

Ahora bien, el no haberlo hecho la mayoría no me impide traerlo ahora a colación, porque es evidente el influjo y relevancia de ese precepto, en cuanto viene a reafirmar, desde el plano subjetivo, la competencia de la jurisdicción militar, ya admitida por la Sentencia de la que discrepo, por obra de la naturaleza o materia del delito que se tipifica. Pero ambos criterios no determinan en el caso la correcta atribución de competencia a la jurisdicción militar, según de la manera más sucinta expongo a continuación.

En efecto, es aquel precepto —el 128— el que, al establecer una asimilación (en realidad una analogía legal (*in malam partem*)) indebida o excesiva, provoca la vulneración del art. 117.5 C.E. Según el art. 3.3 de la Ley 19/1984, del Servicio Militar, mozos son «los españoles sujetos a reclutamiento, desde el primero de enero del año en que cumplen los dieciocho de edad hasta su pase a la situación de disponibilidad», y reclutas los «españoles sujetos a las obligaciones del Servicio Militar, desde que pasan a la situación de disponibilidad hasta que prestan juramento de fidelidad a la Bandera». El art. 26 de la misma Ley establece que «la situación de disponibilidad empieza el primero de enero del año en que se cumplan los diecinueve de edad y termina en la fecha en que el recluta debe incorporarse a la de actividad en el llamamiento que le corresponda...».

Consecuentemente —en la lógica legal— el art. 127 C.P.M., por la asimilación aludida, viene a someter a la Jurisdicción Militar al español —sujeto a reclutamiento— desde que cumpla los dieciocho años de edad hasta los veinte, ya que la situación de disponibilidad puede durar hasta un año, en el que se realiza la efectiva incorporación, sin que el mozo o recluta deje de ser ciudadano civil hasta esa edad e incorporación. Sin embargo, el art. 8 del Código Penal Militar, a sus efectos, no considera militar sino al que esté incorporado en las Fuerzas Armadas. Después, como ya he indicado, es el art. 128 del mismo Código el que desvirtúa, excepcionalmente, esa calificación, que considero inconstitucional, como también he dicho, fundamentalmente porque en modo alguno puede admitirse que el período de vida, previo al Servicio Militar, de los dieciocho a los veinte años del ciudadano, pueda ser integrado en el «ámbito castrense», pues ninguna relación tiene el mozo o recluta en ese tiempo con la vida y disciplina militar y sólo por vía de forzada analogía puede ser considerado como tal.

4. ¿Cuál puede ser el fundamento de esa analogía?

Hecha abstracción de la condición de la persona, civil o militar, que es lo que en alguna medida parece hacer la mayoría en la Sentencia, ésta busca y halla su fundamento en la materia o naturaleza del hecho que da vida al tipo penal. Ciertamente una consideración objetiva del concepto «ámbito castrense» permite o permitiría incluir en él la acción y autoría de cualquier persona, sea —o fuere— civil o militar (problema más dificultoso aún sería el de la inclusión en ese ámbito del copartícipe —inductor, cómplice, encubridor, etc.— no mozo ni recluta).

Ahora bien, aquella inclusión, respecto de la persona civil no incorporada, ha de tener suficiente causa y justificación. No olvidemos que es la excepción lo que debe justificarse, no lo ordinario y normal, ni que el derecho a la jurisdicción correcta —por la vía del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que consagra el art. 24.2 C.E.— tiene naturaleza de derecho fundamental. Consecuentemente su

regulación legal, su desarrollo y tratamiento (aquí normas sobre una jurisdicción especializada —art. 117.5 C.E.—) debe ser sumamente respetuoso con el contenido del derecho y siempre, desde luego, interpretarse dichas normas en el sentido más favorable para ese contenido, y, en definitiva, para su titular.

La mayoría considera que la conducta punible del art. 127 C.P.M. está dentro del ámbito castrense porque el bien jurídico protegido es un bien que afecta a los Ejércitos y en ese sentido el sujeto puede ser lícitamente considerado militar. El bien protegido es el cumplimiento del Servicio Militar obligatorio en función del deber de la defensa de España e igual para todos los españoles y la relevancia de ese deber —se dice en la Sentencia— permite al legislador calificar como delito la conducta que se describe y, dados los valores en juego, calificarlo como delito militar en sentido propio, sometiéndolo a la jurisdicción militar, por lo que se termina afirmando que el art. 127 C.P.M. no vulnera el límite de lo estrictamente castrense del art. 117.5 C.E.

Pero no basta la consideración de la materia o del objeto del delito, o el carácter militar de las obligaciones y deberes que en el tipo se describen para integrarlo en el ámbito castrense. La consideración del autor, de la persona, es también no sólo relevante como se admite por el texto de la mayoría, sino decisiva en muchos casos para la atribución de la competencia. Y esto es lo que, implícitamente, resulta de toda la apreciación del problema, en el cual late y opera de ese modo la analogía establecida en exceso por el art. 128 C.P.M. No justifica la mayoría, a mi parecer, la condición militar del sujeto, a pesar de indicar (fundamento jurídico 3.º, *in fine*) que esa condición es también dato relevante para definir «lo estrictamente castrense».

Nadie pone en duda la característica del bien jurídico protegido, ni su importancia, pero es evidente —para mí— que ni uno y otro dato puede justificar el ensanchamiento de una excepción porque, de estimarlo así, vendría a significar que la jurisdicción ordinaria —exclusiva y excluyente, *de lege ferenda*— no sería apta para conocer y enjuiciar esos delitos de negativa al servicio militar, como si la jurisdicción ordinaria no pudiera salvaguardar esos bienes protegidos. Lo que podría decirse (y ese era el fundamento de las tesis justificativas de la especialización judicial) es que la naturaleza o materia delictiva explica que sean expertos o concededores los que deben enjuiciar esos hechos. Pero no se dice. Seguramente porque la llamada especialización tampoco podría justificarse (no hay diferencia objetiva entre una desobediencia «civil» y otra «militar»), a menos que se pensara que la jurisdicción militar sólo se justifica para mantener la disciplina militar, lo que si bien en ciertos casos y tiempos puede ser aceptable, no lo es en términos generales y para situación de paz, so pena de confundir las nociones de «justicia» y «castigo» y consagrar la desproporción entre fines y medios.

No aparece justificada por tanto —siempre en mi opinión— la regulación legal que la mayoría acepta, debiéndose haber sido resuelta la cuestión en el sentido de estimar inconstitucionales los arts. 127 y 128 C.P.M. en cuanto permiten, en relación con el art. 12 de la Ley Procesal Militar y en tiempo de paz, enjuiciar por la jurisdicción militar el tipo del art. 127 citado.

Madrid, a catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.—Firmado.—Carlos de la Vega Benayas.—Rubricado.

9277 Sala Segunda. Sentencia 61/1991, de 20 de marzo. Recurso de amparo 1.562/1989. Contra las dilaciones indebidas habidas en la ejecución provisional de Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, en juicio declarativo de menor cuantía. Supuesta vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: retraso no imputable a pasividad judicial.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente; don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.562/1989, interpuesto por don Juan Barja de Quiroga Paz, representado inicialmente por el Procurador de los Tribunales don José Luis Granizo García-Cuenca, y, tras el cese de éste en la profesión, por el propio recurrente en su condición de Letrado, contra las dilaciones indebidas habidas en la ejecución provisional de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, en juicio declarativo de menor cuantía 1.016/1985. Han sido partes don Vicente Román Pérez, representado por el Procurador don Jesús Iglesias Pérez, y el Ministerio Fiscal y Ponente el Magistrado don

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El día 26 de julio de 1989 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito por virtud del cual el Procurador de los Tribunales don José Luis Granizo García-Cuenca, actuando en nombre y representación de don Juan Barja de Quiroga Paz, interpone recurso de amparo contra las dilaciones indebidas habidas en la ejecución provisional de la Sentencia dictada en 15 de julio de 1986 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Madrid, en resolución del juicio declarativo de menor cuantía 1.016/1985.

2. La demanda de amparo se funda, en síntesis, en los siguientes antecedentes fácticos:

A) El demandante de amparo interpuso, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Madrid, demanda de juicio de menor cuantía, en reclamación de cantidad, contra don Vicente Román Téllez. La demanda fue estimada por Sentencia de 15 de julio de 1986, la cual fue apelada por la parte demandada.

B) Por escrito fechado el 1 de septiembre de 1986, el demandante ofreció fianza a los efectos oportunos. Aceptado dicho ofrecimiento por providencia de 16 de septiembre de 1986, por otra de 22 de octubre siguiente se tuvo por constituida la fianza, ordenándose la apertura de pieza separada de ejecución provisional, lo que se llevó a efecto por providencia de 18 de noviembre.

C) Por escrito fechado el día 20 de noviembre de 1986, el demandante solicitó el embargo de un turismo propiedad del deman-

dado, acordándose la práctica del mismo mediante providencia de 11 de diciembre y ordenándose la anotación preventiva del embargo trabado mediante providencia de 6 de febrero de 1987.

D) Como quiera que el valor del indicado turismo no cubría el importe de principal y coste, el ejecutante solicitó mediante escrito de 6 de febrero de 1987 el embargo de diversas cuentas bancarias propiedad del demandado, lo que se acordó por providencia del día 19 siguiente. Tales embargos no llegaron a practicarse por no tener el demandado en las entidades señaladas por el acreedor abierta cuenta bancaria alguna.

E) Mediante escrito presentado ante el Juzgado el día 9 de marzo de 1987, el actor designó como depositario del vehículo embargado, que se encontraba en Valdepeñas (Ciudad Real), a un vecino de Madrid, a lo que el Juzgado, por providencia de 17 de julio de 1987, no accedió. En vista de lo anterior, por escrito presentado el día 22 siguiente, el demandante designó como depositario a un vecino de Ciudad Real.

F) El demandante, por escrito presentado el día 13 de enero de 1989, y ante las dificultades con las que tropezaba la ejecución provisional de la Sentencia, renunció a ella y solicitó la devolución del aval, por estimar ya carente de interés para él la ejecución provisional.

G) Por escrito presentado en 7 de junio de 1989, el hoy recurrente se dirigió al Juzgado poniendo de manifiesto el retraso en resolver por parte del mismo y la circunstancia de que su actitud pudiera ser vulneradora del art. 24 de la Constitución, por lo que, con independencia de anunciar su propósito de ejercer la acción prevista en el art. 121 del Texto fundamental, solicitó se le entregara testimonio de las actuaciones a los efectos oportunos.

H) El Juzgado, por providencia de 7 de julio de 1989, acordó unir a los autos los escritos presentados en 22 de julio de 1987 (por el que se designaba depositario a un vecino de Ciudad Real), 13 de enero de 1989 (por el que se solicitó la devolución del aval) y 7 de junio de 1989 (el último de los presentados), declarando no haber lugar a la devolución del aval por encontrarse unido el mismo a los autos que se remitieron al Tribunal competente para resolver el recurso de apelación.

3. Según el demandante de amparo los descritos hechos han vulnerado su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas consagrado en el art. 24.2 de la Constitución.

4. Por providencia de 16 de octubre de 1989, la Sección acordó admitir a trámite la demanda y solicitar del órgano judicial la remisión de las actuaciones, así como la citación de quienes hubiesen sido parte en el proceso.

Por providencia de 26 de febrero de 1990, la Sección acordó acusar recibo de las actuaciones, tener por personado y parte en el procedimiento a don Vicente Román Pérez, representado por el Procurador don Jesús Iglesias Pérez, y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para la formulación de alegaciones.

5. En su escrito de alegaciones el solicitante de amparo afirma que el remitir el Juzgado los autos al Tribunal Superior durante el recurso de apelación no debiera haberse hecho sin dejar el aval presentado en la pieza de ejecución provisional, y que ésta fue una decisión contraria al sentido que tiene la propia ejecución provisional y causante de hecho de dilaciones en la devolución de dicho aval. También constituye dilaciones indebidas la no entrega del coche embargado al depositario, y el que transcurriera tanto tiempo como para que llegara a dictarse la Sentencia de apelación sin haberse efectuado la ejecución provisional. También lo es el que al remitirse las actuaciones al Tribunal Constitucional se enviara también el aval, impidiendo la entrega del mismo. Además se opone a la personación del demandado al entender que carece de interés alguno al respecto.

6. El Ministerio Fiscal estima que las dilaciones indebidas se refieren a la tramitación de la pieza de ejecución provisional de la Sentencia, ejecución a la que renunció el actor mediante escrito de 10 de noviembre de 1988, concretándose las presuntas dilaciones indebidas a partir de este escrito en que se pidió la cancelación del aval bancario. Tras examinar el concepto de dilaciones indebidas, se afirma que las mismas no pueden atribuirse al órgano judicial en la ejecución provisional al haber desistido la parte que la promovió, aún más, dadas las numerosas actuaciones judiciales existentes al respecto, que resultaron infructuosas por inexistencia de saldos en las Entidades bancarias, habiendo el órgano judicial ofrecido respuesta a cada una de las peticiones formuladas con el objeto de obtener la ejecución de la Sentencia, pues fueron circunstancias de naturaleza extraprocesal las que impidieron hacer traba en bienes de fácil realización.

En cuanto al retraso en acordar la devolución del aval, extremo al que se ciñe fundamentalmente la pretensión de amparo, no hay vulneración del art. 24.2 C.E., dadas las circunstancias del caso, pues al haberse admitido la apelación en ambos efectos se remitieron los autos a la Audiencia, incluida la documentación y diligencia constitutiva del aval, perdiendo competencia el Juzgado para acordar la cancelación del aval propuesto, que pudo pedirse, sin embargo, al Tribunal de apelación. El aval pudo constituirse en la pieza separada, pero no habiéndose hecho así sin oposición de ninguna de las partes, sólo era posible instar la

cancelación o devolución del órgano competente, que no era en ese momento el Juzgado. Interesa la desestimación de la demanda.

No ha formulado alegaciones la representación del señor Román Pérez.

7. Por providencia de 21 de noviembre de 1990, la Sala acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la incidencia que sobre el asunto pudiera tener la doctrina sentada en la STC 151/1990, afirmando el recurrente que el tema no es el mismo por haberse llegado a la Sentencia definitiva sin haberse obtenido la ejecución provisional solicitada. El Ministerio Fiscal estima, al contrario, aplicable la doctrina sentada en la STC 151/1990, en cuanto que la inactividad procesal que se denuncia en este recurso de amparo sólo alcanza a una determinada actividad procesal y a un ámbito temporal preciso, situación que fue corregida por actuaciones posteriores del propio órgano judicial antes de la presentación de la demanda, lo que obliga a considerar que el presente recurso de amparo ha quedado sin finalidad por desaparición de su objeto, conforme a lo resuelto en la STC 151/1990.

8. Habiendo causado baja en la profesión el Procurador del recurrente, el mismo, dada su condición de Letrado, indicó que comparecía por sí sin necesidad de Procurador.

9. Por providencia de 18 de marzo de 1991, se señaló para deliberación y votación del presente recurso el día 20 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso se refiere a las eventuales dilaciones indebidas imputables al órgano judicial, que se produjeron en la tramitación de la pieza de ejecución provisional de la Sentencia dictada el 15 de julio de 1986 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, en el juicio declarativo de menor cuantía 1.016/1985, que, estimando la demanda formulada por el actor, reconoce su derecho al percibo de unos determinados honorarios profesionales.

Resulta necesario, en primer lugar, resolver el problema de la posible carencia sobrevenida del objeto de la demanda que pusimos de manifiesto en la providencia de 21 de noviembre de 1990.

En el presente caso, las dilaciones indebidas se refieren a una ejecución provisional de una Sentencia apelada, apelación que ha sido ya resuelta por la Audiencia Provincial por Sentencia de 20 de octubre de 1989, confirmatoria de la Sentencia de instancia, por lo que ya no es posible esa ejecución provisional, sino sólo la ejecución definitiva de la Sentencia. Cabría estimar, y así lo considera el Ministerio Fiscal, que la demanda de amparo carece de objeto, en cuanto que la pretensión, destinada a obtener una pronta respuesta judicial, ya no resulta posible. Sin embargo, el solicitante de amparo sostiene la persistencia de su interés. Este Tribunal ha entendido que de la autonomía del derecho al proceso sin dilaciones indebidas se deriva también la posibilidad de su ejercicio en relación al reconocimiento de la lesión por una tardanza excesiva e irrazonable con referencia al momento en que se formuló la demanda. Las dilaciones indebidas han de considerarse así en relación con el momento de interposición de la demanda de amparo, ya que, como viene manteniendo este Tribunal, mientras que el cese de la inactividad judicial, antes de formular la demanda, repara la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 151/1990, fundamento jurídico 4.º) la resolución judicial dictada con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo no repara una dilación que ya esté consumada, de modo que ninguna influencia tiene a la hora de ponderar la pervivencia de la lesión constitucional el que la inactividad judicial haya cesado después de interpuesto el recurso de amparo (STC 10/1991, fundamento jurídico 2.º), o, como ocurre en el presente caso, que cesara a posteriori la situación de pendencia en la resolución de la apelación.

2. Cuestión diferente, aunque de mayor trascendencia para la resolución del presente caso, es la de la actualidad de esas dilaciones indebidas en el momento de la presentación de la demanda de amparo, ya que en la misma se entremezclan dos momentos distintos en relación con las actuaciones judiciales, el de la propia ejecución provisional de la Sentencia, que no llegó a realizarse durante la tramitación de la apelación y el del retraso en la devolución del aval.

En cuanto a lo primero, no ha lugar a entrar en la argumentación del Ministerio Fiscal sobre los numerosísimos actos judiciales en relación con la ejecución provisional que excluirían cualquier imputación de negligencia del órgano judicial, imputando a circunstancias extraprocesales la situación bancaria del ejecutado, el carácter infructuoso de los intentos de ejecución provisional. En efecto, el recurrente adoptó una determinada actitud procesal, que fue la de formular el 11 de noviembre de 1988 un escrito de renuncia en que desistió de la ejecución provisional y solicitó la cancelación del aval bancario que se constituyó para obtener la ejecución provisional. Sean cuales sean los motivos que le impulsaron a formular este desistimiento de la ejecución provisional, lo cierto es que con ello puso fin a esa ejecución, lo que significa que en el momento de la presentación de la demanda cerca de un año después no podía hablarse ya de una inactividad procesal en relación con una ejecución provisional en ese momento inexistente.

3. Por ello, las únicas dilaciones indebidas que pueden considerarse objeto de la presente demanda son las que se pudieron producir a partir del escrito de 10 de noviembre de 1988 en cuanto que en el mismo se pidió la devolución o cancelación del aval bancario constituido en el Juzgado de Primera Instancia para obtener la ejecución provisional de la Sentencia. También es al momento de presentación de la demanda de amparo al que han de referirse esas posibles dilaciones indebidas.

Frente a ese escrito, el actor no obtuvo respuesta y hubo de reiterar su petición el 13 de enero siguiente, recayendo providencia el 7 de julio de 1989 en la que se declara no haber lugar a lo solicitado por obrar el aval en los autos principales que fueron remitidos en su día (en 1986) a la Audiencia. Ha habido respuesta, algo tardía, aunque denegatoria de la petición. No es, pues, a la falta de respuesta, sino a su contenido denegatorio, de no obtención de la devolución del aval, al que se imputa la dilación indebida. El recurrente estima que esa respuesta indica que el aval bancario está en un «lugar que no le corresponde, ya que debiera estar en la pieza separada de ejecución provisional y, en todo caso, a dicho Tribunal superior debiera solicitarse para su devolución».

Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando afirma que el efectivo retraso en la obtención de la cancelación del aval no reúne las características de la omisión judicial lesiva del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, puesto que no es imputable a una omisión del Juzgado, o a su actuación intempestiva, esa negativa, aunque la misma suponga una tardanza excesiva en perjuicio del actor. En el momento de solicitarse del Juzgado la cancelación del aval, el mismo no obraba en los autos, y frente a la petición su respuesta razonada no constituye una pasividad o inoperatividad judicial cualificada, sino la imposibilidad material de acceder a lo pretendido, haciendo saber a la parte donde se encontraba el documento correspondiente. Fuera incompetente, como estima el Ministerio Fiscal, o no el Juzgado para resolver sobre esa devolución, lo cierto es que su decisión en aquel momento no puede considerarse lesiva del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Es cierto que el aval pudo e incluso debió constituirse en la pieza separada de ejecución provisional, pero no se hizo así en 1986 sin

oposición de ninguna de las partes. Las consecuencias perjudiciales que para el recurrente se derivan de esta falta de desglose, incluso si tienen efectos temporales, no pueden integrarse en el concepto de dilaciones indebidas, que han de imputarse a una omisión o pasividad judicial. Por otro lado, también resulta muy relevante la propia actitud poco diligente de la parte, pues ni se ha dirigido a la Audiencia intentado a través de ella la cancelación del aval, ni ha solicitado en ningún momento el desglose de ese aval directamente de la Audiencia o a través del Juzgado. Y en la demanda se denuncia paradójicamente el que el órgano judicial no lo haya solicitado de oficio. Ello quiere decir que la parte ha tenido remedios adecuados en su mano para conseguir el objetivo de la devolución inmediata del aval, y en vez de ello ha utilizado una vía inadecuada como es la del presente recurso de amparo.

A la negativa judicial de acceder a la cancelación del aval, por no encontrarse el documento en esos momentos en el Juzgado, no cabe imputar en consecuencia la lesión del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas invocado por el recurrente.

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 el presente recurso de amparo.

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

Dada en Madrid, a veinte de marzo de mil novecientos noventa.—Francisco Rubio Llorente.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—José Luis de los Mozos y de los Mozos.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Firmado y rubricado.