|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 39/1997 |
| Fecha | de 10 de febrero de 1997 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Pablo García Manzano. |
| Núm. de registro | 2656-1996 |
| Asunto | Recurso de amparo 2.656/1996 |
| Fallo | En virtud de lo expuesto, la Sala acuerda la suspensión de la causa militar número 234/85 en que fueron dictadas las resoluciones recurridas, sin que esta suspensión afecte a las medidas cautelares en ellas adoptadas ni a las incidencias que respecto delas mismas puedan surgir. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 29 de junio de 1996, don José Javier Checa Delgado, Procurador de los Tribunales, interpone recurso de amparo en nombre de don José Luis Cervero Carrillo contra la Sentencia de la que se hace mérito en el encabezamiento. En la demanda se incluye asimismo solicitud de suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El día 26 de noviembre de 1985 se incoó la causa militar 234/85, relativa a unas manifestaciones del recurrente a la revista «Interviú», que podrán ser constitutivas de delito de insulto a un superior. El recurrente, que era Sargento de la Guardia Civil, había solicitado su pase a la situación de retirado el día 11 de noviembre de 1985. Su petición fue denegada mediante Resolución ministerial de 25 de febrero de 1987, recurrida ante los Tribunales, pero que adquirió posteriormente firmeza por caducidad del recurso. El recurrente sería posteriormente separado del servicio por la Resolución ministerial de 23 de noviembre de 1987, dictada en expediente gubernativo instruido por don Luis Fernández de Henestrosa y posteriormente anulada por resolución judicial.

b) El día 4 de febrero de 1986, tras su detención, el recurrente compareció ante el Juez y manifestó que recusaba al Juez Togado actuante, don Jesús Valenciano Almoyna, «por tener pleito pendiente con él. Y propone como prueba 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».

c) La causa penal siguió su curso. En el plazo concedido para la emisión de conclusiones provisionales, el hoy recurrente y entonces imputado planteó una cuestión prejudicial administrativa, relativa a su recurso judicial contra la denegación de su pase a la situación de retirado y la nulidad de actuaciones por falta de resolución del recurso de queja contra su Auto de procesamiento (escrito de 9 de octubre de 1987).

Dicho escrito encontró respuesta mediante Auto del Tribunal Militar Territorial Primero (Sección Segunda) de 15 de septiembre de 1993. No habría ya cuestión prejudicial, pues la denegación administrativa había devenido firme por caducidad del recurso, y el recurso de queja había encontrado respuesta denegatoria mediante Auto de 3 de mayo de 1989.

d) El día 17 de marzo de 1994, el recurrente volvió a plantear incidente de recusación contra los tres miembros de la Sección Segunda del Tribunal Militar Territorial Primero. La Sección Primera del mismo estimó dicha recusación sólo en relación con uno de ellos, el Presidente de la Sección Segunda, que había actuado como Fiscal en la instrucción (Auto de 24 de enero de 1995).

e) Mediante escrito de 9 de marzo de 1995, el recurrente planteó como artículos de previo y especial pronunciamiento las excepciones de nulidad de actuaciones, prescripción del delito, cosa juzgada y declinatoria de jurisdicción. Dichas excepciones tuvieron respuesta en el Auto de 4 de enero de 1996. En lo que respecta a las cuestiones ahora aducidas en esta sede, la resolución niega en general que se haya generado ningún tipo de indefensión y afirma, en particular, que la dilación se debe «a la interposición de toda clase de incidentes y recursos» por la defensa. En cuanto a la negación de la declinatoria de jurisdicción recuerda que la condición militar del imputado se basa tanto, sobre todo, en la firmeza de la denegación de su pase a la situación de retirado, como en la anulación posterior de su separación del servicio.

f) Acudió aún el recurrente en casación. La Sentencia del Tribunal Supremo, que es la finalmente recurrida ante esta jurisdicción, sólo entró en la cuestión competencial: Porque era lo único que se pedía en la súplica y porque «Habiendo sido desestimadas (las demás) por Auto no son susceptibles de recurso de casación, como sí lo es la de declinatoria de jurisdicción (art. 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)». En relación con dicha competencia indicada que lo relevante es su condición o no de militar en el momento de la comisión de los hechos imputados. Al respecto no cabría duda, a partir del texto de la norma invocada, del texto del art. 5 del Real Decreto-ley 10/1997 y de la jurisprudencia que los interpreta que quien solicita su pase a la situación de retirado mantiene su condición de militar hasta su obtención.

3. En el extenso escrito de demanda se plantean, en síntesis, las cuestiones que se enumeran a continuación:

a) La falta de respuesta judicial al incidente de recusación planteado contra el Juez Togado Instructor y la continuación del mismo con su función habría vulnerado los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley, independiente e imparcial, y a la tutela judicial efectiva.

b) La misma vulneración de derechos se habría producido por el hecho de que el señor Fernández de Henestrosa presidiera la Sección que resolvió la primera cuestión prejudicial planteada y la primera nulidad de actuaciones. En dicho Juez, sobre cuya participación en el Tribunal nada se habría comunicado a la defensa, concurrían varias causas de abstención: Habría sido denunciado por el imputado por coacciones y amenaza, había instruido el expediente gubernativo contra el imputado que había concluido provisionalmente con su separación del servicio; con su actividad de reapertura del procedimiento militar pretendería granjearse el favor del señor Roldán, a quien hoy el recurrente habría denunciado y criticado en el ejercicio de su actividad periodística.

c) Las mismas vulneraciones tienen ahora sustrato en su enjuiciamiento por parte de un Tribunal Militar, a pesar de que en el momento de los hechos imputados el recurrente no sería ya militar en virtud de los arts. 5 y 9.4 de los Reales Decretos 10/1977 y 706/1977, que indican que para ello basta la presentación de la solicitud. Se dan además las circunstancias de que durante ocho años en los que siguió vivo el procedimiento el recurrente estaba separado del Cuerpo por sanción.

d) Se habría vulnerado, por último, el derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas. Amén de que el procedimiento ha consumido ya dos años de instrucción y nueve de plenario y de que el Auto de 15 de septiembre de 1993 admite que el procedimiento ha estado en la práctica paralizado desde octubre de 1987 hasta septiembre de 1993, deben computarse otros dos nuevos períodos de dilación: Los diez meses que tarda en resolverse la segunda recusación y los ocho meses en que se demora la respuesta a los artículos de previo y especial pronunciamiento, Por lo demás, como podría comprobarse, es falso y un «desatino» atribuir la tardanza a la conducta procesal del recurrente.

4. Mediante providencia de 18 de noviembre, la Sección Segunda de este Tribunal requiere de la representación del recurrente acreditación de la pronta y formal invocación del derecho a un proceso sin dilaciones indebida y del agotamiento del correspondiente motivo en la vía judicial ordinaria. En su escrito de 22 de noviembre, el recurrente sitúa dicha invocación en su escrito de 9 de marzo de 1995 (planteamiento de artículos de previo y especial pronunciamiento), que reiteró en el posterior recurso de casación.

5. Mediante providencia de 19 de diciembre de 1996, la Sección Segunda acuerda admitir a trámite la demanda de amparo y dirigir sendas comunicaciones al Tribunal Supremo y al Tribunal Territorial Primero a fin de que remitan testimonio de las actuaciones correspondientes al procedimiento del que trae causa el presente recurso y de que emplace este último órgano judicial a quien hubieran sido parte en el mismo para su posible comparecencia en este proceso de amparo.

6. Mediante nueva providencia de 19 de diciembre, la Sección acuerda la apertura de pieza separada de suspensión y, conforme determina el art. 56 LOTC, concede un plazo común de tres días a la parte demandante y al Ministerio fiscal para que aleguen lo que estimen pertinente sobre la misma.

7. En su escrito de 27 de diciembre de 1996 reitera el recurrente su solicitud de suspensión, especificando que su eficacia se restringiría a «paralizar el procedimiento en tanto que se resuelva el amparo solicitado». Considera que de no acordarse la suspensión que se pide el procedimiento seguirá su curso, el amparo perdería su finalidad y se le ocasionaría con ello un perjuicio irreparable, pues se vería sometido a enjuiciamiento por la jurisdicción militar y se consumaría así la violación de los derechos invocados. Por lo demás, el acuerdo de suspensión no generaría perjuicio de los intereses generales ni de los derechos de terceros, ya que no hay tales derechos de terceros en juego, los que supuestamente pudieran sentirse ofendidos hace tiempo que otorgaron su perdón, y el Tribunal Militar ha mantenido ya la causa paralizada durante seis años sin que se hayan resentido ni la forma de administrar justicia ni el funcionamiento del mismo.

8. El Fiscal concluye su informe de 3 de enero interesando la denegación de la suspensión solicitada. En la fundamentación invoca el ATC 132/1989: «Tratándose de resoluciones interlocutorias de un proceso principal, cuya suspensión podría llevar consigo perturbaciones graves de los intereses generales, y dado que la no suspensión, siguiendo el proceso penal su curso, en el que incluso pudieran conocerse las posibles indefensiones constitucionales que aquí se denuncian, no impediría que el recurso, de concederse, perdiera su finalidad, al poder, en su caso, restaurarse el derecho constitucional presuntamente violado mediante la correspondiente anulación de las actuaciones».

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Lo que solicita el recurrente bajo la cobertura del art. 56 es la paralización del procedimiento penal en el que figura como imputado y que se encuentra en la actualidad en fase de juicio oral. Dicha petición no se encuadra propiamente entre las de suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas en amparo, que son de desestimación de nulidad de actuaciones y de artículos de previo y especial pronunciamiento, sino que se refiere en realidad a la permanencia del efecto suspensivo que genera la pendencia de dicho incidente procesal. No obstante, la huida de un excesivo formalismo en la interpretación del art. 56 LOTC, ajeno a los importantes intereses que se hallan en juego en estas piezas de suspensión, aconsejan la incardinación de la solicitud en dicho precepto y, por ello, la consideración de su fondo (AATC 77/1984, 93/1993, 94/1993 y 16/1994).

2. Del referido precepto resulta que la interposición de un recurso de amparo, como regla general, no suspende la ejecución de los actos recurridos, salvo en el supuesto expresamente previsto de la pérdida de finalidad del amparo y, aun en este caso, condicionado a que la suspensión no produzca las perturbaciones aludidas en el mismo.

En efecto, la sustanciación, mediante los trámites procesales pertinentes, de la causa penal a la que el recurrente atribuye las supuestas irregularidades motivo de su queja, implicaría la continuidad del sometimiento del encausado a una jurisdicción -la militar- que estima carece de competencia para enjuiciarle; y de otra parte, con independencia de esta eventual vulneración del derecho al Juez ordinario legalmente predeterminado, se podría ocasionar -de no acceder a la instada suspensión-, la presencia del imputado recurrente en la vista oral de una causa penal sustentada en una previa actividad instructora a la que aquél reprocha quebrantamientos formales esenciales y que, de ser apreciados por este Tribunal, producirían la retroacción de actuaciones a fase procesal anterior a la vista oral. Debemos, pues, concluir con el recurrente que la denegación de la suspensión supone una pérdida parcial de la finalidad de amparo (AATC 7/1984 y 93/1993).

Cabe apreciar asimismo el segundo de los requisitos enunciados, relativo a que la suspensión no perturbe gravemente los intereses generales o los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero. Frente a los efectos de la denegación de la suspensión sobre los derechos invocados por el recurrente no cabe estimar de gravedad suficiente la incidencia de la medida cautelar en la efectividad de la resolución firme impugnada y en la prolongación de un procedimiento ya muy dilatado en el tiempo y en el que el ejercicio de la acusación corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal.

3. La decisión de suspensión que adoptamos requiere aún alguna matización

Es la primera que, habiendo alcanzado el proceso penal la fase de calificación, su paralización ha de ser inmediata (ATC 77/1984).

Concierne la segunda a que tal como precisaba el ATC 77/1984, la suspensión de la causa no afectará a las medidas cautelares personales y reales eventualmente adoptadas ni a las incidencias que respecto a las mismas puedan surgir, pues la protección preventiva en que la suspensión consiste no necesita de otro efecto que el indicado, y el interés general reclama que dichas medidas cautelares no resulten entorpecidas por la suspensión, sin que, por lo demás su mantenimiento o modificación pueda privar de finalidad al amparo impetrado.

Ha de precisarse, asimismo, que las circunstancias concurrentes y la duración del proceso «a quo», determinan la procedencia de la misma celeridad en la resolución del presente recurso de amparo, como ha acordado este Tribunal en ocasiones semejantes (AATC 144/1990, 249/1996 y 282/1996).

ACUERDA

En virtud de lo expuesto, la Sala acuerda la suspensión de la causa militar número 234/85 en que fueron dictadas las resoluciones recurridas, sin que esta suspensión afecte a las medidas cautelares en ellas adoptadas ni a las incidencias que respecto de

las mismas puedan surgir.

Madrid, a diez de febrero de mil novecientos noventa y siete.