



Roj: **STS 4901/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4901**

Id Cendoj: **28079150012015100165**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2015**

Nº de Recurso: **74/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CASACIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER DE MENDOZA FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMC 145/2015,**
STS 4901/2015

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Militar

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 17/11/2015

Tipo de Recurso: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Recurso Núm.: 74/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Señalamiento: 03/11/2015

Procedencia: TRIB. MILITAR CENTRAL

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier de Mendoza Fernández **Secretaría de Sala:** Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández **Escrito por:** EAG

Hacer reclamaciones, peticiones y manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo. Art. 18.8 de la Ley Orgánica 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas . Desestimación.

Procedencia y Asunto: Recurso Num.: 201 - 74/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Javier de Mendoza Fernández

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Vicente García Fernández

SENTENCIA NUM :

TRIBUNAL SUPREMO SALA QUINTA DE LO MILITAR

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Angel Calderón Cerezo

Magistrados:

D. Francisco Menchén Herreros

D. Benito Gálvez Acosta

D^a. Clara Martínez de Careaga y García

D. Francisco Javier de Mendoza Fernández



EN NOMBRE DEL REY

La Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Presidente y Magistrados expresados, ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil quince.

Visto el presente recurso de casación nº 201-74/2015 que ante esta Sala pende, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Domingo José Collado Molinero, en la representación que ostenta del recurrente Subteniente del Ejército del Aire don Eusebio , contra la sentencia de fecha 24 de marzo de 2015 , dictada por el Tribunal Militar Central, por la que se desestimó el recurso Contencioso- Disciplinario militar ordinario nº 296/13 interpuesto por hoy recurrente contra la resolución del Excmo. Sr. General Jefe del Mando Aéreo de Combate de 22 de Julio de 2013, y contra la resolución del Excmo. Sr. General e Aire de Estado Mayor del Ejército del Aire, de 16 de octubre de 2013, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la anterior, en virtud de la cual se le impuso una sanción de un mes y tres días de arresto como autor de una falta grave consistente en "hacer reclamaciones, peticiones y manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo", prevista en el apartado 18 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas . Ha sido parte el Ilmo. Sr. Abogado del Estado en la representación que le es propia y han concurrido a dictar sentencia los Magistrados la margen relacionados, bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. **Francisco Javier de Mendoza Fernández** -al haber declinado la ponencia la Excmo. Sra. D^a Clara Martínez de Careaga y García, Magistrada previamente designada-, quién prvia deliberación y votación expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por resolución de 22 de Julio de 2.013, el Excmo. Sr. General jefe del Mando Aéreo de Combate impuso al Subteniente D. Eusebio , una sanción disciplinaria de un mes y tres días de arresto, por la comisión de la falta grave consistente en "*hacer reclamaciones, peticiones y manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo*" , prevista en el artículo 8, apartado 18 de la Ley Orgánica 8/1.998, de 2 de Diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas , confirmada en alzada por el Excmo. Sr. General Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, por resolución de 16 de octubre de 2013.

SEGUNDO .- Contra las anteriores resoluciones sancionadoras el referido Subteniente interpuso recurso Contencioso Disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Militar Central que se tramitó bajo el número CD 296/13 solicitando la estimación del recurso interpuesto, la anulación de las resoluciones sancionadoras con todos los pronunciamientos añadidos, indemnización por los daños y perjuicios causados e igualmente solicitaba el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO .- El Tribunal Militar Central poniendo fin al mencionado recurso dictó sentencia con fecha 24 de marzo de 2015 cuya declaración de hechos probados es la siguiente:

<< **PRIMERO** .- Que el día 5 de febrero de 2013 el Subteniente del Ejército del Aire D. Eusebio , con destino en el Escuadrón de Vigilancia Aérea nº 13 de (Totana/Murcia) remitió al Cabo del Ejército del Aire D^a Carmela , destinada en la Oficina de Apoyo al Personal (OFAP) de la Base Aérea de Alcantarilla, y en concreto a la cuenta oficial, a través del correo interno del Ministerio de Defensa, el siguiente mensaje:

" **De:** martes, 05 de febrero de 2013 11:40

asunto : RV: instancias

Datos adjuntos: AUME INSTANCIA PAGA inicio vía administrativa INSTANCIA DEVOLUCIONES DE DERECHOS PASIVOS Y CUOTA ISFAS.doc; AUME INSTANCIA VACACIONES Y PERMISOS. doc.

Categorías: Categoría roja.

Buenos días, os adjunto un par de instancias que también están disponibles en la página web de AUME por si tenéis a bien cursarlas.

Sobre estos temas también se hablará en la reunión que tendremos en Alcantarilla el día 7 de Febrero a las 17:30 y que ya os he comentado en otros correos. A la reunión también asistirá Mariano Casado que como sabéis es el abogado de nuestra asesoría jurídica y podréis preguntarle sobre los asuntos legales que consideréis.



Espero que os animéis a venir, y, por favor, comentadlo entre los compañeros que no tengan correo.

Con esta reunión también queremos dar un apoyo solidario a nuestra delegada para asuntos femeninos a la que están complicando la vida por su labor asociativa y también a Onesimo que está pendiente de su arresto por falta grave en el que incurrió por su declaraciones contra los gastos superfluos.

Un saludo a todos".

La delegada de la Asociación AUME para asuntos femeninos en Murcia, era la Cabo del Ejército del Aire D^a Florinda ; la cual había sido objeto de sanciones disciplinarias el 12 de marzo de 2012, el 19 de septiembre de 2012, el 1 de septiembre de 2012 y el 26 de marzo de 2013. Ninguna de ellas guarda relación con actividades asociativas.

SEGUNDO .- Todo lo anterior se deriva de las actuaciones contenidas en el Expediente Disciplinario NUM000 MACOM; así como y de forma específica en copia del mensaje obrante al folio 246 del Expediente Disciplinario y respecto a las sanciones a la Cabo Florinda , obran entre los folios 118 y 215 del Disciplinario; la dicha Cabo declara al folio 271 del Expediente Disciplinario. Se produjo en el marco del presente

Expediente Recurso Contencioso Disciplinario Militar también prueba>>.

CUARTO .- La referida sentencia contiene fallo del siguiente tener literal:

<<Que debemos **desestimar y desestimamos** , el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario n^o 296/13, interpuesto por el Subteniente del Ejército del Aire D. Eusebio , contra la sanción de UN MES Y TRES DÍAS DE ARRESTO, que como autor de una falta grave del apartado 18 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS); le había sido impuesta por el Excmo. Sr. General jefe del Mando Aéreo de combate en escrito de 22 de julio de 2013, y contra la Resolución del Excmo. Sr. General de Aire Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, en escrito de 16 de octubre de 2013, que desestimó el Recurso de Alzada interpuesto por el Suboficial contra dicha sanción>>.

QUINTO .- Notificada en forma la anterior sentencia, la representación procesal el Subteniente Carlos Ramón anunció su intención de interponer recurso de casación contra la misma, acordándose así por el Tribunal sentenciador mediante auto de fecha 18 de mayo de 2015, ordenando al propio tiempo la remisión de las actuaciones a esta Sala, así como el emplazamiento ante la misma por plazo improrrogable de 30 días a fin de hacer valer sus derechos.

SEXTO .- Recibidos los autos y personadas las partes ante esta Sala, el Procurador don José Collado Molinero, en la representación indicada, formalizó el anunciado recurso de casación en base al siguiente motivo:

ÚNICO.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, por vulneración del artículo 25, en relación con el artículo 20 y 22, todos de la Constitución española , en relación con el motivo d) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , en relación, a su vez, con el artículo 18, apartado 8 de la LORDFAS.

SÉPTIMO .- Por escrito presentado el 27 de julio de 2015, el Abogado del Estado formalizó su oposición al recurso y solicitó se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al presente recurso, confirmando en consecuencia las resoluciones recurridas.

OCTAVO .- Admitido y concluso el presente recurso , no habiendo solicitado las partes celebración de vista ni estimándolo necesario la Sala, mediante providencia de fecha 25 de septiembre de 2015, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el siguiente día 21 de octubre a las 10:30 horas; y advirtiéndose la imposibilidad de celebrarse, se fijó nueva fecha para el siguiente día 3 de noviembre a las 11:00 horas; habiendo declinado redactar la sentencia la Magistrada Excmo. Sra. D^a Clara Martínez de Careaga y García, quedando encomendada la misma al Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Mendoza Fernández, acto que se llevó a cabo con el resultado que a continuación se expresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. El recurso se funda en el motivo c) y el motivo d) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , así como fundado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción del artículo 24 apartados 1 y 2, artículos 17.

1 y 2, artículos 17.1 , 20 , 22. 1 a), 25. 1 y artículo 14, todos de la Constitución española , si bien en el desarrollo del mismo, lo limita, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del artículo 25 en relación con el artículo 20 y 22, todos de la Constitución Española , en relación con el motivo d) del



artículo 88.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , en relación a su vez, con el artículo 18, apartado 8 de la LORDFAS.

2. La Ilustre representación del Estado pone de manifiesto que "En primer lugar y del texto del recurso en el epígrafe 4, página 3, motivos, nos encontramos con una probable causa de inadmisión del motivo al mezclar sin distinción alguna que el único motivo se funda en el artículo 88.1 epígrafe c) y d), lo que evidentemente vulnera la técnica casacional confundiendo las objeciones a las actuaciones "in iudicando" e "in procedendo" y creando la confusión a efectos de la decisión del recurso, sin perjuicio de que la Sala pudiera estimar que la mención y redacción del motivo primero en la página 4, vinculada esta vez al artículo 88. d) pudiera subsanar este aspecto".

3. Tiene razón el Abogado del Estado. Por ello, analizado el desarrollo del recurso se infiere claramente que el motivo se ha articulado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del artículo 25 en relación con los artículos 20 y 22 todos de la Constitución en relación con el motivo d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en relación con el artículo 18.8 de la Ley Orgánica Disciplinaria de las Fuerzas Armadas , quedando así fijado el objeto del presente recurso.

SEGUNDO .- 1. Plantea el recurrente al amparo del artículo 88, apartado 3 de La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) la integración de los hechos admitidos como probados por el Tribunal Militar Central porque:

"...consta en los autos la sentencia, número 72, de 8 de septiembre de 2014 , dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero, en el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, número 6/2013, estimatoria del recurso planteado por la Cabo Florinda , que anula la sanción disciplinaria de cuatro días de arresto, impuesta a la misma por el Comandante Jefe del Escuadrón, de fecha 26 de marzo de 2013, sobre unos hechos sucedidos el 4 de febrero de 2013. Es decir, el día anterior a que mi mandante enviase el correo electrónico, fecha el día 5 de febrero de 2013. Dicha sentencia, firme desde el 3 de octubre de 2014 fue aportada por esta parte al recurso contencioso-disciplinario militar ordinario número 296/2014, mediante escrito que tuvo entrada en la secretaría del tribunal Militar Central, de día 14 de noviembre de 2014. Y lo fue porque de su lectura se podía afirmar que la citada sanción disciplinaria anulada, lo fue, como señala el hecho Cuarto de la misma -como hechos probados- como consecuencia de la actividad asociativa de la Cabo Florinda " .

Y razona del siguiente modo:

"Si se lleva a cabo la citada integración de este hecho en los hechos probados de la sentencia, habrá de admitirse que el correo enviado por mi mandante, el día inmediatamente después de que se produjeran los hechos por los que la Cabo Florinda fuera sancionada disciplinariamente, no contiene ninguna afirmación o aseveración falsa. Era cierto que existía una acción disciplinaria contra la Cabo Florinda , por su actividad asociativa, por lo que señalar que "a la que están complicando la vida por su labor asociativa", no era una valoración gratuita y falsa. Y es que es esto lo que se dijo y no otra cosa, porque jamás se habla de persecución o de cuestiones similares, que son de exclusiva cosecha del Tribunal sentenciador pero que no se corresponden con la realidad. Y es que, a este respecto, el Tribunal sentenciador, afirma FD 4º) que:

"Es una manifestación de tal naturaleza afirmar que una persona determinada, la Cabo Dª Florinda , sufre persecución (literalmente, "le están complicando la vida") por su actividad asociativa. Ello no coincide con realidad alguna".

2. Por su parte, la representación del Estado refiere que "el recurrente parece querer desdibujar de nuevo el ámbito del contenido de la sentencia de 24 de marzo de 2015 del Tribunal Militar Central que es objeto de este recurso y que consiste lisa y llanamente en que el email recogido en el hecho probado primero de la sentencia fue enviado a la Cabo Dña. Carmela haciendo referencia a la Cabo Florinda en el sentido de que (sic): "le están complicando la vida por su labor asociativa y también..", con un contenido que no respondía a la realidad y a sabiendas del ahora recurrente".

TERCERO .- 1. El artículo 88.3 de la LJCA permite integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia, otros, por el Tribunal de casación, siempre que **a**) el recurso se funde en el motivo previsto en la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA ; **b**) haya hechos que hayan sido omitidos por el Tribunal de instancia; **c**) tales hechos han de estar suficientemente justificados según las actuaciones; **d**) su toma en consideración ha de ser necesaria para apreciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y e) que los hechos que se pretende integrar no contradigan los declarados como probados por aquel Tribunal.

2. Pues bien, no cabe duda que el motivo se funda en el artículo 88.1.d) LJCA y que la citada sentencia del Tribunal Militar Primero se encuentra unida a las actuaciones, en concreto, en la pieza separada de prueba, folios 97 al 109, pero ahí concluye la concurrencia de las exigencias establecidas en el artículo 88.3 de la misma Ley Jurisdiccional para integrar, en los hechos de la sentencia recurrida, otros justificados que pudieran



ser introducidos por el Tribunal de casación. Lo cierto es que no hay hecho alguno debidamente justificado que haya sido omitido por la Sala de instancia, ni, desde luego, que su toma en consideración sea necesaria para apreciar la infracción del ordenamiento jurídico que se denuncia.

Lo que se pretende, al amparo de tal invocación, es que este Tribunal de casación cambie o modifique los hechos que toma en consideración la sentencia recurrida y los sustituya por los que propone la parte recurrente.

3. Efectivamente, el Tribunal Militar Primero refiere que apareció determinada propaganda asociativa de un acto privado en la garita de control de accesos lo que contravenía las disposiciones al respecto, y ante la imputación que se le hizo de haberla colocado, la Cabo Florinda, tras manifestar que desconocía tales disposiciones, declaró que "alguno de sus compañeros de la guardia podían haberla hecho llegar hasta la garita". Finalmente, la sentencia, tras analizar si hubo vulneración de la presunción de inocencia llegó a la conclusión que no había prueba bastante para determinar su autoría, estimando el recurso interpuesto.

Pues bien, es lo cierto que la falta leve por la que fue sancionada la Cabo Florinda, en sede administrativa, puede ser cometida por cualquier militar independientemente de su pertenencia o no a una asociación.

4. Además, ahora, debemos precisar algunos extremos que afloran de la lectura del recurso y que traen causa del procedimiento.

Los hechos que se imputan al recurrente y se consideraron merecedores de sanción disciplinaria no son otros que la frase: "Con esta reunión también queremos dar apoyo solidario a nuestra delegada para asuntos femeninos a la que están complicando la vida por su labor asociativa", y así lo entendió el recurrente en su escrito de demanda (apartado Segundo de la misma).

Sin embargo, posteriormente, en el escrito que presentó la representación del recurrente, acompañando la sentencia del Tribunal Militar Primero antes referenciada para su unión a los autos, refiere que: "La sentencia que remitimos tiene que ver con la posición sostenida por mi mandante en el proceso, en relación con la existencia de **acciones disciplinarias** -el subrayado es nuestro- que afectan a doña Florinda relacionadas con su condición de miembro de una asociación profesional de miembros de las Fuerzas Armadas" (folio 95 de la Pieza de Prueba).

Es por ello que el Tribunal Militar Central en la sentencia que ahora se recurre indica que "en todo momento ha pretendido el demandante, esto es, el Subteniente D. Eusebio centra el debate en el conocimiento que pudiera tener la Cabo que da el parte disciplinario, de los arrestos sufridos por "la delegada para asuntos femeninos" de AUME en Murcia (probado que es la Cabo D^a Florinda), cuando en realidad el escrito procedente del mismo no está hablando de esta cuestión sino de una más genérica de que "le están complicando la vida por su labor asociativa". Y complicar la vida a alguien no es otra cosa que ocasionarle alguna clase de perjuicio, dificultad, traba o problema de forma injusta, irrazonable, gratuita o injustificada y en el presente caso, precisamente, por pertenecer a una asociación.

CUARTO .- 1. El artículo 8.18 de la L.O. 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas contiene dos proposiciones y la que ahora nos ocupa tipifica como falta grave el "hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones basadas en aseveraciones falsas".

Desde la intangibilidad de los hechos declarados probados procede estudiar si los mismos son constitutivos de esta infracción disciplinaria por la que ha sido sancionado.

2. Aseverar, según el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española), es afirmar o asegurar lo que se dice.

Ya decíamos en nuestra sentencia de 20 de febrero de 2003 que:

"El tipo apreciado protege con carácter genérico el valor disciplina, elemento nuclear para la cohesión de las FAS (art. 11 RR OO), y específicamente los deberes antes dichos de lealtad, fidelidad y veracidad en las manifestaciones, reclamaciones y peticiones que realicen los militares en tal condición. La comisión del tipo disciplinario exige la falsedad de lo dicho o expuesto como fundamento de la reclamación o petición de que se trate. El carácter falsario de la afirmación es elemento normativo sometido a la valoración del aplicador de la norma, que requiere, desde el plano objetivo, contrastar la contrariedad o disconformidad de lo que afirma con la realidad establecida, en términos de incompatibilidad entre sí de manera que se excluyan mutuamente, es decir, que la inveracidad sea sustancial y esencial de modo que se desvirtúe básicamente la realidad, por lo que las inexactitudes que no afectan a la esencia de lo que se afirma como cierto no entran dentro del concepto de lo falsario (Sentencia 07.10.2002) y, desde la perspectiva subjetiva, la conducta sancionable no exige de dolo, de conocer la mendacidad de lo que se manifiesta y querer actuar a sabiendas de su falsedad, y ello a pesar de que tal elemento subjetivo ha concurrido en la gran mayoría de los pronunciamientos de la Sala



recaídos a propósito de esta Falta (Vid. Sentencias 0.05.2000;23.05.2000 ; 10.07.2001 ; 27.09.2001 y 08.04.2002 , entre otras); bastando por consiguiente con que aquella objetiva y sustancial inveracidad se produzca por grave negligencia del sujeto activo, que omite el deber exigible de comprobar la realidad de lo que se afirma".

3. La expresión "con esta reunión también queremos dar apoyo solidario a nuestra delegada para asuntos femeninos a la que están complicando la vida por su labor asociativa" es una aseveración porque afirma la existencia de un hecho, y no de una sospecha, especulación, o reflexión, por el contrario, asegura que la relación o vínculo que se indica (pertenecer a una asociación) se corresponde con la realidad (por ello le están complicando la vida).

En definitiva, como se dijo en nuestra sentencia de 2 de julio de 2014 , este tipo está previsto para los supuestos en los que en una manifestación, reclamación o petición "se incorporan datos falsos en apoyo del mensaje exteriorizado, guardando el aserto inveraz (como aquí sucede) una relación nuclear con la sustancia de lo reclamado o pedido, afectándose, además de la lealtad, a la disciplina".

Ahora bien, para apreciar con el debido acierto la índole de todo hecho justiciable, no basta fijarse en su apariencia y resultado sino que es preciso atender a las causas que lo determinaron, circunstancias que en su ejecución concurrieron, accidentes de modo, lugar y tiempo en que fue cometido y sobre todo al propósito o intención que impulsó a cometerlo, porque solo aquilatando estos elementos de juicio puede determinarse si han sido bien o mal aplicadas las disposiciones, en este caso, de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

La falsedad o mendacidad de las aseveraciones, es decir, de los asertos, afirmaciones o aserciones que se efectúan o llevan a cabo para fundamentar o apoyar la petición se erige, por tanto, en el elemento objetivo del tipo disciplinario del que tal conducta falsaría forma parte nuclear (sentencia de esta Sala de 08.07.2002). De manera que sin este requisito no es posible sostener la comisión de la infracción de que se trata; y en el mismo sentido se pronuncia nuestra sentencia de 20.02.2003 , a cuyo tenor la falsedad de la afirmación forma parte esencial del tipo.

Para determinar la concurrencia, o no, de tal falta de verdad en la conducta de la recurrente, y la consecuente aplicabilidad a la misma del artículo 8.17 citado, resulta preciso tener en cuenta, como indica nuestra aludida sentencia de 20 de febrero de 2003 que las aseveraciones, a que se refiere la norma, sean afirmaciones de sucesos del mundo exterior que pueden ser hechos acaecidos, palabras pronunciadas, actitudes adoptadas, etc.; y para que se produzca la falta grave es preciso que quede probada la falsedad de lo que se aseveró como medio y soporte de la manifestación, petición o reclamación. (STS. S 5ª 11.04.2011).

También, hemos dicho en la citada sentencia de 20 de febrero de 2003 , que pueden consistir esas aseveraciones en la manifestación de interpretaciones o apreciaciones subjetivas de quien las emite referidas a hechos o dichos de otros. Pero, en este caso, la prueba de su falsedad alcanza una superior dificultad, no solo por tratarse de una valoración del sujeto que no tiene, hasta su manifestación, reflejo exterior, sino porque por su intrínseca subjetividad solo cabrá tildarlas de falsas cuando se haya llegado a tales apreciaciones sin fundamento alguno, maliciosa o negligentemente.

Efectivamente, los tipos disciplinarios castrenses sirven para corregir las disfunciones en el comportamiento de los militares que ha de adecuarse a las pautas y cánones que lo regulan y de ahí que determinadas manifestaciones o apreciaciones subjetivas pueden suponer un exceso o quebranto de la deontología profesional que les es exigible, dando pábulo a la propagación de la falsedad a través de la mentira, bajo el ardid posterior, acreditada la mendacidad, de que se trataba de una mera opinión personal.

4. Ello no obstante, recientemente, en sentencias de 30 de abril de 2015 y 30 de septiembre del mismo año , que ahora se traen a colación, ha dicho la Sala que *"el tipo sancionador describe la conducta típica como hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones (...) basadas en aseveraciones falsas, esto es, en hechos falsos, y no en juicios de valor"*

Sin embargo, en ambos casos, se dieron unas precisas circunstancias fácticas diferentes al caso que nos ocupa. Así, en la última de las sentencias se dijo, que:

"La sentencia recurrida centra su atención en determinar si es falso o no que la incapacidad fuera debido a carga extrema y maltrato laboral, sin embargo, tal punto de vista no es correcto, pues en un parte de solicitud de baja el solicitante realiza un juicio de valor respecto a lo que considera que le sucede y será el examen médico el que determinará, con la exactitud que pueda ser, lo que realmente tiene el paciente. Por lo tanto, el tipo sancionatorio cuando se refiere a aseveraciones falsas ha de entenderse como atinentes a hechos objetivos perceptibles por los sentidos, y no a los juicios de valor."



En cuanto a la declaración falsa, la determinación de la falsedad puede realizarse conforme a la teoría subjetiva o la objetiva. Conforme a aquella lo decisivo es la correlación entre lo que el testigo sabe y lo que el testigo dice, con independencia de la realidad, esto es, de lo que realmente haya ocurrido. Por el contrario, conforme a la teoría objetiva lo que importa es la comparación entre lo dicho o lo aseverado y la realidad, de manera que únicamente cuando exista discordancia podrá afirmarse la falsedad del dicho. Aunque debe seguirse esta última postura, no debe olvidarse que todo ello ha de ir referido a hechos y no a juicios de valor (distinto ocurre con los peritos, aunque no deja de ser compleja la cuestión relativa a los juicios de valor en los peritajes), pues en relación con ellos y tratándose de una declaración o aseveración no es posible fundamentar un juicio de falsedad. Por ello, el tipo sancionador describe la conducta típica como hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones (...) basadas en aseveraciones falsas, esto es, en hechos falsos, y no en juicios de valor.

Cuando el recurrente es preguntado sobre lo que había consignado al presentar el parte médico explica que se refiere a los expedientes sancionadores en los que se ha visto incurso, los cuales aunque «se resolvieron a mi favor», «he sufrido desgaste por la serie de procedimientos de los que he sido objeto». En otras palabras explica la razón por la que él considera que la baja se debe a razones del servicio y, de ahí, que no se trata de una contingencia común sino profesional. Aparece de forma clara lo que constituyen hechos y lo que constituye un juicio de valor formado a partir de aquellos hechos ".

Por su parte, la sentencia de 30.04.15 ante los hechos recogidos en la instancia donde se narra la asistencia de un Suboficial de la Guardia Civil, paisano y franco de servicio junto con su esposa a un acto privado, invitado por una asociación de comparsas de moros y cristianos. Durante dicho el acto, el citado Suboficial se encontró acompañado por el Concejal de fiestas de la localidad, quien le presentó dándole a conocer su condición de Comandante de Puesto de Onil, al Alcalde de la localidad de Sax, el cual, a su vez, se encontraba acompañado del alcalde del consistorio de Onil. Y, refiere la sentencia:

" En la conversación que se entabló entre los referidos, el Sargento 1º Justiniano , entre otros temas, realizó un comentario relativo a que en una reunión mantenida recientemente en Villena, el General Jefe de la Zona había comentado que estaba previsto el cierre inminente de los acuartelamientos de Sax y Onil debido a una reestructuración que se iba a llevar a cabo" , la Sala entendió que: " La cuestión, pues, se reduce a si en tal encuentro con los Alcaldes el recurrente había preguntado respecto al cierre de los cuarteles como un rumor que había oído, o, si por el contrario, lo había afirmado como un hecho. A la vista de lo declarado por la Cabo 1º que confirma la declaración del recurrente, así como las declaraciones de los Alcaldes de Sax y Onil, obrantes respectivamente a los folios 42 y 45, y del Concejal de Fiestas del Ayuntamiento de Onil, obrante al folio 47, la consecuencia que puede extraerse es que el recurrente realizó un comentario hipotético debido al rumor que le había llegado y que, en modo alguno, el recurrente partió de afirmar como un hecho cierto que se iban a cerrar los cuarteles de Sax y Onil.

Sin duda, ante estas afirmaciones, al menos, el Tribunal de instancia tuvo que considerar el principio in dubio pro reo, máxime teniendo en cuenta que en la conversación de donde deriva la imputación de la infracción disciplinaria, los presentes eran las personas citadas (salvo la Cabo 1º) y el recurrente.

Además, también es preciso tener en cuenta que el hecho probado de la sentencia recurrida es confuso, pues en el apartado primero afirma que el recurrente realizó un comentario, que en el apartado segundo califica de «rumor»; para seguidamente afirmar que el Sargento 1º lo vertió «como un hecho cierto e inminente». Parece, pues, que lo que vertió como hecho cierto e inminente fue la existencia del rumor, aunque también puede pensarse que el hecho probado lo que quiere decir es que el contenido en vez de decirlo como un rumor, lo dijo como un hecho cierto. De ahí que el hecho probado no sea claro al respecto. Y, naturalmente, la falta de claridad afecta a la subsunción".

5. Consecuentemente, entendemos que no puede predicarse una supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) que en palabras del Tribunal Constitucional, Sentencia 161/2008, de dos de diciembre (Sala Primera), <<se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos (por todas, SSTC 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3 ; 91/2004 de 19 de mayo, FJ 7 ; 132/2005, de 23 de mayo , FJ 3); de alteridad personal en los supuestos contrastados (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2 ; 64/200, de 13 de marzo, FJ 5; 162/2001, de 5 de julio, FJ 4 ; 229/2001, de 11 de noviembre, FJ 2 ; 46/2003, de 3 de marzo , FJ 3); de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente (SSTC 161/1989, de 16 de octubre ; FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2 ; 66/2003, de 7 de abril , FJ 5); de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar (por todas SSTC 132/1997, de 15 de julio, FJ 7 ; 152/2002, de 15 de julio, FJ 2 ; 117/2004, de 12 julio FFJJ 3 y 4; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2 ; 31/2008, de 25 de febrero , FJ 3); y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o



del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam" (STC 117/2004, de 12 de julio , FJ 3; en sentido similar, entre otras, SSTC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5 ; 122/2001, de 4 de junio, FJ 2 ; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 4 ; 76/2005, de 4 de abril, FJ 2 ; 58/2006, de 27 de febrero, FJ 3 ; 67/2008, de 23 de junio FJ 4)>>.

6. Así pues, en el presente caso, la Sala ha entendido, tal como antes expusimos, que el recurrente afirmó la existencia de un hecho, y que tal aseveración es falsa, cometiéndose cuanto menos con la concurrencia de dolo eventual. Y, para saber si el expedientado actuó a sabiendas de la falsedad de su aseveración habrá que determinar si existen indicios suficientes que hayan permitido inferir razonada y razonablemente la intencionalidad de su conducta; es decir, si cabe afirmar que fuera consciente de que no decía la verdad.

Y ocurre que una serie de datos llevan a esta Sala a considerar que el recurrente faltó a la verdad intencionadamente desde el principio. Estos extremos vienen corroborado por las declaraciones testificales, ninguna de las cuales refiere que a la Cabo Florinda le estuvieran complicando la vida por pertenecer a una asociación (Cabo D. Rodolfo , (fol. 74); Capitán Jose Ignacio (fol. 76); Teniente Luis Andrés (fol. 110); Coronel Juan Alberto (fol. 11); Comandante Gines (fol. 115); Comandante Alexander (fol. 116); Soldado Argimiro . Todo lo más refieren que fue sancionada, tal como afirma la sentencia de instancia, por hechos que no guardaban relación con actividades asociativas.

A estos efectos conviene traer a colación la especial relevancia que adquiere la declaración de la propia Cabo del Ejército del Aire doña Florinda , prestada en el expediente disciplinario (folio 271), quien para nada manifiesta, como se recoge en la sentencia de instancia (FD 3º), ser o haber sido objeto de actividad alguna en tal sentido. Y en dicho Fundamento de Derecho se precisa, además, que: "Es más preguntado si tiene algo más que declarar, dijo que "La compareciente quiere aclarar que como se le ha preguntado por temas asociativos, le gustaría que quede claro su derecho y libertad para pertenecer a una asociación. En este acto por el Sr. Instructor se le explica, que no hay ningún inconveniente legal, que es perfectamente lícita su pertenencia a una asociación y, en su caso, a la AUME y que las preguntas, como se la dicho al principio son en calidad de testigo y por una supuesta falta de otra persona, el Subteniente Cecilio ".

Igual relevancia tiene el hecho de que en sede jurisdiccional, se renunció expresamente por el hoy recurrente al testimonio de la propia Cabo Florinda (folio 129 de la pieza separada de prueba).

Como colofón diremos que el expedientado goza incuestionablemente del derecho a no declarar. Ello no obstante, tal como dijimos en sentencia de 14 de octubre de 2013 :

"El hecho de que el acusado se acoja a este derecho constitucional no puede constituir prueba de cargo de la comisión de la falta. Pero cuando existe, como sucede en el caso actual, una prueba de cargo objetiva y consistente, apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, la ausencia de aclaraciones por parte del recurrente puede reforzar el valor de convicción de dicha prueba.

La posibilidad de tomar en consideración la ausencia de explicación alguna por parte del recurrente, en el sentido indicado, viene justificada por la necesidad, a efecto respetar en profundidad el principio de presunción de inocencia, de tener en cuenta la versión alternativa que proporciona la defensa con el fin de constatar si su verosimilitud y razonabilidad desvirtúan la eficacia probatoria de las pruebas de cargo.

Debemos recordar que la posibilidad de tomar en consideración el silencio, o las falsas declaraciones de los acusados, es admitida en la Sentencia del TEDH de 8 de Febrero de 1996 (caso Murray contra el Reino Unido) que establece que si bien el silencio no puede ser considerado en sí mismo como un indicio de culpabilidad, cuando los cargos de la acusación - corroborados por una sólida base probatoria- estén suficientemente acreditados, el Tribunal puede tener en cuenta la actitud silenciosa del acusado, señalando que "*El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste opte por guardar silencio. Es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación, que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable*".

También el Tribunal Constitucional viene proclamando que "*Puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación*" STC 202/2000 de 24 de Julio .

La Sala II de este Tribunal Supremo, por ejemplo en su reciente STS 550/2013, de 26 de Junio , ha acogido esta doctrina, señalando que "*Conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho al silencio y el derecho a no auto incriminarse, aunque no están expresamente mencionados en el art. 6 del*



*Convenio Europeo de Derechos Humanos , residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke ; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray ; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders). De acuerdo con la doctrina sentada en el caso Murray la constatación de que el derecho a guardar silencio ha sido vulnerado, tanto en sí mismo considerado como en relación con la presunción de inocencia, sólo podría obtenerse mediante el examen de las circunstancias del caso, **en función de las cuales puede justificarse excepcionalmente que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación**".*

O en la STS 811 /2012, de 30 de octubre , en la que se recuerda que "Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en las sentencias dictadas en los casos Murray contra el Reino Unido (STEDH de 8 de febrero de 1996) y Telfner contra Austria (STEDH de 20 de marzo de 2001), **cuando existen indicios suficientemente relevantes por sí mismos de la comisión de un determinado delito, y el acusado no proporciona explicación lógica alguna de su conducta, el Tribunal puede deducir racionalmente que esta explicación alternativa no existe y dictar sentencia condenatoria fundada en dichos indicios** ". O, en fin, en la STS 379/2012, de 21 de mayo , en la que también se indica que "Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de

febrero de 1996 , cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa razonable por parte del acusado, explicación "reclamada" por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna".

En razón de lo expuesto, el recurrente actuó dolosamente y su conducta recogida en el relato fáctico queda plenamente subsumida en el subtipo apreciado pues acreditada la falsedad de sus afirmaciones y el conocimiento de tal falsedad por quien las realizó colmándose con ello, el tipo disciplinario aplicado.

7. Finalmente, sostiene el recurrente que la expresión utilizada no excede de los límites precisos que al derecho fundamental a la libertad de expresión, pueden imponerse a quien ostenta la condición de militar.

Sostiene el recurrente que: "De todo lo anterior, no cabe sino admitir que los hechos probados no constituyen y no integran el tipo disciplinario elegido porque no existen aseveraciones falsas y porque, además, la expresión utilizada por mi mandante no excede de los límites precisos que al derecho fundamental de la libertad de expresión, pueden imponerse a quien ostenta la condición de militar. Es decir los hechos carecen de tipicidad disciplinaria y además, sancionarlos vulnera el derecho fundamental de asociación profesional, la libertad de expresión y el derecho a la libertad, de la que fue privado mi mandante por las resoluciones sancionadoras en su momento impugnadas. Por otra parte, la sentencia, sin perjuicio de partir de una realidad fáctica equivocada, mantiene la idoneidad de la sanción, sin hacer ningún tipo de pronunciamiento sobre los parámetros jurisprudencialmente admitidos para ponderar si una manifestación despejada que lo dicho no es una aseveración falsa atenta de algún modo grave contra la disciplina".

8. La dirección técnica de la representación del recurrente, hábilmente, se aleja de los hechos declarados probados y que traen causa del expediente disciplinario. El expedientado, en su momento, no a través de su correo particular, sino utilizando el correo interno del Ministerio de Defensa remitió un mensaje que concluía así "con esta reunión también queremos dar un apoyo solidario a nuestra delegada para asuntos femeninos a la que le están complicando la vida por su labor asociativa y también a Onesimo que está pendiente de su arresto por falta grave en el que incurrió por sus declaraciones contra los gastos superfluos".

Como ya vimos antes, la sanción no se produjo por aseverar que la delegada para asuntos asociativos, que resultó ser la Cabo Florinda , fue sancionada por su labor asociativa, sino por aseverar que le estaban complicando la vida por su labor asociativa. Efectivamente, como ya se dijo en la resolución al recurso de alzada, "en el pasaje transcrito de su mensaje el recurrente afirmó que a la Cabo D^a Florinda (aludida en el texto, al tratarse de la denominada *delegada para asuntos femeninos* de dicha asociación, como ella misma admite en su declaración: folio 271), alguien le estaba ocasionando tales perjuicios injustos, y que ello venía motivado por razón de su participación, como militar, en una asociación de militares como es la AUME.

Consecuentemente, siendo el autor militar y remitido el mensaje en condición de tal calidad utilizando el correo oficial que tenía asignado oficialmente para asuntos del servicio y dirigido a otros militares, no hace falta un excesivo esfuerzo para concluir que los presuntos autores de tales agravios injustos solo pueden ser otros militares y sus mandos a quienes imputa, sin prueba alguna, nada más ni nada menos que cercenar o limitar el ejercicio del derecho de asociación, imputación gratuita y sin justificación alguna que pudiera estar incurso en infracciones disciplinarias militares graves o, incluso, ilícitos penales.



En sentencia de 25 de enero de 2011 , decíamos que: " Como ha señalado esta misma Sala en su sentencia de 3 de marzo de 2.010 el derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 de nuestra Constitución , al constituir una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un Estado de Derecho, 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.

Pero, como sucede con el conjunto de los derechos fundamentales, 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 tanto en su condición de miembros de un Instituto Armado, en sus funciones militares, como de miembros de los cuerpos de seguridad en todo caso, la Ley puede establecer determinadas limitaciones a la libertad de expresión de los Guardias Civiles, (o los militares) que salvaguarden el contenido esencial de dicho derecho fundamental.

Esta Sala viene reiteradamente declarando (Sentencia de 28 de Octubre de 2.008) 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 1.993 ".

Como se dijo anteriormente, el expediente disciplinario no se inició por realizar manifestaciones ante la prensa, como sucede en las sentencias citadas en el recurso, ni por expresiones proferidas en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, sino por realizar aseveraciones falsas que hizo, a través del correo del Ministerio de Defensa, que para nada tienen que ver con la labor informativa o divulgativa que pudiera llevar a cabo como representante de una asociación y, prueba de ello, es que la segunda parte del mensaje, " y también a Onesimo que está pendiente de su arresto por falta grave en el que incurrió por sus declaraciones contra los gastos superfluos", no se ha tenido en cuenta para nada en el expediente disciplinario. Consecuentemente, si la acción realizada resulta subsumible en las faltas disciplinarias previstas en la ley y no se encuentra amparada por el ejercicio de sus derechos fundamentales puede ser sancionado, tal como sucedió en el presente caso, donde se ha colmado el tipo disciplinario apreciado en la resolución sancionadora confirmada en la instancia.

QUINTO .- Las costas deben declararse de oficio, al administrarse gratuitamente la Justicia Militar, conforme al artículo 10 de la L.O. 4/1.987 de 15 de julio .

En consecuencia,

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el presente recuso de casación Contencioso-Disciplinario militar ordinario nº 201/74/2015, deducido por la representación procesal de don Eusebio , frente a la sentencia de fecha 24 de marzo de 2015, dictada por el Tribunal Militar Central en su recurso CD 296/13 ; sentencia que confirmamos en todos sus extremos por ser ajustada a Derecho. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

FECHA:18/11/2015

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. Dª Clara Martínez de Careaga y García, AL QUE SE ADHIERE EL EXMO SR. D. Benito Gálvez Acosta, A LA SENTENCIA DE FECHA 17 DE NOVIEMBRE DE 2015, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 201/74/2015.



Con el máximo respeto a los Magistrados que conformaron la mayoría del Tribunal, por medio del presente Voto manifestamos nuestra discrepancia con la Sentencia dictada, reiterando lo que expusimos en el acto de la deliberación del Recurso, por estimar que la resolución debió ser estimatoria del mismo, al no constituir los hechos declarados probados la infracción sancionada y por vulnerarse con la sanción impuesta el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el derecho a la libertad de asociación y el derecho a la libertad de expresión en el ámbito de las Fuerzas Armadas, tal como se define y delimita en nuestra Sentencia de 20 de Mayo de 2015 .

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que constan en la Sentencia de la que discrepamos.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO : El recurrente fue sancionado con un mes y tres días de arresto como autor de una falta grave consistente en " *hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones basadas en aseveraciones falsas* ", consistiendo dichas manifestaciones en haber incluido en una convocatoria dirigida por e-mail a sus compañeros de la AUME (Asociación Unificada de Militares Españoles, integrada por profesionales de las Fuerzas Armadas y constituida legalmente al amparo de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, de derechos y deberes de las Fuerzas Armadas), la siguiente frase " *con esta reunión también queremos dar un apoyo solidario a nuestra delegada para asuntos femeninos a la que están complicando la vida por su labor asociativa y también a Onesimo que está pendiente de su arresto por falta grave en el que incurrió por sus declaraciones contra los gastos superfluos* " .

Ha de tenerse en cuenta que la sanción impuesta al Subteniente Onesimo al que se refiere la convocatoria fue anulada por esta misma Sala en la STS de 20 de Mayo de 2015, dictada en el Recurso núm.144/2014 , por lo que la propia Sentencia mayoritaria, en el fundamento de Derecho Cuarto, " *in fine* ", expresa que esta segunda parte del mensaje " *no se ha tenido en cuenta para nada en el expediente disciplinario* ".

La sanción, en consecuencia, se fundamenta exclusivamente en la expresión " *con esta reunión también queremos dar un apoyo solidario a nuestra delegada para asuntos femeninos a la que están complicando la vida por su labor asociativa* ".

La Sentencia mayoritaria considera que manifestar en un comunicado dirigido a los compañeros de la Asociación que a la Delegada de Asuntos Femeninos de la misma se le está complicando la vida por su labor asociativa constituye una aseveración, porque afirma la existencia de un hecho, y que es falsa, básicamente, porque, practicadas una serie de declaraciones de altos mandos de la Unidad de destino de dicha Delegada, la Cabo Florinda , (un Coronel, dos Comandantes, un Capitán, un Teniente, etc.), ninguno de ellos admite que se le esté complicando la vida a la citada Delegada por pertenecer a la Asociación, si bien reconocen que ha sido sancionada por hechos que, según manifiestan, no guardaban ninguna relación con sus actividades asociativas.

Esta argumentación, a nuestro juicio y con todo respeto a los Magistrados que suscriben la Sentencia mayoritaria, vulnera, por cuanto a continuación se expresa, los derechos constitucionales a la presunción de inocencia, a la libertad de expresión y a la libertad de asociación.

SEGUNDO : En primer lugar, en lo que refiere a la presunción constitucional de inocencia, no se ha practicado prueba alguna que acredite la falsedad de la información, por la propia indeterminación de la misma, por su carácter valorativo y porque el desconocimiento de un hecho no prueba su inexistencia.

La indeterminación de la expresión le " *están complicando la vida por su labor asociativa* ", tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo , hace muy difícil la prueba de la falsedad.

Desde el punto de vista objetivo , el convocante de la reunión para recabar apoyo a la Delegada de la Mujer de la AUME no está identificando ningún dato específico que pueda ser tachado de falso, sino que expresa exclusivamente una valoración genérica que refleja una apreciación asociativa, y que puede ser discutible pero difícilmente puede afirmarse su falsedad, dado que " *complicar la vida* " es una expresión tan genérica que puede abarcar muchas actividades, de muchas procedencias, algunas tan sutiles que difícilmente pueden ser acreditadas. **El recurrente** sancionado no individualizó, en su convocatoria por e-mail a sus compañeros, ninguna acción concreta, ninguna sanción, ningún expediente, ninguna acción de acoso laboral, nada específico que pueda ser calificado de falso, sino que expresó una mera valoración en el sentido de que, a su entender y desde la perspectiva asociativa, era su opinión que la Delegada asociativa estaba teniendo complicaciones como consecuencia de su pertenencia a la Asociación, y eso merecía ser debatido por sus compañeros. Y es difícil pensar, como regla ordinaria de experiencia, que el recurrente se hubiese referido a estas complicaciones si no se hubiese producido ninguna, en los términos a que se ha hecho referencia.



Desde el punto de vista subjetivo, el convocante de la reunión no imputó a nadie las acciones que complican o dificultan la vida de la Delegada de asuntos femeninos, ni a personas concretas ni a los Mandos en general. Se trata de una valoración genérica, en la que los problemas de la Delegada pueden proceder, incluso, de sus propios compañeros no pertenecientes a la Asociación, que no estén de acuerdo con su labor asociativa y se lo reprochen o le compliquen o dificulten la vida. La alegación es tan genérica que difícilmente podemos afirmar que no se ha producido incidente alguno que complique la vida de la Delegada, y a juicio de sus compañeros merezca ser debatido en el ámbito asociativo, para expresar libremente su solidaridad, o no, con su compañera. En consecuencia, el hecho de que los Mandos aleguen que la citada Delegada no ha sido expresamente sancionada por sus actuaciones asociativas, no acredita en absoluto la falsedad de lo expresado en la convocatoria efectuada, en uso de su libertad asociativa, por el Subteniente sancionado.

TERCERO: Por otra parte, el carácter meramente valorativo y no asertivo de la expresión, imposibilita la tacha de falsedad que se le atribuye Como ha señalado la Sentencia de esta Sala de 30 de Septiembre de 2015, en el recurso núm. 57/2015, " *el tipo sancionatorio cuando se refiere a afirmaciones falsas ha de entenderse como afirmaciones atinentes a hechos objetivos perceptibles por los sentidos, y no a los juicios de valor*".

Pues bien, la alegación de que a la Delegada de Asuntos Femeninos de la Asociación le están complicando la vida por su labor asociativa, hecha desde la propia Asociación, puede considerarse un juicio de valor, dada su generalidad y el dato de que no contiene precisión alguna, al no imputar a nadie acciones específicas. Expresa un sentir asociativo, una valoración, de la situación en que se encuentra la Delegada asociativa, pero no afirmaciones objetivas perceptibles por los sentidos, dado que " *complicar la vida* ", entendida como dificultarla, sin concretar hecho alguno, constituye una apreciación manifiestamente subjetiva y valorativa.

Y esta apreciación subjetiva y valorativa no se refiere a hecho o dicho alguno del que pueda afirmarse que carece de fundamento.

Al respecto, ha de señalarse, adicionalmente, que el propio relato fáctico expresa que la Delegada de la AUME para Asuntos Femeninos en Murcia, la Cabo del Ejército del Aire D^a Florinda, fue objeto de sanciones disciplinarias el 12 de Marzo de 2012, el 1 de Septiembre de 2012, el 19 de Septiembre de 2012 y el 26 de Marzo de 2013, es decir nada menos que cuatro veces en un año, lo que, desde luego no constituye un hecho habitual en nuestras Fuerzas Armadas.

El relato fáctico también expresa que ninguna de estas sanciones guarda relación con sus actividades asociativas. Ahora bien, en la fundamentación jurídica de la Sentencia mayoritaria, que en beneficio del sancionado también puede ser valorada como complemento del relato fáctico, se expresa que una de las citadas sanciones impuestas a la Delegada de Asuntos Femeninos fue anulada, con posterioridad a la convocatoria efectuada por el Subteniente sancionado, aquí recurrente, por el Tribunal Militar Territorial Primero, en Sentencia del 8 de Septiembre de 2014. Y de los hechos de esta Sentencia, según se reproducen en la Sentencia mayoritaria, se deduce que la sanción había sido impuesta por haber aparecido el 4 de Febrero de 2013 propaganda asociativa de la AUME en una garita, hecho que se imputaba a la Delegada de Asuntos Femeninos de la Asociación, y por el que le fue impuesta una sanción de cuatro días de arresto (es decir, privativa de libertad) por el Comandante Jefe del Escuadrón de destino, con fecha 26 de Marzo de 2013.

Sin entrar en absoluto en los hechos que dieron lugar a dicha sanción, pues hay que recordar que fue anulada judicialmente por estimar el Tribunal Militar Territorial Primero que se vulneró el derecho constitucional a la presunción constitucional de inocencia de la Delegada de Asuntos Femeninos de la AUME, ha de estimarse que, en la medida en que el hecho imputado estaba relacionada con la colocación de un comunicado de la Asociación, no puede calificarse de arbitraria o absurda la valoración asociativa de que el expediente, más tarde anulado, tuviese alguna relación con la labor asociativa de la Delegada, pues de no pertenecer ésta a la Asociación difícilmente hubiese sido acusada y sancionada por colocar supuestamente en lugar inadecuado un comunicado asociativo.

Es decir, que constituye un hecho constatado en la Sentencia mayoritaria que en la época en que se realizó la convocatoria ahora objeto de sanción, a la Delegada de Asuntos Femeninos de la AUME se le abrió un expediente sancionador relacionado con la colocación de un comunicado de la AUME, con vulneración de su derecho constitucional a la presunción de inocencia, según se ha declarado judicialmente.

En consecuencia, la convocatoria del recurrente a mostrar la solidaridad de los compañeros de la Asociación con la Delegada, constituye un juicio de valor ciertamente discutible, apoyado en determinadas circunstancias que son apreciadas de modo muy subjetivo desde la Asociación en función de la defensa de los intereses de sus asociados, pero en ningún caso puede afirmarse, como se hace en la Sentencia de la que discrepamos, que la convocatoria contenga dolosamente afirmaciones falsas. Otra cosa es que resulten molestas, pero en un Estado de Derecho no puede ser calificado de falso aquello que simplemente resulte molesto (STEDH Schachsach contra Austria, de 13 de Noviembre de 2003).



CUARTO : Por último, desde esta perspectiva de la presunción de inocencia, ha de recordarse que el desconocimiento de un hecho no prueba su inexistencia. La imprecisión de la afirmación del recurrente en el sentido de que a la Delegada de Asuntos femeninos de la AUME le " *están complicando la vida por su labor asociativa*", difícilmente permite que pueda ser calificada de falsa, con la certidumbre necesaria para desvirtuar cualquier duda razonable y en consecuencia el derecho constitucional a la presunción de inocencia, sobre la base de las declaraciones de unos Mandos que, a lo sumo, pueden afirmar que en el ámbito de su conocimiento no les consta que se le esté complicando la vida a esta militar, pero que obviamente desconocen que pueda haber ocurrido algún incidente, incluso entre sus propios compañeros, como por ejemplo la que le denunció, que pueda ser valorado como una complicación o dificultad por la afectada o por otros asociados. O que la reiterada apertura de expedientes disciplinarios, algunos injustificados, como se ha constatado judicialmente, pueda ser apreciada por la expedientada y por la Asociación a que ésta pertenece en dicho sentido.

En consecuencia, procedía la estimación del recurso, por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, y consecuente infracción de la legalidad sancionadora, al no haberse constatado suficientemente la comisión de la infracción sancionada, al faltar el elemento objetivo normativo de la falsedad de la aseveración.

QUINTO : Desde la perspectiva de los derechos constitucionales a la libertad de expresión y a la libertad de asociación procede recordar, a efectos de justificar la discrepancia con la conclusión de la mayoría, lo expresado en la Sentencia de esta Sala de 20 de Mayo de 2015 .

" De esta doctrina jurisprudencial se deducen dos conclusiones:

a) *Que las características de profunda jerarquización, disciplina y unidad, que resultan indispensables a la organización militar para poder cumplir sus fines, justifican limitaciones a la libertad de expresión que excluyan conductas que fueran claramente indicativas de una desmesura en el ejercicio de la crítica a determinados aspectos de la actuación de las Fuerzas Armadas o del Instituto Armado.*

Pero no excluyen cualquier crítica, o defensa ponderada de los derechos e intereses de los integrantes de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, siempre que se exprese con moderación y respeto . Y,

b) *Que para determinar cuándo se actúa en el ámbito de la libertad constitucional de expresión, es necesario efectuar una ponderación del ejercicio que el militar haya hecho de sus derechos constitucionales y de los límites que a dicho ejercicio derivan de los deberes que ha de cumplir en su condición de miembro de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, de acuerdo con el criterio de que **en ningún caso puede perder la mesura necesaria para no incurrir en una vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentarse contra el buen funcionamiento del servicio y de la institución anteriormente expuesto** , teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes".*

Pues bien, es claro que en el caso actual nos encontramos dentro del ámbito de ambos derechos constitucionales, la libertad de expresión y la libertad de asociación. Y también lo es que el Subteniente sancionado ha actuado en la defensa ponderada de los derechos e intereses de una integrante de las Fuerzas Armadas, expresándose con moderación y respeto.

La indudable problemática que ha generado la incorporación de la mujer a los Ejércitos e Instituto Armado, pese al esmero y atención que siempre han procurado mostrar las autoridades militares y políticas competentes, merece una especial consideración, y encontrándonos en el caso actual ante una militar que ejerce la función de Delegada de Asuntos femeninos de una Asociación Militar perfectamente legal, y que resulta reiteradamente sancionada, en alguna ocasión injustificadamente como se ha declarado judicialmente, no debe extrañar que sus compañeros puedan mostrar su preocupación por su situación y expresarle su solidaridad y apoyo, sin que éste apoyo asociativo deba ser objeto de sanción alguna.

La llamada del Delegado de la Asociación, en términos mesurados y sin vulneración del respeto debido a sus superiores, a los que ni siquiera se menciona ni alude, para pedir la solidaridad con una compañera que ejerce funciones asociativas especialmente delicadas, expresa valores como el compañerismo y la solidaridad, que no están en absoluto reñidos con la disciplina, y que son valores que afortunadamente brillan y se practican en nuestras Fuerzas Armadas. Sancionar esta mera solicitud de apoyo, expresada en términos genéricos, sin imputación personal alguna, con un tono mesurado y respetuoso, vulnera la libertad de expresión en el ámbito de las Fuerzas Armadas en los términos definidos por el Tribunal de Estrasburgo, y constituye además una actuación manifiestamente desproporcionada y contraproducente para nuestro propio Ejército.

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre el alcance del reconocimiento del derecho a la libertad de expresión en el ámbito castrense (Sentencia de 25 de Noviembre de 2003 , que, a su vez, cita las de 8 de Febrero de 2001, 11 de Enero de 2001, 1 de Julio de 2002, 26 de Septiembre de 2002, 20 de Diciembre de 2002 y 20 de Mayo de 2003, entre otras), en la línea establecida por el Tribunal Constitucional (SSTC 371/1993, de 13 de Diciembre ; 288/1994, de 27 de Octubre y 102/2001, de 23 de Abril, entre otras), y por el



Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTDH. 8 de Junio de 1976 caso "Engel y otros", y 25 de Marzo de 1985 caso "Barthold "), habiendo declarado que su ejercicio se predica igualmente de los militares, si bien que junto a los límites expresos establecidos por la Constitución, o que puedan fijarse legalmente para preservar bienes y derechos que la Norma Fundamental protege, cabe el establecimiento de límites todavía más precisos en la medida que se consideren necesarios para proteger los fundamentos y los criterios esenciales de la organización castrense, asentada precisamente sobre la disciplina, sujeción jerárquica y unidad interna (arts. 1 y 10 RROO) necesarias para el cumplimiento de los fines que legal y constitucionalmente están encomendados a las Fuerzas Armadas (art. 8.1 CE).

En este sentido, puede traerse a colación la STEDH de 25 de Noviembre de 1997, caso "Grigoriades c. Grecia ", a que alude la STC 102/2001, de 23 de Abril , en la que se pone de relieve la importancia, en el ámbito castrense, de la difusión de manifestaciones pretendidamente críticas con la Institución militar, **precisando que han de considerarse protegidas por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando presenten un insignificante impacto objetivo sobre la disciplina militar.**

Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y según dispone el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la interpretación y aplicación de las leyes debe efectuarse, en primer lugar, según los preceptos y principios constitucionales en los términos más favorables para la efectividad del derecho de que se trate. Y, por lo que concierne al derecho a la libertad de expresión, en concreto, el TEDH, en su Sentencia Schachsach contra Austria, de 13 de Noviembre de 2003 , afirma que tal derecho "es aplicable no solo a la «información» o «ideas» que son recibidas favorablemente o que se consideran muy inofensivas o indiferentes sino también a aquella que ofende, perturba o choca".

SEXTO : Y respecto al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de asociación, regulado en el artículo 22 de la Constitución , aun entendido en los términos que a los miembros de las Fuerzas Armadas reconoce su ejercicio " *en el ámbito profesional* ", la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de Julio, requiere, que pueda llevarse a cabo la finalidad de promoción y defensa de los intereses profesionales, económicos y sociales de los asociados con la libertad necesaria por parte de sus representantes, que, en una materia como las comunicaciones internas entre ellos o con los asociados deben gozar de un cierto margen de libertad en orden a exponer y explicitar las razones por las que plantean a los restantes asociados los temas a debatir o considerar.

En el caso que nos ocupa estamos ante una comunicación interna de una Asociación profesional en la que se expone para su consideración o tratamiento en una futura reunión de asociados, una serie de temas a debatir, entre los que figura, sin carácter preeminente, por cierto, la eventualidad de dar un *apoyo solidario* (de los asociados concurrentes) a la Delegada para asuntos femeninos. No admitir la posibilidad del planteamiento de tal debate en el seno asociativo convierte en absolutamente ilusorio el derecho de asociación.

En consecuencia, entendemos que la Sentencia de la que disentimos, igual que la de instancia, vulnera los derechos fundamentales de que se trata.

III.- PARTE DISPOSITIVA.

En consecuencia, sostenemos que debió estimarse el motivo casacional único con la consiguiente anulación de la Sentencia de instancia, y de la sanción impuesta al recurrente, haciendo desaparecer de su documentación la anotación de la misma y con las consecuencias administrativas, económicas o de cualquier otra índole que procedan.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier de Mendoza Fernández , estando el mismo celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.