

SALA QUINTA

INDICE SISTEMÁTICO

Página

I. PENAL

1. LA GRATUIDAD DE LA JUSTICIA MILITAR.....	359
Problemática de las costas de la acusación particular. En el presente caso procede su inclusión.....	359
2. DELITO DE INSULTO A SUPERIOR EN SU PRESENCIA	360
Elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo. In-necesariedad de que concurra «animus iniuriandi».....	360
3. DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.....	361
Extralimitación en el ejercicio del mando: elementos del tipo objetivo y subjetivo. Error facti	361
4. EMBRIAGUEZ EN ACTO DE SERVICIO DE ARMAS	362
Servicio de armas: doctrina de la Sala. Tiene esta natura-leza el acto de vigilancia de frontera que lleva a cabo un Guardia Civil.....	362
5. DELITO DE MALTRATO DE OBRA A SUPERIOR	365
Deber de motivar la individualización de la pena impuesta.	365
6. DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE CENTINELA .	366
Ilícito cometido en el desarrollo de una misión en Kosovo. Examen de los elementos objetivo y subjetivo del mismo..	366
7. DELITO DE MALTRATO DE OBRA A INFERIOR CON RESULTADO DE MUERTE	368
Competencia de la Jurisdicción Militar. Elementos del delito de maltrato	368
8. DELITO DE ABANDONO DE DESTINO.....	371
Error sobre la existencia de autorización para cambiar de residencia: error de tipo, no de prohibición. Error venci-ble: la absolució deviene como consecuencia de no estar tipificado el abandono de residencia imprudente	371

9. NULIDAD DE ACTUACIONES CON OBJETO DE POSIBILITAR EL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.....	372
El planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad determina la suspensión del trámite hasta que se decida la cuestión. (STC 179/2004, de 21 de octubre)	372
10. ABUSO DE AUTORIDAD.....	373
Trato degradante a inferior: «Acoso sexual».....	373

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MILITARES	375
Inserción o colocación por el recurrente, Suboficial del Ejército del Aire, de unos comentarios en el «Forum» de dicho Ejército sobre sus peripecias profesionales, cuyos contenidos el mando consideró irrespetuosos y lesivos del valor disciplina. STS- 20-12-2005 (Rc 76/2005)	375
2. FALTA DE FUNDAMENTO DEL RECURSO	376
Su objeto es la Sentencia y no la resolución sancionadora.....	376
3. VALOR PROBATORIO DEL PARTE MILITAR	377
No se puede subsanar en el posterior proceso contencioso la infracción de garantías constitucionales producida en la tramitación del expediente disciplinario	377
4. FALTA MUY GRAVE POR PREVIA CONDENA PENA POR DELITO DOLOSO.....	379
Doctrina de la Sala sobre proporcionalidad entre las sanciones y las conductas que las motivan. Determinación del «dies a quo», prescripción.....	379
5. CONDUCTA GRAVEMENTE CONTRARIA A LA DIGNIDAD DEL INSTITUTO DE LA GUARDIA CIVIL	380
La constituye el reunirse varias veces con conocidos narcotraficantes para fines ajenos a los propios del Instituto. Vulneración del principio de proporcionalidad. Improcedencia de la sanción de separación del servicio ..	380
6. RECURSO CONTRA ACUERDO DE ARCHIVO DE LA COMISIÓN DISCIPLINARIA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL .	382
Expediente disciplinario contra Juez Togado Militar por presunta falta del art. 131.8 de la Ley Orgánica sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Examen de la legitimación para recurrir. Enfermedad del expedientado como causa de los retrasos judiciales.....	382

	<i>Página</i>
7. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	384
Ámbito de aplicación: se extiende a la valoración irracional de la prueba	384
8. FALTA LEVE DE NEGLIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES PROFESIONALES.....	385
Orden de comparecer en la Unidad de destino de obligado cumplimiento aunque el destinatario se halle de baja médica, cuando no se interfiera el proceso curativo. Tipo disciplinario en blanco. Doctrina de la Sala.....	385
9. REVISIÓN DE OFICIO DE ACTOS NULOS	386
10. LIBERTAD DE EXPRESIÓN	388
Manifestaciones presuntamente contrarias a la disciplina insertas en denuncia elevada a la superioridad.....	388

I. PENAL

1. La gratuidad de la justicia militar

Problemática de las costas de la acusación particular. En el presente caso procede su inclusión

La STS 18-11-2005 (Rc 101-24/2005), aborda uno de los principios que históricamente ha presidido la jurisdicción militar, por ello, ya radicado en el Código de Justicia Militar de 1945, y que le ha diferenciado de la jurisdicción ordinaria, cual es el establecido en el art. 10 de la LOCOJM, cuando preceptúa que *«La justicia militar se administrará gratuitamente»*.

En aplicación de dicho precepto, la doctrina de esta Sala Quinta sistemáticamente y en todas sus resoluciones ha venido señalando que *«Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar»*. Esta tradicional especialidad se ha visto matizada con la sentencia ahora examinada, en cuyo fundamento jurídico octavo, se ha dado una nueva interpretación al art. 10 de la LOCOJM, y así se establece que *«...cuando en el citado precepto se declara que la justicia militar se administra gratuitamente, con ello tan solo se hace referencia a los gastos del proceso, que han de ser sufragados por el Estado; pero con ello no se incluye a los de las partes intervinientes, que podrán ser tomados en consideración en el momento de imponer la condena en costas...»*. (FJ 8.º)

La elaboración de la Crónica de la Sala Quinta ha sido realizada por D. Carlos BALMISA GARCÍA-SERRANO, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ángel CALDERÓN CERESO, Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Fruto de esa interpretación, la transcrita, en parte, resolución, resuelve que se podrán imponer las costas correspondientes a los honorarios devengados por la acusación particular, tomando para ello en consideración la relevancia que su actuación haya tenido en el proceso, de suerte que si la misma ha sido relevante para el éxito de las pretensiones de las partes, procederá su inclusión.

2. Delito de insulto a superior en su presencia

Elementos objetivos y subjetivos del tipo delictivo. Innecesariedad de que concurra «animus iniuriandi»

La STS 17-11-2005 (Rc 26/2005), de cuya narración fáctica probatoria se deduce que el Guardia Civil procesado, hallándose en un bar en donde también estaba un Sargento del citado Instituto armado, con destino ambos en la misma localidad, encontrándose presentes otros cuatro Guardias Civiles, se dirigió al Suboficial, primero mediante gestos y posteriormente en voz alta, llamándole «cabrón, hijo de puta y mentiroso», considera tales expresiones, cuya intrínseca gravedad consiente que se califiquen objetivamente como insultantes e injuriosas, por referencia al tipo homólogo del art. 457 CP 1973 y actualmente del art. 208 CP 1995, constitutivas del ilícito penal antes señalado, sin que en el presente caso concurren circunstancias de tiempo, lugar, motivación, provocación previa, relaciones entre los sujetos o de otra clase, que permitan en ponderación casuística degradar el carácter afrentoso de tales invectivas.

Concurren, sigue diciendo, los elementos objetivos del tipo, representados por la condición militar de los sujetos activo y pasivo; la relación jerárquica o de superioridad entre ellos que, como la Sala ha reiterado frecuentemente, tiene carácter permanente y se proyecta fuera del servicio, con independencia de cualquier condicionamiento, fijando el empleo la posición relativa entre los militares (Sentencias 01.07.2002 y 02.11.2004, entre otras) y, por último, la realidad de las expresiones proferidas. Está presente el elemento subjetivo que, igualmente ha declarado la Sala, en Sentencias 15.09.2003; 17.03.2004; 17.10.2004 y 02.11.2004, se colma con el dolo genérico consistente en conocer aquellos elementos objetivos del tipo y actuar conforme a dicho conocimiento, sin necesidad de que concurra el denominado «animus iniuriandi» equivalente a intencionalidad o finalidad perseguida por el autor, que es

elemento subjetivo del injusto que el tipo penal de injurias del art. 208 CP 1995 no exige, a diferencia con lo que sucedía con la definición que se hacía en el derogado art. 457 CP 1973, precepto según el cual las expresiones proferidas o acciones ejecutadas debían realizarse con el ánimo tendencial descrito como «en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona»; sin que puedan establecerse elementos subjetivos distintos del dolo más que cuando surgen de la Ley o cuando el dolo genérico es insuficiente para caracterizar el hecho como de naturaleza delictiva (Sentencia 09.05.2005, Sala 2.^a).

3. Delito de abuso de autoridad

Extralimitación en el ejercicio del mando: elementos del tipo objetivo y subjetivo. Error facti

La STS 17-01-2006 (Rc 99/2004), ante el esfuerzo del recurrente por demostrar la múltiple equivocación del Tribunal de los hechos, en lo que atañe a la agravación de la enfermedad padecida por el mismo, y en la atribución causal del empeoramiento a los actos realizados en el ejercicio abusivo del mando por los Oficiales superiores procesados, aborda la pretensión casacional deducida por la vía del error de hecho.

Al respecto señala la Sala de lo Militar que, lo accionado en vía extraordinaria, tiene por objeto la alteración por sustitución, adición o supresión de parte de la narración histórica que constituye el sustrato fáctico de la Sentencia, cuando existan en la causa documentos dotados de virtualidad demostrativa del error evidente y palmario padecido por el Tribunal sentenciador, al consignar hechos diferentes a los que resultan acreditados por genuina prueba documental constituyendo una realidad tan patente y manifiesta que deje al alcance de la Sala de Casación verificarlo, en las mismas condiciones de la inmediación con que contó el Tribunal de instancia. El medio habitual estará representado por verdaderos documentos y excepcionalmente por los informes periciales, médicos en el caso de que se trata, a los que la jurisprudencia viene atribuyendo idéntica funcionalidad en los supuestos en que existiendo un solo dictámen o varios de todo punto coincidentes, y no disponiendo el órgano «a quo» de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictámen o los dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de

modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de manera que se altere en términos de relevancia su sentido originario; o bien cuando contando solamente con dicho dictámen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo extremo, el Tribunal de los hechos hubiera llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifique.

Argumenta la Sala al respecto que, los informes, en suma, han de patentizar error sobre el dato de que se trate, no han de estar contradichos por otras pruebas y la equivocación que acrediten ha de resultar relevante para la resolución del caso (Sentencias de esta Sala 25.10.2001; 26.09.2003; 15.07.2004; 04.03.2005, 18.04.2005; 09.05.2005; 25.05.2005; 03.10.2005; 18.11.2005 y 20.12.2005; y de la Sala 2.^a recientemente 20.04.2005).

Circunstancias las anteriores que no concurren al caso que examina la Sentencia reseñada porque en los informes médicos, en ningún momento se afirma que la situación patológica que presentaba el recurrente fuera debida exclusivamente a la actuación de los acusados, ni cabe esperar tampoco que un informe médico referido a enfermedad psíquica efectúe una aseveración en tal sentido, por la pluralidad de causas o condiciones que pueden influir o determinar un proceso morboso de esta clase.

Por demás, atendida la esgrimida de parte recurrente indebida aplicación del art. 103 del Código Penal Militar, la sentencia examina pormenorizadamente la doctrina jurisprudencial de la Sala en relación a los elementos objetivo —la conducta del autor, investido de facultades de mando respecto del sujeto pasivo— y subjetivo —comportamiento doloso, esto es, que el autor sabe el mal uso que hace del mando (elemento intelectual) y actúa en función de ese conocimiento (elemento volitivo), sin necesidad de que concurra algún componente intencional o de tendencia dirigido a la causación de algún efecto— del tipo delictivo de autos.

4. Embriaguez en acto de servicio de armas

Servicio de armas: doctrina de la Sala. Tiene esta naturaleza el acto de vigilancia de frontera que lleva a cabo un Guardia Civil

La STS-31-01-2006 (Rc 39/2005), ante la alegada en vía casacional infracción del art. 148 párrafo primero del CPM, al considerar el recu-

rente la imposibilidad de calificar el servicio como de armas por tratarse, continúa esgrimiendo, de un «servicio policial» y de «vigilancia aduanera», aborda la naturaleza militar del Cuerpo de la Guardia Civil mantenida en la reciente Ley de la Defensa Nacional (LO 5/2005, de 17 de noviembre, art. 23); señala al respecto, que el servicio que realmente se prestaba era de vigilancia fronteriza en la ciudad de Melilla con dotación de arma corta, en prevención y evitación, en su caso, de la entrada ilegal de personas en el territorio nacional español por el punto de observación y vigilancia asignado al recurrente; y que la cuestión que se suscita de actuaciones de protección armada a cargo de la Guardia Civil ha sido reiteradamente resuelta por la Sala, en el sentido de considerar que se trata de servicio de armas en interpretación invariable de los términos del art. 16 del Código Penal Militar, en relación con los arts. 148 pfo. primero y 144 del mismo texto legal. Así puede verse en las Sentencias 19.05.1993; 22.10.1993; 08.06.1998; 28.10.1998; 17.12.1998; 21.12.1998; 26.01.1999; 22.06.1999; 03.12.1999; 04.05.2000; 11.05.2001 y más recientemente en las de fecha 14.01.2004; 31.05.2004; 25.06.2004 y 18.04.2005. En la citada Sentencia 14.01.2004 se actualiza la jurisprudencia constante de la Sala, con cita pormenorizada de los supuestos puntuales hasta entonces conceptuados como servicios de armas, a los que cabe añadir otras declaraciones posteriores referidas: a) vigilancia del recinto exterior de Acuartelamiento y sus instalaciones, complementarias de la Guardia de Puertas (S 25.06.2004); b) seguridad ciudadana (SS 14.01.2004; 31.05.2004 y 11.10.2004); c) patrulla fiscal (S 29.11.2004); d) resguardo fiscal en Aeropuerto (S 24.01.2006); y e) vigilancia de la frontera de Melilla (S 07.06.2004. Recurso 101/33/2003), en supuesto de embriaguez idéntico al actual si bien que la naturaleza del servicio no se cuestionó por el recurrente ni la Sentencia de Casación se pronunciara sobre este extremo.

Se sostenía en dicha Sentencia 14.01.2004 que de manera constante la Sala V, y el Tribunal Constitucional, vienen afirmando la naturaleza militar de la Guardia Civil y la condición de militares de sus miembros. Dice también que «la calificación del servicio como de armas (en relación entonces con el delito de Abandono del art. 144.3.º CPM), no depende del porte efectivo de armamento por quien lo desempeña, y ello por cuanto que en el Cuerpo de la Guardia Civil sus integrantes van habitualmente provistos de armas, sino que en atención a las características del servicio se requiera el porte, uso, manejo o utilización de armas de cualquier clase, ya esté así reglamentado o sea legítimamente orde-

nado, sin que el citado art. 16 contemple el uso material y efectivo de las armas para que proceda esta calificación.»

Igualmente defiende que «el ámbito de lo estrictamente castrense, en cuanto que elemento delimitador de las competencias de la Jurisdicción Militar según el art. 117.5 CE, es un concepto jurídico relativamente indeterminado cuya concreción viene deferida al legislador, que al tiempo de la creación de los delitos militares habrá tomado en consideración la protección de los bienes jurídicos concernientes a los objetivos, fines y medios propios de las Fuerzas Armadas, desde la perspectiva sobre todo del art. 8 CE; es decir, en la medida necesaria para que éstas cumplan los fines que constitucional y legalmente tienen encomendados, y en relación con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo cumplimiento se tipifica como delito, y, en general, con que el sujeto activo sea considerado «uti miles», por lo que la condición de militar del sujeto a quien se imputa el delito también es un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense. (STC. 60/1991, de 14 de marzo). La conducta de abandonar un servicio considerado como de armas cometido por quien tenga la condición personal de militar, conforma el delito previsto y penado en el art. 144.3.º del CPM en relación con el art. 16 del mismo texto legal. La subsunción en dicha norma de la conducta que realiza la previsión punitiva no depende de que el sujeto activo, militar en todo caso, esté desempeñando funciones policiales o militares. El legislador, incluso constitucional, (art. 28.1 CE) ha configurado un Instituto Armado de naturaleza y disciplina militar, que sin integrarse en la estructura y organización propias de las Fuerzas Armadas, su Estatuto se equipara al propio de éstas con los derechos y obligaciones que de tal equiparación se derivan para sus miembros, aunque los cometidos a desempeñar por el Instituto o Cuerpo de la Guardia Civil se conciban habitualmente como policiales y solo excepcionalmente como militares, para desempeñar las misiones que se les encomiende por el Ministerio de Defensa (arts. 7.3 y 14.3 LO 2/1986). Afirmamos la dicha excepcionalidad a partir del dato de que esta Sala, hasta ahora al menos, solo ha conocido de delitos cometidos por los miembros del Instituto en el desempeño de funciones policiales.

Resulta pues legítimo y está objetivamente justificado que se califiquen como actos de servicio de armas los que requieren el empleo de las armas y se encomiendan a quienes reúnen la condición de militares, aunque funcionalmente se consideren cometidos policiales, por la importancia de aquellos servicios en beneficio de la comunidad, su mayor

peligrosidad o riesgo que conllevan, con la consecuencia de que los comportamientos de grave incumplimiento en su desempeño, cuyo paradigma es el Abandono físico del lugar de la prestación, den lugar a la exigencia de la responsabilidad penal que el tipo prevé, por los graves perjuicios que de dicha conducta puede seguirse en orden a la desprotección de personas o bienes, cuyo cuidado se atribuye a los miembros de un Instituto armado, y que efectivamente y en todo caso se siguen en cuanto a la quiebra de valores de naturaleza castrense que forman parte del núcleo esencial de la organización militar como es la lealtad hacia el mando que ordena el servicio (art. 13 RROO), y la disciplina como factor de cohesión en el ámbito castrense (art. 11 RROO).

Existen sigue diciendo, ciertamente, servicios encomendados a otros Cuerpos y Fuerzas de Seguridad distintos de la Guardia Civil, cuyo desempeño también requiere la utilización de armamento sin que su Abandono integre el delito de que se trata y ello por estrictas razones de tipicidad, esto es, porque ni concurren los elementos objetivos del tipo (no son en puridad «servicios de armas» del art. 16 CPM), ni los sujetos reúnen la condición personal de militares que es presupuesto indispensable de la autoría, ni se infringen los bienes jurídicos que el tipo protege. Por consiguiente, no puede hablarse de vulneración del principio de igualdad ante la Ley ni en su aplicación tampoco, porque la diferencia de trato se contrae a situaciones distintas y se halla justificada por la finalidad de colmar un interés razonable y legítimo, lo que excluye cualquier atisbo de discriminación.»

5. Delito de maltrato de obra a superior

Deber de motivar la individualización de la pena impuesta

La STS 10-02-2006 (Rc 66/2005), ante la alegada incongruencia omisiva o «fallo corto» que suscita el recurrente, concretada en la aplicación hecha al caso de lo dispuesto en el art. 35 del Código Penal Militar, sobre individualización de la pena impuesta, por no haberse pronunciado el Tribunal sentenciador acerca de determinados extremos que en dicho precepto se mencionan y, en particular, sobre las circunstancias relativas a la personalidad del acusado, su graduación, función militar y la relación del hecho con el servicio, estima parcialmente el recurso de casación, casando y anulando la resolución recurrida, en atención al siguiente tenor.

La Defensa del hoy recurrente solicitó en conclusiones definitivas la imposición de la pena de tres meses y un día de prisión, como consecuencia de la apreciación de la circunstancia atenuante prevista en el art. 21.3.^a Código Penal Común, interesando del Tribunal «que se tenga en cuenta el art. 35 del Código Penal Militar», petición sin duda referida al razonamiento en Sentencia de la individualización penal, que se conecta al deber general de motivación de las resoluciones judiciales y proscripción de la arbitrariedad (arts. 9.3.º y 120.3.º CE).

La sentencia expresa que, aunque la privación de libertad se sitúa en el grado mínimo, el órgano «a quo» no ha apurado las previsiones del reiterado art. 35 CPM al fin de que se trata, y en concreto se ha prescindido de cualquier consideración respecto de las circunstancias personales del acusado, tanto la atinente a la enfermedad síquica que padecía como que su vinculación a las Fuerzas Armadas se mantenía en función de lo que se decidiera en el expediente de aptitud sicofísica que se le seguía, habiendo concluido en octubre de 2003 su compromiso como militar profesional. Conforme a lo dispuesto en el art. 726 LE. Crim., el Tribunal de los hechos debió valorar la prueba documental ofrecida al comienzo del Juicio Oral por la Defensa, una vez que se admitió como tal por la Sala previa audiencia de la Fiscalía. En dicha documental constan datos objetivos sobre la patología que presentaba el acusado, también en enero de 2004 cuando ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento. Las consideraciones que se hacen sobre la determinación de la pena no profundizan en las circunstancias subjetivas del culpable, y por ello no colman las exigencias constitucionales y legales que deben observarse en materia penológica, en lo concerniente a la concreción de la respuesta punitiva que debe ajustarse a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, de manera que, como dice la Sala en la Sentencia de 20.12.2005, aquella comprende los merecimientos culpabilísticos de éste en términos de reprochabilidad, por haber llevado a cabo un comportamiento antijurídico a sabiendas de su ilicitud.

6. Delito de incumplimiento de los deberes de centinela

Ilícito cometido en el desarrollo de una misión en Kosovo. Examen de los elementos objetivo y subjetivo del mismo

La STS 14-02-2006 (Rc 32/2005), en la resolución de los dos recursos de casación interpuestos, aborda la concurrencia de los elementos

objetivo y subjetivo del delito de «Incumplimiento de las obligaciones de centinela ocasionando grave daño al servicio» sobre la singularidad fáctica del lugar en el que acaecen los hechos, puesto de centinela en Iglesia Ortodoxa en Kosovo.

Al respecto mantiene la resolución judicial ahora comentada, la confluencia de ambos elementos, el objetivo tanto en lo que concierne al incumplimiento de las obligaciones propias del centinela (art. 147.3.º CPM), como al resultado jurídico del grave daño para el servicio que es elemento normativo sometido a la apreciación judicial, que se concreta en la afectación al mismo servicio que se desempeña y no en función del riesgo para la seguridad de lo que sea objeto de vigilancia, como el subjetivo —no requiere de ninguna intencionalidad o móvil específico en la conducta del autor, que opere como elemento subjetivo del injusto, bastando el dolo genérico consistente en conocer los componentes del tipo objetivo (elemento intelectual del dolo), y actuar conforme a dicho conocimiento (elemento volitivo), esto es, «saber lo que se hace y querer lo que se sabe»—.

Igualmente se enfrenta la resolución a la posible concurrencia de la eximente prevista en el art. 20.1.º del Código Penal Común y de la causa de justificación de estado de necesidad (art. 20.5.º CPC). Al tenor de lo dicho señala respecto del trastorno mental transitorio que la jurisprudencia viene exigiendo como requisitos los siguientes: a) brusca aparición; b) irrupción en la mente del sujeto activo con pérdida consecutiva de sus facultades intelectivas o volitivas, o de ambas; c) breve duración; d) curación sin secuelas; y e) que dicho trastorno no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de delinquir o bien de lograr la impunidad de sus actos (STS, Sala 2.ª, 22.02.1991). Mientras que respecto de la enfermedad mental se requiere de base biopatológica y de efecto psicológico de disminución de la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta. De manera que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer la relación causal entre aquella y el acto delictivo (STS, Sala 2.ª, 20.01.1993 y 03.12.2002. En este caso no existe ningún tipo de enfermedad demostrada, cuando se viene exigiendo la prueba de sus presupuestos fácticos como si de los mismos hechos se tratara (Sentencias 04.02.2005; 14.03.2005; 25.05.2005; 04.07.2005 y 24.01.2006).

Igual resultado desestimatorio merece el argumentado de una de las partes recurrentes de concurrir «estado de necesidad», que aquella sitúa

también en el cansancio que le afectaba. A partir de los hechos probados no aparece la situación compulsiva actual o inminente e inevitable, que obligara al abandono del puesto de centinela retirándose a dormir al interior de un vehículo; ni que el afectado agotara las posibilidades alternativas para salvar la situación (Vid. nuestras Sentencias 30.05.2005; 19.09.2005 y 20.10.2005).

Por último, en relación al denunciado «error facti» en que incurrió el Tribunal sentenciador en la apreciación de la prueba, y que la parte recurrente sustenta en dos informe periciales obrantes en la causa sobre: «importancia del sueño» emitido por la Sección de Psicología de la Dirección de Sanidad del Ejército de Tierra; y «sobre privación del sueño» emitido por el Servicio de Neurofisiología Clínica del Hospital Militar «Gómez Ulla», respecto de los que sostiene el recurrente, se deduce la exculpación del acusado respecto de la conducta de quedarse dormido durante la prestación del servicio de Centinela.

Señala la Sala que la carencia de tal eficacia en orden a alterar el sentido del «factum» sentencial, no deriva tanto de que no hayan sido ratificados por sus autores lo que no resulta siempre necesario dado su origen oficial (Acuerdo del Pleno de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de fecha 21.05.1999 y las Sentencias que en ése se citan; así como nuestra reciente Sentencia 10.02.2006 y las que en ella se mencionan), sino porque no están emitidos en relación con la conducta desplegada por el recurrente objeto de enjuiciamiento, tratándose más bien de prueba documental sometida a la regla de valoración del art. 726 LE. Crim., y con éste carácter se dió lectura a su contenido en el acto de la vista del Juicio Oral. Su contenido no se refiere a los hechos protagonizados por los acusados ni se llega a conclusiones en relación con los mismos por lo que carece, como tal documento, de la capacidad demostrativa autónoma que venimos exigiendo constantemente, sin necesidad de adicionales y complementarias consideraciones sobre las consecuencia que se sigan del dictámen, que es justamente lo que hace la parte recurrente.

7. Delito de maltrato de obra a inferior con resultado de muerte

Competencia de la Jurisdicción Militar. Elementos del delito de maltrato

La STS 06-03-2006 (Rc 101-74/2005), aborda los recursos de casación interpuestos frente a la sentencia pronunciada por Tribunal

Militar Territorial condenado al que fuera Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Abacete, Teniente Coronel a la sazón, por lo hechos —de gran trascendencia mediática— acontecidos el día 17 de junio de 2003 en el señalado establecimiento militar, a las penas de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN por un delito consumado de «abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a inferior con resultado de muerte»; NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, con las accesorias legales de pérdida de empleo e inhabilitación absoluta y con los efectos de la baja del penado en la Guardia Civil, como autor responsable de un delito consumado de «atentado contra autoridad militar con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones con resultado de lesiones muy graves»; DIECISEIS AÑOS DE PRISIÓN, con las accesorias de inhabilitación absoluta, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho de residir o acudir a Albacete y a los lugares donde residan las familias de los fallecidos y el herido hasta 10 años después de del cumplimiento de la pena de prisión como autor de un delito consumado de «asesinato», previsto y penado en el art. 139 CP, con la concurrencia de la circunstancia inherente al tipo de alevosía, n.º 1 del citado artículo; y CATORCE MESES DE PRISIÓN, con las accesorias legales de empleo o cargo público como autor responsable de un delito consumado de «tenencia ilícita de armas», previsto y penado en el art. 554.1.º del CP.

El recurrente alegó en la instancia que los hechos enjuiciados no guardaban relación con el servicio ni con la disciplina, dada su naturaleza personal y, por tanto, ajenos al ámbito estrictamente castrense, de ahí que se hubiera vulnerado el derecho reconocido en el art. 24 de la CE al atribuir indebidamente a la Jurisdicción Militar un delito común, allende del ámbito castrense.

Señala la Sentencia que se trata, en definitiva, de precisar si mediante una aplicación equivocada de las reglas definidoras de ese orden jurisdiccional se han transgredido las mismas, pues de ser así, se habría operado una clara infracción del derecho al juez predeterminado por la Ley.

Pues bien, al respecto concluye la resolución que, en atención a que los hechos a priori, pudieran afectar no sólo a la vida y la salud de los guardias civiles agredidos violentamente sino también a la disciplina, bien por menoscabar su contenido esencial, bien porque la acción realizada tenga alguna relación con el servicio, cabe inferir que en este

caso la declaración de competencia hecha en su día en favor de la Jurisdicción Militar se fundamenta en una interpretación de la legalidad que no puede considerarse contraria a la esfera de actuación que el art. 117.5 CE reserva a esa jurisdicción especial, por lo que, al margen del debate suscitado, no ha existido vulneración del citado derecho fundamental.

Reproduce a continuación la sentencia lo dicho por la Sala de Conflictos, al respecto: *«la naturaleza militar de los dos primeros delitos se deduce, no sólo del dato formal de estar comprendidos en el Código Militar, sino de la conjunción de los bienes jurídicos que los citados tipos penales protegen, referido tanto a la vida humana e integridad corporal o salud en general, como el valor de la disciplina que constituye factor esencial de cohesión dentro de las Fuerzas Armadas»*, concluyendo que *«el carácter pluriofensivo de estos delitos determina la mayor gravedad de sus respectivas penas, en comparación con los correspondientes delitos comunes»* (Sentencia de 29 de septiembre de 2003).

A continuación aborda la sentencia la cuestión de si para que concorra el delito reseñado basta con la condición de superior jerárquico o si, por el contrario, es necesaria una específica relación jerárquica de subordinación derivada del ejercicio de la autoridad.

Pues bien, la doctrina de esta Sala es concluyente al respecto al afirmar que *«basta la relación jerárquica, ya que la relación jerárquica castrense es permanente y situa dentro de la misma a quienes sean superiores o inferiores en la esfera militar, constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el buen funcionamiento de los Ejércitos»*, añadiéndose *«que la posición de superior o inferior no puede transmutarse en una simple disputa de carácter privado pues el interés individual del sujeto ha de ceder mientras permanezca en los Ejércitos, al superior valor colectivo de la disciplina, sin el cual aquellos no podrían existir»*. En tal sentido, conforme al art. 12 del CPM, es indudable que la cualidad de superior es inherente a la persona y no al desempeño de sus funciones por lo que el ejercicio de la autoridad no se subordina a la circunstancia de que el superior actúe en acto de servicio.

De lo expresado resulta claro que para la Sala basta, a los efectos de apreciar o no el delito de maltrato, la condición de superior jerárquico sin ninguna otra connotación o exigencia legal (art. 12 CPM).

8. Delito de abandono de destino

Error sobre la existencia de autorización para cambiar de residencia: error de tipo, no de prohibición. Error vencible: la absolución deviene como consecuencia de no estar tipificado el abandono de residencia imprudente

La STS 24-03-2006 (Rc 101-97/2005) afronta en tanto que única cuestión, la referida a la clase de error sufrido por el recurrente cuando decidió trasladarse desde El Ferrol, donde tenía su residencia oficial, a Jaén, donde se ubicaba su domicilio familiar. Parece significativo recordar que el recurrente en casación, al que se adhiriera el Ministerio Fiscal, de un lado, acepta que no estaba autorizado para el traslado y que obró bajo el error vencible de que lo estaba, y de otro, impugna la calificación de ese error, porque entiende que es de tipo y no de prohibición.

Por su parte, el Tribunal de instancia, aun cuando no lo calificara expresamente, entendió que aquél era de prohibición, pues aplicó el art. 14.3 del Código Penal, que dispone que en el caso de error vencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción se aplique la pena inferior en uno o dos grados.

Señala la sentencia ahora analizada que la cuestión que debe ser resuelta consiste únicamente en determinar si ese error era de prohibición, como entendió el Tribunal de instancia, o de tipo, como se sostiene en el recurso y en el escrito de adhesión del Ministerio Fiscal; cuestión esencial dado que las consecuencias son bien dispares: si se mantiene la calificación del Tribunal de instancia, el recurso habría de ser desestimado, pues lo que el art. 14.3 del Código Penal dispone para el caso de error de prohibición vencible no es la exclusión de la responsabilidad penal, sino la condena a una pena inferior en uno o dos grados a la imponible por la infracción; y si se acepta la tesis del recurrente y del Ministerio Fiscal, el recurso habría de ser estimado, con la consiguiente casación de la sentencia de instancia, seguida de la absolución del recurrente, porque, a tenor del art. 14.1 del Código Penal, en el caso de error de tipo vencible sólo subsistirá la responsabilidad penal a título de imprudencia, y ello si el legislador ha previsto esta posibilidad en relación con el concreto delito de que se trate, lo que no sucede en el caso del delito de abandono de residencia.

Concluye la sentencia que, la cuestión ha de ser resuelta en el sentido interesado por el recurrente y el Ministerio Fiscal, porque el error bajo el

que aquél actuó es —así lo entendió la Sala en su sentencia invocada de 15 de julio de 2004— un error de tipo, por cuanto el supuesto de hecho prohibido por la norma contenida en el art. 119 del Código Penal militar es el abandono no justificado. El legislador pudo no incluir en ese supuesto de hecho el adverbio «injustificadamente», pero lo cierto es que obra integrado en él como un elemento normativo. En consecuencia, como el recurrente no creyó erróneamente que estuviera permitido irse sin autorización (error de prohibición) sino que estaba autorizado para irse (error de tipo, pues recae sobre uno de los elementos que lo componen), procede casar la sentencia de instancia y dictar una absolutoria porque el legislador no ha dispuesto que el delito de abandono de residencia del art. 119 del Código Penal militar sea castigado si se comete por imprudencia.

9. Nulidad de actuaciones con objeto de posibilitar el ejercicio de la acusación particular

El planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad determina la suspensión del trámite hasta que se decida la cuestión. (STC 179/2004, de 21 de octubre)

La STS 24-04-2006 (Rc 100/2005), toma como antecedente necesario para abordar la resolución del medio de impugnación extraordinario interpuesto, la solicitud que hiciera un Soldado del Ejército de Tierra a fin de personarse, en concepto de acusación particular, en la causa iniciada por denuncia que aquélla misma presentara con anterioridad, la negativa a tal petición por el Juzgado Togado Militar, motivó que el Tribunal Militar Territorial, tras la interposición del preceptivo recurso de queja, promoviera el incidente previsto en el art. 35. 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, previo al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad que finalmente motivara por Auto. No obstante la decisión de plantear tal cuestión, el Tribunal Militar Territorial nada acordó sobre la suspensión del proceso penal, de manera que continuó el trámite dándose lugar al procesamiento del denunciado, conclusión del sumario, apertura del Juicio Oral, celebración de vista y pronunciamiento de Sentencia absolutoria, sin que en estas actuaciones llegara a intervenir la denunciante en concepto de acusación particular.

La Sala quinta considera que el reproche casacional que la recurrente dirige a la actuación del Tribunal sentenciador está sobradamente fun-

dato. A partir del Auto en que se suscitó la reiterada cuestión de inconstitucionalidad, sin acordarse la suspensión del procedimiento penal, como resulta preceptivo, hasta obtener la decisión instada del Alto Tribunal, la continuación del trámite dió lugar a toda una serie de situaciones producidas al margen de cualquier cauce procesal regular, en franca oposición a la naturaleza misma de la cuestión emprendida y a los efectos previstos en el art. 38.3 LOTC que radican en la decisión del proceso según lo resuelto por el Tribunal Constitucional, quedando el Tribunal «a quo» vinculado en tal sentido desde que tuviera conocimiento de lo resuelto por aquel. Tal forma de proceder resulta, además de contrario a Derecho, incongruente con el fin que el Tribunal se proponía alcanzar al promover la cuestión consistente, según se dice en el Auto de planteamiento, de favorecer el ejercicio de la acción penal, con cuya denegación la norma adjetiva es «susceptible de generar indefensión o de reducir el derecho de defensa de forma contraria a la igualdad ante la Ley». Propósito plausible pero irrealizable según la ulterior actuación del Tribunal de instancia.

10. Abuso de autoridad

Trato degradante a inferior: «Acoso sexual»

La STS 03-05-2006 (Rc 16/2005), desestima uno a uno los argumentos de parte recurrente tendentes a acreditar, ya la falta de prueba sobre los hechos que el Tribunal Sentenciador establece como acreditados, ya la inexistencia de relación jerárquica entre el procesado y la denunciante en la realización de los hechos enjuiciados, ya, finalmente, la calificación de éstos como trato degradante.

Desestima el primer motivo esgrimido sobre la base de copiosa (más de veinte testimonios) prueba incriminatoria representada, sobre todo, por la declaración convincente de la víctima de los hechos enjuiciados que se ajusta a las cautelas o parámetros de convicción que viene estableciendo, sobre ausencia de incredibilidad subjetiva; verosimilitud de sus declaraciones, persistencia de las mismas y constancia de corroboraciones objetivas que avalen aquellas manifestaciones (nuestras Sentencias 10.06.2004; 21.06.2004; 06.06.2005; 13.06.2005 y 18.11.2005 y las que en ellas se citan tanto del Tribunal Constitucional como de la Sala 2.^a de este Tribunal Supremo, a las que se añaden

en el mismo sentido las de fecha 10.06.2005 y 13.06.2005 de dicha Sala 2.^a).

En respuesta a los otros dos planteamientos defensivos, señala la resolución que jurídicamente no es discutible en contemplación de lo dispuesto en los arts. 12 CPM y 12 de las RROO, y la constante interpretación que de dichos preceptos viene haciendo la Sala, conforme a la cual la relación jerárquica entre los militares, con la correlativa superioridad y subordinación que de ésta se deriva, tiene carácter permanente y se proyecta fuera del servicio con independencia de cualquier condicionamiento, fijando el empleo la posición relativa entre los militares (Sentencias 13.01.2000; 08.10.2001; 01.07.2002; 02.11.2004; 13.07.2005 y 17.11.2005, entre otras de fecha reciente). Ello con independencia de que los episodios que se recogen en el «*factum*» sentencial, en su gran mayoría tuvieron lugar en el acuartelamiento de la Unidad de destino y en el desarrollo de actos propios del servicio.

Recuerda finalmente que el punto de referencia a propósito de lo que deba considerarse trato degradante sigue siendo el «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales» (art. 3.º), así como los Tratados y Acuerdos Internacionales suscritos por España que forman parte de nuestro derecho interno según disponen los arts. 10.2 y 96.1 CE; y asimismo el art. 15 de la Constitución que proclama el derecho fundamental a la integridad moral sin que, en ningún caso, cualquier persona pueda ser sometida a tratos degradantes, para finalmente, concluir que, teniendo en cuenta las condiciones de continuidad, la persistente actuación del procesado respecto de la Soldado constituye modalidad de conducta atentatoria para la dignidad personal de ésta, en su posición de mujer incorporada profesionalmente a los Ejércitos en condiciones de igualdad con los demás componentes de las Fuerzas Armadas, cuya efectiva integración exige el más escrupuloso respeto de sus derechos (nuestras Sentencias 23.01.2001; 20.09.2002 y 12.12.2003), y que anudado al dato del resaltable prevalimiento con que el procesado se condujo desde su situación de mando superior y directo de aquella; conlleva que los hechos adquieren la gravedad objetiva y subjetiva que están en la base del tipo apreciado, con virtualidad para producir, como en efecto produjo, las consecuencias aflictivas, vejatorias y humillantes que se relacionan en la Sentencia de instancia y que doctrina y jurisprudencia sitúan en el núcleo del trato degradante.

II. CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO

1. Libertad de expresión de los militares

Inserción o colocación por el recurrente, Suboficial del Ejército del Aire, de unos comentarios en el «Forum» de dicho Ejército sobre sus peripecias profesionales, cuyos contenidos el mando consideró irrespetuosos y lesivos del valor disciplina. STS 20-12-2005 (Rc 76/2005)

La Sala Quinta se ha ocupado con frecuencia de la cuestión relativa a la libertad de expresión en el ámbito castrense, teniendo declarado que este derecho fundamental se predica también de los militares aunque con las limitaciones generales afectantes al ejercicio de dichos derechos (art. 20.4 CE), más los específicos propios de sus funciones contenidas en las Reales Ordenanzas, en el Código Penal Militar y en su Régimen Disciplinario, necesarias para preservar los principios y valores esenciales de la organización militar, esto es, la disciplina, la relación jerárquica, la unidad y la cohesión interna que resultan precisas para la funcionalidad de los Ejércitos y el cumplimiento por éstos de las misiones que constitucional y legalmente tienen confiadas. Lo ha dicho la Sala con reciente reiteración (S 09.05.2005), insistiendo sobre todo en la necesidad de mantener la disciplina en el seno de lo que la STC 60/1991, de 14 de marzo, denomina «organización bélica del Estado», y de proteger la neutralidad política de los militares, pero siempre en términos que no reduzcan a los miembros de las Fuerzas Armadas al puro y simple silencio (S 19.04.1993). Y esta es la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que se cita) y del Tribunal Constitucional (asimismo citada).

También tiene declarado la Sala que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por los militares, se refuerza cuando aparece vinculado al derecho de defensa, situaciones en que se consideran justificados los excesos cometidos con tal motivo, o bien se procede a degradar el nivel de reproche disciplinario cuando concurre dicho supuesto. Asimismo se reitera que las limitaciones al ejercicio del derecho esencial de que se trata deben entenderse y aplicarse con carácter restrictivo, como consecuencia de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales.

En la solución al caso concreto se hace una ponderación de las peculiares circunstancias del mismo, y en particular en cuanto a la incongruencia que representa brindar al personal militar la posibilidad de par-

ticipar en un «Foro», para el debate de temas abiertos comunes a los usuarios y luego dar lugar al reproche disciplinario; de manera que la cuestión se ciñe tanto al legítimo ejercicio de la libertad de expresión como a la entidad de aquéllos contenidos, con virtualidad para lesionar la disciplina «que no es otra cosa que el acatamiento por el militar del conjunto de normas, que regulan el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, con lo que se asegura la eficacia de las misiones que los Ejércitos tienen encomendadas», valor que en realidad no se resiente en el caso enjuiciado.

2. Falta de fundamento del recurso

Su objeto es la Sentencia y no la resolución sancionadora

La STS 16-01-2006 (Rc 61/2005) adquiere singularidad al abordar un recurso de casación construido por el impugnante con los mismos argumentos, literalmente reproducidos, que los esgrimidos en la demanda de formalización de la impugnación jurisdiccional de instancia, con las consecuencias que de ello se extraen adversas en todo caso para los intereses de quien recurre; en el doble sentido del desenfoque del objeto del Recurso extraordinario, que como la Sala ha dicho con anterioridad de manera invariable se refiere solo a la Sentencia del órgano «a quo» y no a la Resolución o a las actuaciones sancionadoras (Sentencias 03.02.2001, 24.09.2004; 27.09.2004; 09.03.2005 y 18.04.2005), y a continuación sobre la falta de interés implícito en la actuación de quien clama contra lo resuelto en la instancia, sin desvelar en qué consisten los defectos o equivocaciones en que hubiera incurrido el Tribunal sentenciador al decidir en el sentido que lo hizo. Ello sin profundizar, matiza la resolución judicial, en la desatención que para la Sala de Casación representa, la reproducción mecánica del contenido de aquel escrito de demanda mínimamente maquillado para introducir la etiqueta o enunciado formal del motivo que se invoca.

Pese a lo expuesto y en pos del otorgamiento de la tutela judicial que se pide, la Sala recuerda en relación al objeto del Recurso Preferente y Sumario que, tratándose de faltas leves la impugnación no excluye la invocación de cuestiones de ordinaria legalidad, dentro o fuera del «bloque de constitucionalidad», para preservar el derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión que promete el art. 24.1 CE, situación

de indefensión a que se daría lugar cuando el sistema procesal no prevea cauce para que se impetre la actuación de los Tribunales, en defensa de los derechos e intereses legítimos que conformen las pretensiones de las partes. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 202/2002, de 28 de octubre (con planteamiento de oficio de la eventual inconstitucionalidad de los arts. 468.b y 453. pfo. segundo de la Ley Procesal Militar); y lo ha dicho la Sala de lo Militar en las suyas 27.06.2003; 17.05.2004 y especialmente en la de fecha 11.10.2004.

3. Valor probatorio del parte militar

No se puede subsanar en el posterior proceso contencioso la infracción de garantías constitucionales producida en la tramitación del expediente disciplinario

La STS 20-02-2006 (Rc 2/2005) en el marco de un recurso contencioso disciplinario preferente y sumario afrontaba la cuestión de si el Mando sancionador había contado o no con un mínimo de actividad probatoria o, dicho en otros términos, con prueba suficiente para imputar al recurrente la conducta objeto de sanción.

El Tribunal de instancia, argumenta la Sala, fundamenta su convicción fáctica exclusivamente en el parte emitido por un Cabo 1.º, convertido así en el único medio de prueba de carácter incriminatorio contra el recurrente. La cuestión clave en este caso se centraba en precisar el valor probatorio del parte militar emitido (dado que no existen más pruebas y que el sancionado negó los hechos imputados en el trámite de audiencia). Así las cosas, la suerte del Recurso dependería de si basta dicho parte para enervar la presunción de inocencia (a pesar de no haber sido ratificado en el expediente disciplinario pero sí en sede jurisdiccional) o si, por el contrario, es insuficiente al no haberse realizado por el Mando sancionador ninguna comprobación posterior de los hechos.

Es doctrina de la Sala que el parte militar es elemento probatorio y, por tanto, apto para desvirtuar la presunción de inocencia. Pero también ha sido dicho que todo parte militar ha de ser valorado a fin de establecer su fiabilidad y la fuerza incriminatoria de su contenido.

Ahora bien, si como ocurre en el presente supuesto los hechos no han sido sancionados por el Mando observador (encargado del servicio) en

virtud de su facultad sancionadora sino a consecuencia de una queja supuestamente irrespetuosa, el parte por el que se da cuenta de dicha acción carece por sí solo de virtualidad probatoria para enervar la presunción de inocencia pues, como se señala en la sentencia de 4 de mayo de 1.995, la mera emisión del parte sin comprobación y corroboración de su contenido no constituye prueba de cargo. Por tanto, vista la contradicción existente entre lo que dice el parte y lo declarado por el sancionado, que no negó los hechos, la autoridad sancionadora debió en cumplimiento de las previsiones legales vigentes, comprobar la verdad de lo realmente acaecido y al no hacerlo, conculcó el derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

Efectivamente, la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil obliga a realizar las comprobaciones mínimas en orden a la averiguación de los hechos. Sin embargo, dicha verificación puede revestir diversas formas según las características de cada tipo disciplinario, sin que la Ley Disciplinaria autorice, en ningún caso, la imposición de sanciones de plano en base al mero convencimiento del Mando sancionador, sin que éste exprese —siquiera sea sucintamente— las razones de la convicción, basadas en hechos objetivos y no en meras conjeturas, hipótesis o sospechas por muy fundadas que sean, pues la simplificación de trámites no autoriza, según constante doctrina del Tribunal Constitucional, a prescindir de las garantías constitucionales básicas, entre las que se encuentra el derecho a la presunción de inocencia. Por el contrario, insiste la Sala, han de plasmarse aunque sea sintéticamente las razones que llevan al Mando a sancionar, máxime cuando en el parte se contienen apreciaciones subjetivas necesitadas de valoración previa por parte del Mando sancionador mediante la declaración personal, aunque sea oral, de quien emitió el parte a los solos efectos de determinar si los hechos a corregir reúnen los requisitos del correspondiente tipo disciplinario, lo que sólo puede hacerse mediante la comprobación personal correspondiente. En este sentido, las matizaciones en los tipos disciplinarios como el contemplado son decisivas, de ahí la necesidad de que sean captadas personalmente por el Mando, pues cualquier instrucción, por sencilla que sea, ha de hacerse en función de los requisitos de cada tipo disciplinario.

En definitiva, no basta en este caso el mero parte emitido para enervar la presunción de inocencia, dadas las circunstancias concurrentes, pues de lo contrario, dicho derecho se convertiría en una mera formalidad vacía de contenido.

4. Falta muy grave por previa condena penal por delito doloso

Doctrina de la Sala sobre proporcionalidad entre las sanciones y las conductas que las motivan. Determinación del dies a quo, prescripción

La STS 21-02-2006 (Rc 116/2004) se pronuncia respecto de la alegada falta de proporcionalidad, señalando que, con la doctrina de la Sala, las sanciones deben guardar proporción con las conductas que las motivan, para que se produzca el debido ajuste entre éstas y la correspondiente respuesta disciplinaria. La proporcionalidad es función que inicialmente corresponde al legislador que crea los tipos disciplinarios y anuda a éstos las oportunas sanciones, incumbiendo a la Administración sancionadora elegir en cada caso la que considere más adecuada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor cuando la sanción sea graduable. Mientras que a la Jurisdicción atañe revisar la corrección jurídica de la Resolución sancionadora (art. 103.1 CE).

Dice la Sala en su Sentencia 03.06.2003 que la irreprochabilidad penal de los miembros del Instituto de la Guardia Civil constituye un interés legítimo de la Administración, lo que representa un bien jurídico protegible hasta el punto de erigirse la condena penal por delito, en determinadas condiciones, en falta muy grave prevista en el Régimen Disciplinario de dicho Cuerpo. En parecidos términos se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 180/2004, de 2 de noviembre, cuando afirma (FJ 6) que «la irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad». Se añade en la STC. citada que «con la firmeza de la Sentencia penal condenatoria por delito con dolo, resulta comprometida la idoneidad del guardia civil condenado para el desempeño de su actividad profesional, pues del mismo modo que la ausencia de antecedentes penales se configura como condición para el acceso al Instituto (art. 17 del Real Decreto 597/2002, de 28 de junio), también la condena firme por delito doloso que lleve aparejada privación de libertad pone de manifiesto la pérdida de esa aptitud o idoneidad profesional».

El art. 10.3 LO 11/1991, concluye la resolución analizada, prevé para las faltas muy graves tres posibles sanciones, habiendo optado la Autoridad que decidió el Expediente por la alternativa más severa e irremediable representada por la Separación del servicio, que comporta la pérdida de la condición de Guardia Civil en los términos del art. 17 de la

reiterada LO 11/1991. El criterio seguido para la elección de la concreta respuesta disciplinaria no puede conceptuarse como desproporcionado o irrazonable.

En otro orden de cosas y ante la pretensión del recurrente de principiar el cómputo inicial del plazo prescriptivo a partir de la realización de la conducta delictiva, la Sala recuerda que el art. 68.4 LO 11/1991, establece claramente que la prescripción, cuando el procedimiento se inicie por Sentencia judicial, comenzará a computarse desde que la Administración tuviera testimonio de la misma; habiendo precisado esta Sala en los casos de recepción de la Sentencia en fecha lejana respecto de su firmeza, que en estos casos el cómputo del plazo prescriptivo de dos años previsto para las faltas muy graves o de seis meses para las graves, se inicia desde la fecha del archivo provisional o definitivo de la ejecutoria o de la propia causa, pues mientras que la Sentencia se está ejecutando el órgano que la dictó está en condiciones de dar cumplimiento al deber de comunicación que establece la Disposición Adicional Segunda de la reiterada LO 11/1991, de 17 de junio. (Sentencia 23.09.2005, y las que en ella se citan).

5. Conducta gravemente contraria a la dignidad del instituto de la Guardia Civil

La constituye el reunirse varias veces con conocidos narcotraficantes para fines ajenos a los propios del Instituto. Vulneración del principio de proporcionalidad. Improcedencia de la sanción de separación del servicio

La STS 06-03-2006 (Rc 93/2004), tras aceptar la declaración de hechos probados de la resolución sancionadora, desestima uno a uno los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, en relación a la posible vulneración del principio de presunción de inocencia, tipicidad, legalidad sancionadora y prescripción. No obstante, ante la alegada desproporcionalidad de la resolución, y, haciendo constar que la autoridad sancionadora había fundado su decisión de separar del servicio a los demandantes en que la conducta de éstos, atendida la identidad de las personas con las que se entrevistaban, así como las circunstancias de lugar y modo de los encuentros, constituye una conducta «particularmente reprochable en miembros del Cuerpo, no solo por el descrédito que

ello supone para la imagen del Cuerpo sino porque ello es, sin duda, susceptible de afectar también al servicio y misiones que en la persecución de los delitos contra el tráfico ilícito de drogas competen al Instituto Armado al que los encartados pertenecen», a lo que nada, añadía, cabe oponer pues ciertamente la conducta seguida por los demandantes, de un lado, afecta directamente y de forma grave a la dignidad del Instituto del que son miembros y a la propia de cada uno de ellos, y del otro, puede afectar al servicio también gravemente, concluye que la sanción de separación del servicio no es la adecuada por varias razones.

La primera es que esa grave afectación a la dignidad a que se refiere la autoridad sancionadora ya que valorada para subsumir los hechos en el art. 9.9 de la Ley disciplinaria de la Guardia Civil. Porque afectan gravemente a la dignidad del Cuerpo de la Guardia Civil, los hechos protagonizados por los demandantes constituyen la falta muy grave imputada. Se trata de una gravedad que el legislador ha incluido en la descripción de la falta, de suerte que no toda conducta contraria a la dignidad constituye esa falta muy grave, sino sólo la que afecta a este valor gravemente. La segunda razón es que se desconoce la finalidad concreta de los encuentros constitutivos de la infracción, y, en consecuencia, no puede calibrarse la entidad de la posible afectación del servicio. La explicación dada por los demandantes ya ha sido descartada por inverosímil, siendo razonable la consideración de la autoridad sancionadora de que la finalidad de reunirse con narcotraficantes no era lícita. Pero no ha quedado probado cuál era, y ello no es indiferente para elegir la sanción, pues en ese momento—siempre importante, más cuando por tratarse de una falta muy grave puede imponerse la sanción de separación del servicio— resulta de singular valor conocer todo dato de interés. Puede pensarse fácilmente que los demandantes actuaron movidos por fines muy graves, pero no se tiene la certeza de ello, únicamente la sospecha, fundamento siempre insuficiente. La tercera razón es que existe un elemento favorable a los demandantes que, pese a ser valorable a tenor del art. 5 de la LO 11/91, la autoridad sancionadora no ha tenido en cuenta. Se trata del historial profesional de cada uno de ellos, pues consta que, por el cumplimiento de servicios de distinta naturaleza, merecieron de sus superiores numerosas felicitaciones a lo largo de sus muchos años de pertenencia a la Guardia Civil. Aun contando con ello, la sanción de separación del servicio sería la adecuada si hubiera quedado verificado que los demandantes perseguían logros singularmente graves, como el de poner su función como miembros de la Guardia Civil al servicio del

delito. Pero al resultar desconocido el concreto fin que los impulsaba, ese elemento no valorado por la autoridad sancionadora se ofrece también como última razón para sustituir la sanción de separación del servicio por la de menor gravedad solicitada, la de suspensión de empleo, si bien no durante un mes, como los demandantes pretenden, sino durante un año, extensión que la Sala estima proporcionada a la conducta y circunstancias ya expuestas.

6. Recurso contra acuerdo de archivo de la comisión disciplinaria del consejo general del poder judicial

Expediente disciplinario contra Juez Togado Militar por presunta falta del art. 131.8 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Examen de la legitimación para recurrir. Enfermedad del expedientado como causa de los retrasos judiciales

La STS 10-03-2006 (Rc 204-13/2005) entraba a conocer, por primera vez, de un Recurso contencioso disciplinario militar ordinario interpuesto por un Comandante del Cuerpo General de las Armas del Ejército de Tierra, en impugnación de Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, por el que se resolvió archivar sin declaración de responsabilidad Expediente Disciplinario, instruido en averiguación de la posible responsabilidad de un Juez Togado Militar, como consecuencia de la presunta comisión de la falta muy grave de desatención o de retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación y resolución de las causas, prevista en el art. 131.8 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Al efecto de determinar el objeto de la litis, señala la Sala que el mismo viene exclusivamente concretado en la impugnabilidad del Acuerdo dictado en el Expediente disciplinario, que se tramitó por el Consejo General del Poder Judicial a fin de establecer la concurrencia de una posible responsabilidad disciplinaria, en la persona de un Juez Togado Militar titular de un Juzgado Togado Militar Territorial, sin que alcance la materia a considerar actividades ajenas a la función jurisdiccional, ni a personas distintas de quien fuera investigado en dicho Expediente culminado en el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo. Las mentadas consideraciones se realizaron toda vez que en sus conclusiones el demandante hacía referencia a la oportunidad de haber

verificado, asimismo, incoación de expediente al Capitán Auditor Secretario del Juzgado Togado de autos, precisando en el Suplico, que se reconociera directamente que de los hechos se deducen las responsabilidades compartidas del Juez y Secretario. Debe, por consiguiente precisarse que el único objeto del procedimiento y, en consecuencia, sobre el que debe recaer Sentencia es exclusivamente determinar si se ajustó a derecho el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial antes referenciado.

La primera cuestión a la que se enfrenta la Sala es la referente a la legitimación del actor, aspecto suscitado por la Abogacía del Estado que sustenta su falta de interés legítimo. Al respecto, señala la STS comentada que ha de tenerse en cuenta el contenido del penúltimo párrafo del art. 142 de la LO 4/1987, modificada por LO 9/2003, a cuyo tenor:

«La resolución dictada en el procedimiento [disciplinario judicial] se notificará al denunciante, si lo hubiera, quién podrá recurrir, en su caso, ante la Sala prevista en el párrafo anterior [es decir, esta Sala de lo Militar]».

El precepto, como puede observarse, sigue argumentando la Sala, no establece excepciones a este principio de recurribilidad, por ello entiende que la norma reguladora ha querido otorgar al denunciante la posibilidad de recurso en vía judicial sin el establecimiento de límites. En el mismo sentido, el art. 423.3 de la LOPJ, en la redacción determinada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, también concreta la legitimación que se ostenta [por el denunciante] como interesado en la vía jurisdiccional.

La alegación casacional esencial radica en la insuficiencia y falta de rigor del informe pericial médico que sirvió de base a la resolución de la Comisión Disciplinaria del Consejo para, finalmente, decretar el archivo del expediente instruido al Juez Togado. La Sala concluye que ha quedado debidamente acreditada la especialidad y capacitación técnica del Teniente Coronel Médico que efectuó la peritación que sirvió de base a la resolución de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, debiendo significarse que las valoraciones subjetivas y personales del demandante no suponen sino meras consideraciones sobre su juicio y apreciación personal sobre los dictámenes elaborados en su momento por el referido Teniente Coronel Médico, sin que aporte ninguna determinación o prueba que merezca un calificativo distinto del de mera opinión y que pueda afectar a la oportunidad y objetividad de

los informes elaborados en el presente caso, que deben ser calificados como razonablemente adecuados y motivados y que fueron debidamente valorados primero por el Instructor Delegado y luego por la Comisión Disciplinaria.

7. Presunción de inocencia

Ámbito de aplicación: se extiende a la valoración irracional de la prueba

La STS 13-03-2006 (Rc 39/2005) examina en primer lugar, siempre desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, si la autoridad sancionadora puede imponer al Instructor (que es quien, a la postre, ha practicado la prueba y, por tanto, las ha valorado en razón a su inmediatez) una determinada propuesta al margen de su opinión.

Pues bien, señala al respecto que, entre las facultades atribuidas al órgano sancionador figura la de anular la propuesta formulada y, consecuentemente, ordenar una nueva propuesta en virtud de las facultades que, en orden a su dirección, supervisión de trámite y resolución les compete por imperativo legal, en razón a la naturaleza específica de los expedientes sancionadores que son tramitados y resueltos por autoridades administrativas no judiciales.

Continúa diciendo que, por lo que respecta al principio de inmediatez, la doctrina considera que este principio, básico en la Jurisdicción Penal, se diluye en el ámbito que nos ocupa, toda vez que a la postre, es un órgano distinto al Instructor, a quien corresponde la capacidad sancionadora, de ahí que dicho principio no tenga la intensidad que en el ámbito penal, hasta el punto de que algún autor niega la vigencia de este principio en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores.

A renglón seguido profundiza la Sentencia analizada en la hipotética vulneración del derecho a la presunción de inocencia en el ámbito administrativo sancionador. Tras un análisis pormenorizado de la doctrina del Tribunal Constitucional y la propia Sala al respecto, concluye que lo que habrá, por consiguiente, de analizar es si las conclusiones fácticas obtenidas por la autoridad sancionadora se ajustan o no a las reglas de la lógica y de la racionalidad. En definitiva, si dicha valoración es o no arbitraria, no deteniéndose por ende en el umbral de la mera constatación de la existencia de un mínimo de actividad probatoria, lo que no

significa —y ello conviene recordarlo— sustituir a la autoridad sancionadora o al Tribunal en la valoración de la prueba, que sólo a ellos les incumbe, entre otras razones, merced al principio de inmediación del que están investidos.

8. Falta leve de negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales

Orden de comparecer en la Unidad de destino de obligado cumplimiento aunque el destinatario se halle de baja médica, cuando no se interfiera el proceso curativo. Tipo disciplinario en blanco. Doctrina de la Sala

La STS 17-03-2006 (Rc 53/2005), ante la alegada exención en el cumplimiento de sus obligaciones profesionales que propugna el recurrente en su medio impugnatorio extraordinario por razón de la baja médica que le había sido prescrita, recuerda que la orden de comparecencia en la Unidad de destino es de obligado cumplimiento, aún hallándose el destinatario de la misma en la dicha situación de baja, como ha recordado las Sentencias 12.03.2004 y 07.02.2005 dictadas en Recursos de Casación Penal, cuando lo que se ordena no es incompatible con la enfermedad o lesión causante de la baja.

Al propio tiempo y respecto a la consideración de la falta impuesta en tanto que tipo penal en blanco, resuelve que es lo cierto que existen otras Sentencias de la Sala en que explícitamente (SS 20.01.2005 y 24.06.2005) o implícitamente (S 25.11.2004), se mantiene que el tipo disciplinario de que se trata participa de la naturaleza de los denominados «en blanco», con las consecuencias que se siguen de esta conceptualización en cuanto a la necesaria colaboración normativa, a efectos de integrar su contenido de naturaleza subordinada a la previsión disciplinaria. La cuestión sustancial a dilucidar atañe a la salvaguarda, en todo caso, de la legalidad sancionadora con proscripción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), a que se daría lugar en los supuestos de indeterminación del mandato prohibitivo, que deje espacios de gran amplitud y demasiado abiertos a la interpretación de la autoridad con potestad sancionadora, con el contrapunto que representa que el sujeto destinatario de la norma no reconozca en ésta el alcance de la prohibición, con lo que tampoco sería posible en estas condiciones el reproche culpabilístico. Y en este sentido es claro que el art. 7.2 LO 11/1991, precisa del reenvío pro-

pio de los tipos en blanco, para la fijación de los presupuestos de la respuesta disciplinaria, porque la norma citada no dice cuales sean «sus» obligaciones (del Guardia Civil) que están en la base del precepto, y así como existen obligaciones y deberes esenciales y elementales, que forman parte del núcleo imprescindible de la relación jurídica militar, como es el caso de que se trata de cumplimiento de las órdenes recibidas del mando, pueden existir otras más peculiares o específicas en función del cargo, del mando o del mismo servicio que se preste, sobre todo cuando medien factores o elementos de apreciación discrecional deferidos a la valoración del propio sujeto obligado, o no totalmente reglados (vid. nuestra Sentencia 20.01.2005), en que su concreción en cuanto al negligente cumplimiento precisará del reenvío a normas más precisas. La caracterización de tipo «en blanco» se manifiesta todavía más claramente en los supuestos dudosos de concurrencia de verdaderas obligaciones profesionales, en que la calificación del tipo disciplinario exigirá remitirse a la norma que establezca la obligación que se considere imperfectamente cumplida.

9. Revisión de oficio de actos nulos

En la STS 27-03-2006 (Rc 56/2005), se examina la pretensión de nulidad deducida frente a la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Defensa que concluyó el Expediente promovido por el hoy recurrente para la Revisión de oficio de actos nulos, prevista en el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, en sentido denegatorio de la declaración de nulidad de la Resolución sancionadora dictada por el Ilmo. Sr. Subsecretario de dicho Departamento, en un Expediente disciplinario seguido contra el recurrente, a la sazón Guardia Civil alumno en fase o período de prácticas, en la que se le impuso la sanción de «Baja en el Centro docente de formación», como consecuencia de apreciarse la comisión por éste de la falta disciplinaria grave prevista en el art. 8.16 LO 11/1991, de 17 de junio, reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en «La falta de subordinación cuando no constituya delito».

La alegación principal que hubo de afrontar la Sala nacía de la alegada indefensión causada al hoy recurrente, al serle notificada aquella

Resolución sancionadora haciéndose constar que el Instructor del Expediente, según consulta elevada a la Jefatura de Enseñanza de la Guardia Civil que ordenó la formación del reiterado Expediente disciplinario, formularía propuesta en el sentido de proceder la inexecución de la sanción. El actor considera que una notificación efectuada en tales términos le causó indefensión constitucionalmente proscrita (art. 24.1 y 2 CE), al sugerir inequívocamente que la sanción habría de quedar inexecutada y por tanto carecía de sentido su impugnación, absteniéndose de hacer uso de los Recursos que contra la misma procedían de manera que se dio lugar así a su firmeza, sin poder reaccionar cuando posteriormente el Director General del Instituto Armado resolvió en el sentido de suspender meramente la ejecución de la sanción impuesta.

Continúa diciendo la Sala que el Consejo de Estado, la Resolución ministerial y la Abogacía del Estado coinciden en sostener que la revisión anulatoria se contrae a la Resolución sancionadora del Subsecretario de Defensa, y no se extiende a los actos posteriores de notificación. Sin embargo no es posible descartar que un acto de comunicación de esta clase, que condiciona la eficacia del acto administrativo, cause la indefensión relevante que se denuncia, como advertía la Sala en su Sentencia que citada como antecedente; y ello habría sido así si la actuación de la Administración hubiera, efectivamente, impedido la utilización del régimen de las impugnaciones posibles contra aquella Resolución sancionadora, incluso informando en términos indubitables sobre la decisión de la autoridad sancionadora de dejar sin efecto la corrección impuesta. Pero lo que en realidad acaeció fue que en el curso de la notificación se instruyó primero al expedientado del Recurso a interponer, y luego se le informó de la propuesta que formularía el Instructor sobre inexecución; información que en modo alguno prejuzgaba la decisión que pudiera adoptar al respecto el Director General de la Guardia Civil que decidió la mera suspensión de la ejecución, por obvias razones de imposibilidad de hacer efectiva la corrección impuesta, al haber precedido a la conclusión del Expediente el nombramiento del expedientado como miembro del Instituto Armado, contrario a lo previsto en la Disposición Adicional 3.^a, 5 LO 11/1991 e incompatible por tanto con la Baja en el Centro de formación al haber superado aquella condición de alumno en prácticas. Y esta circunstancia determinante de la ejecución provisionalmente imposible tampoco pudo desconocerla el hoy recurrente, y ningún fundamento razonable tenía su creencia de que había sido beneficiario de alguna especie de atípico «indulto» como se sostiene

ne en la demanda. La confusión a que ciertamente se daba lugar con la notificación comprensiva del extremo relativo a la propuesta que se haría a la superioridad, no excusa la falta de diligencia con que actuó el sancionado aquietándose con el contenido de la Resolución notificada y dando lugar con su inactividad a que la misma adquiriera firmeza. Nos encontramos, a lo sumo, ante una irregularidad procedimental carente de relevancia lesiva para el derecho fundamental de defensa del recurrente, pues la indefensión material es la única que puede producir un real y efectivo menoscabo del derecho que se invoca (Vid. STC. recientemente 35/2006, de 13 de febrero y las que en ella se citan).

10. Libertad de expresión

Manifestaciones presuntamente contrarias a la disciplina insertas en denuncia elevada a la superioridad

La STS 07-04-2006 (Rc 63/2005), examina la posible vulneración por el Tribunal sentenciador del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad al condenar la expresiones insertas por un Guardia Civil, en esta sede recurrente, en el parte que el mismo remitiera al Comandante Segundo Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Guadalajara en el que denunciaba a Alférez de la Guardia Civil, a la sazón su inmediato superior jerárquico, y cuyo contenido resulta prácticamente idéntico en sus imputaciones y manifestaciones al escrito-denuncia presentado ante el Juzgado Togado Militar unos días después, pues dicho parte dio lugar al inicio del procedimiento disciplinario instruido y de él se extraen en la resolución sancionadora las imputaciones y manifestaciones que, recogidas también como hechos probados en la sentencia ahora impugnada, sirvieron de base principal para apreciar la infracción y sancionar al recurrente.

En dicho parte el recurrente, después de manifestar que por su relación de subordinación ha sido objeto de malos tratos de palabra por parte del Alférez, señala que «este maltrato consiste en tratarme de un modo despectivo, desafiante y amenazador haciéndome sentir inferior a mis compañeros, llegando incluso a reflejar este maltrato en el nombramiento del servicio»; atribuye al superior una actitud con él «violentísima»; afirma que «por más que le cueste entenderlo a determinadas autoridades» también es un ser humano y la disciplina militar no justifica el trato degra-

dante ni humillante a los subordinados»; sostiene que el Alférez se pronunció con él en «tono desafiante y avasallador» y «con un autoritarismo fuera de lo corriente, con un orgullo desbordante, con una total falta de respeto ante el diagnóstico médico y con un desprecio total hacia mi persona»; le imputa, en fin, la comisión de varias ilegalidades, y termina señalando que «todo este conjunto de abusos debe ser calificado como degradante, humillante y vejatorio». Similares expresiones, algunas de las cuales («que este maltrato consiste en tratarme como a una bestia», «todo este comportamiento denunciado debe ser calificado como degradante, en cuanto implica la reducción de una persona a la condición de objeto, de fardo, es decir de mera cosa, su utilización arbitraria y sin ningún sentido de la justicia» o «no es la primera vez que me veja y humilla tratándome peor que un animal») se recogen en la sentencia de instancia, se vierten en el escrito-denuncia presentado ante el Juzgado Togado.

Pues bien, como ya ha tenido ocasión de decir la Sala, la disciplina debe inspirar toda la actuación profesional del militar y le obliga, entre otras cosas, a «ser respetuoso y leal» con sus Jefes, según se expresa en el art. 35 de las Reales Ordenanzas, y mal se cumple con dicho respeto y lealtad cuando se cuestiona o niega la honestidad profesional del mando ante sus superiores, utilizando —aunque sea para defender sus derechos e intereses— expresiones y calificativos que no pueden tener cabida en «el buen modo» al que antes hemos aludido. Así, no podemos considerar que en el empleo de las referidas expresiones pueda anidar la sólo pretensión del recurrente de trasladar a la superioridad una situación que le perjudicaba, sino que hemos de encontrar una crítica ofensiva, que excede de su legítimo derecho, pues se atribuyen al superior comportamientos que denotan una disposición de ánimo que se manifiesta de forma «violentísima», «desafiante y avasalladora», «autoritaria» y «con un orgullo desbordante, falta de respeto y despreciativo», para acabar imputándole una conducta «degradante, humillante y vejatoria» «arbitraria y sin ningún sentido de la justicia», que ni se ha probado, ni ha sido acreditada al ser investigada judicialmente su denuncia y que parece sólo existir en la apreciación subjetiva del recurrente, respecto de los hechos imputados por éste.

Ahora bien, junto al reproche que indudablemente nos deben merecer las desmesuradas expresiones que el recurrente empleó en el parte y en la denuncia, hemos de tomar en consideración que el sancionado invoca en sus alegaciones su derecho a la libertad de expresión y a la crítica, y que sobre tal base trata de justificar el contenido de su escrito.

No cabe duda que una invocación genérica al ejercicio de la libertad de expresión —reconocida en el ámbito castrense con las limitaciones legales establecidas para preservar los fundamentos y criterios esenciales de la institución, asentada en la disciplina, la relación jerárquica y la unidad interna (art. 10 de las Reales Ordenanzas), necesarias para el cumplimiento de los fines que legal y constitucionalmente están encomendados a las Fuerzas Armadas— no pueden, a la hora de efectuar legítimas peticiones o reclamaciones, justificar el uso de expresiones o términos que deban considerarse irrespetuosos, desconsiderados o desmesurados para la superioridad, pues ello minaría los principios de lealtad, subordinación y jerarquía que resultan nucleares en la naturaleza militar que indudablemente tiene la Guardia Civil.

Pero, como en otras ocasiones hemos señalado y tiene declarado el Tribunal Constitucional (Sentencias de 205/94, 288/94, 157/96 y 102/2001), la libertad de expresión se ve especialmente reforzada cuando su ejercicio se imbrica o vincula directamente al ejercicio del un derecho fundamental, como es el derecho de defensa y, consiguientemente, se hace preciso tomar en consideración este dato, que resulta relevante para valorar el comportamiento del posible infractor y las posibles consecuencias disciplinarias de su conducta, pues hemos reiterado profusamente que las limitaciones al ejercicio de dicho derecho fundamental de libertad de expresión deben entenderse y aplicarse con carácter restrictivo (Sentencias de 14 de junio y 20 de diciembre de 2005). En este sentido, y sin dejar de reiterar que en el presente caso, cuando menos, algunas de las expresiones utilizadas por el recurrente han de ser objetivamente tachadas de desconsideradas e innecesarias y que conculcan el buen modo y el respeto al superior, que como ya hemos insistido prescriben las Reales Ordenanzas, hay también que valorar que, cuando tales expresiones quedan incardinadas en el deseo de sustentar sus quejas en el parte y la denuncia que formula, ante una situación que entiende como injusta y perjudicial, tal circunstancia, como hemos venido repitiendo (Sentencias de 26 de septiembre de 2002, 20 de mayo de 2003, 23 de enero de 2004 y 20 de diciembre de 2005), nos conducen a la minoración del reproche disciplinario y a no subsumir la conducta del sancionado —atendiendo a las expresiones utilizadas y a las circunstancias del caso concreto— en la infracción incardinada en el art. 8.17 de la Ley Orgánica 11/91, de 17 de junio de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que debería quedar enmarcada en el tipo disciplinario del art. 7.14 de la citada Ley Orgánica, que define la falta leve de respeto a los superiores.