia civil destapa la guerra sucia».

La pendencia del proceso penal es plenamente coherente con el contenido de la demanda de amparo, que se articula en torno a una triple vulneración de derechos fundamentales. El demandante se queja, en primer lugar, de la falta de competencia de la jurisdicción castrense para conocer y continuar con el enjuiciamiento de la causa porque, cuando se realizó la conducta que ahora se le imputa, ya había perdido su condición de militar, al haber solicitado previamente el pase a la situación de retirado para dedicarse a actividades políticas y porque, en todo caso, mediante Orden ministerial de 23 de noviembre de 1987, fue separado del servicio. Por lo tanto, las resoluciones impugnadas habrían violado su derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley que garantiza el art. 24.2 C.E.

En segundo lugar se alega la vulneración del derecho fundamental al juez imparcial, del art. 24.2 de la Cons-

titución, como consecuencia de la falta de respuesta judicial al incidente de recusación planteado contra el Juez Togado Instructor, así como por el hecho de que no se le comunicó el cambio habido en los miembros de la Sección Segunda del Tribunal Militar Territorial Primero, lo que le impidió ejercitar su derecho de recusación frente al Presidente, por no reunir éste, en tesis del demandante, la requerida imparcialidad subjetiva.

Por último, se aduce en la demanda la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 C.E.), por la demora habida en la tramitación de la causa, cuya instrucción duró prácticamente nueve años, de los cuales durante cinco estuvo absolutamente paralizada.

2. La primera y más esencial de las quejas que sustentan el amparo es la relativa a la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 C.E.), que el recurrente formula al impugnar la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1996, desestimatoria del recurso de casación promovido contra el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero de 4 de enero de 1996, que ponía término al incidente de nulidad de actuaciones y al artículo de previo y especial pronunciamiento formulados por el hoy demandante de amparo. Es evidente que la referida Sentencia del Tribunal Supremo, aunque resolutoria de un trámite incidental ha puesto término, de modo firme y definitivo, al debate suscitado por el actor acerca de la competencia de la jurisdicción militar para conocer de la causa, por lo que, como se declaró en la STC 161/1995, de 7 de noviembre, «estamos ante una resolución que incide, de modo inmediato y efectivo, en la esfera de intereses protegidos por el art. 24.2 C.E. en cuanto reconoce el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, sin que frente a cuya directa invocación en sede constitucional se oponga el principio de subsidiariedad del recurso de amparo» (FJ 4).

Procede recordar al efecto que la jurisdicción militar que, por mandato constitucional y bajo el principio de unidad de jurisdicción, conoce de un ámbito objetivo diferente del que es propio de los demás órganos integrantes del Poder Judicial (SSTC 60/1991, de 14 de marzo, y 113/1995, de 6 de julio), no puede extender su cognición más allá del ámbito estrictamente castrense a que se refiere el art. 117.5 C.E., por lo que, como se declaró en la STC 111/1984, de 28 de noviembre, la transgresión de las reglas definidoras de ese orden jurisdiccional, tanto en su formulación como en su debida aplicación o interpretación puede, en ocasiones, conducir a una vulneración del derecho al Juez legal que garantiza el art. 24.2 C.E.

Como consta con mayor detalle en los antecedentes, el Sr. Cervero Carrillo promovió artículo de previo y especial pronunciamiento en el que, entre otros peticiones, alegaba una excepción de declinatoria de jurisdicción, fundada en el hecho de que cuando se produjo la comisión de la conducta que motivó la apertura de las correspondientes diligencias penales, es decir, la fecha de publicación de la revista «Interviú», en el que figuraba el reportaje pretendidamente ofensivo para sus superiores (20 de noviembre de 1985), ya carecía de la condición de militar, puesto que el día 11 de ese mismo mes y año, había solicitado en debida forma su pase a la situación de retirado para dedicarse a actividades políticas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 5.1.10 del Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, y el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril, en cuyo art. 9.4 se dispone literalmente que «presentada la solicitud, se entenderá concedido el pase a la nueva situación...». En suma, no siendo militar desde la fecha de presentación de la referida solicitud, difícilmente puede

sostenerse que un hecho o conducta posterior pueda ser enjuiciado por la jurisdicción militar y con arreglo al Código de Justicia Militar, por lo que la interpretación de la legalidad llevada a cabo por los órganos de la jurisdicción castrense y, en particular, la contenida en la Sentencia dictada en casación, habría vulnerado el derecho fundamental al Juez legal que reconoce el art. 24.2 C.E.

Además, en ese mismo trámite incidental se alegaba la concurrencia de una segunda circunstancia que, por sí sola, debiera conducir igualmente a que se acogiese por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo la indicada excepción declinatoria. En efecto, el Sr. Cervero Carrillo había sido separado del Cuerpo de la Guardia Civil y, por ende, habría perdido su condición de militar, como consecuencia de sanción disciplinaria del Ministerio de Defensa que le fue impuesta el día 23 de noviembre de 1987.

3. Frente a lo argumentado por el demandante de amparo, la sola lectura de la Sentencia impugnada pone de relieve que la Sala Quinta del Tribunal Supremo no confirió impropriamente la condición de militar a quien efectivamente ya carecía de la misma, sino que, por el contrario, se limitó a aplicar una normativa legal –cuyos contenidos y pertinencia en su proyección al caso no son cuestionados por el recurrente–, mediante una interpretación, sostenida con anterioridad en otros pronunciamientos similares (así, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1991 y 6 de abril de 1992) y que es la que mejor se ajusta a la ratio y finalidad perseguida por las normas reguladoras de esa solicitud de pase a la situación de retirado. En efecto, aunque en la Sentencia objeto del presente recurso se explican resumidamente y por remisión los motivos por los que el Sr. Cervero Carrillo no había perdido su condición de militar, una mejor comprensión del criterio hermenéutico sustentado por la Sala aconseja atender al núcleo del razonamiento que se encuentra formulado con mayor extensión argumental en la Sentencia de la propia Sala de lo Militar de 12 de enero de 1991, a la que explícitamente reenvía la Sentencia impugnada. Se razona en ella que, tanto el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, como el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril, son disposiciones que obedecían a la necesidad de aprobar una normativa de urgencia que regulase la posición de los miembros de las Fuerzas Armadas ante el eventual ejercicio de actividades políticas y sindicales, considerándose como falta disciplinaria distintas manifestaciones de aquellas actividades. Para salvar esa prohibición, se permitió a los miembros de las Fuerzas Armadas «solicitar y obtener el pase a la situación de retirado, con los derechos pasivos y asistenciales que le correspondan...». No basta, pues, con solicitar el pase a la situación de retiro, sino que se exige su obtención, mediante la adopción de la pertinente resolución de la Administración militar. En desarrollo de esa previsión legal se dictó el Real Decreto 706/1977, en cuyo art. 9 se dispone que aquellos militares que decidan dedicarse a actividades políticas o sindicales «deberán presentar con anterioridad, instancia solicitando el pase a las situaciones previstas en el art. 5 del Real Decreto-ley 10/1977. Las instancias, dirigidas al Ministro respectivo, se cursarán por conducto reglamentario. Presentada la solicitud se entenderá concedido el pase a la nueva situación al efecto de poder ejercer las actividades, cargos o inclusión en candidaturas de carácter político o sindical sin incurrir en responsabilidad». Para la Sentencia impugnada el precepto transcrito no ofrece dudas de interpretación, pues se refiere a una situación de transitoriedad entre el momento de presentar la solicitud de pase a la situación de retirado y el posterior de la publicación de la Orden ministerial que la resuelva, de modo

que lo que se hace es declarar la licitud de la simultaneidad del ejercicio de actividades políticas o sindicales con la condición de militar hasta que se conceda o deniegue la solicitud formulada. En definitiva, el militar que solicita el pase a la situación de retiro mantiene su condición de tal hasta que expresamente le es concedida la nueva situación administrativa, de suerte que la razón de ser del art. 9.4 del Decreto 706/1977 es compatibilizar transitoriamente la condición de militar con el ejercicio de las «actividades, cargos o inclusión en candidaturas de carácter político o sindical, sin incurrir en responsabilidad», tal como se desprende de una lectura completa del precepto.

Esta interpretación de la legalidad no puede considerarse restrictiva ni contraria al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, por lo que la queja actora ha de ser, en este extremo, rechazada.

4. En lo que concierne al segundo de los argumentos invocados por el demandante de amparo en orden a fundamentar la incompetencia de la jurisdicción militar para conocer de la causa, a saber, la pérdida de su condición de militar como consecuencia de la Orden ministerial de 23 de noviembre de 1987, que lo había separado del servicio, ha de significarse que también obtuvo cumplida respuesta en la mencionada Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

A este respecto, la Sentencia de casación consideró que lo relevante para fijar el orden jurisdiccional competente, no era sólo el hecho de que, como consecuencia de un recurso promovido por el propio actor, se anulase aquella sanción de separación del Cuerpo, ordenándose su reingreso en el servicio y el posterior ascenso a los empleos de Sargento Primero, Brigada y Subteniente de la Guardia Civil, sino que lo verdaderamente determinante, a tales efectos, era la condición que ostentaba el recurrente en el concreto momento de producirse el hecho pretendidamente delictivo, y no la que pudiese sobrevenidamente tener al inicio o en momentos posteriores del proceso penal. Criterio delimitador, vinculado a la naturaleza punitiva de la conducta que se le imputa, que tampoco puede considerarse en sí mismo como lesivo del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, por lo que este motivo de impugnación también ha de ser desestimado.

5. La violación del derecho a un juez imparcial ex art. 24.2 C.E., constituye la segunda de las pretensiones impugnatorias del demandante de amparo, que el actor directamente vincula a la imposibilidad de ejercer efectivamente, en dos trámites distintos, su derecho de recusación. Así ocurrió en primer lugar cuando, tras haber recusado al Juez Togado Instructor en la comparecencia de 4 de febrero de 1986, no obtuvo respuesta judicial alguna. Y, en segundo lugar, cuando se le notificó el Auto de 15 de septiembre de 1994, dictado por la Sección Segunda del Tribunal Militar Territorial Primero, resolutorio de un incidente de nulidad de actuaciones y de una cuestión prejudicial. Fue entonces cuando tuvo conocimiento de la identidad del Presidente de la Sección, Sr. Fernández de Henestrosa quien, en criterio del recurrente, estaba incurso en varias causas de recusación. Sin embargo, no pudo recusarlo porque en ningún momento anterior se le comunicó la composición del Tribunal.

Antes de examinar el fondo de esta queja es necesario atender a la objeción de viabilidad procesal formulada por el Ministerio Público, en el sentido de que la misma debe ser inadmitida por no haberse cumplido con el requisito de agotar la vía judicial previa dispuesto en el art. 44.1 a) LOTC. Considera el Fiscal que la pretendida vulneración del derecho a un juez imparcial todavía puede ser procesalmente alegada en la propia vista o al recurrir, en segunda instancia, la eventual Sentencia con-

denatoria que en su día dicte el órgano competente de la jurisdicción militar.

La conclusión así alcanzada es consecuencia de la doctrina establecida por el Pleno del Tribunal Constitucional en la STC 147/1994, de 12 de mayo, y que ha sido acogida en otras múltiples resoluciones jurisdiccionales que han inadmitido supuestos similares al presente (así, AATC 168/1995, de 5 de junio, 173/1995, de 6 de junio, y STC 73/1999, de 26 de abril). En efecto, con arreglo a la citada Sentencia, es, «en el marco del propio proceso, cuando éste aún se encuentra pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse, precisamente, en la sustanciación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho que el recurso de amparo. Y será cuando el proceso ha finalizado –o, dicho en otras palabras, cuando no quepa acudir a instancia judicial alguna que pueda apreciar y reparar la vulneración del derecho fundamental– cuando se habrá agotado la vía judicial previa y cabrá, por consiguiente, acudir a este Tribunal en demanda de amparo constitucional. Si así no se hiciese, estaríamos privando a los jueces y tribunales ordinarios de la función, que constitucionalmente tienen atribuida, de tutelar los derechos e intereses legítimos y, señaladamente, los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados» (FJ 4). Por consiguiente, no puede estimarse cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa que establece el art. 44.1 a) LOTC cuando la queja se deduce frente a resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que todavía no ha finalizado (SSTC 196/1995, de 19 de diciembre, 63/1996, de 16 de abril, y 73/1999, de 26 de abril, entre otras) salvo que, excepcionalmente, afecten de manera irreparable a la libertad personal, como puede ocurrir en relación con aquellas resoluciones que acuerdan o prorrogan situaciones de prisión provisional (por todas STC 247/1994, de 19 de septiembre).

Pues bien, cuando se alega la vulneración del derecho al Juez imparcial (art. 24.2 C.E.) en relación con el ejercicio del derecho de recusación, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que, a los efectos de promover un recurso de amparo constitucional, la vía judicial previa sólo se estimará agotada cuando se hubiese dictado Sentencia en la causa principal, pues, en este caso, el agotamiento de la cuestión incidental «es sólo aparente, “ya que el proceso aún no ha finalizado, no se ha celebrado la vista oral que en un proceso penal, y dadas las características del mismo, es el momento central o nuclear y, consiguientemente, tampoco ha recaído Sentencia”, (STC 147/1994, de 12 de mayo). En materia de recusación, amén de otros cauces que el desarrollo natural del proceso ofrece, como los artículos de previo y especial pronunciamiento, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial señala expresamente que aquella puede hacerse valer, en última instancia, “a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo” (art. 228)» (ATC 336/1995, de 11 de diciembre, FJ 5).

La traslación de la anterior doctrina al presente recurso conduce a la inadmisión, por prematuras, de las mencionadas pretensiones impugnatorias, pues, como queda dicho, todavía es posible invocar ante el Tribunal que conoce de la causa la conculcación del derecho al Juez imparcial (art. 24.2 C.E.), mediante la utilización de los recursos que se estimen procedentes para impugnar la Sentencia resolutoria del proceso principal (art. 65 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar).

6. Tampoco puede prosperar la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) que se habría producido como consecuencia de la inactividad procesal, en relación con la recusación formulada frente al Juez Togado Instructor de la causa penal.

Es doctrina constante de este Tribunal la que señala que no toda irregularidad o infracción procesal comporta una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siendo necesario que dicha irregularidad hubiese ocasionado al demandante de amparo una irreversible indefensión material, única realmente trascendente desde la perspectiva del ejercicio de sus derechos de audiencia y defensa (SSTC 101/1990, de 4 de junio, FJ 1; 18/1996, de 12 de febrero, FJ 3, y 137/1999, de 22 de julio, FJ 4, entre otras muchas).

En el caso presente, se aprecia con claridad que la indefensión denunciada por el demandante es meramente formal, pues, por una parte, la recusación planteada fue ulteriormente objeto de consideración en el Auto de 4 de enero de 1996, que rechazó un incidente de nulidad de actuaciones formulado con fundamento en dicho motivo, mientras que, de otra parte, no se aprecia indefensión material derivada de aquella inactividad procesal, ya que el demandante, asistido en todo momento de Letrado, no volvió a cuestionar, tras el citado trámite de comparecencia, la pretendida imparcialidad del Juez Togado, ni formuló reclamación o queja alguna respecto de su actuación instructora.

7. Resta, finalmente, por examinar la alegada vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En relación con esta queja opone el Fiscal una objeción procesal impeditiva de su examen de fondo, a saber: «no haber invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la vulneración, hubiera lugar para ello» [44.1 c) LOTC]. Aduce el demandante que, además de la circunstancia de que el procedimiento había consumido ya dos años de instrucción (desde el 26 de noviembre de 1985 en que se incoan las diligencias, hasta la resolución de 14 de septiembre de 1987 que acordó su conclusión) y nueve de plenario, y de que el Auto del Tribunal Militar Territorial Primero de 15 de septiembre de 1993, reconoce expresamente que el procedimiento estuvo en la práctica paralizado desde el 9 de octubre de 1987 hasta la fecha en que se dictó dicha resolución, deben tomarse igualmente en consideración los diez meses en que tardó en tramitarse el segundo incidente de recusación (del 17 de marzo de 1994 hasta el Auto de 24 de enero de 1995), así como los ocho meses en que se demoró la resolución de los artículos de previo y especial pronunciamiento.

El examen de las actuaciones judiciales y de lo manifestado por el propio demandante en su escrito de 21 de noviembre de 1996, pone en evidencia que la única invocación del derecho fundamental a no padecer dilaciones indebidas, efectuada ante los órganos de la jurisdicción militar, se llevó a cabo con ocasión del planteamiento, mediante escrito de 9 de marzo de 1995, de los artículos de previo y especial pronunciamiento y en el recurso promovido contra el Auto resolutorio de este trámite incidental. Resulta así que el recurrente en amparo consintió, sin formular objeción alguna en relación con el retraso que ahora denuncia, tanto lo referente a la duración de la fase de instrucción como al tiempo transcurrido en la de plenario, invocando, por primera vez, en el año 1995, la lesión de su derecho fundamental. También se aquietó y toleró el tiempo invertido en sustanciarse todo el incidente de recusación, sin que en ningún momento pusiese en conocimiento del órgano judicial la demora existente en la tramitación de dicha pieza separada. En consecuencia, cuando invoca ante el Tribunal Militar la lesión de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, las dilaciones a las que refiere ya se han consumado, sin que durante el transcurso de la tramitación se hubiese hecho denuncia alguna sobre el retraso padecido. En suma, la alegada demora no fue puesta de manifiesto a quien pretendi-

damente era el causante de la misma, formulándose como una queja *a posteriori* relativa a dilaciones ya consumadas. La misma conclusión se alcanza respecto a los ocho meses que tardó la resolución de los artículos de previo y especial pronunciamiento. Se consintió la tardanza en la resolución y es ahora, en este proceso de amparo cuando, después de resuelto el mencionado incidente, se invoca la lesión del mencionado derecho fundamental.

En resumen, el demandante de amparo no puso en conocimiento del órgano judicial competente, tan pronto tuvo ocasión para ello, ni la demora que, en su criterio, existía en la instrucción de la causa o, ulteriormente, en la celebración del plenario, ni tampoco los retrasos padecidos en la sustanciación de los incidentes de recusación y de los artículos de previo y especial pronunciamiento, permitiendo la adopción de las medidas pertinentes para remediar la situación ahora denunciada e incumpliendo, de este modo, una carga procesal que sólo a él correspondía.

Todo ello pone de relieve que el demandante incumplió el requisito procesal exigido por el art. 44.1 c) LOTC, consistente en haber invocado en el proceso el derecho constitucional vulnerado «tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello» por lo que, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTC, procede inadmitir esta concreta queja, lo que conduce a la desestimación del presente recurso de amparo.

FALLO

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

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo formulada por don José Luis Cervero Carrillo.

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

Dada en Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

4200 *Sala Segunda. STC 19/2000, de 31 de enero de 2000. Recurso de amparo 2806/96. Promovido por don Juan Luis Villanueva Iglesias frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña y del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santiago de Compostela, que le condenaron como autor de un delito de alzamiento de bienes. Vulneración de los derechos a la defensa y a ser informado de la acusación: primera declaración como testigo, no como imputado, y falta de notificación del Auto de incoación del procedimiento abreviado; lo que no puede ser sanado por una segunda declaración tardía.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente; don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde