



Roj: **STS 2731/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2731**

Id Cendoj: **28079150012023100057**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Militar**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2023**

Nº de Recurso: **54/2022**

Nº de Resolución: **60/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Disciplinario Militar (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CLARA MARTINEZ DE CAREAGA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMC, Madrid, 28-06-2022 (Recurso 90/2020),  
ATS 14255/2022,  
STS 2731/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Militar**

**Sentencia núm. 60/2023**

Fecha de sentencia: 26/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Número del procedimiento: 54/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/04/2023

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Clara Martínez de Careaga y García

Procedencia: TRIBUNAL MILITAR CENTRAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

Transcrito por: MLA

Nota:

RECURSO CASACION CONTENCIOSO núm.: 54/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Clara Martínez de Careaga y García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Palazuelos Morlanes

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Militar**

**Sentencia núm. 60/2023**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D. Fernando Pignatelli Meca

D.<sup>a</sup> Clara Martínez de Careaga y García



D. José Alberto Fernández Rodera

D. Ricardo Cuesta del Castillo

En Madrid, a 26 de junio de 2023.

Esta sala ha visto el presente recurso de casación nº 201-54/2022, interpuesto por el Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar D. Ángel Daniel . en situación administrativa de reserva, representado y asistido por el abogado del ICAM D. Alfredo Gómez Mendizábal , contra la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en fecha 28 de junio de 2022, por la que se desestimó el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario nº 90/20, interpuesto por el recurrente contra la resolución sancionadora dictada por el Sr. Subsecretario de Defensa en fecha 12 de diciembre de 2019, por la que se le impusieron tres días de sanción económica como autor de la falta leve de "*emitir expresiones o realizar actos levemente irrespetuosos contra.. las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus autoridades y mandos militares*"; y contra el acto presunto de la Sra. Ministra de Defensa desestimatorio del recurso de alzada que había promovido contra tal resolución sancionadora, al no haberse resuelto en plazo.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Clara Martínez de Careaga y García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de diciembre de 2019 el Subsecretario de Defensa dictó resolución imponiendo al Coronel Auditor, en situación de reserva, D. Ángel Daniel , aquí recurrente, la sanción de tres días de sanción económica, como autor de la falta leve de "*emitir expresiones o realizar actos levemente irrespetuosos contra... las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus autoridades y mandos militares*", prevista en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución, el referido Coronel interpuso, el 10 de enero de 2020, recurso de alzada ante la Sra. Ministra de Defensa. No consta que se dictara y notificara al interesado resolución resolviendo dicho recurso de alzada, por lo que el mismo se entendió desestimado por aplicación de los artículos 466 y 467 de la Ley Procesal Militar.

**TERCERO.-** Contra la citada resolución sancionadora el mencionado Coronel Auditor interpuso, con fecha 5 de octubre de 2020, recurso contencioso-disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Militar Central, solicitando en el suplico de la demanda que se declarara la nulidad de la sanción por ser contraria a derecho.

**CUARTO.-** El 27 de enero de 2021 el Tribunal Militar Central dictó Sentencia (Sentencia núm. 9/21) por la que estimó el referido recurso contencioso-disciplinario militar ordinario, recurso 90/20, y ordenó que se hiciera desaparecer de la documentación personal del recurrente toda referencia a dicha sanción y que le fuera reintegrada la cantidad detrída como consecuencia de la ejecución de dicha sanción.

**QUINTO.-** Interpuesto por la Abogacía del Estado recurso de casación contra dicha Sentencia del Tribunal Militar Central, esta Sala V del Tribunal Supremo dictó Sentencia, de fecha 22 de noviembre de 2021, por la que, estimando el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, casó la Sentencia impugnada y ordenó la devolución de las actuaciones al Tribunal Militar Central "para que con distinta composición y libertad de criterio, proceda al nuevo enjuiciamiento y dicte la sentencia que corresponda en su recurso contencioso-disciplinario ordinario núm. 90/2020, teniendo en cuenta las declaraciones que se contienen en esta nuestra sentencia de casación".

**SEXTO.-** Con fecha 28 de junio de 2022, el Tribunal Militar Central dictó nueva Sentencia por la que desestimó el citado recurso contencioso-disciplinario militar ordinario nº 90/20, interpuesto por el Coronel Auditor, en situación de reserva, D. Ángel Daniel .

En dicha Sentencia se recoge, en relación con la conducta enjuiciada y en lo que aquí interesa, el siguiente relato de **Hechos Probados**:

"SEGUNDO.- Tras la Sentencia estimatoria de la casación interpuesta por la representación de la Administración, esta Sala declara como probados los siguientes hechos:

1. *Que el Coronel Auditor don Ángel Daniel , en situación administrativa de reserva sin ocupar destino y dependiente administrativamente de la Delegación de Defensa en la Comunidad Valenciana, durante la comida celebrada el pasado día 3 de diciembre en la Residencia Militar "El Alcázar", centro dependiente de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa, con motivo de su pase a la situación administrativa de reserva, y en*

presencia de numerosos miembros del Cuerpo Jurídico Militar entre ellos algunos Oficiales General del Cuerpo, pronunció un discurso de despedida afirmando, en referencia a una reciente adjudicación de vacantes, y más en concreto, en relación a la decisión de adjudicar la vacante publicada en la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero de Madrid a una Oficial del Cuerpo Jurídico, distinta a la Teniente Coronel Auditor David, que la misma respondía a una "decisión arbitraria que le había causado gran dolor", resolución que había sido adoptada por la Subsecretaría de Defensa.

2. Que tras tener conocimiento de estos hechos el Ilmo. Subsecretario de Defensa. hizo que por el Jefe de su Gabinete, en fecha no especificada pero posterior al día 3 de diciembre de 2019, se contactara con el Coronel Auditor Ángel Daniel, haciéndolo telefónicamente, indicándole que el Sr. Subsecretario deseaba hablar con él; acudiendo al despacho del Sr. Subsecretario de Defensa el día 10 de diciembre de 2019, sobre las 18:00 horas, en dicha comparecencia por dicha autoridad se le entregó un documento de información de derechos y trámite de audiencia en procedimiento sancionador por falta leve, sin número de registro, que a continuación leyó y firmó el Coronel Auditor. En el mismo se señalaban como "hechos investigados" los consistentes en: "Expresiones vertidas en discurso de despedida, el 3 de diciembre de 2019, en la RM 'El Alcazar'; y transcribía los derechos que a los militares sujetos a procedimiento sancionador por falta leve les reconoce el artículo 46 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS), preguntando por los hechos, tras dicho trámite al Coronel Auditor Ángel Daniel.

Ese mismo día 10 de diciembre de 2019, con antelación a la comparecencia del Coronel Auditor Ángel Daniel, el Subsecretario de Defensa recibió personalmente declaración a los Excmos. Sr. Generales Auditores don Fidel, don Edemiro, y don Fulgencio, presentes en el acto de despedida, quienes reconocieron los hechos; y al día siguiente recibió declaración al Excmo. Sr. General Consejero Togado don Geronimo, quien manifestó no recordar que se pronunciase la palabra "arbitrariedad".

3.- Por el Ilmo. Sr. Subsecretario de Defensa se dictó en el procedimiento resolución de fecha 12 de diciembre de 2019 por la que imponía al Coronel Auditor don Ángel Daniel el correctivo de tres días de sanción económica como autor de la falta leve de "emitir expresiones o realizar actos levemente irrespetuosos contra las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus autoridades y mandos militares", infracción prevista y sancionada en los artículos 6.1 y 11.1 de la LORDFAS."

**SÉPTIMO.-** La parte dispositiva de la citada Sentencia es del siguiente tenor:

"Que debemos de DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario número 90/20, interpuesto por el Coronel Auditor don Ángel Daniel, en situación administrativa de reserva, contra la resolución sancionadora dictada por el Ilmo. Sr. Subsecretario de Defensa con fecha 12 de diciembre de 2019, por la que se le impusieron tres días de sanción económica como autor de la falta leve de "emitir expresiones o realizar actos levemente irrespetuosos contra... las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus autoridades y mandos militares", prevista en el apartado 1 del artículo 6 y 11.1 de la LORDFAS; y contra el acto presunto de la Excmo. Sra. Ministra de Defensa desestimatorio del recurso de alzada disciplinario que había promovido contra tal resolución sancionadora al no haberse resuelto en plazo. Resoluciones ambas que confirmamos por ser enteramente ajustadas a Derecho".

**OCTAVO-** Mediante escrito de fecha 8 de septiembre de 2022, la representación del recurrente anunció y preparó el recurso de casación contra la citada Sentencia, al amparo del art. 503 de la Ley Procesal Militar y 89.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

**NOVENO.-** Por auto de 21 de septiembre de 2022, el Tribunal Militar Central acordó tener por preparado el recurso de casación, remitir las actuaciones a esta Sala y emplazar a las partes para que, en el plazo de treinta días, pudieran comparecer ante ella para hacer valer sus derechos.

**DÉCIMO.-** Remitidas que fueron las actuaciones, pasaron a la sección de admisión a los efectos previstos en los arts. 90 y siguientes de la LJCA, reformada por L.O. 7/2015 de 21 de julio, dictándose auto con fecha 18 de octubre de 2022 acordando la admisión del presente recurso en los términos que constan.

**UNDÉCIMO.-** Por escrito de fecha 28 de noviembre de 2022, el procurador de los Tribunales D. Esteban Manuel García Castellano, bajo la dirección letrada de D. Alfredo Gómez Mendizábal, formalizó, en nombre y representación del ahora recurrente, el anunciado recurso de casación, que basó en los siguientes motivos:

- Infracción del principio de tipicidad ( art. 25.1 CE).
- Infracción del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española.
- Vulneración de la contradicción en el procedimiento sancionador ( art. 24.2 CE).



- Indefensión en el procedimiento contencioso-disciplinario ( art. 24.1 CE).
- Vulneración del principio de imparcialidad de la autoridad sancionadora ( art. 103.3 CE).
- Vulneración de la libertad de expresión ( art. 20.1 a) CE).

**DUODÉCIMO.-** Mediante escrito del fecha 30 de enero de 2023, el Abogado del Estado formalizó su oposición al recurso y solicitó que se dictara Sentencia desestimando el presente recurso de casación y confirmando la Sentencia impugnada.

**DECIMOTERCERO.** - Por providencia de fecha 3 de marzo de 2023, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso, el siguiente día 18 de abril de 2023, a las 11:00 horas, lo que se llevó a efecto con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

La presente Sentencia ha quedado redactada por la Ponente con fecha 30 de mayo de 2023 y se ha pasado, a continuación, a la firma del resto de miembros de la Sala .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** La Sentencia del Tribunal Militar Central, objeto del presente recursos de casación, confirmó la sanción de tres días de sanción económica que le había sido impuesta al recurrente, el Coronel Auditor, en situación de reserva, D. Ángel Daniel , como autor de una falta leve consistente en " *emitir expresiones o realizar actos levemente irrespetuosos contra ... las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar así como sus autoridades y mandos militares*", prevista en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Contra la citada Sentencia del Tribunal Militar Central, el recurrente formula el presente recurso extraordinario por interés casacional objetivo para la formación de la Jurisprudencia en el que solicita que se revoque y anule la citada sanción. En apoyo de esta pretensión formula seis alegaciones que, de manera sintética, anticipamos:

1. Ausencia de tipicidad.
2. Vulneración de los derechos de defensa y de presunción de inocencia.
3. Vulneración del principio de contradicción.
4. Indefensión en el procedimiento contencioso-disciplinario.
5. Ausencia de imparcialidad de la autoridad sancionadora.
6. Vulneración del derecho a la libertad de expresión.

La Abogacía del Estado, por su parte, se opone al recurso y solicita su total desestimación.

**2.** Las alegaciones segunda, tercera y cuarta resultan inadmisibles por haber sido ya examinadas y resueltas por esta Sala V, en nuestra Sentencia de 22 de noviembre de 2021- a la que ya hemos hecho referencia en el Antecedente de Hecho Quinto-, habiéndose excluido su estudio, asimismo, en la Sentencia de instancia. Así, el Tribunal Militar Central declara expresamente, en relación con la formulación de dichas alegaciones, que "Pasará la Sala a examinar las pretensiones impugnatorias del actor siempre, como no puede ser de otra manera, con absoluto respeto a los fundamentos de la Sentencia de la Sala Quinta de 22 de noviembre de 2021, que estimó el recurso presentado por la Abogacía del Estado frente a la resolución estimatoria de este Tribunal, considerando que no se habían vulnerado con la resolución sancionadora al Coronel Auditor Ángel Daniel ni su derecho a la presunción de inocencia, ni el de defensa, con argumentos que vinculan a esta Sala; quedando por ende por analizar el resto de pretensiones: la vulneración del principio de imparcialidad de la autoridad sancionadora, la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión; y, la vulneración del principio de legalidad".

Esta decisión no se ve afectada por el hecho de que en el auto de admisión del presente recurso de casación, de 18 de octubre de 2022, la Sala apreciara la existencia de interés casacional objetivo en los términos en los que lo planteaba la parte recurrente -incluyendo algunas de las referidas alegaciones ya examinadas por esta Sala V en nuestra Sentencia de 22 de noviembre de 2021-, pues, como también se indica expresamente en dicho Auto, tal apreciación quedaba sujeta a "los necesarios ajustes normativos y jurisprudenciales".

**SEGUNDO.- 1.** Por razones de correcta sistemática examinamos ahora la quinta alegación formulada con la que el recurrente reitera la denuncia, que ya formuló ante el Tribunal de instancia, de ausencia de imparcialidad de la autoridad sancionadora.

Sostiene que dicha autoridad -el Subsecretario de Defensa- tenía un interés personal que le inhabilita, por constar prejuicio antes de la instrucción, no pudiendo considerársele neutral y objetivo, habiéndose vulnerado, por ello, las exigencias de un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 CE.

En concreto, aduce que la autoridad sancionadora "tenía un interés personal, pues asume personalmente el procedimiento, practica personalmente las actuaciones, cuando no era práctica habitual, por lo menos en el año 2019, era su único expediente, no utiliza la Unidad de Expedientes, aunque sí a su Jefe de Gabinete, selecciona a los testigos que " *más dependen de él*", deniega todas las pruebas solicitadas por el sancionado, hace acudir al sancionado engañado a trámite de audiencia, lo utiliza como una especie de admonición al sancionado, el empeño en no dejar constancia en ningún acta del contenido mínimo de sus actuaciones instructoras, el empeño en que nada conste respecto de las tensiones con la fiscalía Togada .....

El Tribunal de instancia da una acertada respuesta al resolver esta misma queja señalando que "No considera la Sala que se haya visto afectada la independencia de la autoridad que sancionó, de un lado, al no haber quedado acreditada, ni haber sido planteada por el demandante, la existencia de animadversión por parte del Subsecretario de Defensa al dictar la resolución hacia el Coronel Auditor sancionado, más allá de la genérica alusión a una no acreditada animadversión del Subsecretario de Defensa con la Fiscalía Jurídico-militar; y de otro, porque, como ha quedado señalado por la Sentencia de la Sala Quinta estimatoria del recurso presentado por la representación de la Administración, dicha autoridad cumplió escrupulosamente con los trámites y formalidades procedimentales establecidos en los artículos 46 y 47 de la norma sancionadora castrense; y tras tomar conocimiento de los hechos resultando indiferente el medio por el ( *que*) tomara conocimiento, y en el ámbito de sus competencias sancionadoras (artículos 26, segundo y 32.2 de la LORDFAS), procedió a seguir un procedimiento preferentemente oral, verificando la exactitud de los hechos con la toma de manifestación a cuatro de los asistentes a la comida de despedida, siendo éstos confirmados por tres de ellos, Generales Auditores presentes, e igualmente oyó al presunto infractor en relación con los mismos, quién los reconoció si bien dando una interpretación vulgar a sus expresiones; se le informó de sus derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia; tras ello, comprobó su tipificación en el apartado 1 del artículo 6 e impuso la sanción dentro de sus competencias (artículo 32.2, todas las sanciones excepto la de separación del servicio), y dentro de los límites que para la falta leve se establecen en el artículo 11.1 de la norma sancionadora castrense (tres días de pérdida de haberes, pudiendo imponerse, además de otras sanciones, hasta la de siete días de pérdida de haberes, según previene el artículo 11.1.c)".

La Sala comparte plenamente la acertada conclusión del Tribunal de instancia al estimar que no ha quedado acreditada ni, en realidad, fue planteada por el demandante la existencia de una sedicente animadversión por parte del Subsecretario de Defensa al dictar la resolución sancionadora, por lo que no puede considerarse afectada la independencia -mejor objetividad- de dicha autoridad, resultando irrelevantes, a estos efectos, las alegaciones que aquí se realizan -y las sospechas que se deslizan- en relación con el interés mostrado por dicha Autoridad en la resolución del expediente sancionador y con las supuestas tensiones entre la Subsecretaría de defensa y la Fiscalía Jurídico Militar.

Procede, por todo ello, la desestimación de la alegación.

**TERCERO.-1.** En su primera alegación el recurrente denuncia vulneración del principio de legalidad sancionadora, en su vertiente de tipicidad -consagrado en el artículo 25. 1º de la Constitución, por indebida aplicación del subtipo disciplinario leve previsto en el apartado 1º del artículo 6 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, por el que el recurrente ha sido castigado.

El Coronel Auditor recurrente ha sido sancionado por afirmar, en su discurso pronunciado ante sus compañeros, durante la comida celebrada en la residencia Militar "El Alcázar" de Madrid, el 3 de diciembre de 2020, con motivo de su pase a la reserva, que la adjudicación de la vacante de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial 1º "a una Oficial distinta a la Teniente Coronel Auditor David ... respondía a una decisión arbitraria que le había causado gran dolor".

El recurrente sostiene que, desde un punto de vista objetivo, dicha afirmación no constituye una expresión irrespetuosa y señala, además, que la misma "no provocó ninguna reacción de los altos mandos asistentes a la comida", habiendo sido, por el contrario, felicitado por el Fiscal Togado, que había sido su Jefe directo hasta el momento de su pase a la reserva. Alega, asimismo, que la posible falta de respeto, para ser típica, debería realizarse en persona y que, en este caso, se hizo por alusiones sin nombrar nunca al Subsecretario de Defensa.

**2.** El tipo disciplinario aplicado, del artículo 6.1º de la LORDFAS consiste en la emisión de expresiones levemente irrespetuosas "contra las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus autoridades y mandos militares".



El Tribunal de instancia, tras recordar que el bien jurídico protegido por la falta prevista en el art. 6.1º de la LORDFAS abarca tanto la disciplina militar como el principio de jerarquía de organización, señala que la acción "requiere por parte del sujeto activo que actúe con un *plus* que exceda del respeto y buen modo en las formas que exige tanto la cortesía como la disciplina militar y que ello suponga una falta de respeto".

Asimismo, el Tribunal *a quo* recalca que, desde el punto de vista objetivo, la afirmación pronunciada por el recurrente, durante la comida de despedida por su pase a la reserva, de que "la decisión de adjudicar la vacante de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero de Madrid a una Oficial del Cuerpo Jurídico Militar distinta a la Teniente Coronel Auditor David ... respondía a una decisión " *arbitraria*", que le había causado gran dolor", constituye, de manera innegable, una expresión irrespetuosa hacia el Subsecretario de Defensa, que es quien tiene encomendadas legalmente las competencias para la provisión de dicha vacante, al imputarle una actuación "caprichosa" y "no sujeta a la ley", cuando la referida vacante era de "libre designación."

El Tribunal insiste en que "Con su crítica a la decisión adoptada en materia de destinos por la Subsecretaría de Defensa, ... resulta acreditado que (el recurrente) utilizó una expresión levemente irrespetuosa hacia la decisión de dicha autoridad".

Y concluye resaltando que la referida expresión irrespetuosa fue proferida públicamente ante un numeroso grupo de Generales Auditores y compañeros del Cuerpo Jurídico Militar, incumpliendo las reglas de comportamiento establecidas tanto en la Ley Orgánica 9/2011, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas, como en las Reales Ordenanzas y con una clara intencionalidad, por lo que el Tribunal de instancia entiende que concurren todos los elementos conformadores del tipo disciplinario aplicado (todo ello en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia impugnada).

**3.** La Sala coincide plenamente con el parecer del Tribunal Militar Central pues es claro que imputar, públicamente, una actuación arbitraria en el ejercicio de sus competencias al Subsecretario de Defensa, durante una comida a la que asistían los compañeros del recurrente (Generales Auditores y otros miembros del Cuerpo Jurídico Militar) supone un abierto acto de menosprecio y descrédito profesional en el que la dignidad militar de dicha autoridad queda seriamente comprometida y su imagen pública dañada.

El pronunciamiento de las referidas expresiones por parte del recurrente, en su discurso de despedida, fue evidentemente desacertado, gratuito y contrario a las normas que rigen el código de conducta de todo militar, según las cuales debe desempeñar sus cometidos "con estricto respeto al orden jerárquico militar en la estructura orgánica" (artículo 9 de las Reales Ordenanzas).

Dichas palabras del recurrente fueron manifiestamente ofensivas, estuvieron claramente desprovistas de la más mínima mesura y prudencia y resultaron ciertamente contrarias a la dignidad que en su comportamiento debe observar siempre un miembro de las Fuerzas Armadas.

**4.** Además de irrespetuosas, las palabras del Coronel Ángel Daniel resultan manifiestamente contrarias a la disciplina.

No puede olvidarse que la disciplina constituye el valor nuclear de la organización castrense. Tenemos dicho que "la disciplina no es otra cosa que el acatamiento del militar, en todos sus actos, del conjunto de normas que regulan el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, y ese acatamiento, con su conducta y con sus palabras, asegura la eficacia de las misiones que tienen encomendadas, de tal manera que así la disciplina se proyecta en la estricta observancia de los deberes militares y constituye virtud esencial de los Ejércitos que, conforme al art. 10 de las Reales Ordenanzas forman una Institución disciplinada, jerarquizada y unida, lo que es igualmente aplicable de las Instituciones militarmente organizadas". ( Nuestra Sentencia 04.10.2013, en la que se citan las de fecha 09.05.2005; 11.10.1990; 18.05.1991; 14.04.1993, y 06.07.1998). Análogas concepciones del mismo valor se contienen en las Sentencias 03.03.2010; 13.09.2010; 09.12.2010; 14.10.2013; 14.01.2014 y últimamente 24.05.2015, con referencia a lo dispuesto ahora en los arts. 8 de las RR.OO. para la Fuerzas Armadas y 16 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre." ( Sentencia de 24 de junio de 2015; entre otras muchas).

**5.** A tal conclusión no puede válidamente oponerse la alegación de que dichas palabras no provocaron ninguna reacción entre los altos mandos asistentes a la comida, y que, además fue felicitado por alguno de ellos, pues la eventual y subjetiva coincidencia de opinión con otros compañeros resulta irrelevante para justificar su desafortunada conducta, impropia de su condición y empleo.

Igualmente inviable resulta la alegación del recurrente de que la posible falta de respeto para ser típica, debería realizarse en persona y que, en este caso, se hizo por alusiones sin nombrar nunca al Subsecretario de Defensa, pues el tipo disciplinario leve aplicado (art. 6.1º LORDFAS) no exige, en modo alguno, tal requisito.



Por todo ello, la Sala no puede sino confirmar el criterio del Tribunal de instancia al estimar, de manera ciertamente benévola -como hizo la autoridad sancionadora-, que la conducta del recurrente integra la falta leve prevista en el artículo 6.1 de la LORDFAS de emitir expresiones levemente irrespetuosas contra las autoridades y mandos militares.

**CUARTO.- 1.** En cuanto a la invocación del derecho a la libertad de expresión del recurrente, como posible causa de justificación de la conducta sancionada, en nuestras Sentencias de 3 de Marzo de 2010, 14 de Octubre de 2013 y 21 de mayo de 2014, entre otras muchas, ya hemos tenido ocasión de señalar que, si bien es cierto que el derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 de nuestra Constitución, se constituye en uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática cumpliendo una función institucional de garantía para la formación de una opinión pública libre, este derecho constitucional no es absoluto y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 del Convenio, y en particular su apartado 2º, establece que la libertad de expresión puede ser sometida a ciertas restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, por lo que es evidente que en su condición de miembros de las Fuerzas Armadas, la Ley puede establecer determinadas limitaciones a la libertad de expresión de éstos, que salvaguarden el contenido esencial de dicho derecho fundamental.

Esta Sala viene reiteradamente declarando (Sentencias de 28 de Octubre de 2.008 y las anteriormente citadas), de acuerdo con la línea marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional, que en el ámbito militar el derecho a la libertad de expresión que se recoge en el artículo 20.1º a) de la Constitución no solo se encuentra afectado por las limitaciones generales aplicables a todos los ciudadanos, que se derivan de lo dispuesto en el párrafo 4º de dicho artículo 20, sino también por las limitaciones " *específicas propias previstas para la función castrense contenidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en la legislación reguladora de su régimen disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios esenciales de la organización militar, es decir la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna.... Lo venimos diciendo así sobre todo para mantener la disciplina consustancial a las Fuerzas Armadas y a los Institutos armados de naturaleza militar, y asimismo para proteger al deber de neutralidad política de los militares ( SS. 23 de marzo de 2005 y 17 de julio de 2006 ), pero siempre que no reduzcan a los miembros de las Fuerzas Armadas al puro y simple silencio, como dijimos en Sentencia de 19 de abril de 1993 "*.

La Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, aborda la regulación del ejercicio por éstos de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos y garantizados para todos los ciudadanos, recordando que, en su caso, dicho ejercicio está sujeto a determinadas limitaciones impuestas para preservar las especiales características de disciplina, jerarquía y unidad de las Fuerzas Armadas.

En este sentido, el artículo 12 de la referida Ley establece expresamente, en su apartado 1º, que "El Militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos".

**2.** Por ello, resulta plenamente acertada la Sentencia de instancia cuando declara que la conducta enjuiciada, en la que el recurrente achaca *arbitrariedad* a la autoridad administrativa, no queda amparada por su derecho a la libertad de expresión, dado que "no nos encontramos ante una mera manifestación de una opinión sino ante una "crítica irrespetuosa y en un acto público a la gestión no de todas las asignaciones de vacantes de una manera genérica, sino tan solo de una concreta que afectaba a la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero de la que el demandante había sido Fiscal Jefe".

Y cuando precisa que la forma de actuar del demandante "excedió a la manifestación de una mera opinión, puesto que la crítica a la actuación de la Subsecretaría de Defensa se centró, como ha quedado indicado, en una sola designación de vacante y ante un numeroso grupo de superiores y compañeros del Cuerpo Jurídico Militar, cuando estaba presente el Excmo. Sr. Fiscal Togado que es quien, por ejercer la jefatura de la Fiscalía Jurídico Militar pudo manifestar su queja al Sr. Subsecretario de Defensa, caso de considerar que la designación no era ajustada a la normativa de destinos" (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia impugnada).

Mal puede sostenerse, además, que el comportamiento del recurrente se encuentra amparado en su derecho a la libertad de expresión cuando, como oportuna y acertadamente apuntó el Asesor Jurídico General de la Defensa (página 16 del expediente), las aseveraciones del recurrente ante numerosos miembros del Cuerpo Jurídico Militar, en un evento celebrado en un establecimiento militar, resultan abiertamente lesivas a la disciplina (en tanto en cuanto hacen referencia a cuestiones estrictamente relacionadas con el modo de proceder del Subsecretario de Defensa al no asignar la adjudicación de una específica vacante a una Oficial



concreta), y sobre todo agreden públicamente la dignidad personal e institucional de aquella autoridad, a quien se presenta como paradigma de un comportamiento arbitrario.

Procede, por todo ello, la desestimación del motivo y del recurso.

**QUINTO.-** Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1987 de 15 de julio.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Desestimar el recurso de casación nº 201-54/2022, interpuesto por el Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar D. Ángel Daniel, en situación administrativa de reserva, representado y asistido por el abogado del ICAM D. Alfredo Gómez Mendizábal, contra la Sentencia dictada por el Tribunal Militar Central en fecha 28 de junio de 2022, por la que se desestimó el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario nº 90/20, interpuesto por el recurrente contra la resolución del Sr. Subsecretario de Defensa, de 12 de diciembre de 2019, por la que se le impusieron TRES DÍAS DE SANCIÓN ECONÓMICA, como autor de la falta leve de "emitir expresiones o realizar actos levemente irrespetuosos contra.. las Fuerzas Armadas y los cuerpos que las componen y otros institutos o cuerpos de naturaleza militar, así como sus autoridades y mandos militares", prevista en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

2º. Confirmar la expresada Sentencia, por ser la misma ajustada a derecho.

3º. Declarar de oficio las costas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Militar

### VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia:

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Número: 26/2021

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. José Alberto Fernández Rodera

VOTO PARTICULAR que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. José Alberto Fernández Rodera:

Lamentando profundamente no compartir la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, a pesar de su detallada y bien trabada motivación, entiendo que omite los aspectos que siguen, que respaldarían necesariamente una sentencia estimatoria:

**a)** Los hechos objeto de sanción se recogen, con reiteración de los consignados en el acto administrativo, en el apartado primero de los Hechos Probados de la Sentencia combatida:

"Durante la comida celebrada el pasado día 3 de diciembre en la RM "El Alcázar" con motivo de su pase a la reserva, y en presencia de numerosos miembros del Cuerpo Jurídico Militar, el Coronel Auditor D. Ángel Daniel, en situación de reserva sin destino, adscrito a la Subdelegación de Defensa de Valencia, pronunció un discurso de despedida afirmando, en referencia a una reciente adjudicación de vacantes, y más en concreto, en relación a la decisión de adjudicar la vacante de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid) a una Oficial distinta a la Teniente Coronel Auditor David, que la misma respondía a una decisión arbitraria que le había causado gran dolor".

**b)** La determinación de lo que ha de considerarse irrespetuoso es cuestión caracterizada por una gran circunstancialidad, tal como cabe deducir de conocida doctrina legal, tanto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (por todas, sentencias de 25 de febrero de 2019 y de 16 de diciembre de 2020) como de la Segunda (Sentencia de 28 de mayo de 2020), relativa a ilícitos emparentados con el que nos ocupa (en esas tres resoluciones, insubordinación, los dos primeros casos, e injurias, el tercero). Tal circunstancialidad resulta de ponderación ineludible en los hechos que nos ocupan.





**c)** Pues bien, como se deduce de las actuaciones, la frase en cuestión es proferida en una comida de despedida del coronel auditor D. Ángel Daniel, ante un nutrido conjunto de comensales, miembros todos o en su inmensa mayoría del Cuerpo Jurídico Militar. Entre ellos, al menos cuatro generales, tres de ellos generales auditores y un cuarto general consejero togado. A tenor del artículo 30 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas ("Deber de corrección"), todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los de menor empleo, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el ejército o cuerpo al que pertenezcan. Añade el precepto que si además las juzga merecedoras de sanción, lo hará por sí mismo si tiene competencia sancionadora y, si no la tuviera, dará parte directa inmediatamente a quien la tenga, informando de tal circunstancia a su inmediato superior. Esta norma es coherente con el deber de corregir las faltas que se observen que consagran los artículos 51 de las Reales Ordenanzas (Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero) y la regla de comportamiento prevista en el artículo 6.1 séptima de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. No se produjo corrección o dación de parte alguno por los superiores presentes, cualificados técnicos en Derecho, de lo que cabe deducir un tono y un contexto en los que no era posible deducir ofensa o falta de respeto alguno.

**d)** Pero hay más. "Resolución arbitraria" o "arbitrariedad" es evidente que no siempre es sinónimo de prevaricación, pues es sabido que la injusticia o la conculcación del Derecho sin el plus "a sabiendas" y el añadido de que la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa" es cuestión reservada, en cuanto a su control, a la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo tanto extramuros del Derecho Penal. Por otra parte, es sabido que entre las acepciones de "arbitrariedad" que reconoce la Real Academia de la Lengua están las de incurrir en error de hecho al aplicar las previsiones normativas o la de elegir una solución que perezca menos razonable que otras posibles. Sirvan estas precisiones de proemio conceptual a cuanto sigue.

**e)** Pues bien, enlazando con ello, lo cierto y verdad es que, en virtud de Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, concretamente de su Sección 5ª, de 19 de mayo de 2021 (de la que consta ha adquirido firmeza), se ha anulado la resolución del Subsecretario de Defensa en la que se adjudicaba, sin motivación alguna, un puesto de Fiscal en el Tribunal Militar Territorial nº 1 a una oficial del Cuerpo Jurídico Militar distinta de la propuesta por el Fiscal Togado. Esa era la cuestión, precisamente, a la que se aludía en las palabras sancionadas, que ahora quedan refrendadas por una resolución de la jurisdicción ordinaria que puede considerarse "hecho notorio" si se tiene en cuenta que las sentencias son públicas. Un dato más que añadir al contexto en el que se producen los hechos, en los que, ha de repetirse, prima el relativismo y la circunstancialidad, dada la naturaleza del ilícito concernido.

El ilustrativo Fundamento de Derecho Tercero de la reseñada resolución, tras reproducir el ordinal anterior la jurisprudencia al efecto, razona:

"Aplicando lo que se acaba de exponer al supuesto de autos, resulta que en el expediente no obra la más mínima explicación de la adjudicación de la vacante en cuestión, que, si en cualquier caso sería exigible, en el presente cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta, por un lado, que, como consta en las actuaciones, la propuesta del Fiscal Togado era la de otorgar la plaza a la demandante y, hasta entonces, sus propuestas se habían seguido, mientras que ahora la resolución impugnada se aparta, sin más, de dicha propuesta; y por otro lado, de que, a tenor del documento remitido como complemento del expediente, la resolución recurrida también ignora la prelación otorgada por la Subdirección General de Personal Militar, ya que la recurrente aparece con el número 1 y la adjudicataria con el número 2, y, si bien la adjudicataria tiene más años de servicio en la jurisdicción -14 años y 5 meses frente a los 2 años de la recurrente-, la demandante, como resalta en su escrito de conclusiones, goza de más tiempo en la Fiscalía -3 años y 6 meses frente a 0 de la adjudicataria-, debiendo insistirse en que, al tratarse de un puesto a cubrir por el sistema de libre designación, no puede desconocerse la experiencia concurrente en plazas similares o, como aquí sucede, en la misma plaza, sin que, no obstante, de ello se siga que automáticamente deba adjudicarse a quien la ocupaba con anterioridad.

En el momento actual no es admisible la adjudicación sin más de una vacante convocada para ser asignada por el sistema de libre designación y a la que optan una pluralidad de solicitantes que reúnen los requisitos de la convocatoria. La normativa aplicable y, en especial, los principios de mérito y capacidad que se proclaman en el artículo 23.2 y se reiteran en el artículo 103.3 de la Constitución -que no solo rigen en el acceso a la función pública-, imponen que la autoridad correspondiente exteriorice las razones por las que efectúa la selección, en atención a las condiciones profesionales y personales de idoneidad en relación con el puesto a desempeñar, pues, como ha declarado el Tribunal Supremo, "la idoneidad para el puesto la aprecia libremente el órgano competente, juicio que debe ponerse en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto caracterizado por esa especial responsabilidad que justificó su clasificación como de libre designación y ese libre juicio de idoneidad es lo que integra la idea de confianza en que el designado realizará un buen desempeño del puesto" (sentencia de 14 de julio de 2020 -casación 243/2018-); sin que, además, valga una mera invocación



de argumentos genéricos o la reproducción del contenido de las normas aplicables, que no sirven para conocer los motivos de la decisión -incluso, en su caso, de dejar desierta la plaza-.

Cuestión distinta será el juicio que se realice sobre los fundamentos de la resolución adoptada, o su alcance, pero para llegar a ese momento es necesaria su existencia, lo que, según se ha indicado, no se ha producido en este supuesto, de lo que se sigue la declaración de nulidad de la resolución impugnada y, como lógico corolario, la retroacción de las actuaciones para que se motive la adjudicación, lo que impide acoger la pretensión de la demandante de que se la asigne la vacante".

En suma, los hechos sancionados carecían de entidad disciplinaria, habida cuenta de que si bien los militares no gozan de un derecho absoluto o ilimitado a la libertad de expresión, dada la relación de sujeción especial en la que se insertan (por todas, Sentencia de esta Sala de 17 de julio de 2016 y Sentencias del Tribunal Constitucional 102/2001, de 23 de abril, y 288/1994, de 27 de octubre, entre muchas otras), en todo caso es preciso se verifique un "juicio de ponderación razonable" en cada caso ( Sentencia del Tribunal Constitucional 371/1993 y nuestras Sentencias de 20 de diciembre de 2005 y de 17 de julio de 2016).

Siendo así, tras esa obligada ponderación circunstancial, lo cierto es que los hechos se producen en un ambiente festivo y emotivo, como es habitual en un acto en el que se despide profesionalmente a un militar con una dilatada y brillante ejecutoria, un acto con una asistencia nutrida, en el que su inmensa mayoría eran miembros del Cuerpo Jurídico Militar de diferentes empleos, entre los que se contaban superiores del homenajeado que en ningún momento mostraron rechazo o malestar por unas palabras cuyo significado, en términos técnico-jurídicos, resultó ulteriormente avalado por la jurisdicción ordinaria.

En definitiva, reiterando mi sincero respeto al criterio que ha prevalecido, la decisión de la Sala debió ser estimatoria del recurso de casación deducido, dejando, en consecuencia, sin efecto la sanción impuesta.

José Alberto Fernández Rodera