

**16502** *Sala Primera. Sentencia 95/1992, de 11 de junio. Recurso de amparo 233/1989. Contra Resolución del Ministro de Defensa imponiendo al actor sanción de separación del servicio. Vulneración del art. 25.1 C.E.: aplicación retroactiva de normas penales.*

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

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 233/89, interpuesto por don Ricardo Álvarez de Furundarena, representado por el Procurador don Federico J. Olivares de Santiago y asistido por el Letrado don Eusebio Aparicio Auñón, contra Resolución del Ministro de Defensa de 9 de marzo de 1987, que le impuso la sanción de separación del servicio. Han comparecido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado y ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito que entró en el Registro de este Tribunal el 6 de febrero de 1989, el Procurador don Federico J. Olivares de Santiago formuló, en nombre y representación de don Ricardo Álvarez de Furundarena, recurso de amparo contra la Resolución del Ministro de Defensa de 9 de marzo de 1987, ratificada en vía de reposición por la de 27 de octubre del mismo año (Orden 421/88, de 22 de febrero), que dio fin al expediente gubernativo núm. 1/1986 de la Jurisdicción de la Flota e impuso al recurrente, Comandante de Intendencia de la Armada, la sanción extraordinaria de separación del servicio.

2. Son hechos relevantes para la resolución del presente proceso los que a continuación se exponen sintéticamente:

A) En Consejo de Guerra de Oficiales Generales celebrado el día 12 de noviembre de 1985, y en la causa 7/84 de la Jurisdicción de la Flota, fue el recurrente condenado, como autor de un delito de apropiación indebida, previsto y penado en el art. 535, en relación con el art. 528, del Código Penal, con la concurrencia de la especial agravación contenida en el párrafo 2.º del art. 194 del Código de Justicia Militar, a la pena de ocho meses de prisión menor, con las accesorias del art. 47 del Código Penal de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como con la accesorias de separación del servicio que para el delito cometido impone el art. 221 del Código de Justicia Militar. Mediante Sentencia de 23 de abril de 1986, el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley deducido contra la Sentencia del Consejo de Guerra.

B) Sin haberse ejecutado tales penas, y en cumplimiento de lo establecido en la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, el Vicealmirante Comandante General de la Flota, en Decreto Auditoriado de 27 de junio de 1986, rectificó de oficio la Sentencia condenatoria del Consejo de Guerra, en el sentido de reducir la pena privativa de libertad a la de cuatro meses de arresto mayor, con la accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y de dejar sin efecto la accesorias de separación del servicio, habida cuenta de su desaparición del mencionado Código.

C) En el Decreto Auditoriado referido se acordaba, igualmente, la instrucción de expediente gubernativo de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 74 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El instructor de dicho expediente formuló propuesta de terminación del mismo sin declaración de responsabilidad. Ello no obstante, el Ministro de Defensa, mediante Resolución de 9 de marzo de 1987, acordó imponer al aquí actor la sanción de separación del servicio.

D) En la Resolución sancionadora, y frente a lo alegado por el inculpado acerca de la no concurrencia de los dos requisitos exigidos por la L.O. 12/1985 para la imposición de la sanción, a saber, que la condena haya sido impuesta por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 60) y que los hechos perseguidos sean posteriores a la entrada en vigor de dicha Ley (Disposición transitoria segunda), la Administración motivó su decisión de esta forma: a) si bien el art. 60 exige literalmente que la condena proceda de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, «hay que realizar una interpretación integradora tomando en su unidad el nuevo Ordenamiento punitivo militar constituido por las Leyes núms. 12/1985, de régimen disciplinario y 13/1985, del Código Penal Militar, ya que ambas sustituyen al sistema anterior del Código de Justicia Militar de 1945. En efecto, la exigencia contenida en el repetido art. 60 de la Ley Disciplinaria... hay que referirla al

momento de entrada en vigor del Código Penal Militar, a partir del cual dichos Tribunales (los de la jurisdicción ordinaria) son los únicos competentes para conocer de los delitos que no pertenezcan al "ámbito estrictamente castrense", al que, por mandato constitucional (art. 117.5) concretado por el mismo Código sustantivo militar, queda reducida la jurisdicción militar; pero ello no quiere decir que supuestos sustantivamente iguales (esto es, condenas por delitos dolosos) originados por sentencias de la jurisdicción militar legalmente competente con arreglo al anterior reparto competencial queden exentos por esta sola circunstancia...»; b) de otra parte, «no existe en ese caso aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 12/1985..., pues debe notarse que la "causa" del presente expediente gubernativo no son los hechos que dieron lugar al enjuiciamiento y posterior sentencia judicial, sino esta misma, que en cuanto "supuesto de hecho" originador de la incoación del expediente (art. 60 Ley 12/1985) es la dictada por la Autoridad jurisdiccional de la Flota con fecha 27 de junio de 1986, en revisión de oficio... de la dictada por el correspondiente Consejo de Guerra..., es decir, un "hecho" producido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/1985 (1 de junio anterior)».

La Resolución transcrita fue confirmada en reposición por la de 27 de octubre de 1987 (Orden núm. 421/88, de 22 de febrero).

E) Agotada la vía administrativa, el solicitante de amparo acudió a la jurisdiccional frente a la sanción impuesta, mas la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, mediante Sentencia núm. 26, de 21 de diciembre de 1988, desestimó su recurso y confirmó aquella sanción. Entendió el Alto Tribunal, en primer lugar, que la incoación del expediente era consecuencia de haber sido condenado el recurrente por delito cometido con dolo y comprendido en el art. 74 de la L.O. 12/1985. La «causa de la infracción es, por tanto, el hecho de la condena, tal como se dispone en el art. 60 de la misma Ley, y no los hechos que en su momento dieron lugar a la instrucción de un procedimiento criminal que terminó en Sentencia condenatoria. Es cierto que esta Sentencia es de fecha 12 de noviembre de 1985 y que alcanzó firmeza el 23 de abril de 1986 en que el Consejo Supremo de Justicia Militar dictó Sentencia en recurso de casación confirmando la del Consejo de Guerra, fechas ambas anteriores a la entrada en vigor de la Ley Disciplinaria; pero la causa inmediata del expediente gubernativo fue el Decreto Auditoriado de rectificación de las penas impuestas, por aplicación retroactiva del nuevo Código Penal Militar, Decreto... que lleva fecha 27 de junio de 1986, en que, entrada ya en vigor la ley disciplinaria, podía utilizarse legítimamente el camino sancionador que prevé su art. 60 en relación con los arts. 73 y 74. Es decir, que el supuesto de hecho originador del expediente no está constituido por los (hechos) que motivaron la sentencia condenatoria, sino por la condena en sí misma y es la fecha definitiva de ésta la determinante de la aplicación de la ley de acuerdo con su Disposición transitoria segunda». En segundo lugar, el Tribunal Supremo, enfrentado con el tenor literal del art. 60 de la Ley Orgánica 12/1985, afirmó que había que atender a su «espíritu y sentido», «consistente en la voluntad de que el militar autor de cualquiera de los delitos citados en el art. 74 de la Ley Disciplinaria... pueda ser separado del servicio en beneficio de éste. La aplicación de una solución distinta a un caso concreto, por motivos puramente circunstanciales, conduciría a una paradójica discriminación del todo en beneficio de uno sólo con clara vulneración del art. 14 de la Constitución». Además, «el sistema sancionador militar —constituido por dos Leyes Orgánicas distintas, pero cuya entrada en vigor tuvo lugar simultáneamente el 1 de junio de 1986— constituye una unidad diversificada que ha venido a sustituir sin solución de continuidad a un ordenamiento unitario anterior. No cabe, en consecuencia, producir una ruptura o división radical entre los dos aspectos sancionadores, penal y disciplinario, ya que ambos tienen un único e idéntico fin: asegurar el mantenimiento de las condiciones que permiten el puntual cumplimiento de las misiones que las Fuerzas Armadas tienen encomendadas por la Constitución. De tal modo, cuando las normas de derecho transitorio obligan a rectificar una condena impuesta bajo el ordenamiento derogado por ser más beneficioso el nuevo, es claro que éste debe ser aplicado en su conjunto, es decir, teniendo presente tanto la vertiente penal como la disciplinaria. Y cuando... resulta claro el espíritu que informa la norma contenida en el art. 74 de la Ley Disciplinaria, que no es otro que separar del servicio definitiva o temporalmente al militar que comete alguno de los delitos allí enumerados, por ser de naturaleza incompatible con la dignidad que exige la profesión que libremente eligió, esta voluntad de la norma no puede tener carácter circunstancial, antes al contrario es permanente y ha de respetarse cualquiera que fuere el momento en que la condena se sufrió y cualquiera que fuere el órgano que la pronunció».

3. Considera en su escrito de demanda el recurrente que se infringen aquellos de sus derechos fundamentales que la Constitución reconoce en los arts. 25.1 y 23.2.

En efecto, puesto que la apertura de expediente gubernativo sólo cabe tras una resolución de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y en este caso la Sentencia condenatoria se dictó por el Fuero de Guerra, no es lícita la apertura de tal expediente. En la aplicación de la normativa derivada de la última reforma orgánica y procesal

habrá de tenerse en cuenta la totalidad de esa normativa y si en ella se ha producido un vacío legal, una laguna, no cabe, por tratarse de un procedimiento sancionador, «integrar» el Ordenamiento por vías analógicas o mediante una «interpretación integradora», pues ello supone adoptar una posición contraria a la Constitución. Si lo que sucede es que falta una disposición transitoria que venga a decir que la apertura de expediente gubernativo cuando se trate de Sentencias dictadas por el Fuero Militar antes de la reforma, habrá que estar a tal ausencia normativa, no pudiendo llenarse ese vacío —si es que existe— mediante interpretación integradora alguna, por lo que es improcedente la incoación de expediente. La nueva normativa habrá de aplicarse en su integridad, pero en sus propios términos y para los supuestos que la misma establezca, no para otros.

Por otra parte, y en cuanto al derecho del art. 23.2 de la C.E., también infringido, comprende, según la STC 10/1983, el de los titulares de cargos y funciones públicos a no ser removidos de los mismos salvo por causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos.

Suplica por ello el recurrente que el Tribunal Constitucional: a) reconozca su derecho «a no sufrir sanción adicional a la que en el orden punitivo ya le fue impuesta por el Tribunal Militar correspondiente, por acciones que en el momento de producirse no podían perseguirse como infracción administrativa, superpuesta al delito o falta ya castigados según la legislación vigente en aquel momento, reconociendo que se ha violado en el acuerdo sancionador»; b) reconozca, asimismo, su derecho «a no ser removido del empleo militar que ostentaba, a no ser por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos, y que se ha violado dicho derecho en el acuerdo sancionador»; c) declare, en consecuencia, la nulidad de la resolución administrativa impugnada, así como la de la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo; d) condene a la Administración a adoptar cuantas medidas y providencias sean necesarias para el pleno restablecimiento en sus derechos lesionados.

4. Por providencia de 3 de abril de 1989 acordó la Sección Segunda de este Tribunal la admisión a trámite del presente recurso, sin perjuicio de lo que resultase de sus antecedentes, así como, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LOTC, requerir del Ministerio de Defensa y del Tribunal Supremo la remisión de testimonio del expediente gubernativo y del recurso seguido ante la Sala de lo Militar del Alto Tribunal, respectivamente, y, al propio tiempo, el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

5. El 16 de mayo siguiente, la Sección resolvió tener por recibidas las actuaciones interesadas y por personado y parte al Abogado del Estado, acordando, de conformidad con el art. 52 de la LOTC, dar vista a todas las actuaciones del recurso, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y al solicitante de amparo, a fin de que dentro de dicho término alegaran lo que a su derecho conviniese.

6. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite conferido mediante escrito presentado el 6 de junio, en el que entiende que debe desestimarse el amparo impetrado. Ello por las siguientes razones:

A) La demanda no argumenta la lesión del derecho reconocido en el art. 23.2 C.E. Si se tiene en cuenta que se trata de un derecho de configuración legal, fácilmente se advierte que la cuestión no rebasa el ámbito de la legalidad, esto es, de interpretar y aplicar la normativa procedente. Así lo ha indicado el ATC 1.035/1986, entre otros, al señalar que la interpretación de los requisitos fijados en la norma corresponde, en principio, a los órganos judiciales. De todas formas, la valoración de si la aplicación de las leyes ha sido o no la adecuada está presente en el reproche primordial que se hace al acto recurrido (violación del principio de legalidad). En consecuencia, hay que rechazar que el derecho que ampara el art. 23.2 C.E. se haya visto lesionado por el acuerdo que se recurre.

B) Centrado el examen en la alegada violación del derecho a la legalidad sancionadora —y se debe advertir que el recurso coincide en lo esencial con el 1.677/88—, el presupuesto de tal violación es que exista una sanción, lo que no ocurre en el presente caso, ya que la resolución impugnada no acuerda sanción que no estuviera ya impuesta. La separación del servicio, en efecto, ya había sido decretada por la Sentencia dictada conforme al Código de Justicia Militar (C.J.M.). Ocurrió que, al rectificarse esta Sentencia ante legislación más beneficiosa, según lo previsto en el Código Penal Militar (C.P.M.), se entendió que, excluida del ámbito penal la pena accesoria de separación del servicio, que ahora era una sanción disciplinaria, debía desaparecer de una sentencia penal y mantenerse en cambio en el ámbito disciplinario que a partir de la reforma le era propio. No hay, pues, una modificación material, pues la sanción es la misma, sino la meramente formal de que el vehículo jurídico de su imposición no es un fallo penal sino una resolución administrativa. Es decir, ni más ni menos que una acomodación de la sanción a las normas procesales vigentes, sustituyendo meramente el término de pena accesoria que era antes, como impuesta por el Tribunal, por el de sanción disciplinaria

extraordinaria (art. 61 L.O. 12/1985), ya que en la relación de penas recogida en el art. 24 C.P.M. no aparece la de separación del servicio.

Cabe así preguntarse si el principio constitucional de legalidad sancionadora está efectivamente implicado en el presente caso. Porque lo que en realidad sucede es que, por imperativo de una sucesión de normas, la misma sanción ya decretada ha pasado simplemente de ser una pena a ser una medida disciplinaria pero con exactamente los mismos efectos materiales; lo único que ha cambiado es que la resolución que la impone es administrativa y no judicial, consecuente con la naturaleza de la sanción. Así, el acuerdo recurrido no impuso realmente una sanción, sino que se limitó a mantenerla según la nueva estructura jurídico-formal. Y si tiene que haber una sanción para que pueda estimarse infringido el principio de legalidad, el Ministerio de Defensa no la impuso porque ya estaba acordada. De modo que la sanción no es atribuible a la resolución recurrida, sino a la Sentencia condenatoria, por lo que no cabe imputar a aquélla la conculcación del principio de legalidad.

C) De otra parte —y reiterando lo expuesto en el R.A. 1.766/88—, hay que recordar, en la línea en que se manifiesta el Tribunal Supremo, que lo que antes era una regulación única en el C.J.M. se ha escindido con la nueva regulación en dos ámbitos diferenciados: el penal y el disciplinario. Por consiguiente, la sucesión normativa del C.J.M. hay que encontrarla tanto en el C.P.M. como en la L.O. 12/1985. Y la retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables supone la aplicación íntegra de la ley posterior más beneficiosa. En este caso, la nueva legislación supuso la reducción de la pena privativa de libertad, no —puesto que la descripción típica era la misma— la desaparición de la de separación del servicio, que dejó de ser pena accesoria para convertirse en sanción disciplinaria, transformación que exigió que su imposición se efectuara por vía administrativa y no por vía judicial, como inicialmente se había hecho.

Conforme a esto, desde la perspectiva de un recurso de amparo carece de relevancia si la incoación del expediente disciplinario en el supuesto que aquí lo determinó —condena del expedientado— sólo podía serlo con ocasión de Sentencia dictada por la jurisdicción ordinaria y no por la militar, a lo que da una respuesta motivada en Derecho el Tribunal Supremo. Se trata de una cuestión de legalidad resuelta argumentadamente y que carece de dimensión constitucional.

7. El 9 de junio de 1989 presentó su escrito de alegaciones el Abogado del Estado, quien suplicó del Tribunal que dicte Sentencia denegatoria del amparo pretendido.

A) Tras señalar el parecido de este recurso con el núm. 1.677/88, entiende el Abogado del Estado que la aducida lesión del derecho del art. 23.2 C.E. tiene carácter puramente derivado y secundario: aparece como consecuencia necesaria de la violación del derecho del artículo 25.1 C.E.; y ésta resulta ser condicionante de aquélla. Se sigue de ello que la verdadera, propia y única cuestión que este amparo suscita es si se ha violado o no el derecho reconocido por el art. 25.1 C.E.

B) Prosigue diciendo el Abogado del Estado que la aplicación de la L.O. 12/1985 no violó el derecho del demandante a que no se le aplicaran retroactivamente las normas sancionadoras menos favorables. En efecto, con arreglo a la *lex prior* (diversos artículos del C.J.M. y del Código Penal común), se condenó al recurrente a ocho meses de prisión menor con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y, asimismo, de separación del servicio. Con arreglo a la *lex posterior*, su pena privativa de libertad ha descendido en un grado y viene a ser la mitad de la que se le impuso, quedando la accesoria de suspensión igualmente reducida a la mitad y manteniéndose la separación del servicio. Es patente que el nuevo régimen sancionador, tomado globalmente y en conjunto, ha sido inequívocamente más beneficioso para el condenado. No ha habido, pues, aplicación retroactiva *in peius* de normas sancionadoras.

C) Tampoco se ha violado la prohibición de analogía *in peius*. La STC 138/1987 (fundamento jurídico 2.º) diferencia entre «aplicación analógica *in peius*» de un precepto penal e «integración normativa por medio de otro precepto de la misma Ley y del Reglamento», operación ésta que reputa constitucionalmente irrelevante. Sin duda, ello es aplicable a las sanciones impuestas por una autoridad administrativa.

El demandante fue condenado en aplicación del Código Penal común —reclamado por el C.J.M.— por la jurisdicción a la que correspondía hacerlo en 1985. Si los hechos por los que fue condenado hubieran sido enjuiciados tras la entrada en vigor del C.P.M. y de la L.O. 12/1985, la Sentencia hubiera debido dictarla el órgano competente del orden jurisdiccional penal, de «la Jurisdicción Ordinaria» penal (Disposición transitoria cuarta del C.P.M.). Por otra parte, asuntos como el presente nacen de una sucesión de leyes y afectan a un número limitadísimo de casos. En efecto, si la separación del servicio hubiera sido ejecutada antes del 1 de junio de 1986, el problema no se hubiera suscitado, atendida la doctrina de la STC 184/1988 (fundamento jurídico 2.º) sobre la Disposición transitoria segunda del C.P.M. Y tampoco hubiera surgido cuestión si el demandante hubiera sido condenado después de aquella fecha, pues la condena se la hubiera impuesto un órgano jurisdiccional penal ordinario (Disposición transitoria cuarta C.P.M.).

El caso del demandante pertenece a un tipo o clase cuyos elementos verosimilmente serán muy pocos: pena accesoria de separación del servicio no ejecutada al 1 de junio de 1986 e impuesta antes de esa fecha por un órgano de la jurisdicción castrense por hechos de los que, a partir de ese día, corresponde conocer y fallar al orden jurisdiccional penal ordinario.

La interpretación de los arts. 60 y 74 II de la L.O. 12/1985 en que se sustenta la resolución impugnada no es difícil de describir: la expresión «condena por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria» es entendida en el sentido de «condena por hechos de los que a partir del 1 de junio de 1986 corresponde conocer y fallar a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria». De ninguna manera hay aquí analogía *in peius*; ni siquiera, propiamente, integración, si con ello se pretende evocar la idea de laguna. Hay, sencillamente, interpretación de unos enunciados en su conexión sistemática. La referencia a los «Tribunales en la jurisdicción ordinaria» contenida en la L.O. 12/1985 ha de ser comprendida en consonancia con la situación que rige a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley, el 1 de junio de 1986, nunca con referencia a la situación existente en una fecha anterior. Los artículos 60 y 78 (*sic*) de la Ley citada no son normas intertemporales: disponen en lo que disponen en atención a un determinado reparto jurisdiccional, a saber, el que ha de regir cuando ambos preceptos estén en vigor.

D) Así, lo que ha hecho la resolución sancionadora es «adaptar por vía interpretativa lo dispuesto en aquellos preceptos a una situación preexistente, adaptación indispensable cuando un criterio intertemporal (el de la retroactividad *in bonam partem*) determina su aplicación a situaciones anteriores. Y la única manera razonable de adaptar dichos preceptos es precisamente la llevada a cabo. Es además la que mejor cuadra con el art. 14 C.E. «La separación del servicio fue impuesta en todos los casos idénticos al del recurrente en que esta accesoria había quedado ejecutada antes del 1 de junio de 1986. Y... se impondrá, como sanción disciplinaria extraordinaria con arreglo a los arts. 60 y 74 de la L.O. 12/1985, en todos los casos idénticos... en que se produzca condena (por la jurisdicción ordinaria) después del 1 de junio de 1986. Es un absurdo axiológico pensar que un número muy limitado de casos a caballo entre las dos series anteriores hayan de recibir un trato distinto y más favorable (permanencia en el servicio), tanto si se los compara con los ejecutados bajo la *lex prior* como si se los compara con los decididos según la *lex posterior*. No hay para ello ningún fundamento objetivo, pues constituiría una irrazonable y absurda menor sanción contraria a la igualdad como valor, principio y derecho. El art. 14 C.E. justifica, pues, la adaptación (o si se prefiere "interpretación integradora") realizada de los arts. 60 y 74 de la L.O. 12/1985).

8. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de junio de 1989, formuló sus alegaciones la representación del actor, que, en síntesis, adujo lo siguiente:

A) El demandante fue sancionado administrativamente por unos hechos que ya habían sido castigados por la jurisdicción militar. La normativa vigente prevé la posibilidad de sancionar por segunda vez en expediente gubernativo conductas ya juzgadas por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, pero no autoriza la doble sanción cuando la Sentencia condenatoria hubiera sido dictada por el fuero de guerra, como acontece en el presente caso. La tesis de la resolución recurrida es que estaríamos ante un vacío normativo o laguna legal que habría que integrar por vía analógica. El resultado de esta integración sería extender la excepción legislativa de la doble sanción desde el supuesto especialmente contemplado en la norma vigente (condena por la jurisdicción ordinaria) al supuesto excluido (condena por la jurisdicción militar).

Tal tesis supone conculcar el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 C.E., que en el ámbito punitivo impide extensiones analógicas a supuestos no contemplados por la Ley. «De otra forma, si los hechos sancionables no fueran sólo y exclusivamente los tasados en la Ley (aun cuando esta enumeración pudiera ser cuestionada como incompleta o imperfecta), sino que pudiera la Administración extender los tipos legales de infracción punible con criterios discrecionales o analógicos, se destruiría la esencia misma del principio de legalidad que recoge la Constitución...».

B) Por otra parte, la vigencia del principio *non bis in idem* hace que en el presente caso no se pueda hablar con rigor de una laguna legal. Habría laguna si lo usual en Derecho punitivo fuera la doble sanción. Pero cuando el principio es justamente el contrario, aunque excepcionalmente exista un caso de doble sanción, expresamente recogido por el legislador, tal caso constituye la excepción y no la regla. El juzgador no debe extrañarse de que no existan legalmente más excepciones a la regla. No debe extender la excepción legal concreta a otras excepciones *de lege ferenda*, más o menos próximas, pues en Derecho la norma excepcional ha de tener siempre una interpretación restrictiva.

En otras palabras, fuera de la excepción legal no hay laguna alguna. Lo que hay es el principio constitucional *non bis in idem*, cuya fuerza expansiva llena la supuesta «laguna». Es con arreglo a este principio

como habría que integrar la laguna, si es que existe. Introducir el mayor número posible de excepciones produce la violación de tal principio.

9. Por providencia de 8 de junio de 1992 se señaló para deliberación y votación de esta Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Según se ha dejado consignado en los Antecedentes, mediante Sentencia de 12 de noviembre de 1985 pronunciada por un Consejo de Guerra de Oficiales Generales, el recurrente, Comandante de Intendencia de la Armada, fue condenado, como autor de un delito de apropiación indebida, a la pena de ocho meses de prisión menor, con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y de separación del servicio. Sin haberse ejecutado tales penas, y en cumplimiento de lo establecido en la Disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar (C.P.M.), el Vicealmirante Comandante General de la Flota, por Decreto Auditoriado de 27 de junio de 1986, rectificó de oficio la Sentencia condenatoria, en el sentido de reducir la pena privativa de libertad a la de cuatro meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y de dejar sin efecto la accesoria de separación del servicio, atendida su desaparición del mencionado Código, que había entrado en vigor el anterior 1 de junio. Ello no obstante, en el mismo Decreto se acordaba, igualmente, la instrucción de expediente gubernativo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 74, párrafo 2.º, de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, vigente también a partir del 1 de junio de 1986.

Concluido el expediente, el Ministro de Defensa, mediante Resolución de 9 de marzo de 1987, confirmada en reposición por la de 27 de octubre siguiente, impuso al actor la sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio. Esta sanción se halla prevista en los arts. 60, 61 y 74, II, de la L.O. 12/1985, en su redacción anterior, salvo el art. 61, a la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Disponía, en efecto, el art. 60 la procedencia de «la incoación del oportuno expediente gubernativo al militar profesional que hubiese sido condenado por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad...», determinando el art. 74, II, que al expedientado se le podrá imponer la sanción referida si la condena hubiera sido, entre otros, por un delito de apropiación indebida.

El solicitante de amparo imputa a la Resolución sancionadora la vulneración de los derechos fundamentales que le reconocen los arts. 23.2 y 25.1 de la Constitución. Es esta segunda infracción, sin embargo, la única que ahora puede estudiarse, toda vez que la primera, independientemente del problema de su autonomía respecto de la segunda vulneración denunciada, suscitado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Abogado del Estado, no fue aducida por el demandante en la vía judicial procedente (art. 43.1 LOTC), según resulta de las actuaciones correspondientes al recurso contencioso-disciplinario sustanciado en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

2. La conculcación de su derecho fundamental a la legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 C.E.) la hace derivar el actor, únicamente, de la extensión analógica a su juicio operada por la Administración al ampliar un supuesto previsto en la L.O. 12/1985 como constitutivo de la sanción extraordinaria de separación del servicio, esto es, la condena «por los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria» por la comisión de un delito doloso (arts. 60 y 74, II), a otro supuesto no contemplado legalmente: la condena por un órgano de la jurisdicción militar. Empero, la cuestión que el recurrente plantea es tributaria de otra lógicamente precedente, a saber, la del carácter previo o posterior de la Ley sancionadora aplicada respecto del supuesto de hecho que motivó la imposición de la sanción —o sea, respecto de la existencia de una Sentencia condenatoria «por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad»—, pues el tratamiento del problema de la correspondencia entre tal supuesto y el descrito en la L.O. 12/1985, resultará superfluo si se constata que, al margen de la mayor o menor exactitud de dicha correspondencia, aquella aplicación ha tenido lugar *ex post facto*, por ser el hecho sancionado anterior a su tipificación legal como ilícito disciplinario.

Ciertamente, el demandante ha limitado su queja en este proceso a la cuestión de la aducida analogía *in peius*. Pero ello no nos exime de analizar la cuestión de la retroactividad peyorativa de la sanción impuesta, pues, aparte del razonamiento que acabamos de expresar, esa cuestión, tratada en la Resolución sancionadora, fue llevada por el actor al recurso jurisdiccional, sobre ella se pronunció la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y en torno a la misma han alegado en el presente litigio el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, los cuales resaltaron las similitudes del caso con el planteado en el R.A. núm. 1.677/88, ya resuelto por esta misma Sala en la STC 196/1991. Si a estas circunstancias añadimos la consideración de que

la cuestión referida afecta plenamente al derecho fundamental que el recurrente estima vulnerado —el proclamado en el art. 25.1 C.E.—, se comprenderá sin dificultad alguna la necesidad de su estudio y el que éste no haya de ir precedido del trámite de audiencia previsto en el art. 84 de la LOTC.

3. En la STC 196/1991 que se acaba de citar, recordaba este Tribunal su reiterada doctrina de que el art. 25.1 de la 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, definida 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.

Por consiguiente, y como en el caso resuelto mediante la STC 196/1991, se trata ahora de determinar si la garantía material del artículo 25.1 C.E. ha sido desconocida o menoscabada por la Resolución sancionadora del Ministro de Defensa impugnada en amparo. A tal propósito, conviene señalar que, de acuerdo con la Disposición transitoria segunda de la L.O. 12/1985, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, los preceptos de dicha Ley 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. 61 y 74, II, de la L.O. 12/1985, al haber sido condenado mediante una Sentencia dictada el 12 de noviembre de 1985, o sea, con anterioridad no sólo a la fecha de entrada en vigor de la Ley, sino a la publicación de la misma en el «Boletín Oficial del Estado» (el 29 de noviembre de 1985), y aun a la fecha de la propia Ley (de 27 de noviembre de 1985). No cabe duda, así, de que los preceptos citados —y antes, claro está, el art. 60 de la Ley disciplinaria militar— se le aplicaron al actor retroactivamente.

En la Resolución recurrida se sostiene, sin embargo, que la Sentencia judicial, supuesto de hecho originador de la incoación del expediente gubernativo de conformidad con lo dispuesto en el art. 60 de la L.O. 12/1985, es la dictada por la Autoridad jurisdiccional de la Flota el 27 de junio de 1986, en revisión de oficio de la pronunciada por el Consejo de Guerra, de modo que aquel supuesto se habría producido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Análogamente, el Tribunal Supremo entiende que es la fecha definitiva de la condena (el citado 27 de junio de 1986) la determinante de la aplicación de la Ley. Mas esta tesis no puede ser aceptada. La Sentencia condenatoria del Consejo de Guerra había ganado firmeza tras la del Consejo Supremo de Justicia Militar de 23 de abril de 1986, declaratoria de no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. Prueba de tal firmeza es, además, el Decreto Auditoriado del siguiente 27 de junio, que si procede a la rectificación de oficio de la condena es porque ésta se había impuesto en una Sentencia ya firme (como exige la Disposición transitoria segunda del CPM), pues de otra manera no hubiera sido posible dicha rectificación, sino la aplicación en vía de recurso de los preceptos del nuevo Código cuando resultaran más favorables al reo y previa audiencia del mismo (Disposición transitoria tercera del CPM).

**16503** Sala Primera. Sentencia 96/1992, de 11 de junio de 1992. Recurso de amparo 1.067/1989. Contra providencia del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid, desestimando recurso de reposición interpuesto contra Auto anterior que tuvo al recurrente por desistido de su demanda en incidente de no readmisión. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: notificación defectuosa.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.067/1989, promovido por doña María Soledad Sobejano Acevedo, representada por el Procurador de

Hubo, en suma, aplicación retroactiva al recurrente de la L.O. 12/1985. Aplicación retroactiva que, de otra parte, no puede entenderse cubierta por la salvedad contenida en la Disposición transitoria segunda de la Ley disciplinaria, referente al carácter más favorable de sus disposiciones para el sancionado. 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 L.O. 12/1985 resultan más favorables de ningún modo opera, en el presente supuesto, con relación al Código de Justicia Militar y al Código Penal común, en cuya virtud fue penalmente condenado el recurrente. Ello porque, eliminada del Código Penal Militar la pena de separación del servicio —hasta entonces accesoria, entre otros, en los casos de condena por el delito de apropiación indebida, según preceptuaba el art. 221 del C.J.M.— y dejada sin efecto para el recurrente dicha pena, en cumplimiento de lo establecido en la Disposición transitoria segunda del C.P.M., por el Decreto Auditoriado de 27 de junio de 1986, 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 señor Álvarez de Furundarena los preceptos de una Ley punitiva promulgada y vigente con posterioridad al supuesto de hecho que describe y sanciona como constitutivo de un ilícito disciplinario.

4. La expuesta vulneración del derecho fundamental indicado obliga a la estimación del presente recurso, a reconocer el derecho fundamental del recurrente a no ser sancionado sino en virtud de ley anterior al hecho constitutivo de ilícito disciplinario y a declarar la nulidad de la Resolución administrativa sancionadora y de las que confirmaron la validez de la misma, sin que, por lo tanto, sea ya preciso examinar la infracción del art. 25.1 C.E. debida a la aducida aplicación análoga *in peius* de los preceptos de la Ley Orgánica 12/1985.

FALLO

En atención a 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 Ricardo Álvarez de Furundarena, y en consecuencia:

1.º Declarar la nulidad de las Resoluciones del Ministro de Defensa de 9 de marzo y 27 de octubre de 1987, así como la de la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo núm. 26, de 21 de diciembre de 1988.

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 al hecho constitutivo de ilícito disciplinario que le fue imputado, quedando restablecido en su derecho con la nulidad antes decretada.

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

Dada en Madrid, a once de junio de mil novecientos noventa y dos.—Francisco Tomás y Valiente.—Fernando García-Mon y González Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Jesús Leguina-Villa.—Luis López Guerra.—Firmado y rubricado.

los Tribunales don Ignacio Aguilar Fernández y defendida por el Letrado don Juan José Aguirre Alonso, contra providencia del Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid, en autos núm. 1.057/1988, de fecha 25 de abril de 1989, por la que se declara no haber lugar al recurso de reposición interpuesto contra Auto del mismo Juzgado, de 18 de abril de 1989 que tuvo a la recurrente por desistida de su demanda en incidente de no readmisión. Han comparecido, además del Ministerio Fiscal, don Antonio Rafael Chacón Pavón y Asociación Chacón Cáncer representados por el Procurador don José Luis Herranz Moreno, bajo la dirección de la Letrada doña Rosa María Chicote Asenjo. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis López Guerra, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. El día 7 de junio de 1989 tuvo entrada en este Tribunal demanda de amparo, presentada en el Juzgado de Guardia el día 5 de junio de 1989; que solicitaba la nulidad de las resoluciones referidas por violación del art. 24.1 de la Constitución.