



Roj: **STS 2491/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2491**

Id Cendoj: **28079150012023100050**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2023**

Nº de Recurso: **44/2022**

Nº de Resolución: **50/2023**

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

Ponente: **CLARA MARTINEZ DE CAREAGA GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STMC 45/2022,**
ATS 10603/2022,
STS 2491/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 50/2023

Fecha de sentencia: 30/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION CONTENCIOSO

Número del procedimiento: 44/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/03/2023

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.^a Clara Martínez de Careaga y García

Procedencia: TRIBUNAL MILITAR CENTRAL

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

Transcrito por: MLA

Nota:

RECURSO CASACION CONTENCIOSO núm.: 44/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Clara Martínez de Careaga y García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

Sentencia núm. 50/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jacobo Barja de Quiroga López, presidente

D. Fernando Pignatelli Meca

D.^a Clara Martínez de Careaga y García

D. José Alberto Fernández Rodera

D. Ricardo Cuesta del Castillo

En Madrid, a 30 de mayo de 2023.

Esta sala ha visto el presente recurso de casación nº 201-44/2022, interpuesto por el Cabo del Ejército de Tierra, D. Heraclio, representado por el procurador de los Tribunales D. José Miguel Martínez- Fresneda Gamba, bajo la dirección letrada de D. Juan Moreno Redondo, contra la Sentencia nº 52/2022 dictada por el Tribunal Militar Central de fecha 24 de marzo de 2022, por la que se desestimó el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario nº 94/20, interpuesto por el recurrente contra la resolución del Excmo. Sr. General de Ejército, Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de fecha 13 de noviembre de 2019 -confirmada en azada por resolución de la Sra. Ministra de Defensa de 16 de marzo de 2020- en virtud de la cual se le impuso la sanción disciplinaria de RESOLUCIÓN DE COMPROMISO, como autor de las faltas muy graves consistentes en *"la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional, a la Corona y a las demás instituciones y órganos constitucionalmente reconocidos, cuando sea grave o reiterado"* y en la infracción reiterada de *"los deberes de neutralidad política o sindical o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión"*, previstas, respectivamente, en los apartados 1 y 13 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS).

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

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.^a Clara Martínez de Careaga y García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Cabo del Ejército de Tierra, D. Heraclio, fue sancionado por resolución del Excmo. Sr. General de Ejército, Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de 13 de noviembre de 2019, con la sanción de RESOLUCIÓN DE COMPROMISO, como autor responsable de las faltas muy graves consistentes en *" la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional, a la Corona y a las demás instituciones y órganos constitucionalmente reconocidos, cuando sea grave o reiterado"*, y en la infracción reiterada de *"los deberes de neutralidad política o sindical o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión"*, tipificadas, respectivamente, en los apartados 1 y 13 del artículo 8 de la LORDFAS.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, el Cabo del Ejército de Tierra sancionado interpuso recurso de alzada, que fue expresamente desestimado por resolución de la Ministra de Defensa de 16 de marzo de 2020.

TERCERO.- Contra esta última resolución, el referido Cabo interpuso, con fecha 16 de julio de 2020, recurso contencioso-disciplinario militar ordinario ante el Tribunal Militar Central, solicitando en el suplico de la demanda, de fecha 22 de septiembre de 2020, que se declarara atípica la conducta por la que había sido sancionado, declarándose la nulidad de la sanción impuesta, y, subsidiariamente, que o bien se le sancionara como autor de una falta leve o grave, sin resolución de compromiso, o se le impusiera la sanción de suspensión de empleo.

CUARTO.- El 24 de marzo de 2022, el Tribunal Militar Central dictó Sentencia por la que desestimó el citado recurso contencioso-disciplinario militar ordinario nº 94/20.

En dicha Sentencia se recoge el siguiente relato de **Hechos Probados**:

"PRIMERO.- Como tales expresamente declaramos que el Cabo DON Heraclio publicó en su perfil de la red social Facebook, alojado en el siguiente url " DIRECCION000 " **post, imágenes, noticias y enlaces a otros contenidos**. Ello era accesible al público en general. En los mismos se vierten comentarios irrespetuosos hacia la Corona, en contra de determinadas formaciones políticas de la escena española de sus idearios, programas y representantes; se cuestionan intervenciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se exhiben logos y símbolos contrarios al ordenamiento constitucional.

Tienen tal sentido **diferentes fotografías acompañadas de texto** entre las que cabe destacar descalificaciones graves contra personas de diferentes partidos políticos legales; apoyo explícito a delincuentes condenados por agredir a Guardias Civiles; banderas republicanas con afirmaciones despreciativas sobre la institución monárquica y quien la encarna; apología de posiciones contrarias a la unidad de España; así "Galiza nom é Espanha" o la bandera usada por el independentismo catalán en un gesto denominado "peineta" hacia la Corona.

El día 23 de octubre de 2017, el Cabo Heraclio publicó un artículo en la página web: DIRECCION001 /" bajo el título "CORRUPCION, POR Heraclio " y cuyo texto es el siguiente:



"Corrupción: grave palabra y a la vez tan usada y tan institucionalizada o ya también normalizada. La R.A.E. dice esto: "En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores".

El ejército es una institución pública y como tal debe ser transparente a los ciudadanos, que son los que pagan con sus impuestos tal institución; sin embargo no es así, es la institución más opaca, "neck and neck" con la monarquía, heredera de un régimen que impuso el dictador de este país.

He vivido en mis carnes directamente esto desde el primer día que ingresé en las FFAA ¿Cómo? se preguntarán, pues así:

Kosovo 2002: El CECOM de Petrobek "Albania" (lugar de llegada de las tropas O.T.A.N. españolas) vendía favores de llamadas telefónicas a España de miembros del destacamento de cocina y estafeta (el correo en misión), y de los mandos de Estado Mayor, a cambio de un surtido completo de bebidas y alimentos nacionales (chorizos, cerveza, refrescos, jamón, cecinas y otros manjares) que siempre acababan en las papilas gustativas de los mandos, servidos por la tropa.

Maniobra una y otra vez, donde íbamos pagando la dieta de nuestro bolsillo, cuando por ley está estipulada que nos deben pagar el 80 % de nuestra dieta, y como tropa lo adelantábamos de nuestro bolsillo.

Nos daban, para un día de viaje, dos lonchas de chorizo, una de queso, una barra de pan y un refresco. Eso, a costa de nuestro bolsillo, nos costaba cerca de seis euros al día. Las comidas y cenas pagadas no eran mejores, aun cuando eran de ración de previsión (más caras) o cuando nos hacía un arroz con conejo cazado en nuestro cuartel de origen, a saber con qué enfermedad. ¿Ese dinero ahorrado donde se fue? seguramente al avituallamiento de licores que nunca faltaron en el puesto de mando.

Accidente en maniobras: 24:00 de la noche en Chinchilla, recibo una llamada de teléfono de un suboficial que dice: " Santitos, el Sold Cosme y Dionisio han tenido un accidente, manda a dos conductores porque están ebrios". La mala suerte fue que la guardia civil llegó antes, la buena que los controles de sangre se las hicieron a los dos que enviaron, porque se habló así con la propia Marisa . ¿Saben ustedes porqué esos soldados estaban en ese sitio y en ese estado?. Pues porque sus jefes estaban de cena y ellos eran sus conductores y, a la espera, fueron fiel reflejo de sus mandos...emborrachándose. Solución, la fácil: 15 días de arresto y no se hable más. Eso sí, los jefes ninguna responsabilidad.

Otro día hablamos de gente de oficinas, cómplices de muchos y muchos atropellos a sus propios compañeros que, aun de baja, cobran el C.D.E. (complemento de dedicación especial), mientras los mortales pensamos que es como un billete de 500 euros (sabemos que existe y nunca lo vimos), pero que somos los que estamos día a día dando la vida por un país que nos respeta ni nos considera (*sic*).

En fin y concluyo, si esto es así al nivel tan básico a su imaginación les dejo lo que puede pasar a nivel de las altas esferas, Cada uno que saque sus conclusiones ... las mías están sacadas.

Salud y República popular.

Heraclio , Cabo Gerardo del Ejército de Tierra, miembro del colectivo de militares demócratas Anemoi""

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

"Que debemos **desestimar y desestimamos**, el Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Ordinario número 94/20, interpuesto por el Cabo del Ejército de Tierra D. Heraclio , contra la sanción de RESOLUCIÓN DE COMPROMISO, que como autor de las faltas muy graves previstas en los apartados 1 y 13 respectivamente del artículo 8 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, le habían sido impuesta por el Excmo. Sr. General del Ejército Jefe del Estado Mayor del Ejército en escrito de 13 de noviembre de 2019, y contra la Resolución de la Sra. Ministra de Defensa de fecha 16 de marzo de 2020, por la que desestimó el Recurso de alzada interpuesto por el Cabo contra dicha sanción.

Ello al ser acorde al Ordenamiento tanto la Resolución sancionadora como la que resuelve el recurso de Alzada."

SEXTO.- Mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2022, la representación del recurrente anunció y preparó el recurso de casación contra la citada Sentencia, al amparo del art. 503 de la Ley Procesal Militar y 89.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

SÉPTIMO.- Por auto de fecha 27 de mayo de 2022, el Tribunal Militar Central acordó tener por preparado el recurso de casación, remitir las actuaciones a esta Sala y emplazar a las partes para que, en el plazo de treinta días, pudieran comparecer ante ella para hacer valer sus derechos.



OCTAVO.- Remitidas que fueron las actuaciones, pasaron a la sección de admisión a los efectos previstos en los arts. 90 y siguientes de la LJCA, reformada por L.O. 7/2015 de 21 de julio, dictándose auto con fecha 12 de julio de 2022, acordando la admisión del presente recurso en los términos que constan.

NOVENO.- Por escrito de fecha 28 de septiembre de 2022, el procurador de los Tribunales D. José Miguel Martínez Fresneda Gamba, bajo la dirección letrada de D. Cosme, formalizó en nombre y representación del ahora recurrente, el anunciado recurso de casación, que basó en los siguientes motivos:

- Vulneración del art. 20 de la Constitución y del art. 12 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas -derecho a la libertad de expresión-.

- Vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución.

- Vulneración del art. 24.1 de la Constitución, por falta de motivación de la calificación de los hechos como faltas muy graves.

- Falta de proporcionalidad de la sanción de resolución del compromiso impuesta.

DÉCIMO.- Mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2022, el Abogado del Estado formalizó su oposición al recurso y solicitó la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la Sentencia impugnada, **sin perjuicio de las facultades que atribuye a la Sala el artículo 93 LRJCA**.

DÉCIMO PRIMERO.- Por providencia de fecha 30 de enero de 2023, se señaló para la deliberación, votación y fallo del presente recurso, el siguiente día 14 de marzo de 2023 a las 10:30 horas, lo que se llevó a efecto con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

La presente Sentencia ha quedado redactada por la Ponente con fecha 24 de mayo de 2023 y se ha pasado, a continuación, a la firma del resto de miembros de la Sala.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- La Sala da por probados los siguientes hechos:

"El día 23 de octubre de 2017, el Cabo Heraclio publicó un artículo en la página web: DIRECCION001 /" bajo el título " DIRECCION002 " y cuyo texto es el siguiente:

"Corrupción: grave palabra y a la vez tan usada y tan institucionalizada o ya también normalizada. La R.A.E. dice esto: "En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores".

El ejército es una institución pública y como tal debe ser transparente a los ciudadanos, que son los que pagan con sus impuestos tal institución; sin embargo no es así, es la institución más opaca, "neck and neck" con la monarquía, heredera de un régimen que impuso el dictador de este país.

He vivido en mis carnes directamente esto desde el primer día que ingresé en las FFAA ¿Cómo? se preguntarán, pues así:

Kosovo 2002: El CECOM de Petrobek "Albania" (lugar de llegada de las tropas O.T.A.N. españolas) vendía favores de llamadas telefónicas a España de miembros del destacamento de cocina y estafeta (el correo en misión), y de los mandos de Estado Mayor, a cambio de un surtido completo de bebidas y alimentos nacionales (chorizos, cerveza, refrescos, jamón, cecinas y otros manjares) que siempre acababan en las papilas gustativas de los mandos, servidos por la tropa.

Maniobra una y otra vez, donde íbamos pagando la dieta de nuestro bolsillo, cuando por ley está estipulada que nos deben pagar el 80 % de nuestra dieta, y como tropa lo adelantábamos de nuestro bolsillo.

Nos daban, para un día de viaje, dos lonchas de chorizo, una de queso, una barra de pan y un refresco. Eso, a costa de nuestro bolsillo, nos costaba cerca de seis euros al día. Las comidas y cenas pagadas no eran mejores, aun cuando eran de ración de previsión (más caras) o cuando nos hacía un arroz con conejo cazado en nuestro cuartel de origen, a saber con qué enfermedad. ¿Ese dinero ahorrado donde se fue? seguramente al avituallamiento de licores que nunca faltaron en el puesto de mando.

Accidente en maniobras: 24:00 de la noche en Chinchilla, recibo una llamada de teléfono de un suboficial que dice: " Santitos, el Sold Cosme y Dionisio han tenido un accidente, manda a dos conductores porque están ebrios". La mala suerte fue que la guardia civil llegó antes, la buena que los controles de sangre se las hicieron a los dos que enviaron, porque se habló así con la propia Marisa . ¿Saben ustedes porqué esos soldados estaban en ese sitio y en ese estado?. Pues porque sus jefes estaban de cena y ellos eran sus conductores y,



a la espera, fueron fiel reflejo de sus mandos...emborrachándose. Solución, la fácil: 15 días de arresto y no se hable más. Eso sí, los jefes ninguna responsabilidad.

Otro día hablamos de gente de oficinas, cómplices de muchos y muchos atropellos a sus propios compañeros que, aun de baja, cobran el C.D.E. (complemento de dedicación especial), mientras los mortales pensamos que es como un billete de 500 euros (sabemos que existe y nunca lo vimos), pero que somos los que estamos día a día dando la vida por un país que nos respeta ni nos considera (*sic*).

En fin y concluyo, si esto es así al nivel tan básico a su imaginación les dejo lo que puede pasar a nivel de las altas esferas, Cada uno que saque sus conclusiones ... las mías están sacadas.

Salud y República popular.

Heraclio , Cabo Gerardo del Ejército de Tierra, miembro del colectivo de militares demócratas AnemoiTM.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La Sentencia del Tribunal Militar Central, objeto del presente recursos de casación, confirmó la sanción de resolución del compromiso que le había sido impuesta al recurrente como autor de dos faltas muy graves, en concurso ideal, previstas en los apartados 1 y 13 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS), faltas consistentes, respectivamente, en *"la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional, a la Corona y a las demás instituciones y órganos constitucionalmente reconocidos, cuando sea grave o reiterado"* y en la infracción reiterada de *"los deberes de neutralidad política o sindical o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión"*.

2. Contra la citada Sentencia del Tribunal Militar Central, el recurrente formula el presente recurso extraordinario por interés casacional objetivo en el que solicita que se declare la nulidad tanto de la referida Sentencia como de las resoluciones sancionadoras, y que se acuerde el reintegro de sus salarios, su reingreso en el Ejército de Tierra y su pase a la reserva con los derechos inherentes a ello.

En apoyo de su pretensión anulatoria el recurrente formula las siguientes alegaciones que, de manera sintética, anticipamos:

- Vulneración del derecho a la libertad de expresión, consagrado tanto en el art. 20 de la Constitución como en el art. 12 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas
- Vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, y falta de motivación de la calificación de los hechos como faltas muy graves.
- Falta de proporcionalidad de la sanción de resolución del compromiso impuesta.

Por su parte, la Abogacía del Estado se opone al recurso y solicita su desestimación íntegra y la confirmación de la Sentencia impugnada al considerarla plenamente ajustada a derecho.

SEGUNDO.- 1. Podemos ya anticipar que debe quedar al margen del examen de tipicidad la conducta del recurrente referida a la publicación en su perfil de la red social Facebook de diversos "post, imágenes, noticias y enlaces", dada la vaguedad y falta de concreción del primer apartado del relato fáctico, referido a los mismos, y en el que se sustenta la calificación infractora, pues basta la lectura de dicho relato para apreciar que los hechos que en él se describen carecen de la precisión necesaria para servir de sustento a la imposición de una sanción.

En el mismo se comienza haciendo referencia a que el recurrente publicó en su perfil de Facebook " *post, imágenes, noticias y enlaces a otros contenidos*", para, a continuación, señalar que " *en los mismos*" se vierten " *comentarios irrespetuosos hacia la corona, en contra de determinadas formaciones políticas de la escena española, de sus idearios, programas y representantes, se cuestionan intervenciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado...*", etc. Pero ni se concretan estos supuestos comentarios irrespetuosos, o actuaciones cuestionadas, ni, y esto es lo mas relevante, consta si esos comentarios o cuestionamientos se realizan por el propio denunciado o simplemente figuran en alguna de las páginas enlazadas, como parece deducirse del hecho de relacionar estas expresiones después de referirse el relato fáctico a la realización por el recurrente de " *enlaces a otros contenidos*", con la expresión " *en los mismos*".

El relato fáctico, en consecuencia, en sus dos primeros párrafos, no puede ser tomado en consideración, por su excesiva vaguedad, ya que el mero hecho de incluir el recurrente en su página de Facebook, enlaces a otros contenidos que, se ignora en qué medida, incluyen comentarios sedicentemente irrespetuosos -en cuanto que



no se concretan- hacia instituciones o personalidades relevantes, o descalificaciones de actuaciones de las fuerzas de seguridad, no permite imputar al recurrente el contenido íntegro de esas páginas enlazadas, que pueden serlo meramente a título informativo.

Procede, por tanto, prescindir en esta Sentencia casacional, de los dos primeros párrafos de los hechos probados de la Sentencia de instancia, con la consecuente estimación del recurso por lo que atañe a la primera de las infracciones calificadas sancionadas, y limitar nuestro análisis a la segunda conducta sancionada, consistente en la publicación del artículo del 23 de octubre de 2017, dejando sin efecto la sanción que pudiera corresponder por las conductas relacionadas en dichos apartados iniciales del relato fáctico.

TERCERO.-1. Procede, en consecuencia, analizar ahora si la publicación en una página web, por parte del recurrente, del artículo titulado "CORRUPCIÓN, POR Heraclio " (única conducta que esta Sala da por acreditada y que, como tal, hemos recogido en los Hechos Probados de esta Sentencia) integra, en concurso ideal, tanto la falta muy grave prevista en el apartado 1 del artículo 8 de la LORDFAS, como la prevista en el apartado 13, tal y como ha estimado el Tribunal de instancia al confirmar las resoluciones sancionadoras.

El recurrente estima que las opiniones por él vertidas en el citado artículo se encuentran amparadas por su derecho a la libertad de expresión --reconocido tanto en el artículo 20 de la Constitución, como en el artículo 12 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas- y que, en consecuencia, se ha infringido el principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad, al considerarse que dicha acción integra las dos faltas muy graves citadas.

2. Reiteradamente venimos señalando -por todas, Sentencia de esta Sala de 20 de julio de 2022- que el derecho a la libertad de expresión que invoca el recurrente está reconocido, en efecto, tanto en el art. 20.1.a) de la Constitución Española -en lo sucesivo C.E-, como en el art. 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -CEDH- y en el art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el juez nacional, en este caso el **tribunal de justicia español**, al aplicar e interpretar la norma de régimen disciplinario de la que trae causa el recurso de casación está obligado a hacerlo a la luz de los preceptos citados, y la Jurisprudencia del TC y del TEDH, por aplicación, por una parte, del art. 10 C.E. y, por otra, del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A. Para analizar el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas, debemos partir de la **doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**.

En la STDH de 21 de Enero de 1.999, caso Janowski vs. Polonia, el TEDH recuerda que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es también válido para los miembros de las Fuerzas Armadas y no solamente para los civiles.

Es cierto que al interpretar y aplicar las normas de dicho texto el Tribunal reconoce que debe estar atento a las particularidades de la condición militar y a sus consecuencias en la situación de los miembros de las Fuerzas Armadas, pero también lo es que expresamente ha manifestado que el art. 10 del Convenio no se detiene a las puertas de los cuarteles - Sentencia del TEDH de 23 de marzo de 2005-. Es válido tanto para los militares como para las demás personas dependientes de la jurisdicción de los Estados contratantes.

El Estado solo puede restringir la libertad de expresión allá donde exista una amenaza real para la disciplina militar, no concibiéndose el funcionamiento eficaz de un Ejército sin unas normas jurídicas destinadas a impedir que se socave dicha disciplina. Pero las autoridades internas no pueden, sin embargo, basarse en tales normas para obstaculizar la manifestación de opiniones incluso cuando sean dirigidas contra el Ejército como institución - Sentencias Engel y otros, Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi vs. Austria de 19 de Diciembre de 1.994, y Grigoriades vs. Grecia de 25 de Noviembre de 1.997-.

A tenor de dicha doctrina, **sólo cabe limitar el derecho de expresión** de los militares cuando exista una "necesidad social imperiosa", lo que ocurrirá **allí donde pueda tener lugar una amenaza real para la disciplina y la cohesión interna de las Fuerzas Armadas** - Sentencia de 20 de julio de 2022, de esta Sala, ya citada-.

B. En segundo lugar, y tras la doctrina del TEDH, es procedente atender a la **doctrina del Tribunal Constitucional** en esta materia.

En la Sentencia 272/2006, de 25 de Septiembre de 2006 -BOE núm. 256, de 26 de Octubre de 2006-, se señala que "sobre el alcance y los límites del derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20.1 a) CE cuando de miembros de las Fuerzas Armadas y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se trata, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en ocasiones anteriores, cuya doctrina resulta obligado traer ahora a colación para dar respuesta a la queja del demandante de amparo".

En la STC 371/1993, de 13 de Diciembre, FFJ 4 y 5, tras reiterar que hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites más estrictos o específicos en cuanto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión



por razón de la función que desempeñan, se precisaba, en la misma línea marcada en análogos supuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho garantizado en el art. 10 del Convenio -con cita de la STEDH de 8 de Junio de 1976, caso Engel y otros-, que tales limitaciones presentan especial singularidad cuando se trata de miembros de las Fuerzas Armadas, ya que no debe olvidarse que resultan indispensables a la organización militar, para poder cumplir sus fines, las características de profunda jerarquización, disciplina y unidad, las cuales se verían en entredicho de quedar amparadas bajo el manto protector de la libertad de expresión conductas que fueran claramente indicativas de una desmesura en el ejercicio de la crítica a determinados aspectos de la actuación del Instituto armado.

De suerte que "no cabe negar que la exigencia del debido respeto a los órganos constitucionales y las autoridades civiles y militares resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los militares", justificado por las exigencias de la específica configuración de las Fuerzas Armadas, "y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de las [personas] no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones 'levemente irrespetuosas', en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares".

Del mismo modo, en la STC 270/1994, de 17 de Octubre, FJ 4 -dictada con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por un agente de la Guardia Civil que fue objeto de sanción disciplinaria de separación del servicio por las manifestaciones realizadas en una rueda de prensa-, recordando la doctrina anterior, se señalaba que las altas misiones que el art. 104.1 CE atribuye a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado "se pondrían en peligro si se considerasen amparadas por el derecho a la libertad de expresión aquellas críticas que fueran vertidas por los mismos sin la medida necesaria para no incurrir en una vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentar contra el buen funcionamiento del servicio y de la institución", debiendo ponderarse en cada caso si el funcionario ha hecho un ejercicio de su derecho a la libertad de expresión dentro de los límites derivados de los deberes que ha de cumplir en su condición de miembro de las Fuerzas Armadas o de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

C. 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 para 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 medida necesaria para no incurrir en una vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentar contra el buen funcionamiento del servicio y de la institución anteriormente expuesto, teniendo en cuenta, y esto es esencial, las circunstancias y el contexto concurrentes.

CUARTO.- La referida doctrina de los más altos Tribunales de Derechos Fundamentales ha sido acogida sustancialmente por esta Sala en sentencias como las de 4 de febrero de 2008, 26 de mayo de 2010 y 20 de julio de 2022, ya citada, que recuerdan que "dentro de las limitaciones a los derechos del art. 20 CE deben singularizarse las referentes a los miembros de las Fuerzas Armadas en atención a las peculiaridades de éstas, y a las misiones que se le atribuyen".

Ya en nuestra Sentencia de 6 de Julio de 1998 señalábamos que "El derecho a la libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a) de la Constitución Española debe ser interpretado para los militares de la forma más amplia posible, **y solo puede limitarse por exigencias ineludibles de la propia eficacia de las Fuerzas Armadas** en cumplimiento de sus misiones constitucionales, en atención a fines de valor superior, cuyas limitaciones vienen establecidas, no solo en la Reales Ordenanzas (art. 178), sino también en las propias normas que tipifican como infracciones disciplinarias hechos que pueden afectar a dicha libertad de expresión. Por eso la interpretación de los tipos disciplinarios que se refieren a esa materia ha de efectuarse de tal manera que quede a salvo la mayor porción posible del derecho constitucional, lo que nos autoriza, porque así viene impuesto por la propia Constitución, a interpretar ese concreto tipo de formular manifestaciones a los



medios de comunicación social circunscribiéndolas a aquellas que afecten al servicio y, además, representen una vulneración de la obligación que el art. 45 de dichas Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de Diciembre, impone a todos los militares de guardar discreción sobre todos los asuntos relativos al servicio. De manera que el tipo apreciado, como hemos dicho de carácter complejo, presupone la apreciación del Mando de que las manifestaciones formuladas por el encartado en los medios de comunicación social, de que se ha hecho mérito, **se referían a asuntos del servicio y conculcaban la disciplina** que debía observar en cualquier caso".

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 08.02.2001, 11.01.2001, 01.07.2002, 26.09.2002, 20.12.2002 y 20.05.2003, entre otras-, en la línea establecida por el Tribunal Constitucional - STC. 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 -STDH. 08.06.1976, caso "Engel y otros" y 25.03.1985, 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 25.11.1997, 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.**

Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la CE, resulta de indudable interés el que las mismas se configuren de forma idónea para el cumplimiento de sus fines. A tal fin, entre sus singularidades figura su carácter jerárquico, disciplinado y unido -arts. 1 y 10 de las Reales Ordenanzas-, añadiéndose que "entre las limitaciones impuestas a los miembros de las Fuerzas Armadas se hallan las relativas al ejercicio del derecho a la libre expresión siempre y cuando dichos límites respondan a los principios primordiales de la Institución Militar que garantizan, no sólo la necesaria disciplina, sino también -en lo que aquí importa- el principio de unidad interna", justificándose la pervivencia de un estatuto especial de las Fuerzas Armadas que comporta la limitación de los derechos de sus miembros, tanto en la voluntariedad del ingreso en las mismas, - sentencia del TEDH de 1 de Julio de 1997, caso Kalaç contra Turquía-, como en los dos principios básicos que son el mantenimiento de la conveniente despolitización de las mismas y "la necesidad de mantener la disciplina y el principio de jerarquía que, tratándose de las Fuerzas Armadas, resultan a todas luces imprescindibles, en palabras del Tribunal Constitucional y de esta propia Sala".

QUINTO.- 1. Una vez delimitado el exacto ámbito del derecho a la libertad de expresión en las Fuerzas Armadas, procede analizar si la conducta enjuiciada ha excedido o no dichos límites y si, en función de ello, ha sido adecuadamente calificada.

Como ya hemos anticipado, procede analizar ahora si la publicación en una página web, por parte del recurrente, del artículo titulado "CORRUPCIÓN, POR Heraclio" -única conducta que esta Sala da por acreditada- integra bien la falta muy grave prevista en el apartado 1 del artículo 8 de la LORDFAS o la prevista en el apartado 13, o ambas, en concurso ideal, tal y como ha estimado el Tribunal de instancia al confirmar las resoluciones sancionadoras.

2. El apartado 1º del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, prevé como falta muy grave "El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución y la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional, a la Corona y a las demás instituciones y órganos constitucionales reconocidos, cuando sea grave o reiterada".

A su vez, el apartado 13 del mismo artículo califica como falta muy grave "Infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical, o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión o información, de los derechos de reunión y manifestación y del derecho de asociación política o profesional".

En el presente caso el Tribunal de instancia no dedica de manera expresa y clara ni una sola línea en su sentencia a examinar el encaje, en cualquiera de las dos faltas muy graves citadas, de la publicación del artículo del recurrente - "Corrupción, por Heraclio" - en una página web.

Solamente, podemos intuir que se refiere a tal publicación cuando en el Fundamento de Derecho Tercero, señala que "El derecho a la libertad de expresión ha de ejercerse por un militar en el marco de la disciplina y



con especial cuidado en la formulación de las afirmaciones, de tal manera que se excluyan tanto los insultos como las expresiones agrias, desconsideradas, desvalorizadoras o gratuitamente atribuidoras de conductas o intenciones de muy difícil o imposible prueba".

Lo cierto es que, en el citado artículo, titulado, como acabamos de recordar, "Corrupción, por Heraclio", el recurrente tan solo expresa que el Ejército es, junto con la monarquía, "la institución más opaca". Y después de ello, señala que "He vivido en mis carnes directamente esto desde el primer día que ingresé en las FFAA ¿cómo? se preguntarán, pues así.". Y, a continuación, para ilustrar esta imputación de "opacidad", relata dos vivencias (una en Kosovo que dice sucedida en el año 2002 y otra en Chinchilla, sin datar) en las que imputa a sus mandos (sin identificarlos) conductas personales abusivas o inapropiadas (facilitar llamadas telefónicas a España a cambio de embutidos y refrescos y emborracharse en una cena).

La absoluta falta de entidad y relevancia de las críticas vertidas en este artículo determina que resulte imposible subsumirlas en ninguna de las dos faltas muy graves apreciadas al recurrente, estimando esta Sala que, en efecto, las mismas quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión del recurrente pues no apreciamos que, en modo alguno, dichas opiniones o manifestaciones puedan constituir una amenaza real para la disciplina y la cohesión interna de las Fuerzas Armadas, único supuesto, como hemos visto, en el que cabe limitar el derecho de expresión de los militares, considerando, por el contrario, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - STEDH 25.11.1997, caso "Grigoriades c. Grecia-, que dichas críticas tienen un insignificante impacto objetivo sobre la disciplina militar.

Procede, en consecuencia, la estimación de la alegación y, en consecuencia, del recurso.

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

FALLO

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

1º. Estimar el recurso de casación nº 201-44/2022, interpuesto por el Cabo del Ejército de Tierra D. Heraclio, representado por el procurador de los Tribunales D. José Miguel Martínez Fresneda Gamba, bajo la dirección letrada de D. Cosme, contra la sentencia de fecha 24 de marzo de 2022, dictada por el Tribunal Militar Central, por la que se desestimó el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario nº 94/20, interpuesto por el recurrente contra la resolución del Excmo. Sr. General de Ejército Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra en escrito de 13 de noviembre de 2019, y contra la resolución de la Sra. Ministra de Defensa de fecha 16 de marzo de 2020, por la que desestimó el recurso de Alzada interpuesto por el aludido Cabo contra dicha resolución, en virtud de la cual se le impuso la sanción de RESOLUCIÓN DE COMPROMISO, como autor de las faltas muy graves de " *la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional, a la Corona y a las demás instituciones y órganos constitucionalmente reconocidos, cuando sea grave o reiterado*", y la falta muy grave de " *infringir reiteradamente los deberes de neutralidad política o sindical o las limitaciones en el ejercicio de las libertades de expresión*", previstas en los apartados 1 y 13 respectivamente del artículo 8 del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

2º. Casar la expresada Sentencia, por no ser la misma ajustada a derecho, dejando sin efecto las faltas apreciadas y la sanción impuesta, cuya anotación deberá desaparecer de la documentación personal del interesado, con cuantos demás efectos administrativos, económicos o de cualquier otra índole, correspondan.

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

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

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Militar

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMO. SR. D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA Y EXCMO. SR. D. RICARDO CUESTA DEL CASTILLO, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO 44/2022.

Sintiendo disenter del criterio mayoritario de la Sala, nuestra discrepancia se basa en los motivos que siguen:



I) Respecto de la primera de las infracciones disciplinarias en cuestión, la falta muy grave prevista en el apartado 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas ("Incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución y la realización de actos irrespetuosos o la emisión pública de expresiones o manifestaciones contrarias al ordenamiento constitucional, a la Corona y a las demás instituciones y órganos constitucionalmente reconocidos, cuando sea grave o reiterado"), la mayoría del Tribunal sostiene que el relato fáctico que al respecto contiene la Sentencia del Tribunal Militar Central no puede ser tomado en consideración, por su excesiva vaguedad y por el mero hecho de contener enlaces con contenidos irrespetuosos hacia instituciones o personalidades relevantes. Tal criterio, dicho sea con el máximo de los respetos, no se acomoda a Derecho, y ello por los siguientes extremos:

- El relato fáctico que se excluye tiene el siguiente tenor:

"...El cabo DON Heraclio publicó en su perfil de la red social Facebook, alojado en la siguiente url: " DIRECCION000 " post, imágenes, noticias y enlaces a otros contenidos. Ello era accesible al público en general. En los mismos se vierten comentarios irrespetuosos hacia la Corona, en contra de determinadas formaciones políticas de la escena española de sus idearios, programas y representantes; se cuestiona intervenciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se exhiben logos y símbolos contrarios al ordenamiento constitucional.

Tienen tal sentido diferentes fotografías acompañadas de texto que entre las que cabe destacar descalificaciones graves contra personas de diferentes partidos políticos legales; apoyo explícito a delincuentes condenados por agredir a guardias civiles; banderas republicanas con afirmaciones despreciativas sobre la institución monárquica y quien la encarna; apología de posiciones contrarias a la unidad de España; así "Galiza nom é Espanha" o la bandera usada por el independentismo catalán en un gesto denominado "peineta" hacia la Corona".

- Ese *factum* obtiene correlación con el siguiente pasaje del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia combatida en casación:

"No solo manifiesta el Cabo en lo recogido en su página en la red Facebook, una opinión sobre la monarquía, los partidos políticos que no le gustan o la unidad de España, sino que de forma expresa hace apología de las injurias a la persona del Rey (folios 21, 27, 32, 34 o 45), de delincuentes judicialmente condenados por agredir a guardias civiles "los chavales de Alsasu llevan 707 días en la cárcel. Año 2" (folio 19 ED y en el mismo sentido el 22 y otros). Ataca la bandera nacional (folio 23) o apoya la separación de territorios de la Nación como Galicia o Cataluña (folio 27 ED). La posición respecto a los partidos políticos es claramente parcial y contraria a las posiciones y personas, especialmente del Partido Popular y de Ciudadanos".

- Y también existe correlación con lo que se consigna en otro pasaje, este del Fundamento de Derecho Cuarto:

"En el caso presente no son solo sujeto pasivo de la actividad individualizada, Instituciones constitucionales concretas; sino el orden constitucional mismo, que es afrentado en lo manifestado por el Cabo, precisamente como tal orden constitucional -"esta es la Bandera de la 'democracia' por lo tanto, si lo sabes y la apoyas eres un facha, y si no lo sabes y la apoyas eres facha y tonto" (folio 23 ED); la unidad del Estado (folio 27 ED) "el verdadero error es que en el siglo XXI siga habiendo besamanos y sigan existiendo los Reyes" (folio 46 ED)".

- Esa integración entre los hechos explícitamente contemplados como probados y el razonamiento jurídico que contenga referencias fácticas es algo plenamente aceptado en el ámbito contencioso-administrativo, del que, en líneas generales, es tributario el contencioso-disciplinario militar, con algunos matices o singularidades que no es momento de concretar por no afectar a la cuestión ponderada. Así, en Sentencias de 22 de febrero de 2005 (recurso 693/2002), 5 de noviembre de 2010 (recurso 4057/2006) y 17 de noviembre de 2016 (recurso 2971/2015), entre muchas otras, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, incluso se significa, con rotundidad, que en el orden contencioso-administrativo no es exigible una declaración específica de hechos probados, ya que la previsión que realiza el artículo 208 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que contendrán las sentencias un apartado de hechos probados "en su caso", siendo posible, por tanto, que en Fundamentos de Derecho queden reseñados puntos de hecho que se consideren relevantes para el enjuiciamiento del asunto.

Con tales mimbres, es evidente que esas publicaciones en una red social como "Facebook" tuvieron una incidencia y relevancia que no es posible orillar, como no lo fue, a título de ejemplo, en otro supuesto sometido recientemente a consideración de la Sala, una grave desconsideración en la red social "Twitter" (Sentencia de fecha 19 de mayo de 2022, recurso 201/82/2021).

Como bien razonó y concluyó el órgano judicial *a quo*, los hechos se incardinaban cabalmente en la previsión típica, integrando un grave ataque al orden constitucional que desborda claramente el derecho a la libertad de expresión, conculcando el sujeto activo el deber de neutralidad política que a todo miembro de la milicia incumbe, mostrando un severo y radical desprecio a la bandera, a la unidad nacional y a la Corona.



Las publicaciones objeto de sanción, a la luz de la doctrina legal que en extenso se reflejará en el siguiente ordinal del presente voto particular, no estaban amparadas por la libertad de expresión. No está de más recordar que el mando supremo de las Fuerzas Armadas corresponde a S.M. el Rey (artículo 62.h) de la Constitución) y que una de las misiones atribuidas a los Ejércitos es la garantía y defensa de la integridad territorial de España y del orden constitucional (artículo 8.1 de la ley de leyes, en relación con su artículo 2), orden que consagra como forma política del Estado, la Monarquía parlamentaria (artículo 1.3) y que la bandera nacional queda constitucionalizada en el artículo 4.1 de la norma fundamental. La neutralidad política quedó públicamente vulnerada en una red social. Sostener lo contrario abre camino a comportamientos incompatibles con la condición militar, conculcando, ha de insistirse, el deber de neutralidad política (artículos 7.1 y 12 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y artículo 5 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero).

II) En relación con el segundo de los ilícitos (falta muy grave prevista en el apartado 13 del artículo 7 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de "infracción de los deberes de neutralidad política o las limitaciones en el ejercicio de la libertad de expresión"), por el recurrente contra la sentencia del Tribunal Militar Central, casada por la sentencia de esta Sala de la que discrepamos por medio del presente voto, se considera que las opiniones por él vertidas en el artículo publicado el día 23 de octubre de 2017 en la página web. <https://federación.republicanos.info/2017110/23->, que son transcritas literalmente en los hechos probados de la sentencia que disentimos-, se encuentran amparadas por su derecho a libertad de expresión reconocido tanto en el artículo 20 de la Constitución como en el artículo 12 de la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y en consecuencia se ha infringido el principio de legalidad en su vertiente de tipicidad.

Por tanto procede examinar si como se establece en la sentencia de la que disentimos las manifestaciones efectuadas por el recurrente, recogidas en los hechos probados tanto en la sentencia del Tribunal Militar Central como en la de esta Sala, de la que discrepamos, están amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 22 de la Constitución.

La sentencia de la que disentimos para establecer que se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión, trae a colación la jurisprudencia recaída a propósito del derecho fundamental a la libertad de expresión de los militares, tanto la emanada Tribunal Europeo de derechos Humanos, a cuyo tenor considera que "**solo cabe limitar el derecho de expresión de los militares cuando exista una "necesidad imperiosa", lo que ocurrirá allí donde pueda tener lugar una amenaza real para la disciplina y la cohesión interna de las Fuerzas Armadas** (Sentencia de 20 de julio de 2022, de esta Sala, ya citada), como de la doctrina del Tribunal Constitucional , señalando las sentencias de 25 de septiembre de 2006, sentencia 371 de 13 de diciembre y sentencia de 17 de octubre de 1994, establece que de dicha 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 medida necesaria para no incurrir en la vulneración del respeto debido a sus superiores ni atentar contra el buen funcionamiento del servicio y de la institución anteriormente expuesto, teniendo en cuenta, y esto es esencial, las circunstancias y el contexto concurrentes".

Al respecto, consideramos sin duda alguna, como así pone de manifiesto la sentencia de la que disentimos, que los miembros de las Fuerzas Armadas, como el resto de los ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, pero no es un derecho absoluto que ampare cualquier tipo de expresión sino que incluso cabe, como ocurre en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, que por el legislador se puedan establecer restricciones singularizadas en su ejercicio, en razón a los fines y principios esenciales que caracterizan a ambos (sentencia TC 24 de abril de 2017), y así, en el artículo 12 "Libertad de expresión y de información" de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, se establece expresamente que :



"1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos.

2. En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas.

3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina".

Por tanto, procede analizar y determinar si las manifestaciones efectuadas por la recurrente, recogidas en los hechos probados de la sentencia ahora recurrida, están amparadas por el derecho a la libertad de expresión o bien ha traspasado los límites establecidos al efecto.

Pues bien, esta Sala considera que la STC 38/2017, de 24 de abril de 2017, es clarificadora al respecto, pues en la misma se señala que "al evocar los aspectos más destacados de nuestra doctrina acerca del contenido y límites del derecho a la libertad de expresión de los miembros de la institución militar, y en consecuencia, de aplicación a los miembros de la Guardia Civil se establece que "En la STC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 4, sostuvimos que "el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, **que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas**, o, en términos de la STC 97/1985, fundamento jurídico 4 '**disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas**, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la C.E. les asigna, una especial e idónea configuración' y que " En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, por lo que se refiere a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, que aquella libertad garantizada en el art. 10 del Convenio es aplicable a los militares como a todas las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados contratantes; pero que el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos. Por ello, a juicio de dicho Tribunal, no se debe olvidar, en el campo de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, las características particulares de la condición militar y sus efectos en la situación de miembros individuales de las Fuerzas Armadas, así como sus específicos deberes y responsabilidades (STEDH de 8 de junio de 1976 -caso Engel y otros-, fundamentos de Derecho 54, y 99 a 103)". (...) **La protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas**, justificado por las exigencias de la específica configuración de éstas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado.", y que "No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de las no pertenecientes a las Fuerzas Armadas, y que excluiría manifestaciones 'levemente irrespetuosas', en la expresión de opiniones críticas o discrepantes por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares", concluyendo que "En suma, hemos considerado que el ejercicio de la libertad de expresión por los militares está sujeto a restricciones añadidas que van más allá de lo que con carácter general determina que lo expresado quede fuera del ámbito de protección de dicho derecho, esto es, "las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y por tanto innecesarias a ese propósito" (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5, entre otras). Sin embargo, no hemos incluido el requisito de la veracidad entre las especificidades que acotan el ejercicio de ese derecho en el ámbito referido".

En consecuencia, procede examinar y determinar si las manifestaciones efectuadas por el recurrente, identificándose como Cabo del Ejército de Tierra, en dicho artículo publicado en la página web de la federación de republicanos que están recogidas en los hechos probados tanto de la sentencia del Tribunal Militar Central como de la sentencia de la que disintimos, ahora recurrida, pueden estar amparadas por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión o, por el contrario, se traspasó o transgredió los límites establecidos al respecto.

Y así por el Tribunal de instancia por una parte en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida tras señalar que la sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 2009 se establece que: " *el expresado derecho a la libre manifestación y por cualquier medio de pensamientos, ideas y opiniones, corresponde también a los militares si bien que con las limitaciones generales aplicable a todos los ciudadanos que se derivan de*



lo dispuesto en el art. 20.4 CE., más las específicas propias previstas para el ámbito castrense en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el Código Penal Militar y en su Régimen Disciplinario, en la medida en que resultan necesarias para preservar los valores y principios consustanciales a la organización militar, es decir, la disciplina, la subordinación jerárquica, la unidad y la cohesión interna (arts. 1 y 10 RROO para las FAS de 1978 y arts. 8 y 44 y ss. RROO para las FAS aprobadas por RD. 96/2009, de 6 de febrero; art. 4, séptima, Ley de la Carrera Militar y 20.1 LO. de la Defensa Nacional), que resulta preciso salvaguardar para garantizar la funcionalidad de los Ejércitos y el cumplimiento de las misiones que constitucional y legalmente tienen confiadas (arts. 8.1 CE ; 15.1 LO. de Defensa Nacional ; 10 RROO para las FAS de 1978 y 4 RROO. de 2009). Lo hemos declarado de modo invariable con objeto de mantener la disciplina esencial en las FAS y en los institutos Armados de naturaleza militar (arts. 28 y 29 CE .), y asimismo para proteger el deber de neutralidad política de los militares (SS. 23.05.2005 y 17.07.2006), pero siempre que no reduzcan a sus miembros al puro y simple silencio como dijimos en Sentencia 19.04.1993. La anterior doctrina es la que sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10 del Convenio de 04.11.1950 , y en particular su apartado 2º en el sentido de que la libertad de expresión podrá ser sometida a ciertas restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública. En la STEDH. 08.06.1976, caso "Engel y otros", tras sostener que la libertad de expresión garantizada por el Convenio es aplicable a los militares, se dice que "el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, en particular mediante escritos". Doctrina que se reitera en SS. 25.03.1985, caso "Barthol " y 25.11.1997, caso "Grigoriades c. Grecia ", y se actualiza en la de fecha 20.05.2003 . Y en el mismo sentido el Tribunal Constitucional que desde sus SS. 21/1981, de 15 de junio , y las posteriores 97/1985, de 29 de julio ; 69/1989, de 20 de abril ; 371/1993, de 13 de diciembre ; 270/1994, de 17 de octubre ; 288/1994, de 27 de octubre y 102/2001, de 23 de abril , viene sosteniendo que el legislador puede legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las FAS, siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y a los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no solo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las FAS, o, en términos de la STC. 97/1985 , discusiones y contiendas dentro de las FAS, las cuales necesitan imperiosamente para el logro de los altos fines que el art. 8.1 CE . les asigna, una especial e idónea configuración (STC. 371/1993 y Auto TC. 375/1983, de 30 de julio ; y nuestras Sentencias 01.07.2002 y 23.03.2005). En suma, venimos sosteniendo que los miembros de las FAS están sometidos a un Estatuto jurídico singular que da lugar a una relación de sujeción especial, voluntariamente asumida por las personas que integran la organización castrense (STEDH. 10.07.1997, caso "Kalac c. Turquía), de que forman parte restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales, cuya justificación se encuentra en el interés de preservar aquellos valores y principios que se consideran indispensables para que los Ejércitos cumplan las misiones que tienen asignadas, por lo que el sacrificio que representan aquellas limitaciones está en función del logro de estos fines, lo que requerirá de un juicio de ponderación razonable en cada caso (STC. 371/1993 y nuestras Sentencias 20.12.2005 y 17.07.2006) considera que el derecho a la libertad de expresión ha de ejercerse por un militar en el marco de la disciplina y con un especial cuidado en la formulación de las afirmaciones, de tal manera que se excluyan tanto insultos como las expresiones agrias, desconsideradas o intencionadas de muy difícil o imposible prueba, y que así mismo el deber de neutralidad ha sido reiteradamente infringido por el ahora recurrente.

En su virtud, independientemente de considerar que lo que excede del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión es realizar las manifestaciones a través de medios de comunicación social, consideramos que, al contrario de lo que sostiene el parecer mayoritario en ningún caso las manifestaciones que efectuó en un artículo que publicó en la página web de la federación de republicanos podrían estar amparados por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por el carácter irrespetuoso o desmedido de las mismas, pues tal y como se señala en la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2017 "cabe añadir que el carácter poco respetuoso o desmedido a que se ha hecho mención por nuestra doctrina viene referido a la formas, modos o medios de expresión y no a la opinión o juicio de valor en sí mismo considerado. Así lo sostuvimos en la ya citada STC 272/2006 , FJ 9, cuando reputamos plausible la ponderación realizada por la resolución judicial, que estimó que los juicios vertidos por el demandante "exceden claramente de la prudencia y mesura con que debe expresarse un miembro de la Guardia Civil"; por ello, afirmamos entonces que "es la falta de la necesaria mesura en la crítica formulada por el recurrente a la actuación de los mandos de la Guardia Civil, y no la crítica misma, lo que justifica la sanción impuesta", y, en el caso que nos ocupa basta examinar el contenido de las mismas para, sin necesidad de profundizar en las mismas ni llevar a cabo mayores argumentos, considerar que no pueden estar amparadas por el ejercicio del citado derecho, ya que en el presente caso acorde con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la reiterada sentencia es la falta de la necesaria mesura (" Corrupción: Grave palabra y a la vez tan usada y tan institucionalizada o ya también normalizada, la R.A.E. dice esto: "En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en



la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores". El ejército es una institución pública y como tal debe ser transparente a los ciudadanos, que son los que pagan con sus impuestos tal institución; sin embargo no es así, es la institución más opaca, "neck and neck con la monarquía, heredera de un régimen que impuso el dictador de este país. He vivido en mis carnes directamente esto desde el primer día que ingresé en las FFAA ¿Cómo? se preguntarán, pues así: Kosovo 2002: El CECÓN de Petrobek "Albania" (lugar de llegada de las tropas O.T.A.N. españolas) vendía favores de llamadas telefónicas a España de miembros del destacamento de cocina y estafeta (el correo en misión), y de los mandos de Estado Mayor, a cambio de un surtido completo de bebidas y alimentos nacionales (chorizos, cerveza, refrescos, jamón, cecinas y otros manjares) que siempre acababan en la papilas gustativas de los mandos, servidos por la tropa..."), es decir la falta de consideración, cortesía o de demostración de respeto, lo que justifica la sanción impuesta, al suponer lo manifestado un grave ataque tanto a las Fuerzas Armadas como Institución como a la Monarquía.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que como recordaba esta Sala en su Sentencia 27/2021, de 17 de marzo de 2021, el incumplimiento del deber de neutralidad política, mediante manifestaciones u opiniones expresadas con publicidad, aparece tipificado como infracción grave en el artículo 7.32 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y que, ya con anterioridad a la ley vigente, la Sala había fijado doctrina, al socaire de la del Tribunal Constitucional, sobre el deber de neutralidad política como límite del derecho a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas y las consecuencias disciplinarias de la conculcación de tal deber. Y así decía nuestra Sentencia de 17 de julio de 2016: "El tipo disciplinario aplicado, del art. 7.31 LO. 8/1998, de 2 de diciembre consiste en la pública expresión de opiniones que infrinjan el deber de neutralidad de los militares en relación con las diversas opiniones políticas. El precepto referido debe ponerse en relación con lo que se dispone en el art. 182 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, según el cual: "Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales; ni tolerando aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opiniones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas.". En seguida se advierte que la infracción disciplinaria descansa sobre los elementos normativos, referidos a lo que deba entenderse, primero, por la exigible neutralidad y luego por opciones políticas. El concepto de neutralidad equivale, en lo que ahora interesa, a no tomar parte en las opiniones que se mantengan sobre un asunto sometido a debate o controversia, absteniéndose el sujeto obligado de pronunciarse o emitir su parecer al respecto. En este sentido las ideas de inacción y de imparcialidad forman parte de dicho concepto. De otro lado, las opciones políticas se identifican con la libertad o facultad que se tiene, para elegir entre diversas alternativas en lo concerniente a la organización y funcionamiento de la sociedad plural conformada como Estado. El apartamiento de los miembros de los Ejércitos y de los Institutos armados de naturaleza militar del debate político, constituye un interés protegible que forma parte de su estatuto jurídico fundado, entre otras razones, en las misiones que constitucional y legalmente se confían a los Ejércitos con el consiguiente monopolio del uso de las armas si fuera necesario", y, por tanto, a tenor de lo manifestado por el recurrente en el citado artículo, publicado en una página web de la federación de republicanos, la neutralidad política no se respetó y no se puede amparar en la libertad de expresión pues, al margen de denotar una preferencia por una concreta opción política, culminan con una expresión acuñada de conocida carga ideológica -("Salud y República popular" y la identificación de su autor como "Heraclio Gerardo del Ejército de Tierra, miembro del colectivo militares demócratas anemor)-, impropia en quien se inserta en la institución militar, cuyo mando supremo, reiteramos, se atribuye constitucionalmente al Rey (artículo 62 h) de la norma suprema), debiéndose advertir, también, que una de las misiones consustanciales a las Fuerzas Armadas es la garantía y defensa del orden constitucional (artículo 8.1 de la Constitución), orden que consagra, como forma política del Estado, la Monarquía parlamentaria (artículo 1.3 de la ley de leyes). Esa carga ideológica o partidista resulta además inequívoca en el contexto en que se producen las frases, en un medio público de difusión -página web de la federación de republicanos-, haciendo énfasis en la condición militar del interesado y en un tono general reivindicativo y marcadamente crítico; la neutralidad política, por tanto, tampoco se respetó y la sanción impuesta en todo caso estaba plenamente justificada.

En suma, sostenemos que debieron desestimarse la totalidad de los motivos casacionales con la consiguiente confirmación de la Sentencia de instancia, por ser ésta ajustada a Derecho.