



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

N.Ref.: S/T. 308/2012-E

## **INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS**

**I. CONSIDERACIONES PREVIAS II. PROCEDENCIA DEL INFORME DEL CONSEJO FISCAL III. OBSERVACIONES GENERALES IV. OBSERVACIONES PARTICULARES**

### **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

Por medio de comunicación del Secretario de Estado de Justicia de fecha 1 de agosto de 2012 ha sido remitido a la Fiscalía General del Estado para informe el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El texto del Anteproyecto contiene una extensa Exposición de Motivos, un Título preliminar que desarrolla las disposiciones generales, un Título primero, que regula las faltas y sanciones, un Título segundo, que aborda la potestad disciplinaria y la competencia sancionadora, un Título tercero, que regula el procedimiento sancionador, un Título cuarto que desarrolla la ejecución de las sanciones y finalmente un Título quinto dedicado a los recursos.

### **II. PROCEDENCIA DEL INFORME DEL CONSEJO FISCAL**

A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal



## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

(EOMF) corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, en virtud del artículo 124 de la Constitución Española y el EOMF tiene encomendada, entre otras funciones, la misión de promover la acción de la justicia en defensa del interés público tutelado por la ley y la de velar por la independencia de los Tribunales.

Como defensor del interés público debe velar por el interés general. La adecuada regulación del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, con respeto a los derechos básicos como son la presunción de inocencia, la previa información de la acusación disciplinaria, utilización de los medios de prueba pertinentes o la posibilidad de interponer los recursos correspondientes o el respeto al principio de “ne bis in idem” no resulta completamente ajena a la función que tiene encomendada el Ministerio Fiscal.

Ello no obstante, debe subrayarse que la normativa sobre la que se emite el presente informe sólo afecta de una manera tangencial a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal, por lo que el contenido del mismo se ceñirá a aspectos generales y estructurales.

En la elaboración del presente informe se ha tenido especialmente en cuenta la opinión de la Fiscalía Togada.

### **III. OBSERVACIONES GENERALES**

Es preciso enmarcar esta reforma en la previsión contenida en Disposición Final Octava de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, *de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas* que en su apartado primero disponía



## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

que “el Gobierno deberá remitir al Congreso de los Diputados en el plazo de un año un Proyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El texto tendrá en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre derechos y garantías fundamentales en el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito militar y su necesaria adaptación a la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, a la presencia de la mujer y a la organización y misiones que les vienen señaladas en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional”. La Disposición Final citada, en su apartado segundo disponía que “el régimen disciplinario incluirá una regulación específica para las unidades y personal destacados en zonas de operaciones, en los términos que para éstos contempla el art. 16 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional”.

La primera valoración debe ser positiva, en tanto se da cumplimiento en plazo a esta Disposición Final Octava, frente a lo que tantas veces ocurre en la práctica con este tipo de previsiones en las que el Legislador emplaza al Gobierno para la elaboración de un Proyecto de Ley.

Puede afirmarse que el Anteproyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (ALORDFAS) supone un avance legislativo indudable respecto al vigente régimen jurídico (Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre), quedando ello patente tanto en la depurada técnica empleada en la descripción y tratamiento de las distintas infracciones disciplinarias –reguladas en el Capítulo I del Título I- como por la incorporación de sanciones, como la económica –cuyo contenido se regula en el art. 14 y su ejecución en el art. 60.2- que, en principio, se conciben como más adecuadas en la generalidad de los casos y condiciones de normalidad, que las tradicionales sanciones privativas de libertad (arrestos). Aunque se mantiene la sanción de arresto para faltas leves, posibilidad admisible a la vista de la



## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

redacción del art 25.3 CE, es encomiable la introducción de restricciones, tanto en cuanto a la duración como en lo referente a competencia para imponerlo.

Del mismo modo resulta acertado el tratamiento específico del régimen disciplinario aplicable en las unidades y al personal destacado fuera del territorio nacional en zona de operaciones, justificado en las evidentes singularidades concurrentes, desarrollándose su regulación en el Capítulo III del Título II. Así, se establecen singularidades en cuanto a la competencia para sancionar, la posibilidad de retrasar la ejecución de las sanciones y a la necesidad de compatibilizar el cumplimiento con el desempeño de las misiones.

Ha de celebrarse la incorporación al texto analizado de las exigencias que vienen demandándose jurisprudencialmente en garantía de los derechos del expedientado sujeto a procedimiento sancionador. Así, nos hemos de referir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, a título de ejemplo, en su sentencia nº 129/2011 de 13 de abril señala que “constantemente esta Sala ha venido señalando que las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionado entre las que, sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, garantías que se recogen en el art. 41.2 del Anteproyecto.



## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

A ello cabe añadir el expreso reconocimiento de la impugnabilidad en vía judicial de todas las sanciones, sea cual fuera la clase de falta por la que hubieran sido impuestas, y tanto por motivos de legalidad ordinaria como constitucional (derechos fundamentales). Esta cuestión ya fue planteada en varios recursos de casación ante el Tribunal Supremo que invariablemente había afirmado que conforme al art 453 de la Ley Procesal Militar en relación con el art. 468 b) de la misma Ley no cabe el recurso contencioso disciplinario militar ordinario respecto de los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento preferente y sumario. Así se pronunciaban, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 5ª, de 15-12-99, 9-10-2000 y 11-5-2000, si bien en esta última Sentencia se formuló voto particular por uno de los Magistrados cuestionando la constitucionalidad de los preceptos antes mencionados en cuanto cierran a la vía de control jurisdiccional los actos que resuelven recursos por falta disciplinaria leve, salvo en lo concerniente a la vulneración de derechos fundamentales, lo que podría vulnerar los artículos 24.1 y 106.1 de la Constitución

La STC nº 177/2011, de 8 de noviembre, al estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 453.2, en el inciso por “falta grave”, y 468, b) de la LO 2/1989, de 13 de abril procesal militar, declara la inconstitucionalidad de ambos preceptos, por cuanto impiden recurrir a través del procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario las sanciones disciplinarias por faltas leves, lo que choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 de la Constitución.

Resumiendo la doctrina sentada por la mencionada sentencia y aplicándola también al art. 64.3 de la L.O. 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, ya derogada, la STC nº 202/2011, de 11 de enero, señala que “a) La exclusión de control judicial de los motivos de



## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

legalidad ordinaria que surgieran a raíz de la imposición de sanciones leves en el ámbito disciplinario castrense choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE ". b) En los preceptos cuestionados, en cuanto que impiden el control judicial de las sanciones impuestas por faltas leves en su aspecto más reducido de la legalidad ordinaria, hemos de apreciar también la infracción del art. 106.1 CE. c) Las vulneraciones de los arts. 24.1 y 106.1 CE por los preceptos cuestionados tienen como consecuencia la no conformidad de estos últimos con el art. 117.5 CE que establece la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principio constitucionales.

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional se asume por el Anteproyecto, que incorpora una Disposición Final Segunda por la que se reforma la Ley Orgánica 1/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar* dejando expedita la vía del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario para impugnar sanciones impuestas por faltas leves.

Por otra parte, debe valorarse positivamente la especificación de que, también en este ámbito, la declaración de hechos probados contenida en una resolución judicial vinculará a la Administración.

### **IV. OBSERVACIONES PARTICULARES**

No obstante los consideraciones expuestas *supra*, se considera oportuno formular dos observaciones al Anteproyecto sometido a informe.

La primera concierne a la interconexión existente entre la Ley Disciplinaria y el Código Penal Militar, de tal modo que ambas normas se conciben como instrumentos dirigidos a igual fin: el garantizar la observancia por los militares de sus específicas normas de conducta o comportamiento, en particular la disciplina y el respecto a la unidad y jerarquía castrense, y su restablecimiento



## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

con la imposición del oportuno reproche en caso de incumplimiento de aquel orden que les es legalmente exigible. Tal es la interconexión normativa apuntada que, en la incriminación de las conductas como concretas infracciones disciplinarias se introduce como elemento inicial determinante de la tipicidad- sin duda por la identidad del bien jurídico protegido en ambos ámbitos- el que aquellas (las faltas disciplinarias que se describen), “no sean - también- constitutivas de delito”. Es pues, la mayor o menor percusión en el bien jurídico que se trata de proteger lo que hace que el legislador considere la conducta como falta o delito incorporando en la descripción de los tipos homólogos los oportunos elementos diferenciadores. Más para ello, se estima que hubiera sido del todo conveniente acometer, como sucedió en el año 1985, una tramitación paralela de ambas leyes (LORDFAS y CPM) pues en otro caso, como ahora sucede, pudiera darse una extraordinaria dificultad para el aplicador de la norma en cuestión en la labor de deslindar la entidad penal o disciplinaria de la misma conducta, no siempre superable por la aplicación del principio de mínima intervención penal. Por otra parte, el art. 4.2 señala que *sólo podrá recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de bien jurídico protegido.*

A título de ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, se observan posible supuestos de conflicto entre las faltas graves (artículo 7.3) de ofensa y desobediencias a centinela, fuerza armada y policía militar y el delito tipificado en el art. 85 del vigente Código Penal Militar, que castiga al que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes de centinela y al que maltratase de obra a un centinela.

Otro tanto sucede con la falta grave de “promover y participar en acciones de negociación colectiva o en huelgas..., con la finalidad de alterar el normal funcionamiento de las Fuerzas Armadas...” (art. 7.29) y alguna de las modalidades del delito de sedición contemplado en el artículo 92 CPM, que en



## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

su párrafo primero tipifica la conducta de los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad.

Del mismo modo la distinción no es nítida entre las “cobardías” tipificadas en el art. 8.6 ALORFAS como falta grave y la cobardía sancionada en el art. 113 CPM, que castiga al militar que, por temor a un riesgo personal, violare algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo.

En fin, consideramos que tales inconvenientes podrían haberse obviado tramitando al mismo tiempo una y otra Ley, sin que en su defecto y en todo caso, pueda dilatarse indebidamente el inicio de la tramitación de un nuevo Código Penal Militar.

Enlazando con las reflexiones con las que abríamos el informe, debemos destacar que el apartado tercero de la ya mencionada Disposición Final Octava de la Ley Orgánica 9/2011 establecía que *el Gobierno también deberá remitir al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley para la actualización de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar y para realizar las necesarias adaptaciones de las leyes procesales militares.*

En segundo lugar también debemos referirnos a la “*información previa*” contemplada en el art. 41.3 del presente Anteproyecto, señalando la conveniencia de una mayor concreción y limitación, pues la falta de garantías que de ordinario acompaña a la tramitación de procedimientos de dicha naturaleza, puede dar lugar a la nulidad o ineficacia de sus trámites y a la eventual contaminación de los elementos probatorios practicados en el seno del ulterior procedimiento disciplinario a resultas de aquéllos, por aplicación de la llamada doctrina de los frutos del árbol envenenado.



## FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

En evitación de tales perniciosos efectos, tales informaciones previas debieran, a nuestro juicio, limitarse en un triple sentido:

- Primero, temporalmente, no pudiendo exceder su tramitación del plazo de uno o dos meses desde que se tuviese conocimiento del hecho. Piénsese que según el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal la duración de sus diligencias de investigación incoadas habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado.
- Segundo, objetivamente, proscribiéndose su práctica cuando los hechos revistan desde un principio los caracteres de una infracción disciplinaria, y todavía más de un delito, pues para su esclarecimiento está concebido el oportuno procedimiento disciplinario, o en su caso, el penal que corresponda.
- Y tercero, exigiéndose la dación de cuenta al Fiscal de su incoación.

En resumen, se trata de un Anteproyecto de Ley que con una depurada técnica legislativa en la tipificación de las distintas infracciones disciplinarias, se adapta a los principios constitucionales a los que antes se ha hecho mención.

Por las razones expuestas y con las reservas expresadas, el Consejo Fiscal considera adecuado el texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas Reglamento sometido a informe.



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo Fiscal

Madrid, 30 de agosto de 2012

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO  
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL**

Fdo.: Eduardo Torres-Dulce Lifante