

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Por Antonio Mozo Seoane

*General Auditor*

*Profesor Titular de Derecho Administrativo*

**Sentencia 134/1997, de 17 de julio. Pleno («B.O.E.» núm. 187, de 6 de agosto).**

**Conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en relación con el Convenio entre los Ministerio de Educación y Ciencia y de la Defensa sobre régimen, promoción y funcionamiento de Centros de Enseñanza, aprobado por Real Decreto 295/1988, de 28 de marzo.**

**Materia: competencia sobre la enseñanza de la lengua catalana.**

**Ponente: Sr. Jiménez de Parga y Cabrera.**

### I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos origen del presente conflicto competencial aparecen reseñados en el fundamento jurídico 1º, que seguidamente se transcribe.

### II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El presente conflicto positivo de competencia se centra en el Convenio suscrito entre los Ministerios de Educación y Ciencia y de Defensa, sobre régimen, promoción y funcionamiento de Centros de Enseñanza, que fue aprobado por el Real Decreto 295/1988, de 24 de marzo. Tal y como se indica en su Preámbulo, este Convenio venía a sustituir a otro anterior, suscrito el año 1978, cuya razón de ser residía en «la necesidad de que el personal de las Fuerzas Armadas contase con Centros escolares suficientes, debidamente coordinados, para que los frecuentes

traslados de residencia a que se ve sometido dicho personal «no perjudicase la trayectoria educativa de sus hijos» y persistiendo tal circunstancia, fue, precisamente, la necesidad de acomodar lo dispuesto en aquel primer Convenio al espíritu de la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la educación (en adelante, L.O.D.E.), la que impulsó el establecimiento del que ahora se impugna, según asegura el referido Preámbulo del Real Decreto 295/1988.

Más concretamente, el controvertido Convenio, cuyo ámbito de aplicación —cumple señalar— se ciñe exclusivamente a determinados Centros docentes cuyo titular en el Ministerio de Defensa, ha sido impugnado porque en los últimos incisos de la cláusula cuarta.<sup>3</sup> se establece lo siguiente: «Por lo que respecta, a la enseñanza de la lengua propia de la Comunidad, tendrá carácter obligatorio con la consideración de asignatura con los mismos efectos académicos y administrativos que las restantes materias o áreas que constituyan el Plan de estudios. No obstante, el Ministerio de Educación y Ciencia podrá conceder la exención de cursar la enseñanza de la lengua propia de la Comunidad en los casos y mediante el procedimiento que se determine».

A juicio de la representación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, acordar sobre la enseñanza de la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, así como eximir de la enseñanza de la misma, es una atribución que sólo corresponde a la Comunidad Autónoma, según se desprende de los arts. 3.2 y 148.1.17. C.E., y de las competencias que en punto a la materia lingüística le reconoce su Estatuto de Autonomía, especialmente su art. 14, en virtud del cual:

«La Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva, en armonía con los planes de estudios estatales, para la enseñanza de la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, de acuerdo con la tradición literaria autóctona. Su normalización será un objetivo de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma. Las modalidades insulares del catalán serán objeto de estudio y protección, sin perjuicio de la unidad del idioma.»

Frente a esta posición, entiende el Abogado del Estado que la capacidad debatida encuentra, en última instancia, un suficiente anclaje constitucional tanto en la competencia exclusiva que el Estado ostenta sobre «Defensa y Fuerzas Armadas» (art. 149.1.4ª), como en las competencias estatales de homologación del sistema educativo y desarrollo del derecho fundamental a la educación que la Constitución igualmente le atribuye.

Una vez descritos, siquiera en sus más elementales trazos, los términos del conflicto, procede comenzar exponiendo la doctrina conforme a la cual habremos de resolverlo.

2. La voluntad de la Nación española, manifestada abiertamente en el propio Preámbulo de la Constitución, de proteger las diversas culturas, tradiciones y lenguas de los pueblos de España, encuentra una proyección inmediata en el articulado de nuestro texto constitucional. Ya en el Título Preliminar, en efecto, tras declararse el castellano la lengua oficial del Estado, se prevé que las «demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos» (art. 3.2 C.E.). Y, acto seguido, el art. 3.3 C.E. concluye: «La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección». Es un reconocimiento del pluralismo lingüístico característico de nuestra Nación que, en fin, tiene también algún eco en el marco constitucional delimitador del orden competencial, toda vez que el art. 148.1.17ª permite a los Estatutos asumir competencias sobre el fomento de la «enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma».

Pues bien, basándose en la remisión del art. 3.2 C.E., el Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares ha consagrado en su art. 3 el carácter del idioma oficial de la lengua catalana, en cuanto propia de esta Comunidad, apostillando a continuación que «todos tienen el derecho de conocerla y utilizarla»; y, asimismo, el Estatuto impone el mandato de que su «normalización será un objetivo de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma» (segundo inciso del art. 14).

Con apoyo en las pertinentes normas estatutarias que declaran la cooficialidad de la lengua autonómica, este Tribunal ha afirmado, con alcance general, que mientras corresponde al Estado regular la enseñanza del castellano, en cuanto única lengua oficial en todo el territorio nacional, atañe a las respectivas instituciones autonómicas la normalización de la enseñanza de otras lenguas oficiales (SSTC 87/1983, fundamento jurídico 5º y 337/1994, fundamentos jurídicos 10 y 14). A este respecto, y dado que los Centros docentes concernidos son de titularidad del Ministerio de Defensa, importa destacar que la determinación del ámbito de la cooficialidad por parte de la Comunidad Autónoma se extiende, *prima facie*, a «todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sin exclusión de los órganos dependientes de la Administración central y de otras instituciones estatales en sentido estricto, siendo, por tanto, el criterio delimitador de la oficialidad del castellano y de la cooficialidad de

otras lenguas españolas el territorio, independientemente del carácter estatal (en sentido estricto), autonómico o local de los distintos poderes públicos» (STC 82/1986, fundamento jurídico 2º). Es más: justamente en relación con esta Comunidad Autónoma ya tuvimos la oportunidad de declarar en la STC 123/1988 que nada «impide, en principio, según la doctrina general sentada por anteriores decisiones sobre la cooficialidad, que se extraigan las consecuencias de dicho principio, en relación con todas las Administraciones Públicas, sin que a ello sea una excepción las Fuerzas Armadas», puesto que las «particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen... su carácter de Administración Pública» (fundamento jurídico 5º).

Esta doctrina general tiene una versión específica al aplicarse a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, puesto que además de las citadas disposiciones estatutarias que son afines a la generalidad de las Comunidades Autónomas dotadas de lengua propia, el Estatuto balear contiene otras previsiones relativas específicamente a la enseñanza de la lengua catalana. En primer término, ya en su redacción inicial el Estatuto contemplaba la competencia sobre el fomento de la misma (art. 10.21), norma que se ha mantenido con idéntico tenor literal en el art. 10.20 tras la reforma del Estatuto acometida en la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo. Y, sobre todo, el primer inciso de su art. 14 —antes transcrito— atribuye a la Comunidad Autónoma la «competencia exclusiva, en armonía con los planes de estudios estatales, para la enseñanza de la lengua catalana, propia de las Islas Baleares, de acuerdo con su tradición literaria autóctona».

Así, pues, la regulación de todo lo relativo a la enseñanza del catalán, como lengua propia de las Islas Baleares, posee ciertamente —como señala la representación de la Comunidad Autónoma— un fundamento estatutario que justifica sobradamente que el Parlamento balear acordase, en la Ley 3/1986, de 29 de abril, de Normalización Lingüística, imponer la obligatoriedad de la enseñanza de esta lengua en todos los niveles, grados y modalidades de la enseñanza no universitaria (art. 19.1). Como también justifican, obviamente, que esta Ley previese la genérica posibilidad de que fuesen los órganos competentes de la Comunidad Autónoma los que decidiesen, en el supuesto de «residencia transitoria en las Islas Baleares», la eventual exención de dicha obligación —hasta un máximo de tres cursos», fijando como requisito imprescindible para solicitarla que «el tiempo transcurrido de residencia más el tiempo previsto no sea superior a tres años» (Disposición adicional cuarta).

Siendo innegable, en suma, la postestad autonómica tanto para establecer la obligatoriedad de la enseñanza de su lengua propia, como para eximir de la misma, hay que determinar ahora si el Estado dispone de algún título competencial que le autorice a decidir singularmente al respecto, concretamente en relación con los Centros objeto del Convenio o si, por el contrario, las normas impugnadas han de considerarse una intromisión ilegítima en la esfera competencial autonómica.

3. Frente al aludido marco estatutario en el que la Comunidad Autónoma basa su facultad exclusiva y excluyente para acordar la obligatoriedad de la enseñanza, así como para establecer exenciones de ella, el Abogado del Estado fundamenta la adecuación al orden constitucional del Convenio impugnado en la competencia exclusiva que en materia de Defensa y Fuerzas Armadas atribuye al Estado el art. 149.1.4ª C.E., puesto que, a su juicio, el objetivo que el mismo persigue no es otro que el de lograr una adecuada política de personal, aspecto este inherente a las materias aludidas en dicha disposición constitucional.

Esta argumentación no debe ser compartida. Pues, si bien es verdad que no puede drásticamente negarse toda vinculación de las disposiciones impugnadas con el referido ámbito material, no es menos cierto que entre ambos tampoco es dable detectar la necesaria trabazón que permitiría ya afirmar, sin ulterior argumentación, que el Estado está legitimado para adoptar tal medida en virtud del citado título competencial. Y es que, a diferencia de lo acontecido en la STC 123/1988 respecto del art. 13 de la Ley de Normalización Lingüística balear —que regulaba el uso del catalán durante la prestación del servicio militar y declaraba la validez de todas las actuaciones militares hechas en esta lengua en dicho territorio—, no cabe apreciar que los preceptos ahora controvertidos incidan en los mismos fundamentos de la «organización y funcionamiento» de las Fuerzas Armadas (fundamento jurídico 5º); afectación directa que, al sí producirse en relación con el mencionado art. 13, nos conduciría entonces a declarar su inconstitucionalidad por invadir el espacio competencial propio del estado que el art. 149.1.4ª C.E. acota. Ciertamente, el Convenio que nos ocupa, dado que se centra en el establecimiento de determinadas particularidades en el régimen regulador de los Centros docentes de titularidad del Ministerio de Defensa, sólo muestra una débil, en cuanto inmediata, vinculación con dicho sector material. Justificar sobre esta sola apoyatura la facultad debatida equivaldría a expandir indebidamente el marco de la competencia estatal ex art. 149.1.4ª C.E. a toda suerte de actividades no incluidas en dicho ámbito, por el mero hecho de su más o menos remota, potencial u ocasional relación con aquellas materias.

### III. FALLO

Declarar que la competencia controvertida corresponde a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

**Sentencia 145/1997, de 15 de septiembre. Sala Segunda («B.O.E.» núm. 248, de 16 de octubre).**

**Recurso de amparo contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, que desestima reclamación contra resoluciones del Ministerio de Defensa.**

**Materia: reconocimiento de trienios en determinada cuantía. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley: apartamiento no arbitrario de doctrina anterior del mismo Tribunal.**

**Ponente: Sr. Viver Pi-Sunyer.**

#### I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Los demandantes de amparo, Oficiales y Suboficiales del Ejército, inerpusieron recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del Ministerio de Defensa por las que se desestimaban sus solicitudes de reconocimiento de trienios en la cuantía correspondiente a la categoría militar ostentada en cada momento y no en el momento de perfeccionarlos, con efectos desde el 1 de enero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1993, tras la desestimación por silencio administrativo de los recursos de reposición presentados frente a las mismas.

Con fecha de 8 de febrero de 1995, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias dictó Sentencia desestimando dicho Recurso Contencioso-administrativo.

#### II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Unico. La cuestión que se plantea en este procedimiento ha sido expresamente resuelta por este Tribunal en los AATC 278/1995, 279/1995 y 280/1995, en sentido desfavorable a las pretensiones de los

recurrentes, pues los recursos que dieron lugar a dichas resoluciones fueron inadmitidos.

Sin perjuicio de remitirlos en este momento a la fundamentación contenida en dichas resoluciones, y dictar en consecuencia una Sentencia desestimatoria de la pretensión formulada, cabe recordar en esencia: primero, que el cambio de motivación advertido en la Sentencia se realizó de conformidad con las exigencias impuestas por este Tribunal derivadas del respeto al principio de igualdad (STC 42/1993), es decir, de modo consciente, reflexivo, motivado y con criterios generalizables —fundamento jurídico 9º de la Sentencia recurrida—, segundo, que, en cuanto a la comparación con las Sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia de otras Comunidades Autónomas, el término de comparación propuesto en la demanda no es válido, al no haber sido dictadas las resoluciones contrastadas por el mismo órgano judicial (STC 119/1994), tercero, respecto de la inexistencia de un recurso de unificación de doctrina en esta materia, que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración del sistema de recursos y los supuestos en que estos proceden (SSTC 119/1994 y 125/1997, entre otras).

Finalmente, tampoco se aprecia violación del derecho a la tutela judicial efectiva, al carecer esta alegación de autonomía respecto de la denunciada violación del principio de igualdad, ya que la pretendida vulneración del «derecho que tienen los recurrentes a obtener la efectiva tutela del Tribunal que ha fallado su recurso» se fundamenta únicamente en que este ha dictado «una Sentencia totalmente opuesta y contradictoria a otras de la misma Sala que fallaron recursos, no similares, sino idénticos a los interpuestos por mis representados.

### III. FALLO

Denegar el amparo solicitado.

**Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, Sala Segunda («B.O.E.» núm. 260, de 30 de octubre).**

**Recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que desestimó recurso contencioso-disciplinario militar interpuesto contra Orden Ministerial de separación del servicio.**

**Materia: vulneración del principio de legalidad penal y del derecho a la intimidad personal y familiar: aplicación restrictiva, no fundamentada debidamente, de derechos fundamentales.**

**Ponente: Sr. Viver Pi-Sunyer.**

## I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

El 21 de septiembre de 1979 el Tribunal de Honor constituido al efecto en la Sala de Juntas del Regimiento de Artillería de Campaña núm. 25, con sede en Vitoria, para enjuiciar al Capitán de Artillería de la Escala Activa, Grupo de Mando de Armas, don Adolfo Pedro Cristóbal Díaz, por la imputación de *consentimiento de adulterio de su mujer con un teniente de Infantería*, y de robo de 55.000 pesetas del Hogar del Soldado del Regimiento, acordó proponer la separación del servicio del actor por entender que los hechos debían calificarse como deshonorosos.

En virtud de dicho fallo, por Ordeh del Ministerio de Defensa de 13 de noviembre de 1979, el actor queda separado del servicio, pasando a la situación de retirado.

Aunque inicialmente contra la resolución del Ministerio de Defensa acordando la separación del servicio como consecuencia de propuesta del Tribunal de Honor no cabía recurso alguno, tras diversos escritos del interesado, informe de los Servicios Jurídicos del Ministerio de Defensa y del Consejo de Estado, el Ministro de Defensa dictó resolución, fechada el 19 de octubre de 1993, por la que anulaba la Orden Ministerial de 13 de noviembre de 1979, sólo en lo que se refería a la imposibilidad de interposición de recurso judicial alguno; ello permitió al actor acudir inicialmente a la vía contencioso-administrativa (Sala de dicha jurisdicción de la Audiencia Nacional), y posteriormente, a la Sala Quinta del Tribunal Supremo que, en el recurso contencioso-disciplinario militar núm. 2/59/93, dictó Sentencia el 31 de octubre de 1994 desestimándolo, y que ahora se impugna en amparo.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El recurrente era capitán de Artillería cuando a raíz de una imputación de *consentimiento en la relación adúltera* que mantenía su cónyuge fue sancionado por un Tribunal de Honor con la separación del servicio y con el pase a la situación de retirado. La correspondiente Orden Ministerial fue declarada válida y conforme a derecho por la Sala de lo

Militar del Tribunal Supremo frente a las alegaciones que ahora se reproducen en esta sede y que atribuyen a aquel procedimiento disciplinario militar la vulneración de diversos derechos fundamentales: a la igualdad (art. 14 C.E.), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 C.E.), a un proceso con todas las garantías, a la asistencia letrada y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), y a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 C.E.).

Nos encontramos, pues, ante una solicitud de amparo frente a un acto de la Administración, regulada en el art. 43 LOTC. La extensión de su objeto a la Sentencia del Tribunal Supremo no se produce porque se le atribuyan a la misma nuevas vulneraciones de derechos fundamentales, sino porque culmina la vía judicial precedente al amparo, sin que, a juicio del recurrente, haya declarado y reparado las infracciones que había ocasionado la decisión administrativa.

2. A lo largo de los seis motivos que se sintetizan en los antecedentes de hecho, la demanda sucinta diversas cuestiones relativas tanto a derechos de contenido sustantivo como a las garantías procedimentales esenciales que recoge el art. 24.2 C.E. De modo comprensible para la defensa de sus intereses, máxime a la vista de la antigüedad de la inicial Orden Ministerial sancionadora, que data de 11 de enero de 1980, el recurrente sitúa prioritariamente su *petitum* en la nulidad radical de la misma y sólo subsidiariamente en su anulación orientada a la retroacción de actuaciones y a la corrección de las quebras esenciales de procedimiento. La racionalidad de esta ordenación de sus pretensiones desde la perspectiva de la protección y reparación efectiva de los derechos fundamentales nos inclinan a separarnos de nuestra práctica habitual de anteposición del análisis de los motivos formales y a comenzar el presente por las denuncias más radicales de carácter sustantivo, que el recurrente concreta en tres alegaciones: las dos primeras se refieren al derecho a la legalidad penal desde la perspectiva de los principios de taxatividad y de tipicidad; la tercera, al derecho a la intimidad (art. 18 C.E.).

Concretamente, denuncia en primer lugar que se le ha sancionado mediante la aplicación de una norma abstracta en exceso y por ello generadora de una inseguridad jurídica «contraria al espíritu y la letra del art. 25 de la Constitución». El tipo sancionador que se aplicó al hoy recurrente fue el que recogía el art. 1.025 del C.J.M. Dicho precepto sometía a juicio y fallo de los Tribunales de Honor a «los Generales, Jefes y Oficiales de los Ejércitos en situación de activo o reserva que cometan un

acto contrario a su honor o dignidad, u observen una conducta deshonrosa para sí, para el Arma o Cuerpo a que pertenezcan o para los Ejércitos». Su sucesor, en el entendimiento de la Sentencia impugnada del Tribunal Supremo, vigente en el momento del dictado de ésta y también actualmente, es el art. 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que sanciona el «observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyan delito».

Discute la demanda, en segundo lugar, la corrección de la subsunción realizada. Así, después de señalar que el consentimiento del adulterio no es delito —cosa que, por cierto, no niegan las Resoluciones recurridas—, afirma que el referido art. 1.025 del C.J.M. ha sido aplicado a un supuesto no previsto en la norma puesto que en modo alguno afecta al honor militar el hecho de consentir la infidelidad conyugal, máxime en atención a circunstancias concurrentes tales como la vigencia a la sazón del principio de indisolubilidad del matrimonio, la protección de sus hijas y las amenazas de su esposa de quitarse la vida o acabar con la de sus hijas. En suma, achaca a las resoluciones traídas a este proceso la vulneración del principio de tipicidad penal al haber llevado a cabo una extensión *in malam partem*.

Por último, la pretendida vulneración del derecho a la intimidad se basaría, a juicio del recurrente, en que los hechos de que se le acusa han tenido lugar en la más estricta esfera familiar en la que los poderes públicos no pueden entrar ya que «su potestad y soberanía es exclusiva del individuo y de su entorno familiar».

3. Respecto de la primera de las tres alegaciones, este tribunal ha tenido ocasión de reiterar que el contenido constitucional del principio de legalidad en el ámbito penal, que se expresa en las exigencias de *ley certa, praevia, scripta et stricta*, comporta, en primer lugar, un mandato frente al legislador, el de taxatividad, según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

Como consecuencia o concreción directa de este mandato surgen una serie de prohibiciones entre las que destacan, por lo que aquí interesa, la interdicción de que el derecho infralegal opere como fuente inmediata de las infracciones y sanciones, o que unas y otras puedan establecerse o imponerse en virtud de normas consuetudinarias o, finalmente, que el derecho sancionador pueda ser creado por los jueces.

Con todo, como también hemos dicho en repetidas ocasiones, y en concreto, como veremos de inmediato, respecto del precepto aquí aplicado, las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, si bien, en tales casos, para que pueda entenderse respetado el principio de legalidad es preciso que la complementación exista realmente.

En efecto, constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 C.E. se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (SSTC 69/1989, fundamento jurídico 1º; 219/1989, fundamento jurídico 5º; 116/1993, fundamento jurídico 3º; 305/1993, fundamento jurídico 5º; 26/1994, fundamento jurídico 4º; 306/1994, fundamento jurídico 3º; 184/1995, fundamento jurídico 3º). Esta compatibilidad es especialmente posible en el ámbito del Derecho disciplinario, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción.

En todo caso, admitir la compatibilidad entre el art. 25.1 C.E. y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas, no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos.

La aplicación de esta doctrina a los conceptos ahora cuestionados por su abstracción fue realizada ya por la STC 270/1994. Su conclusión fue la siguiente: «Cuando el art. 59.3 de la LO.R.D.F.A. se refiere como fundamento de la sanción extraordinaria que en él se prevé al comportamiento consistente en “observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyan delito”, está definiendo como motivo de la indicada sanción la realización de actos externos e individualizables que sean constitutivos de un grave atentado a la “disciplina, servicio o dignidad militar”. Así entendido, el tipo en cuestión no se opondría a la exigencia de taxatividad derivada del derecho reconocido en

el art. 25.1 C.E., ya que, pese a su aparente inconcreción, los conceptos acabados de mencionar resultan perfectamente determinables» (fundamento jurídico 6º).

Sin embargo, si se admitió la constitucionalidad del precepto aquí enjuiciado a pesar de incorporar conceptos normativos abiertos, fue porque esos conceptos eran «determinables», de modo que el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete aplicador de la norma. Éste debe realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsible y garantizando la taxatividad de la norma.

Atendiendo a las exigencias que del principio de legalidad derivan respecto del aplicador y, en especial, respecto del Juez, la presencia de cláusulas normativas necesitadas de valoración judicial obliga a éste a indagar los cánones objetivos que han de regir dicha valoración, atendiendo, en casos como el presente, a los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente, depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución.

Todo este proceso de concreción de las cláusulas relativamente indeterminadas a que aludimos, ha de hacerse, según hemos dicho, de modo explícito. El déficit de la ley sólo es compatible con las exigencias del principio de legalidad si el Juez lo colma. Y la única manera de llevar a cabo esta tarea de conformidad con el art. 25 C.E. es hacer expresas las razones que determinan la antijuricidad material del comportamiento, su tipicidad y cognoscibilidad y los demás elementos que exige la licitud constitucional del castigo. Ello significa que, como sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales, también la garantía del citado precepto constitucional puede vulnerarse por la ausencia de un adecuado razonamiento que ponga de manifiesto el cumplimiento de sus exigencias.

Podemos avanzar ya que en las resoluciones enjuiciadas no se explicita suficientemente el proceso de concreción de los conceptos indeterminados de honor contenidos en el art. 1.025 del C.J.M. vigente en el momento de producirse los hechos objeto de sanción. Sin embargo antes de proceder al análisis concreto de esas resoluciones, conviene en este caso que expongamos la *ratio decidendi* relativa a las otras dos alegaciones traídas a este proceso puesto que, como comprobaremos, todas ellas tienen un denominador común que, al completarse y reforzarse, aconseja su aplicación conjunta al supuesto aquí examinado.

4. En cuanto a la alegación relativa a la infracción del principio de tipicidad integrado en el derecho a la legalidad penal basada en que las

Resoluciones aquí recurridas han llevado a cabo una aplicación extensiva *in malam partem* del precepto de la ley, este Tribunal ha reiterado que la prohibición de este tipo de interpretaciones, así como la de interpretación y aplicación analógica, integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex scripta, praevia, certa et stricta*, el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 C.E.

En rigor, como hemos expuesto en la reciente STC 137/97, la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con unas «concretas, precisas, claras e inteligibles» (STC 34/1986, fundamento jurídico 5º).

El principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 93.), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite en la definición del Estatuto y de la competencia esenciales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de la leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla. Como afirmaba la STC 75/1984, en referencia al Derecho Penal, «el derecho (...) de no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente (...), que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera (...) la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y son objetivamente perseguibles» (fundamento jurídico 5º). O, en palabras de la STC 133/1987, «el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador» (fundamento jurídico 4º).

Establecido el contenido de este aspecto del principio de legalidad penal y precisado su fundamento conviene concretar cuál es el alcance del

control que el Tribunal Constitucional puede ejercer en su aplicación respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales y cuáles son las pautas o criterios que deben regir este control. A este efecto lo primero que debe advertirse es que es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados. Es más, aunque de *prima facie* pudiera parecer que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, no es ésta la consideración procedente. En rigor, desde la perspectiva constitucional, no toda interpretación y aplicación aparentemente incorrecta, inoportuna o inadecuada de un tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad ni la del derecho fundamental que, ex art. 25.1 C.E., lo tiene por contenido.

Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación extensiva *in malam partem* —al igual que de la de interpretación analógica vulneradora del principio de legalidad penal— cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Nuestro control queda, pues, delimitado en cuanto a su finalidad por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales aplicadoras de preceptos sancionadores impidan a los ciudadanos «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1987, fundamento jurídico 5º), y en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento por la verificación del respeto del tenor literal de los preceptos sancionadores aplicados y de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos.

En efecto, el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son

necesariamente abstractas y remiten implícitamente a una realidad valorativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/2982; recientemente, STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad, de libertad y de legitimidad en juego, pero también de la competencia del Juez ordinario en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, 75/1984, 111/1993), discrimine entre las decisiones que forman parte del campo de elección legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley. Este criterio no puede quedar constituido por la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, canon de delimitación de ciertos contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, amén de desconocer que la contenida en el art. 25.1 C.E. es una manifestación de aquel derecho que por su trascendencia aparece constitucionalmente diferenciada, una resolución judicial condenatoria que no adolezca de esos defectos puede, no obstante, resultar imprevisible para el ciudadano —y, como se ha dicho, no permitirle «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1987, fundamento jurídico 5º)— y constituir una manifestación de la ruptura del monopolio legislativo —y administrativo, con la subordinación y limitación que le es propia— de determinación de las conductas ilícitas.

La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Sólo así podrá verse la decisión sancionadora como un fruto previsible de una razonable aplicación judicial o administración de lo decidido por la soberanía popular. A ese contexto de criterios y valores es al que nos hemos referido ya como habilitador de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en las normas sancionadoras determinables «en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia». De este modo, dicho en negativo, las afirmaciones anteriores, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible

de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su fundamento metodológico —por una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o por ser ajenas a los valores que informan nuestra Constitución conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. Para aplicar el canon descrito en este fundamento jurídico debe partirse, en principio, de la motivación contenida en las resoluciones recurridas. Esta constatación, como veremos, cobra especial relieve en el caso aquí enjuiciado por lo que antes de proceder a su aplicación conviene precisar en este extremo la *ratio decidendi* aquí expuesta.

En efecto, los aspectos esenciales de la interpretación de la norma sancionadora realizada por el órgano administrativo o por el órgano judicial deben expresarse *ex art. 24.1 C.E. en la motivación de la resolución correspondiente*. Debe diferenciarse, no obstante, entre la existencia de una motivación o de una motivación suficiente y la de una aplicación de la norma acorde con el principio de legalidad. Puede suceder de hecho que la motivación de la resolución revele un entendimiento de la norma aplicada contrario al art. 25.1 C.E. en cuanto constitutivo de una extensión *in malam partem* o analógica de la misma. Puede suceder también que, a pesar de la ausencia de motivación, o a pesar de su insuficiencia, sea constatable por la propia mecánica de la subsunción del hecho en la norma un entendimiento de ésta acorde con las exigencias del principio de legalidad. Habrá supuestos, finalmente, en los que sin una explicación suficiente no sea posible conocer el entendimiento judicial o administrativo del precepto en cuestión y su adecuación constitucional desde la perspectiva del art. 25.1 C.E.: supuestos en los que la motivación no «permite conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión» (STC 166/1993). De ahí que quepa apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión. En otros términos: al igual que hemos dicho al examinar el principio de taxatividad, la falta de un fundamento jurídico concreto y cognoscible priva a la sanción del sustento que le exige el art. 25.1 C.E. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de legalidad de la sanción, sólo reparable con su anulación definitiva.

5. Algo parecido debe decirse respecto de la alegada vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar.

No cabe duda de que el comportamiento omisivo reprochado se refería a algo tan privado como es la propia relación conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 C.E. Este artículo protege ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la «acción» ajena (STC 231/1988) y, con ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en el área de intimidad. En este sentido, basta recordar nuestras afirmaciones relativas a que «el derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada» (STC 117/1994, fundamento jurídico 3º) y a que «el art. 18.1 de la Constitución (...) impide las injerencias en la intimidad “arbitrarias o ilegales”, como dice claramente el art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos» (STC 110/1984, fundamento jurídico 8º).

El hecho de que estas conductas íntimas tengan trascendencia externa no las sitúa sin más fuera del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, aunque sí puede justificar el establecimiento de ciertos límites específicos en cuanto a su protección constitucional. En efecto, dado que salvo contadas excepciones, como la del derecho a no ser sometido a torturas, los derechos fundamentales no son absolutos, no cabe negar de entrada la posibilidad de que en el supuesto aquí enjuiciado la realización de conductas deshonrosas para el militar, el Arma o Cuerpo al que pertenece o para los Ejércitos pueda, en determinadas circunstancias, constituir un límite al servicio del derecho a la intimidad personal y familiar. Así parece reconocerlo el Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia» frente a toda «injerencia de la autoridad pública», aunque añade, salvo que «esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás» (art. 8).

No obstante, como hemos tenido ocasión de reiterar en muy numerosas resoluciones, los límites impuestos al ejercicio de los derechos funda-

mentales deben ser establecidos, interpretados y aplicados de forma restrictiva y en todo caso no deben ser más intensos de lo necesario para preservar otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. La limitación debe ser la mínima indispensable y, por ello, está sometida al principio de proporcionalidad al objeto de evitar sacrificios innecesarios o excesivos de dichos derechos. Esto exige, también en este caso, que las resoluciones que aplican los referidos límites tengan una motivación suficiente para poder controlar la proporcionalidad y, en suma, la constitucionalidad de la medida aplicada. La falta o la insuficiencia de la motivación puede llevar a la vulneración del derecho sustantivo afectado.

En efecto, como recientemente recordábamos en la STC 170/1996 «cuando se trata de una medida restrictiva de derechos compete al Tribunal Constitucional, en su tarea de protección del derecho fundamental afectado, controlar en último término la motivación ofrecida no sólo en el sentido de resolución fundada y razonada, sino también como único medio de comprobar que la restricción del derecho fundamental ha sido razonable y proporcional, acorde con los fines de la Constitución y resultado de un juicio de ponderación de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en pugna (SSTC 50/1993, 128/1995, 181/1995, 34/1996, 62/1996, entre otras)». La falta o insuficiencia de la motivación afecta, pues, a la propia existencia del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho a la intimidad y, por lo tanto, al propio derecho fundamental (SSTC 27/1989, 8/1990, 86/1995, 128/1995, 62/1996, 179/1996, entre otras).

Esta exigencia de motivación para poder controlar la razonabilidad y la proporcionalidad de las medidas limitadoras del ejercicio de un derecho fundamental es especialmente relevante en supuestos como el presente en el que ese límite lleva aparejadas consecuencias tan graves como la pérdida definitiva de la propia profesión y ello se produce mediante la aplicación de conceptos tan indeterminados y tan necesitados de una explícita interpretación y aplicación adaptada a los nuevos valores y preceptos constitucionales como es el tradicional concepto de honor militar, máxime cuando opera como límite de conductas relacionadas con comportamientos sexuales desarrollados fuera de las instalaciones militares. En estos casos, en los que está implicado el alcance de un derecho fundamental, no puede afirmarse que la interpretación y aplicación del precepto ordinaria, ni que nuestro control pueda limitarse a comprobar la razonabilidad o la simple existencia de motivación de las resoluciones impugnadas.

En suma, de cuanto llevados dicho se desprende como *ratio decidendi* para resolver la triple queja enjuiciada, que, dado el carácter indeterminado del tipo penal aplicado, el consiguiente mayor riesgo de extensión indebida y su efecto limitador de un derecho fundamental como el reconocido en el art. 18 C.E., las resoluciones traídas a este procesos de amparo incurrirán en las vulneraciones constitucionales denunciadas si están huérfanas de motivación suficiente.

6. Pues bien, aplicando la anterior razón de decidir a las referidas resoluciones debemos concluir que no cumplen el requisito de motivación exigible desde la perspectiva de los arts. 25.1 y 18 C.E.

Concretamente, respecto de la Orden Ministerial, según refleja el acta correspondiente, el Tribunal de Honor consideró que la conducta del recurrente consistente en el consentimiento del adulterio de su mujer era, sin más, «deshonrosa». Ninguna apreciación añadida contiene la Orden Ministerial que resuelve la sanción.

La Sala Quinta del Tribunal Supremo, por su parte, al abordar en el fundamento 2º de su Sentencia las alegaciones relativas a la vulneración de los arts. 25 y 18 C.E., se limita a decir que «los actos contrarios a la dignidad y al honor fueron objeto de tipificación también entre las faltas militares tanto desde un punto de vista individual, como cuando afectaban al buen régimen de los Ejércitos o al prestigio de la institución militar (art. 443 del C.J.M.). De la declaración del inculpado prestada ante el propio Tribunal de Honor se deduce, por otra parte, la trascendencia del consentimiento para el adulterio, que se llevaba a cabo en su propio domicilio durante su permanencia y que tuvo repercusión en un orden también familiar. No puede sostenerse el carácter íntimo y personalísimo de la actitud y conducta observada por el recurrente que era susceptible de afectar no sólo a su propia personalidad sino también al prestigio de la institución militar a la que pertenecía». Añade, por último, que pueden existir conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio y dignidad militar, sin constituir delito o falta, puesto que pueden suponer un ataque al honor exigible a los Oficiales profesionales de los Ejércitos, cita en este sentido las Sentencias de la misma Sala de 6 de octubre de 1989 y 18 de mayo de 1992, relativas, la primera, a actividades relacionadas con un delito de cohecho y, la segunda, con un delito de contrabando.

La mencionada Sentencia vuelve a referirse al honor militar en el fundamento jurídico 4º. Sin embargo, lo hace en el contexto de la alegación relativa al derecho a la igualdad del art. 14 C.E., y se limita a apuntar un concepto abstracto de honor, a afirmar la existencia de un honor militar

dotado de características específicas y a concluir que, por ello mismo, la exigencia de un plus de moralidad a los militares no vulnera el mencionado derecho a la igualdad. Concretamente, para definir el honor militar la Sentencia reproduce literalmente la ya citada de 6 de octubre de 1989 de la misma Sala, diciendo que «el honor según la acepción más cabal de esta palabra es la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales. Tiene honor, en consecuencia, quién observa un comportamiento inspirado por unas exigencias morales más rigurosas a las que sirven de pauta al común de los hombres. El honor así entendido, no es, por supuesto, patrimonio de persona o grupo alguno, pero existen cuerpos y clases en el Estado a cuyos (miembros) puede serles exigido un cierto honor, es decir, una más alta moralidad, incluso a través de la vía coactiva del Derecho disciplinario, bien por la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían.

En esta situación de especial exigencia se encuentran indudablemente los militares, particularmente los profesionales, cuyas Reales Ordenanzas, definidas como la regla moral de la Institución Militar, vinculan jurídicamente en cuanto constituyen el contenido de una ley. El honor militar, en consecuencia, que los arts. 1 y 29 de las Reales Ordenanzas relacionan significativamente con el cumplimiento del deber, es, antes que ninguna otra cosa, la depurada actitud moral que ha de servir de presupuesto en el militar, junto al amor a la Patria, la disciplina y el valor, para el más exacto cumplimiento del deber, siendo éste el sentido primordial del honor militar, se comprende sin dificultad cuan equivocado está el recurrente al argüir que su acción no fue contraria al honor militar porque no era capaz de empañar la reputación de la institución. Aunque así fuese habría que oponer a tal razonamiento que dicha conducta es contraria al honor militar porque pone de manifiesto, en un profesional de la milicia, tanto una desmedida orientación al lucro, como una deplorable falta de escrúpulos en la elección de los medios para su consecución, lo que implica un nivel moral muy inferior, no sólo al que es exigible del (hombre) de honor, sino al que es propio del ciudadano mínimamente respetuoso con las normas más elementales de convivencia social». Realizada la larga autocita, el Tribunal Supremo aplica la doctrina al supuesto enjuiciado con la siguiente escueta conclusión: «Doctrina que tiene singular encaje en este caso, en cuanto patentiza que la exigencia de determinadas conductas en orden a la dignidad y al honor a ciertos individuos e incluso sectores sociales no supone la quiebra del principio de igualdad».

Si nos atenemos a las exigencias de motivación requeridas en el presente caso no cabe duda de que las resoluciones enjuiciadas son parcas a la hora de precisar el alcance del concepto de honor militar y manifiestamente insuficientes al razonar su aplicación al caso concreto del sentimiento del adulterio.

En efecto, como hemos reiterado, los conceptos de honor de los militares, del Arma o Cuerpo al que pertenecen o de los Ejércitos, cuando se emplean como elementos configuradores de tipos sancionadores que permiten limitar el ejercicio de derechos fundamentales y provocar la separación definitiva del servicio militar, deben precisarse con rigor a la luz de los valores y preceptos constitucionales y esta tarea debe llevarse a cabo teniendo en cuenta, sobre todo, las altas funciones que las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente encomendadas (art. 8.1 C.E.). Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la realización de conductas deshonorosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes. Por ello resulta constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límite incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, el alcance de ese concepto debe irse concretando con el tiempo y a través de los cauces, especialmente los jurisprudenciales, conocidos en Derecho para llevar a cabo estos menesteres, y, sobre todo, como parte de este proceso de concretización, lo que debe explicitarse con sumo cuidado es la aplicación de estos conceptos a los casos enjuiciados, razonando por qué y en qué medida los supuestos analizados afectan al honor de los militares o de los Ejércitos hasta el extremo de justificar la separación definitiva de los mismos. Así lo ha reconocido con reiteración la propia Sala Quinta del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los preceptos relativos al honor y, luego, a la dignidad militares advirtiendo que estos conceptos se refieren a «conductas (...) no siempre definidas con toda precisión (...) ya que están en su mayoría descritas en términos de gran amplitud o subjetividad, lo que aun planteando problemas desde el punto de vista del principio de legalidad y de seguridad jurídica, no deja de estar justificado, dentro de ciertos límites (...) ahora bien, es preciso

puntualizar que si justificado está que determinados presupuestos de sanciones extraordinarias se definan con la indicada felexibilidad obligado es también que su apreciación en cada caso se realice con suma ponderación, evitando, por ejemplo, que lleguen a ser reprimidas por este procedimiento, pensado evidentemente para salir al paso de los comportamientos más deseables, acciones u omisiones que no podrían ser integrados en algunos de los tipos de acción concreta y casuísticamente enunciados en la ley» (Sentencia de 8 de mayo de 1989. En el mismo sentido, entra otras, Sentencia de 30 de abril de 1993).

Pues bien, el Tribunal de Honor y la Orden Ministerial nada dicen al respecto. Por su parte, el Tribunal Supremo define el honor como la cualidad que impulsa al hombre a conducirse con arreglo a las más altas normas morales y justifica la exigencia de una más alta moralidad a los militares «bien en la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían», pero, a parte de lo inconcreto de esta conceptualización, nada se dice de la aplicación al caso específico enjuiciado, salvo que la conducta enjuiciada y reconocida por el recurrente ha tenido trascendencia externa a pesar de producirse en su domicilio. De la insuficiencia del razonamiento basado en la trascendencia externa de la conducta se ha hecho eco la propia Sala Quinta del Tribunal Supremo en la única Sentencia dictada tras la entrada en vigor de la Constitución de 1988— en la que se analiza un supuesto que guarda relación con el aquí enjuiciado, concretamente se refiere a «la comisión de actos deshonestos con individuos del mismo sexo» y parte, precisamente, de la premisa de que «no toda manifestación o exteriorización de tendencias homosexuales en un militar profesional (tiene) que ser forzosamente incardinado en el ilícito administrativo que consideramos», por lo que, tras esta afirmación, entra a ponderar con todo detalle en qué medida las circunstancias concretas del caso, como la reiteración de la conducta, la relación jerárquica entre los implicados, su realización o no «en el recinto militar», «con ocasión o no del servicio», afectan a la disciplina y atentan a la dignidad militar.

Pues bien, la ponderación de esta relación entre las circunstancias del caso y la concreta afectación al honor y dignidad militar falta en el supuesto objeto del presente recurso de amparo. En primer lugar debe advertirse que, a pesar de tratarse de una sanción por conducta omisiva, no se insinúa siquiera cuál debía ser la conducta jurídicamente debida en este caso, y, sobre todo, no se razona cómo esta omisión, relativa al ámbito de lo más íntimo y personal y realizada en el propio domicilio, fuera del

servicio, entre militares de distinta Arma y sin relación de jerarquía funcional, afecta al honor del Arma o de los Ejércitos, ni en qué medida incide en la disciplina, la organización interna o la eficacia en la realización de las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas y lo hace hasta el extremo de merecer tan severa sanción como es la de la separación definitiva del servicio.

No cabe negar *a priori* que, en determinadas circunstancias, conductas íntimas como la que dio lugar al actual proceso puedan realmente afectar al honor militar. Sin embargo, a la luz de las pautas o reglas éticas o morales socialmente imperantes en la actualidad —pautas desde las que debe delimitarse el alcance del honor de los distintos grupos profesionales, sin incurrir en autodelimitaciones endogámicas—, y a la luz también de los valores y principios constitucionales, hoy la concurrencia de estas circunstancias en el caso examinado no puede darse por supuesta, sino que debe justificarse con todo detalle. Dicho de otra forma: en la actualidad no es algo que se imponga como evidente y no requiera explicación alguna el hecho de que atente al honor militar la práctica o el mero consentimiento de determinadas conductas sexuales en el propio domicilio. En cualquier caso, no basta para motivar esta conclusión la mera referencia a Sentencias relativas a supuestos de cohecho o de contrabando en los que aplicación del concepto de honor militar no colinda con ningún derecho fundamental y que plantean una problemática totalmente distinta de la relativa a la realización de determinadas prácticas sexuales. Por otra parte, tampoco puede sostenerse que existiera en el momento de dictar las resoluciones recurridas una jurisprudencia respecto a las relaciones entre el honor militar y las relaciones conyugales en el ámbito de las relaciones sexuales suficientemente consolidada como para justificar un razonamiento implícito o para remisión. La situación, como hemos apuntado, era precisamente la contraria.

En realidad, cabe concluir que ni el Tribunal de Honor ni el Tribunal Supremo aclaran en qué consistió la deshonra, con qué pauta o regla ético social o moral se valoró la misma, o cuál era el concreto comportamiento alternativo adecuado a los bienes que se dicen menoscabados. Es más, tampoco precisan si la conducta deshonrosa —o, en la dicción de la Sentencia, el acto contrario a la dignidad y al honor— enjuiciada lo fue para el expedientado, para el Arma o Cuerpo al que pertenecía o para los Ejércitos, supuestos todos contemplados en el precepto sancionador utilizado y que no tienen necesariamente el mismo contenido ya que puede ser distinto el honor militar que el honor de los militares.

Todo ello configura una carencia de argumentación que impide conocer, más allá de la inicial indeterminación del precepto, tanto el tenor de la norma concreta aplicada como si el paso de aquélla a éste de produjo de la mano de «criterios lógicos, técnicos o de experiencia», o de un «contexto legal y jurisprudencial» (SSTC 133/1987, 89/1993) que hacían de esta última una regla vigente y, de su contundente sanción, una consecuencia previsible para la conducta reprochada y, muy especialmente, un límite al ejercicio del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

### III. FALLO

Estimar el recurso de amparo y, en su virtud:

1º Declarar que la Orden del Ministerio de Defensa, de 23 de noviembre de 1979, por la que se separaba del servicio al recurrente ha vulnerado su derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento (art. 25.1 C.E.) y el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 C.E.).

2º Anular dicha Orden Ministerial y la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo 34/1994, de 31 de octubre.