

27588 Sala Primera. Sentencia 196/1991, de 17 de octubre. Recurso de amparo 1.677/1988. Contra Resolución del Ministro de Defensa que impuso al actor sanción disciplinaria de separación del servicio, así como contra sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, pronunciada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Vulneración del principio de legalidad penal: derecho del recurrente a no ser sancionado sino en virtud de Ley anterior a los hechos constitutivos del ilícito disciplinario que le fue imputado. Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Reguer, don Carlos de la Vega Benayas, don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.677/1988, interpuesto por la Procuradora doña Esperanza Jerez Monge, en nombre y representación de don José Ramón González Lacalle, bajo la dirección letrada de don Juan Carlos Becerril Mora, contra la Resolución del Ministro de Defensa de 23 de octubre de 1987 que impuso al actor la sanción disciplinaria de separación del servicio, y la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988. Han sido partes el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, y Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El 22 de octubre de 1988 tuvo entrada en este Tribunal un escrito de la Procuradora doña Esperanza Jerez Monge, en el que interpuso, en nombre y representación de don José Ramón González Lacalle, recurso de amparo contra la Resolución del Ministro de Defensa de 23 de octubre de 1987 y la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988, pronunciada en el recurso contencioso-administrativo núm. 4/11/88.

En orden a la elucidación de la pretensión formulada, han de consignarse los siguientes hechos:

A) Por Sentencia de 12 de diciembre de 1985, dictada por un Consejo de Guerra de Oficiales Generales, el demandante, Capitán del Ejército del Aire, fue condenado, como autor de un delito consumado contra el honor militar del art. 352 del Código de Justicia Militar, a la pena de seis meses y un día de prisión militar, que por ministerio de la ley habría de llevar consigo la separación del servicio. Ello a consecuencia de haberse apreciado la realización en dependencias militares de «los actos de carácter deshonesto con individuos del mismo sexo» que se estimaron probados.

Frente a esta Sentencia se interpuso recurso de casación, desestimado por Sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 16 de abril de 1986, que declaró firme la recurrida. Mediante Decreto Auditoriado del siguiente 13 de mayo, se acordó ejecutar aquélla, constituyéndose el reo en prisión y llevándose a efecto su separación del servicio, que tuvo lugar en virtud de Orden Ministerial núm. 53/11.459/86, de 28 de mayo.

B) Por nuevo Decreto Auditoriado de 30 de mayo de 1986, del Capitán General de la Primera Región Aérea, quedó rectificada, con efectos a partir de las cero horas del 1 de junio, la anterior Sentencia, en el sentido de que el fallo de la misma había de resultar absolutorio, al no ser ya los hechos declarados probados e imputados al condenado constitutivos del delito conforme al Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, que entraba en vigor ese mismo 1 de junio. Tal rectificación determinó el dictado de la Orden Ministerial núm. 53/12.156/86, de 4 de junio, que dejó sin efecto la que había separado del servicio al demandante, pasando éste a la situación de disponible forzoso.

C) El 15 de septiembre de 1986, el General Jefe del Estado Mayor del Aire acordó la incoación de expediente gubernativo contra el demandante en relación con los hechos que habían dado lugar a la causa penal, expediente que concluyó con Resolución del Ministro de Defensa de 23 de octubre de 1987, en la cual se impuso al señor González Lacalle la sanción disciplinaria de separación del servicio, como incurso en el supuesto previsto en el art. 59.3 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Se dice en esta Resolución que, frente a lo alegado por el demandante acerca de la improcedencia e ilegalidad de la incoación del expediente en base al principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, hay que considerar que la Ley Orgánica 12/1985, bajo cuyos preceptos se instruye aquél, establece en su Disposición transitoria segunda que éstos se «aplicarán a las infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor, salvo que sus disposiciones sean más favorables al sancionado, en cuyo caso se aplicará la presente Ley Orgánica, previa

audiencia del mismo». En este sentido, por tanto, opera la unidad del nuevo ordenamiento punitivo militar, constituido por dos Leyes distintas, la Ley Orgánica 12/1985 y la Ley Orgánica 13/1985, que han sustituido unitariamente al derogado Código de Justicia Militar, «por lo que es imperativo legal establecer la retroactividad de su ordenamiento en la aplicación de la sanción disciplinaria al expedientado».

D) La anterior Resolución fue confirmada en reposición por la de 7 de marzo de 1988. Entiende en ésta el Ministro de Defensa que si los hechos atribuidos al recurrente «eran, en el sistema anterior, sancionables como delictivos, y en el nuevo lo son como constitutivos de una falta de extraordinaria gravedad, susceptible de determinar la aplicación de la separación del servicio, sería contrario a la lógica jurídica cualquier razonamiento que condujera a su absoluta impunidad. El razonamiento ha de partir de la diversificación del régimen sancionador en sí mismo, que de ser uno en el ámbito de aplicación del Código de Justicia Militar de 1945, pasa a ser doble en el sistema actual, que actúa, por una parte, en la esfera penal, mediante el nuevo Código Penal Militar; y, por otra, en el régimen disciplinario, mediante la Ley específicamente reguladora del mismo».

E) Al amparo de la Ley 62/1978, el demandante interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución sancionadora. La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 21 de septiembre de 1988, desestimó tal recurso, confirmando en todas sus partes la Resolución impugnada.

Para la Sala, «no cabe, ante todo, establecer una línea divisoria absolutamente clara y rotunda entre las dos ramas del Derecho sancionador militar... Es cierto que actualmente las normas penales y las disciplinarias se encuentran ya articuladas en textos independientes —el Código Penal Militar, por una parte, y la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, por otra—, pero no lo es menos que cuando el legislador decidió autonomizar formalmente ambos conjuntos normativos, se cuidó de fijar la misma fecha, la de 1 de junio de 1986, para la entrada en vigor de los dos cuerpos sancionadores, pese a que no fueron promulgados sincrónicamente, lo que no solamente demuestra la voluntad de evitar cualquier solución de continuidad entre la legalidad derogada y la vigente, sino también la concepción de todo el ordenamiento sancionador militar como una unidad diversificada. De lo expuesto es inevitable deducir que cuando un hecho, ya enjuiciado, pasa de estar legalmente definido como delito militar a recibir la más favorable calificación de infracción administrativa, y las normas de derecho transitorio dictadas al efecto obligan a rectificar la primitiva condena para aplicar la norma sancionadora más favorable, la consecuencia no puede ser que el hecho quede totalmente impune —lo que, en buena lógica jurídica, sería literalmente absurdo—, sino que el mismo tendrá que ser castigado con arreglo a la tipicidad y sanción administrativa que le sean aplicables, siempre que, naturalmente, concurren todas las condiciones legales para su aplicación» (fundamento 2.º).

«La primera de dichas condiciones —prosigue diciendo la Sala— es, obviamente, que la conducta definida como delito en el tiempo penal desaparecido coincida con la que integra la infracción administrativa en la que el hecho se pretenda subsumir, lo que nos lleva, en el supuesto que nos ocupa, a preguntarnos seguidamente si la comisión de actos deshonestos con individuos del mismo sexo —acto constitutivo de delito contra el honor militar en el derogado art. 352 del Código de Justicia Militar— debe ser comprendida, al menos en determinadas circunstancias, entre las «conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyen delito», previstas en el art. 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985 como una de las causas por las que pueden ser impuestas sanciones disciplinarias extraordinarias a los militares profesionales. La respuesta a tal pregunta no puede ser sino afirmativa», estima la Sala, que razona seguidamente sobre el particular (fundamentos 3.º y 4.º) y afirma luego que la derogación del art. 352 del C.J.M. y la simultánea entrada en vigor del art. 59.3 de la L.O. 12/1985 significaron, en el mismo momento, la destipificación penal de aquellos actos y su tipificación disciplinaria, por lo que tan ajustado a Derecho era, en el caso, rectificar la Sentencia por la que había sido condenado el recurrente, en la medida en que así lo imponía el art. 4 y la Disposición transitoria segunda del Código Penal Militar, como incoar a continuación expediente gubernativo para imponer la pertinente sanción disciplinaria extraordinaria, ya que ésta, más favorable que la pena con que anteriormente se conminaba al delito, no podía ser impuesta en el Derecho Auditoriado —resolución estrictamente judicial— en que se pronunció la absolución del recurrente (fundamento 5.º).

F) A la Sentencia meritada se formuló un voto particular suscrito por un Magistrado. En él se principia por afirmar que, aunque el ordenamiento jurídico es un todo, cada norma tiene su propia vida. Y así, el vigente CPM destipifica como delito los hechos por los que en el anterior fue condenado el recurrente; y por su lado, la L.O. 12/1985 califica como sancionable tales hechos, pero sólo los que sean posteriores a su entrada en vigor. Resulta con ello que quedan impunes hechos como los del recurrente no condenados y anteriores al 1 de junio de 1986. No quiso el legislador dar retroactividad a la citada Ley 12/1985, «como así estampa (sic) en la Disposición transitoria segunda».

Pero es que, además, entre el Decreto Auditoriado de 30 de mayo de 1986 y la Resolución de 23 de octubre de 1987 que da fin al

expediente gubernativo existe no sólo un lapso de tiempo considerable, sino también, y lo que es más trascendente, una total falta de nexo intelectual y volitivo, en el sentido de que, una vez que hubo sido dictado (y ejecutado) aquel Decreto, se intenta su rectificación a través de la incoación del expediente y su consiguiente resolución. Pudo haberse tramitado el expediente sancionador dentro del llevado a cabo para dictar el Decreto reseñado, pero no se hizo. Más aún: cuando se dicta éste no se expresa la más mínima voluntad de continuarlo con aquél. El acto que dicho Decreto encierra quedó firme. «La seguridad jurídica que el mismo contiene no puede vulnerarse a posteriori con la incoación del expediente (que concluye con la separación del servicio del recurrente) sin que no se pueda por menos que estimar que ello conculca tanto el art. 25.1 de la Constitución como el principio de irretroactividad del art. 2.3 del Código Civil y demás que expresamente se citan en la demanda».

Pues, en definitiva, la falta de conexión histórico-material, intelectual y volitiva entre el Decreto de 1986 y la Resolución de 1987 «se traduce en dar retroactividad plena a la Ley Orgánica 12/1985, quebrantando con ello la seguridad jurídica recogida en el art. 9.3 de nuestra Norma Máxima, la santidad de la cosa juzgada y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos...». Por todo ello, el recurso debió ser estimado.

2. En su escrito de demanda, el actor funda su pretensión de amparo en los motivos y con los argumentos que a continuación se resumen:

A) La Sentencia del Tribunal Supremo viola, como ya lo había hecho la Resolución del Ministro de Defensa, el principio de legalidad que proclama el art. 25.1 de la C.E., así como los de seguridad jurídica, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizados en el art. 9.3 de la misma Norma.

En efecto, la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece en su Disposición final que su entrada en vigor tendría lugar el 1 de junio de 1986. En esa Ley no existe voluntad de retroactividad, toda vez que su Disposición transitoria segunda determina que «los preceptos de esta Ley Orgánica se aplicarán a las infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor, salvo que sus disposiciones sean más favorables para el sancionado, en cuyo caso se aplicará la presente Ley Orgánica, previa audiencia del mismo».

Pues bien: los hechos a los que se aplicó la L.O. 12/1985 eran anteriores a su entrada en vigor, por lo que el Tribunal debía haber aplicado el art. 25.1 C.E. La acción presuntamente cometida por el demandante no se encontraba tipificada, ya que el art. 59.3 de la L.O. 12/1985 nace al mundo jurídico como consecuencia de la promulgación de la citada Ley. Así, la Ley disciplinaria que contiene la tipificación y su pena no se encontraba en vigor en el momento en que presuntamente acaecieron los hechos.

B) Cita a continuación el demandante diversos preceptos (entre otros, los arts. 2.3 y 4.2 del Código Civil, 23 y 24 del Código Penal y 4 de la L.O. 12/1985). Todos ellos —dice— prohíben las incriminaciones *ex post facto* y consagran el principio penal *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale*, principio que alcanza en nuestro ordenamiento su máxima expresión al plasmarse de forma inequívoca en el art. 25.1 C.E. No hay más fuente jurídica en el orden penal que la Ley, tal y como se declara, entre otras, en la STC 78/1984. Estos principios también tienen su plasmación en el Derecho internacional (así, arts. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 7 del Convenio de Roma de 1950 y 15.1 del Pacto de Nueva York de 1966, aplicables en nuestro Estado).

En el presente caso se ha aplicado una norma a hechos presuntamente acaecidos con anterioridad.

C) Se puede argumentar que la L.O. 12/1985 se aplicó en virtud de lo previsto en su Disposición transitoria segunda, pero ello choca con la propia letra de la misma, que dice: «... salvo que sus disposiciones sean más favorables al sancionado, en cuyo caso se aplicará la presente Ley Orgánica...».

La Ley entró en vigor el 1 de junio de 1986, no aplicándosele al demandante hasta que el General Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire dicta su acuerdo del 15 de septiembre siguiente, notificado el 19 de septiembre. Ese día, el señor González Lacalle no se encuentra sancionado. En virtud del Decreto de 30 de mayo de 1986, que había rectificado la Sentencia condenatoria, se reintegra al demandante, sin que dicho Decreto haga salvaguardia alguna o inicie procedimiento sancionador. Sólo cuando han transcurrido tres meses y diecinueve días, cuando el demandante se encuentra en posesión de su rango y derechos, se le inicia un expediente gubernativo.

Como señala el voto particular a la Sentencia recurrida, existe una falta de conexión histórico-material, intelectual y volitiva entre el Decreto de 30 de mayo de 1986 y la Resolución de 23 de octubre de 1987, que se traduce en dar retroactividad plena a la Ley 12/1985, quebrantando con ello la seguridad jurídica recogida en el artículo 9.3 C.E., la santidad de la cosa juzgada y la interdicción de la arbitrariedad

de los poderes públicos. Ello implica, además, la violación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

D) También se ha vulnerado el art. 24.1 C.E., pues no se otorgó al sancionado el trámite de audiencia previa que establece la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985.

Los arts. 24.1 y 25.1 C.E. se han visto asimismo vulnerados al no estimar la Sala del Tribunal Supremo la prescripción de la sanción disciplinaria impuesta. En efecto, aun admitiendo que fuese de aplicación la L.O. 12/1985, nos encontraríamos con que jugaría el art. 65 de la citada Ley, en relación con el art. 72 de la misma. Y resulta que: 1.º) los hechos por los que fue condenado el demandante acaecieron, presuntamente, en fechas comprendidas entre los últimos meses de 1983 y los primeros de 1984; 2.º) el expediente sancionador no se inicia hasta el 15 de septiembre de 1986, notificándose al demandante el día 19 del mismo mes y año, y no se resuelve hasta el 23 de octubre del año siguiente. Consecuentemente, se superó con creces el plazo señalado en el art. 65 de la Ley citada.

Concluye la demanda con la súplica de que se dicte Sentencia que otorgue el amparo constitucional, por haberse violado los arts. 25.1 y 24.1 de la C.E. en las resoluciones judicial y administrativa reseñadas, restableciéndose, en consecuencia, al demandante en su condición de militar y oficial. Por medio de otrosí, se interesa igualmente «la suspensión de la ejecución del acto».

3. Por providencia del 21 de noviembre de 1988, acordó la Sección admitir a trámite la presente demanda, requerir del Tribunal Supremo y del Ministerio de Defensa el envío de las correspondientes actuaciones y formar la oportuna pieza separada de suspensión.

Mediante Auto del 19 de diciembre siguiente, la Sala resolvió denegar la suspensión solicitada.

Por providencia de fecha 23 de enero de 1989, la Sección acordó tener por recibidas las actuaciones interesadas y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la Ley Orgánica de este Tribunal, dar vista de todas las actuaciones del recurso, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a la Procuradora señora Jerez Monge, a fin de que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniesen.

4. El 20 de febrero siguiente evacuó el trámite conferido al Ministerio Fiscal, quien consideró que debe desestimarse el recurso.

A) En efecto, no se está en presencia de la tipificación de una conducta como sancionable en la L.O. 12/1985 que antes no lo era, sino ante un comportamiento que, antes y ahora, estaba tipificado: en la legislación derogada como delito contra el honor militar (art. 352 del Código de Justicia Militar) y en la actual como falta muy grave. Como pusiera de relieve la STC 21/1981, es difícil establecer «una línea divisoria nítida» entre la acción disciplinaria y la acción penal militar. En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada. Los hechos son los mismos, los declarados probados en la Sentencia condenatoria, que después, por reforma legislativa habida, quedó sin efecto. El C.J.M. de 1945 establecía un régimen sancionador único, en tanto que, tras las modificaciones operadas por las Leyes Orgánicas 12/1985 y 13/1985, este régimen se diversifica en dos: el penal y el específicamente sancionador. Sin que en ningún momento la conducta enjuiciada haya dejado de ser sancionable ni, por tanto, quepa sostener fundadamente que la ley posterior ha sido aplicada para castigar hechos no tipificados con anterioridad. Ha existido una continuidad histórica de conducta sancionable; sólo que, por la sucesión de normas, lo que antes era delito se transforma después en el tipo menos grave de una falta disciplinaria extraordinaria, cuya sanción es la de separación del servicio: igual que antes, pero sin pena privativa de libertad al no ser ya constitutiva de delito. La necesidad de dar cumplimiento a la disposición transitoria segunda del Código Penal Militar obligaba a corregir la Sentencia condenatoria o a dejarla sin efecto, pero de ello no podía derivarse la impunidad de unas acciones, que continuaban siendo típicas.

Es claro, en consecuencia, que no ha resultado transgredido el art. 25.1 C.E., pues en todo momento ha existido cobertura legal a la sanción. No cabe hablar por ello ni de retroactividad peyorativa, puesto que si la ha habido ha sido precisamente para favorecer al condenado, ni de falta de seguridad jurídica ni, en fin, de arbitrariedad, ya que las decisiones que han venido sucediéndose ofrecen en todo momento una amplia y siempre bien fundada razonabilidad de lo resuelto.

B) En cuanto a la no estimación por el Tribunal Supremo de la prescripción de la sanción disciplinaria impuesta, no es asunto que pueda tratarse ahora, ya que no se reprocha a la Sala sentenciadora que omitiera un pronunciamiento sobre cuestión que planteara la parte actora, sino simplemente que no la apreció cuando, según se considera, debió apreciarla. Aunque la prescripción haya de aplicarse de oficio, como de derecho necesario que es, no cabe traer a esta sede una cuestión nueva, sobre la que no ha existido pronunciamiento judicial previo, dado el carácter subsidiario del amparo constitucional.

Esta omisión de planteamiento en la reclamación judicial previa resulta más llamativa si se tiene en cuenta que fue tema sobre el que se

pronunció, para rechazarlo, la resolución en reposición del Ministerio de Defensa. En todo caso, difícilmente podría ser objetado el razonamiento del Ministerio: la prescripción no puede contarse desde la comisión de los hechos, sino desde que, despenalizados los mismos, se convirtieron en falta disciplinaria. En fin, habría, además, que tener presente que la prescripción es una cuestión de mera legalidad (STC 255/1988).

5. El Abogado del Estado formuló sus alegaciones mediante escrito presentado el 21 de febrero de 1989, en el que suplica la denegación del amparo solicitado.

A) Comienza el Abogado del Estado por señalar que ha de excluirse de nuestro examen la pretendida infracción del art. 9.3 C.E., por no contener este precepto derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

En cuanto a la aducida infracción del art. 25.1 C.E., observa, luego de otras consideraciones, el representante de la Administración que la separación del servicio hubiera podido quedar impuesta al recurrente en virtud de una interpretación de la disposición transitoria segunda del Código Penal Militar (C.P.M.) que abonan tanto la STC 184/1988 (fundamento jurídico 2.º) como la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (fundamento jurídico 6.º). Esta interpretación consiste en que la accesoria de separación —plenamente ejecutada antes del 1 de junio de 1986— debía de quedar fuera de la rectificación, sea que así se hubiera determinado expresamente al ser rectificada la Sentencia condenatoria por la Autoridad judicial militar, sea que se hubiera entendido que la O.M. de 4 de junio de 1986 había interpretado erróneamente el sentido del Decreto auditoriado del 30 de mayo anterior (el cual debía quedar referido sólo a la pena privativa de libertad en curso de ejecución) y violado así la autoridad de cosa juzgada, lo que hacía posible su revisión de oficio o la declaración de su lesividad para el interés público. De una u otra manera, el Sr. González Lacalle hubiera podido quedar lícitamente separado del servicio sin el más mínimo contacto con la esfera propia del art. 25.1 C.E. Pero, admitido esto, la separación del servicio está jurídicamente justificada y carece de verdadera trascendencia constitucional el que, para obtener ese resultado, se haya tramitado todo un expediente gubernativo que, desde este punto de vista, tiene un cierto carácter de *iter inutilis*. Así las cosas, se comprueba lo improcedente de la invocación del art. 25.1 C.E. Si la separación del servicio pudo ser lícito resultado de una rectificación de Sentencia más explícita y detallada o de un procedimiento de revisión de oficio, ya se ve que el expediente gubernativo ha sido mero camino para justificar jurídicamente esa separación (a los que invitaba la analogía con la hipótesis de los arts. 60, 67, 73 y 74 de la L.O. 12/1985), en cierta relación de alternatividad con las otras vías.

Más, prescindiendo de la anterior perspectiva, el derecho penal militar y el derecho disciplinario militar son una suerte de *continuo*, lo que en nuestra tradición legislativa había llevado a incluir uno y otro en el mismo cuerpo legal. La STC 21/1981 se ha referido a «la dificultad de establecer una línea divisoria nítida entre la acción disciplinaria y la acción penal» (cfr., asimismo, la Sentencia del TEDH de 8 de junio de 1976, caso *Engel* y otros, parágr. 81). Pues bien, el C.J.M. ha sido sustituido por el C.P.M. y la L.O. 12/1985, que entraron en vigor coetáneamente y son, ambas, las leyes sucesoras del C.J.M. Para los problemas de irretroactividad, el C.J.M. es la *vetus lex o lex prior*; pero no hay una, sino dos *leges posteriores o leges novae*.

El ATC 471/1984 (fundamento jurídico 2.º) y la STC 131/1986 (fundamento jurídico 2.º) han declarado que la ley penal nueva, cuando es más favorable para el reo, ha de considerarse «en bloque, no fragmentariamente». Este canon de globalidad exige, en nuestro caso, que el juicio comparativo se efectúe entre el C.J.M., por un lado, y el conjunto del C.P.M. y la L.O. 12/1985, por otro. Sólo de este modo cabe encontrar sentido a la disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985, según la cual sus preceptos se aplicarán a las infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor, salvo que sus disposiciones sean «más favorables» al sancionado, esto es, más favorables que las anteriormente vigentes (el C.J.M. de 1945).

Sentado esto, lo único que cabe indagar es el grado de coincidencia entre el tipo de injusto por el que se condenó (art. 352 C.J.M.) y el que ha servido de base a la sanción que aquí se recurre (art. 59.3 de la L.O. 12/1985). Tras afirmar esa coincidencia, prosigue diciendo el Abogado del Estado que no es que la conducta castigada por el art. 352 C.J.M. haya pasado a ser lícita, sino que ha dejado de ser delictiva para convertirse en falta disciplinaria (art. 9.19 y 20 de la L.O. 12/1985), e incluso, cuando es reiterada o viene rodeada de circunstancias que la revisten de especial gravedad hasta hacerla singularmente dañina para la disciplina, el servicio o la dignidad militar, puede ser caso de expediente gubernativo con arreglo al art. 59.3 de la misma Ley, como aquí ha sucedido.

Resultado arbitrario, de otra parte, el sentido y alcance que la demanda de amparo atribuye a la rectificación de la Sentencia condenatoria. La absolución a que la rectificación se refiere no significa una especie de declaración de licitud de la conducta que fue penada en 1985. Esto sería hacer de la rectificación algo así como el instrumento de una amnistía (*vid.* su concepto en la STC 76/1986 fundamento jurídico 2.º). La absolución significa solamente que la conducta por la que se penó al

actor ha dejado de ser delictiva, pero no excluye que pueda constituir otro tipo de ilícito (como el disciplinario). Y si la sanción por este concepto es más leve que la impuesta por aplicación del art. 352 C.J.M., nos encontramos, es claro, ante una hipótesis comprendida en la disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985, en que procede aplicar sus disposiciones por ser más beneficiosas. La aplicación de la ley más beneficiosa ha de ser global y, por tanto, incluye aquí la aplicación de los arts. 4, 59.3, 61, 64 y concordantes de la L.O. 12/1985.

Desde el punto de vista del art. 25.1 C.E., carece, en fin, de toda relevancia el transcurso de poco más de tres meses entre la rectificación de la Sentencia penal y la iniciación del expediente gubernativo. En relación con ello, es menester subrayar que la alegación relativa a la prescripción carece, al tiempo, de consistencia jurídica y de dimensión constitucional. Lo primero porque la prescripción sólo pudo correr a partir de la fecha de rectificación de la Sentencia penal, coincidente con la entrada en vigor de la L.O. 12/1985, es decir, a partir del día en que la conducta dejó de ser delito (y dejó de ser castigada como tal) y pasó a ser injusto disciplinario. Transcurridos menos de cuatro meses entre el *dies a quo* del plazo prescriptivo bienal (art. 65, párrafo primero, de la L.O. 12/1985) y el momento en que el procedimiento sancionador se inició (lo que interrumpió la prescripción: art. 65, párrafo segundo), es manifiesto que la prescripción estuvo lejos de consumarse. Pero la alegación está ayuna, asimismo, de trascendencia constitucional, por ser la determinación de la prescripción una cuestión de mera legalidad ordinaria, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal. Además, y por último, esa cuestión no fue planteada en la vía judicial procedente, lo que por sí mismo constituye causa de desestimación.

No ha habido, pues, violación del derecho consagrado por el art. 25.1 C.E.

B) Tampoco se ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse dado al recurrente la «previa audiencia» a que se refiere el inciso final de la transitoria segunda de la L.O. 12/1985. En efecto, aparte de que el art. 24.1 C.E. no fue invocado en la demanda contencioso-administrativa —lo que en la presente fase procesal es, sin más, causa de desestimación del amparo—, la alegación carece de toda solidez. La «previa audiencia» citada obliga a oír al interesado antes de aplicarle la L.O. 12/1985 como ley más favorable. Y esa ha sido la función del entero expediente gubernativo, irropechablemente tramitado, donde el expedientado ha sido oído más que suficientemente. En todo caso, la interpretación del concepto de «previa audiencia» es problema de legalidad ordinaria, mientras, como aquí sucede, no llegue a afectar a garantías protegidas por el art. 24.1 C.E.

6. Con fecha del 23 de febrero de 1989, evacuó el recurrente el trámite de alegaciones, dando por reproducidos los antecedentes de hecho y fundamento de derecho contenidos en el escrito de demanda y añadiendo lo siguiente:

A) La Sentencia impugnada no entra en modo alguno a resolver una cuestión ya planteada en el expediente administrativo, a saber: que no se había producido el trámite de previa audiencia previsto en la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985. Sobre esta cuestión, la autoridad administrativa se había limitado a entender que el trámite se había cumplido con la existencia del expediente gubernativo.

B) El fundamento sexto de la Sentencia recurrida entiende que el Decreto auditoriado no debió afectar a la pena de separación del servicio, por estar totalmente ejecutada. Pero la transitoria citada habla de «Sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente». Además, lo cierto es que el Decreto absolvió al recurrente, restituyéndole cuantos derechos le correspondían, sin que nadie recurriese dicha decisión. El Capitán General de la Primera Región Aérea tenía facultades para incoar el expediente gubernativo, de haber entendido que ése era el procedimiento sancionador adecuado, de conformidad con lo previsto en el art. 67 de la L.O. 12/1985; con lo cual hubiera existido la conexión histórico-material entre la absolución y la apertura del expediente. No se hizo así y fue otra autoridad militar la que decidió, con bastante posterioridad, iniciar tal expediente.

7. La Procuradora doña Esperanza Jerez Monge, mediante escrito presentado el 29 de junio de 1989, se dirigió a la Sala para hacer constar que desde el 23 de febrero anterior no se había producido «resolución judicial alguna», solicitando la continuación del procedimiento.

El 7 de julio siguiente dictó la Sección providencia acordando hacer saber a la referida Procuradora que el presente recurso se encontraba pendiente de señalamiento para su deliberación y votación.

8. Por providencia de 14 de octubre de 1991, se señaló para deliberación y votación de esta Sentencia el día 17 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Tal y como se ha consignado en los antecedentes, el demandante, Capitán del Ejército del Aire, había sido condenado, como autor del

delito tipificado en el art. 352 del Código de Justicia Militar (C.J.M.) —referente al militar que cometiera «actos deshonestos con individuos del mismo sexo», a las penas de seis meses y un día de prisión y separación del servicio. Cumpliéndose la pena privativa de libertad y tras haber sido separado del servicio por Orden ministerial de 28 de mayo de 1986, el Capitán General de la Primera Región Aérea, mediante Decreto Auditoriado del siguiente día 30, rectificó en sentido absoluto la Sentencia condenatoria, al no ser ya los hechos motivadores de la misma constitutivos de delito en el Código Penal Militar (C.P.M.) aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, cuya entrada en vigor tenía lugar el 1 de junio de 1986. La Disposición transitoria segunda de dicha Ley determinaba, en efecto, que serían rectificadas de oficio las Sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente que se hubieran dictado antes de la vigencia del nuevo Código en las que, conforme a él, correspondiera la absolución o una condena más beneficiosa para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

Como consecuencia del mencionado Decreto, la O.M. de 4 de junio de 1986 revocó la anterior de separación del servicio del demandante, pasando éste a la situación de disponible forzoso. Sin embargo, el 15 de septiembre siguiente acordó el General Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire incoar expediente gubernativo al Sr. González Lacalle en relación con los hechos citados, expediente que finalizó con la Resolución del Ministerio de Defensa de 23 de octubre de 1987 (confirmada en reposición por Resolución de 7 de marzo de 1988), en la cual se impuso al demandante la sanción disciplinaria de separación del servicio como incurso en el supuesto previsto en el art. 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas —Ley también vigente a partir del 1 de junio de 1986—, esto es, por «observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito», según reza el aludido precepto legal.

Desestimado el recurso contencioso-administrativo especial de la Ley 62/1978 interpuesto contra la Resolución sancionadora mediante Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988, promueve el demandante el presente proceso, fundado en los siguientes motivos de amparo: de una parte, infracción del principio de legalidad que proclama el art. 25.1 de la C.E., así como de los principios de seguridad jurídica, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizados en el art. 9.3 del texto constitucional; de otra, vulneración del art. 24.1 C.E.

2. Comenzando el estudio por el segundo de los motivos aducidos, éste se concreta, a su vez, en dos imputaciones: la primera se dirige tanto a las Resoluciones administrativas como a la Sentencia impugnada, reprochándose no haberse otorgado al recurrente, dentro del lapso de tiempo comprendido entre el 1 de junio (fecha de su reintegración en el Ejército) y el 19 de junio (en que se le notifica la incoación del expediente sancionador) de 1986, el trámite de previa audiencia establecido en la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985.

Pero, en respuesta a ese motivo, conviene precisar, primero, que el reproche sólo podría alcanzar, en puridad, al Ministerio de Defensa y no a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y, consiguientemente, ninguna violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) habría podido originarse con la omisión señalada —precisando, pues, el motivo planteado de un encaje constitucional distinto: el del derecho a la defensa del art. 24.2 C.E., garantía aplicable al procedimiento administrativo sancionador, según reiterada doctrina de este Tribunal—. Y después, que la imputación ahora objeto de análisis carece de la más mínima trascendencia. Se trata, en efecto, de una objeción de carácter estrictamente formal, ya que no cabe apreciar la existencia de indefensión en un procedimiento que tanto en su vertiente gubernativa como jurisdiccional ha discurrido con participación constante del interesado, respetándose, por tanto, la regla de contradicción inherente al derecho fundamental realmente concernido, independientemente de que en la demanda del contencioso-administrativo no se invocó al respecto la lesión constitucional.

La segunda imputación de vulneración del art. 24.1 C.E. (y también aquí del art. 25.1 C.E.) la dirige el demandante a la Sala del Tribunal Supremo por no estimar «la prescripción de la sanción disciplinaria impuesta». Mas esta cuestión, como bien observan el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, no fue suscitada en la demanda contencioso-administrativa, lo que impide ahora su estudio, dada la subsidiariedad del recurso de amparo. En todo caso, no resulta ocioso recordar, como asimismo hacen las partes mencionadas, que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, la apreciación de si un delito o falta penales o una falta disciplinaria y su correspondiente sanción han prescrito no posee por sí misma relevancia constitucional, sino que es de legalidad ordinaria y no puede ser revisada en sede constitucional (STC 73/1989).

3. El motivo impugnatorio a cuya fundamentación consagra el demandante su esfuerzo mayor radica en la vulneración del art. 25.1 C.E. y de los principios citados del art. 9.3 de la Norma fundamental. La tesis del demandante consiste en que fue sancionado disciplinariamente según unos hechos no tipificados previamente, toda vez que el

art. 59.3 de la L.O. 12/1985 no se encontraba en vigor en el momento en que acacionaron los mismos. Por consiguiente, el precepto sancionador referido se le habría aplicado retroactivamente, produciéndose la vulneración aludida.

En la Resolución del Ministerio de Defensa de 23 de octubre de 1987 se justifica esta retroactividad invocándose la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985 y la unidad del nuevo ordenamiento punitivo militar integrado por dicha Ley y por el Código Penal Militar que han venido a sustituir «unitariamente», al derogado Código de Justicia Militar. A ellos se añade en la Resolución de 7 de marzo de 1988 que, si los hechos imputados al demandante eran sancionables como delictivos en el C.J.M. y ahora, en la L.O. 12/1985, lo son como constitutivos de una falta de extraordinaria gravedad, sería contrario a la lógica jurídica cualquier razonamiento que condujera a su absoluta impunidad.

La continuidad entre el viejo y el nuevo ordenamiento sancionador —y, por tanto, la no interrupción de la tipificación del ilícito en cuestión con el cambio legislativo, aunque las consecuencias (penales o disciplinarias) sean distintas— es una idea que se halla presente tanto en la Sentencia del Tribunal Supremo aquí recurrida como en los alegatos en este proceso del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado. En la Sentencia dicha se afirma, en efecto, que la derogación del art. 352 del C.J.M. y la simultánea entrada en vigor del art. 59.3 de la L.O. 12/1985 significaron, al mismo tiempo, la destipificación penal de unos determinados actos y su tipificación disciplinaria, de modo que tan ajustado a Derecho resultaba, en el caso, rectificar la Sentencia condenatoria, por exigirlo así el art. 4.º y la Disposición transitoria segunda del C.P.M., como incoar a continuación expediente gubernativo para imponer la pertinente sanción disciplinaria extraordinaria. Para el Fiscal, en ningún momento la conducta enjuiciada dejó de ser sancionable, no pudiéndose, por tanto, sostener fundadamente que la ley posterior haya sido aplicada para castigar hechos no tipificados con anterioridad. Según el Abogado del Estado, en fin, no es que la conducta castigada por el art. 352 C.J.M. hubiera pasado a ser lícita —no significa eso la absolución pronunciada mediante la rectificación de la Sentencia—, sino que dejó de ser delictiva para convertirse en falta disciplinaria.

Situado en estos términos el problema planteado, cabe ante todo recordar que el art. 25.1 C.E., visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definiendo con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente. Esta «imperiosa exigencia de predeterminación normativa» (STC 42/1987), de *lex praevia* y *lex certa* (STC 133/1987), conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal tipificadora.

Consecuentemente, se trata de esclarecer si dicha garantía material del art. 25.1 C.E. —y no los principios proclamados en el art. 9.3 del Texto constitucional, que, aunque ciertamente relacionados con el derecho fundamental a la legalidad, no son susceptibles de tutela en vía de amparo— ha sido desconocida o menoscabada por la Resolución del Ministerio de Defensa que impuso al recurrente la sanción disciplinaria de separación del servicio.

4. De acuerdo con la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, los preceptos de la misma serían de aplicación a las infracciones cometidas a partir de su entrada en vigor, salvo que tales preceptos fueran más favorables al sancionado, en cuyo caso se aplicarían a éste, previa audiencia del mismo. Pues bien, al recurrente se le impuso la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio, prevista en los arts. 59, 61 y 64 de la L.O. 12/1985, por hechos cometidos con anterioridad al 1 de junio de 1986, fecha de entrada en vigor de la repetida Ley Orgánica. Según consta en las actuaciones, esos hechos eran incluso anteriores a la publicación de dicha ley en el «Boletín Oficial del Estado» de 29 de noviembre de 1985, puesto que acacionaron en 1983 y 1984. No cabe duda, pues, que los preceptos citados de la mencionada Ley disciplinaria militar se le aplicaron al actor retroactivamente.

Tal aplicación retroactiva, de otra parte, no puede entenderse cubierta por la salvedad contenida en la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985. En efecto, frente a lo que sostiene en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado, la comparación entre normas al objeto de precisar si las de la Ley de Régimen disciplinario resultan más favorables para el sancionado —en cuyo caso se aplicarían forzosamente al mismo— de ningún modo opera, en el presente supuesto, con relación al art. 352 del C.J.M. de 1945. Ello porque, eliminada del Código Penal Militar la criminalidad y tipicidad de la conducta imputada al actor, sin que en él se prevea, como medida transitoria, el mantenimiento de sanción alguna, en relación con esa conducta, igual o reducida respecto de la anteriormente prevista, y absuelto aquél en virtud de lo preceptuado en la Disposición transitoria segunda de la L.O. 13/1985, es claro que las normas sancionadoras de la Ley disciplinaria no podían serle más favorables. Consecuentemente, la garantía material del art. 25.1 C.E. fue desconocida por la Resolución administrativa impugnada, ya

que el Ministerio de Defensa aplicó al Sr. González Lacalle los preceptos de una Ley punitiva promulgada con posterioridad a la comisión del ilícito disciplinario que describe y sanciona.

Es cierto que los hechos atribuidos al recurrente se hallaban tipificados —entonces como delito— en el C.J.M. de 1945 y que esos mismos hechos pudieran calificarse como falta grave o como falta susceptible de sanción disciplinaria extraordinaria según la L.O. 12/1985 y a partir de ella (arts. 9.19 y 59.3). Pero esa continuidad entre el anterior ordenamiento sancionador militar y el vigente desde el 1 de junio de 1986 sólo alcanza, y aun así parcialmente, al contenido de la conducta merecedora de reproche, no, en cambio, a la índole y onerosidad de la sanción, que ya no es de carácter penal ni entraña privación de libertad. Por lo tanto, jurídicamente son distintos los tipos sancionadores que consideramos, rompiéndose la persistencia de la predeterminación legal de la sanción, ya que ésta no es la misma en la L.O. 12/1985 que en el cuerpo normativo anterior. La efectiva realidad de la ruptura producida entre los dos ordenamientos viene acreditada por el propio legislador al imponer la rectificación de Sentencias en la Disposición transitoria segunda de la L.O. 13/1985, y sobre todo al establecer, en la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985, que, con la salvedad indicada, los preceptos de la Ley de Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas únicamente podrán aplicarse a las infracciones cometidas a partir de su entrada en vigor. Lo cual es, en la lógica y en la dogmática jurídica, lo correcto, ya que no se puede hablar de normas más favorables como de aplicación a hechos inexistentes (en el ámbito jurídico sancionador), pues la conducta definida en la Ley posterior como sancionable disciplinariamente no lo estaba en la Ley anterior con tal carácter, siendo la sanción de separación mera consecuencia del delito penal. Se podría hablar de «continuidad» fáctica, pero no jurídica sancionadora. La absolución en el delito lo era con todas sus consecuencias. Sólo esa falta podría, consecuentemente, ser sancionable cuando fuera cometida tras la vigencia de la Ley o Código que la previera como tal.

5. Por otra parte, no cabe olvidar que del examen de las actuaciones también se desprende una relevante circunstancia fáctica, tal la de que, entre la derogación de las Leyes Penales del Código de Justicia Militar operada por la nueva L.O. de 9 de diciembre de 1985 y la imposición de la sanción administrativa de 19 de septiembre de 1987 se interpuso la resolución de 30 de mayo de 1986 por la que el Capitán General de la 1.ª Región Aérea, actuando en cumplimiento de lo dispuesto en las Disposiciones transitorias primera y segunda de la L.O. 13/1985, reguladora del Código Penal Militar, decidió rectificar de oficio la Sentencia de 12 de diciembre de 1985 en el sentido de que el fallo «ha de ser absolutorio al no ser ya los hechos declarados probados e imputados al condenado constitutivos de delito conforme al Código Penal Militar». En cumplimiento, precisamente, de esta nueva resolución de la entonces autoridad judicial militar fue dictada, asimismo, la Orden 523/12.156/1986, de 14 de junio, del Ministerio de Defensa, por la que se dispuso la reincorporación al servicio activo del recurrente en la situación de «disponible forzoso».

Esto significa la existencia de dos resoluciones, una en la que se declara la absolución de fondo del hoy recurrente y otra en la que se acuerda su reincorporación al servicio activo; resoluciones que, además, gozan de toda su firmeza, pues, ni la primera ha sido ni puede ser impugnada a través de medio extraordinario de rescisión de la cosa juzgada, ni la segunda ha sido anulada mediante la revisión de oficio o el procedimiento de lesividad.

De otra parte, la nueva sanción administrativa impugnada, consistente en la aplicación retroactiva de la Ley disciplinaria (Código de 1986) lo ha sido con relación a un hecho ya juzgado y resuelto mediante resolución de 30 de mayo de 1986, absolutoria y de fondo, la cual, por ser firme, goza de todos efectos materiales de la cosa juzgada; efectos protegidos por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y que, por lo mismo, ha sido vulnerado por la sanción disciplinaria impuesta.

La expuesta vulneración de los derechos fundamentales indicados en los precedentes fundamentos obliga a la estimación del recurso, a reconocer el derecho fundamental del Sr. González Lacalle a no ser sancionado sino en virtud de Ley anterior a los hechos constitutivos de ilícito disciplinario y a declarar la nulidad de la resolución administrativa sancionadora y de las que confirmaron la validez de la misma.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don José Ramón González Lacalle y, en consecuencia:

1.º Declarar la nulidad de las Resoluciones del Ministro de Defensa de 23 de octubre de 1987 y 7 de marzo de 1988 impugnadas, así como

la de la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1989, que confirmó su validez.

2.º Reconocer, de conformidad con el art. 25.1 de la C.E., el derecho fundamental del recurrente a no ser sancionado sino en virtud de Ley anterior a los hechos constitutivos del ilícito disciplinario que le fue imputado, quedando restablecido en su derecho con la nulidad antes decretada.

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

Dada en Madrid, a diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y uno.—Francisco Tomás y Valiente.—Fernando García-Mon y González Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Luis López Guerra.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmados y rubricados.

Voto concurrente que formuló el Magistrado excelentísimo señor don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia dictada en el recurso de amparo 1.677/1988

Coincido con el fallo estimatorio por las razones explicitadas en el fundamento jurídico 5.º, pues, en mi opinión, la única vulneración producida es la de la cosa juzgada, toda vez que si la entonces autoridad «judicial» militar absolvió en el fondo y, en cumplimiento de dicha resolución firme, la administrativa dispuso la reincorporación al servicio activo del recurrente, y, ello no obstante, posteriormente se le impuso al recurrente la sanción de separación del servicio, evidentemente la resolución impugnada infringió el derecho a la tutela. Por el contrario, no creo que se haya vulnerado el principio de legalidad en su manifestación de infracción de la *lex previa*.

Mi discrepancia se reduce, por lo tanto, al fundamento jurídico 4.º de la Sentencia en la que se niega la continuidad entre el ordenamiento sancionador militar anterior y posterior al 1 de junio de 1986, y se afirma la ruptura entre ambos, ya que, según señala nuestra Sentencia, jurídicamente son distintos los tipos sancionadores, penales y administrativos.

No comparto tales afirmaciones por la sencilla razón de que vienen a confundir los efectos de una descriminalización con los de una amnistía o indulto total con extensión expresa a la inhabilitación. Pero, antes de proseguir con mi razonamiento, conviene fijar el supuesto normativo que nos ocupa, el cual ha de ser reconducido a un mero fenómeno de sucesión de normas sancionadoras.

En efecto, de conformidad con los preceptuado en las respectivas Disposiciones finales de las L.O. 12/1985 y 13/1985, es evidente que, tanto el nuevo Código Penal Militar, como la nueva Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas entraron en vigor el día 1 de junio de 1986. Asimismo, es manifiesto que la conducta prevista en el art. 352 de las derogadas leyes penales del C.J.M., si bien fue destipificada por la L.O. 13/1985, fue simultáneamente configurada como ilícito administrativo por el art. 59.3 de la L.O. 12/1985 de régimen disciplinario, en cuya virtud se le impuso al recurrente la sanción de separación de servicio.

Desde el punto de vista constitucional no creo que pueda efectuarse reproche de inconstitucionalidad alguno, ni a la posibilidad de que el legislador decida transformar un ilícito penal en administrativo, ni a la de que los operadores jurídicos, una vez liquidada la sanción penal principal (normalmente a través de la inmediata puesta en libertad), decidan mantener las accesorias o la principal de multa (v. gr.: las condenas de futuro, como es el caso de la suspensión de funciones; no así las de ejecución instantánea, tal como acontece con las penas de multa o de inhabilitación, la que se ejecuta con la pérdida del cargo o empleo), convertidas en sanciones administrativas, siempre y cuando naturalmente la nueva sanción sea más favorable, pues, de lo contrario, se infringirá, no el principio de legalidad, sino el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras del art. 9.2 C.E. Por lo tanto, a los efectos del cumplimiento del principio de legalidad, lo único que el art. 25 C.E. prohíbe es que nadie sea condenado por acciones que en el momento de producirse no constituyan «delito o infracción administrativa», sin que la norma constitucional vea la posibilidad de que, sobre el mismo hecho y contra el mismo autor, se efectúe una sucesión más favorable de normas para el condenado, que es lo que en realidad acontece en los supuestos de «descriminalización» en sentido estricto (como es el caso del que nos ocupa), pues entre el ilícito penal y el administrativo no existe diferencia alguna en todo lo referente a su naturaleza (no en vano al Derecho administrativo sancionador se le denomina también «Derecho penal administrativo»), aun cuando puedan existir importantes singularidades en atención a la gravedad y entidad de la sanción, a la competencia para imponerla y, en menor medida (pues, este tribunal tiene declarado que las principales garantías procesales penales han de ser también de aplicación en la esfera del procedimiento sancionador), al procedimiento a través del cual se haya de imponer la sanción.

Por consiguiente, en mi opinión, ninguna censura de inconstitucionalidad hubiera debido merecer, desde las exigencias de la *lex previa* del art. 25 C.E. la sólidamente fundada Sentencia del T.S., hoy anulada, en la que, partiendo de la consideración de la unidad del ordenamiento sancionador militar, se llega a la conclusión de que el hecho pudo ser

legítimamente sancionado con arreglo a la más favorable tipicidad administrativa.

La existencia, sin embargo, de una resolución, del Capitán General de la 1.ª Región Aérea, absolutoria, total, de fondo y anterior a la apertura del procedimiento administrativo sancionador impide, como ya se ha avanzado, abonar por una Sentencia desestimatoria, razón por

27589 Sala Segunda. Sentencia 197/1991, de 17 de octubre. Recurso de amparo 492/1989. Diario «Ya» contra Sentencias de la Audiencia Territorial de Madrid y del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid sobre intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad. Supuesta vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz. El derecho a la intimidad como límite a la libertad de información.

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. 492/1989, promovido por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Calvo Díaz, en nombre y representación de «La Editorial Católica, Sociedad Anónima», y de don Guillermo Medina González, asistida del Letrado don Andrés Mochales Blasco, contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 (recurso de casación 9/1988), contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 9 de julio de 1987 (rollo de apelación 280/1986) y contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid de 30 de enero de 1986 (Autos 1.057/1985), sobre intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad. Ha comparecido el Procurador don Julián Caballero, en nombre y representación de don José Tous Barberán y doña María Antonia Abad Fernández, que actúan en nombre propio y en representación de don José Tous Abad, asistidos por el Letrado don Carlos Usúa, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional el día 17 de marzo de 1989, doña Pilar Calvo Díaz, Procuradora de los Tribunales y de «La Editorial Católica, Sociedad Anónima», y de don Guillermo Medina González, interpuso recurso de amparo por infracción del derecho fundamental de libertad de información, reconocido en el art. 20.1.d) C.E., contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, dictada en recurso de casación contra la de la Sala Tercera del Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 9 de julio de 1987, que, a su vez, había conocido del recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid de 30 de enero de 1986.

2. Los hechos que se relatan en la demanda, y que dan origen al recurso, pueden resumirse en los términos siguientes:

1) En el diario «Ya» de 31 de agosto de 1985 se publicó un artículo periodístico bajo el titular «La madre, XX, trabajaba en una barra americana» y con un subtítulo en el que se señalaba que «El hijo adoptivo de Sara Montiel fue adquirido en Alicante».

Este artículo fue resultado de una investigación realizada en Murcia y Alicante por el Periodista don Joaquín García Cruz sobre la existencia de una red de tráfico ilícito de niños, en el curso de la cual vino a descubrirse, según declaraciones efectuadas al Periodista por una persona que actuaba de intermediaria en adopciones de menores, que la madre natural del hijo adoptivo de don José Tous Barberán y de doña María Antonia Abad Fernández, públicamente conocida como Sara Montiel, era XX, que en aquellos momentos trabajaba en una «barra americana», añadiendo que el nacimiento se produjo en Alicante y que ella misma había mediado en la adopción, poniendo en contacto a la madre natural y a la adoptiva.

Con anterioridad, los padres adoptivos habían convocado a la denominada «prensa del corazón» para relatar las circunstancias que rodearon la adopción de su hijo, a quien habrían adoptado en Santo Domingo, con ocasión de un viaje allí realizado por el matrimonio.

2) Publicado el artículo, los esposos Tous formularon en nombre propio y de su hijo demanda de protección al honor y a la intimidad personal y familiar, al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo,

la cual este voto particular ha de ser concurrente con la presente Sentencia.

Publíquese este voto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y uno.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.

contra «La Editorial Católica, Sociedad Anónima» (editora del diario «Ya»), don Guillermo Medina González (Director) y don Joaquín García Cruz (Reportero).

El Juez de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, por Sentencia de 30 de enero de 1986, otorgó la protección a los derechos fundamentales invocados por los actores, condenando solidariamente a los demandados al pago de una indemnización de 40.000.000 de pesetas, a la publicación de la Sentencia en el diario «Ya» y al pago de las costas.

3) La Sentencia fue apelada por los demandados y por el Ministerio Fiscal, por entender que había vulnerado el derecho fundamental de libertad de información, resolviéndose el recurso por Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 9 de julio de 1987, que, aunque rebajó la indemnización a 12.000.000 de pesetas y sin condenar en costas, confirmó en todo lo demás la Sentencia de instancia.

4) Recurrída la Sentencia en casación por quienes ahora recurren en amparo, por estimar que se continuaba infringiendo el art. 20.1 d) C.E., mediante Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989, se declaró no haber lugar al recurso.

3. Solicitan los recurrentes amparo del derecho fundamental a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) C.E.], que consideraban ha sido vulnerado por las Sentencias referidas, fundándose a tal efecto en las siguientes alegaciones.

Tras señalar que lo que se ha tratado de resolver es un conflicto individual entre la libertad de información y el derecho al honor y a la intimidad de unas personas, se añade que para ello es necesario bien establecer apriorísticamente cuál de esos derechos debe prevalecer sobre el otro, o, en caso de declarar la igualdad de rango de esos derechos, atender a las circunstancias concurrentes para, tras su ponderación, y en función de las mismas, declarar el predominio en el supuesto concreto examinado de uno y otro derecho.

Pues bien, a juicio de los recurrentes, frente a lo que viene precisando la Sala Primera del Tribunal Supremo, tanto la libertad de expresión como la de información, sin ser derechos absolutos, están dotados de una eficacia que trasciende sobre la de los demás derechos fundamentales; lo cual implica que aquellas libertades están revestidas de una protección constitucional preferente.

Esta tesis tiene un doble fundamento, ya que mientras que el derecho al honor y a la intimidad son derechos individuales de la persona particularmente considerada, el derecho de expresión y de información son libertades públicas que se configuran como «uno de los pilares de nuestro Estado democrático de Derecho, en cuanto implican la garantía de una opinión pública libre base del pluralismo político sobre el que se orienta ese Estado».

No obstante, existen una serie de limitaciones en la protección constitucional preferente de la libertad de información. En primer término, esas limitaciones vienen enmarcadas por la distinción entre lo público y lo privado, de manera que «una supuesta intromisión en el honor o en la intimidad de una persona estaría legitimado por el principio constitucional preferente de la libertad de información si ésta contribuye a la formación de opinión pública o se refiere a personajes públicos». Y, en segundo término, el límite dimanante de la necesidad de que la información sea veraz [art. 20.1 d) C.E.], si bien la veracidad sólo puede predicarse respecto de los hechos —no de las opiniones—, sin que, por lo demás, sea exigible una prueba absoluta, bastando con que concorra una actitud diligente del informador en busca del hecho verdadero y de su comprobación para que la información sea protegida constitucionalmente, aun cuando fuere errónea por causas no imputables al que la difunde.

Para solventar los conflictos entre libertad de información y derecho al honor deberá ponerse especial énfasis en la cuestión de la veracidad de los hechos difundidos; mientras que en el conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad lo relevante no es la prueba de la veracidad, sino el concretar si la información contribuye o no crear opinión pública o afecta a personalidades públicas que por el hecho de aceptar ese papel en la sociedad tienen el riesgo de que su intimidad sea contraída en beneficio de la libertad de expresión.

Tras una amplia cita, asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 8 de julio de 1986, caso Liegens) y de las de este Tribunal Constitucional (SSTCE 6/1981, 12/1982, 105/1986, 165/1987, 6/1988 y 107/1988), afirman los recurrentes que las Sentencias impugnadas, cuya nulidad se pretende, se apartan absolutamente de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional