

## 1.5 Fiscalía Togada de lo Militar

La Memoria de la Fiscalía Togada correspondiente al ejercicio anual de 2019 se redacta en cumplimiento de lo que previene en el art. 9 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por el que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF), así como en el art. 95, apartado 6.º, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante LOCOJM), que prevé igualmente la elaboración de un «Informe General» para su elevación al Fiscal General del Estado y posteriormente al Ministro de Defensa. Su contenido y formato procuran, en lo posible, dar cumplimiento a las previsiones de la Instrucción 1/2014, de 21 de enero, dada por la Fiscalía General del Estado, y a su complementario escrito de fecha 17 de diciembre de 2019, con las necesarias acomodaciones al ámbito, estructura y especialidades de la Fiscalía Jurídico-Militar, en cuya organización se integra la Fiscalía Togada, la Fiscalía del Tribunal Militar Central (TMC en lo sucesivo) y la Fiscalía de cada una de los cinco Tribunales Militares Territoriales (en adelante TMT's).

### 1.5.1 ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA TOGADA

En total, durante el año 2019, han tenido entrada en esta Fiscalía Togada 1.639 asuntos procedentes de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, así como de otros organismos y particulares, evacuándose en cada caso la tramitación oportuna.

Los escritos e informes generados por la Fiscalía Togada pueden clasificarse del siguiente modo:

#### 1.5.1.1 Asuntos ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo

A) Orden penal	113
– Informes emitidos en recursos de casación . . . . .	102
– Informes emitidos en incidentes de nulidad, recursos de revisión (contra resoluciones del Secretario) y rectificación de errores en sentencia. . . . .	11
B) Orden contencioso-disciplinario militar	26
– Informes emitidos en recursos de casación . . . . .	16

– Informes emitidos sobre cuestión de competencia, nulidad de actuaciones y aclaración de Sentencia . . . . .	10
---	----

1.5.1.2 *Asuntos ante otras Salas del Tribunal Supremo*

Sala Especial (art. 39 LOPJ) de Conflictos de Jurisdicción

A lo largo de 2019 se emite un informe en esta materia: 1.

1.5.1.3 *Relaciones con las Fiscalías del Tribunal Militar Central, Tribunales Territoriales y otros organismos*

Informes, comunicaciones, consultas, y otros escritos en 2019 . . . . .	782
---	-----

1.5.1.4 *Recursos de casación interpuestos ante la Sala Quinta*

1.5.1.4.1 Orden Penal

Se interponen un total de 53 recursos durante el ejercicio, distribuidos de la siguiente manera:

Preparados por el Fiscal . . . . .	4
Preparados por el Fiscal y la Defensa . . . . .	3
Preparados por el Fiscal y Acusación Particular . . . . .	3
Preparados por la Acusación Particular . . . . .	8
Preparados por la Defensa . . . . .	35

– Recursos desglosados por delitos (\*):

Art.	Código Penal Militar 1985	N.º
99	Insulto a superior . . . . .	1
103	Abuso de autoridad . . . . .	1
104	Abuso de autoridad (Maltrato de obra) . . . . .	3
106	Abuso de autoridad (Trato degradante) . . . . .	3
138	Extralimitación en el ejercicio del mando . . . . .	1
180	Contra la Administración de Justicia Militar . . . . .	1
183	Falso testimonio . . . . .	2
	Total . . . . .	12

Art.	Código Penal Militar 2015	N.º
42-43	Insulto a superior . . . . .	5
45-48	Abuso de autoridad . . . . .	4
49-50	Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares . . . . .	4
55	Deslealtad. . . . .	4
56	Abandono de destino o residencia . . . . .	6
59	Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio . .	2
65	Extralimitaciones en el ejercicio del mando . . . . .	1
67	Abandono de servicio . . . . .	2
70	Embriaguez e intoxicación por drogas tóxicas en acto de servicio.	1
75	Delitos contra la eficacia del servicio . . . . .	1
81-85	Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar . . . . .	5
	Total . . . . .	35

(\*) Algunos Recursos de Casación pueden referirse a varios delitos o haber sido interpuestos por varias partes.

#### 1.5.1.4.2 Principales delitos que son objeto de recurso de casación

Los delitos contra la disciplina (en especial el insulto a superior y el abuso de autoridad) son los que con más frecuencia se han llevado a debate casacional, con lo que se confirma la tendencia apreciada en los últimos años. Así, cabe destacar los 11 recursos en procedimientos seguidos por delito de abuso de autoridad (maltrato de obra y trato degradante), seguidos por los 6 recursos en procedimientos por delito de coacciones, amenazas o injurias a superior. Resulta llamativa, como ya se anunció en la anterior memoria, la práctica desaparición de los recursos por delito de abandono de destino, otrora protagonista principal de la actividad impugnativa, del que solo se reseñan 5 recursos en el año 2019 por el delito del vigente art. 56 del Código Penal Militar.

#### 1.5.1.4.3 Tiempo medio entre emisión de informe por el fiscal y la sentencia

De los recursos informados (oposición y/o adhesión) por la Fiscalía Togada en el año 2019, hay 3 en los que aún no se ha dictado sentencia, siendo la media de tiempo transcurrido –en relación con aquellos en los que ya ha habido sentencia– la de 3 meses. El plazo mínimo constatado es el de 23 días y el máximo de 9 meses aproximadamente.

### 1.5.1.5 *Recursos de Casación en el orden contencioso-disciplinario militar*

#### 1.5.1.5.1 Preferentes y sumarios:

Preferentes y sumarios . . . . .	23
Preparados por el Fiscal . . . . .	0
Preparados por la Abogacía del Estado . . . . .	0
Preparados por el sancionado. . . . .	13
Informes emitidos sobre cuestión de competencia, nulidad de actuaciones y revisión . . . . .	10

#### 1.5.1.5.2 Ordinarios\*

Preparados por el demandante y/o Abogado del Estado . . . . .	68
---	----

\* Se significa que en los contenciosos disciplinarios ordinarios no se contempla la personación del Fiscal, si bien ha intervenido en algunos para informe de competencia o de prejudicialidad penal.

#### 1.5.1.5.3 Recursos contencioso-disciplinarios incoados por la Sala Quinta en primera y única instancia

Recursos contencioso disciplinarios incoados por la Sala Quinta en primera y única instancia . . . . .	10
--	----

#### 1.5.1.6 *Diligencias de investigación del Fiscal:*

Durante el año 2019, al que se contrae la presente memoria, se abrieron cinco Diligencias de Investigación según refleja la tabla, con el resultado que también se expresa:

Fiscalía	Diligencias de Investigación incoadas	Remitidas al Juzgado para incoación procedimiento penal	Archivadas sin responsabilidad
Fiscalía Togada. . . .	3	2	0

## 1.5.2 ASUNTOS DE MAYOR RELEVANCIA O INTERÉS ANALIZADOS POR LA SALA QUINTA Y LA SALA DE CONFLICTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

De entre aquellos asuntos que durante el año 2019 han sido objeto de tratamiento por la Sala Quinta del Tribunal Supremo y la Sala de Conflictos de Jurisdicción, se reseñan a continuación, como más relevantes o que suscitan mayor interés desde el punto de vista jurídico, los siguientes:

### 1.5.2.1 *Resueltos por la Sala 5.ª de lo militar del Tribunal Supremo*

#### *– Sobre medida cautelar de cese en funciones en procedimiento disciplinario de la Guardia Civil*

Sobre esta cuestión, la STS de 8 de abril de 2019 analiza los requisitos que han de concurrir para la adopción de la medida cautelar de cese en funciones prevista en el art. 54.1 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y en este sentido concluye que sobre la base de que dicha medida cautelar es la medida más gravosa prevista en la Ley, debe realizarse una motivación suficiente y adecuada que justifique su adopción, al tiempo que exige la concurrencia del requisito de la inmediatez.

#### *– Cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación al artículo 81 del Código Penal Militar*

Con relación a la cuestión suscitada por la parte recurrente, la STS de 9 de julio de 2019 concluye que el referido precepto penal no resulta inconstitucional.

#### *– Competencia de la Jurisdicción Militar para conocer de los delitos de acusación o denuncia falsa imputables a Guardia Civil.*

La STS de 15 de julio de 2019 afirma que la Jurisdicción Militar sí resulta competente en este tipo de supuestos concluyendo que «... los hechos cuya comisión se imputa al ahora recurrente no están amparados por la exclusión aplicativa del Código Penal Militar que se contiene en el párrafo segundo del apartado 5 de su art. 1, pues, como, al efecto, ha establecido esta Sala en sus sentencias de 27 de mayo y 16 y 30 de junio de 2009, 30 de noviembre de 2011, 19 de enero, 2 de marzo, 31 de mayo y 5 de julio de 2012, 21 de marzo de 2013, 9 de julio de 2014, 12

de febrero y 28 de mayo de 2015, núm. 114/2016, de 10 de octubre de 2016 y 84/2017, de 25 de julio de 2017, “cuando la acción u omisión punible lesione o ponga en peligro un bien jurídico de naturaleza militar, distinto del servicio ‘policial’ que presta el sujeto activo, en tal caso el hecho dejaría de estar amparado por la dicha exclusión”, sentando nuestras aludidas sentencias de 12 de febrero y 28 de mayo de 2015, núm. 114/2016, de 10 de octubre de 2016 y 84/2017, de 25 de julio de 2017, entre otras, que “la lógica argumental conduce a la conclusión de que las conductas que no forman parte del denominado servicio policial” quedan extramuros de la denominada “exclusión funcional” en que consiste la exclusión aplicativa del Código Penal Militar, porque en estos casos, como ocurre en el que nos ocupa, no puede decirse, en puridad, que se esté prestando función policial alguna, por lo que, en consecuencia, el criterio funcional que el párrafo segundo del apartado 5 del art. 1 del Código Penal Militar vigente contiene pierde toda su razón de ser. Por lo expuesto, la pretensión de la parte, consistente en sustraer de la competencia de la Jurisdicción Militar el conocimiento de los hechos de que se trata, no puede prosperar...».

#### 1.5.2.2 *Asuntos suscitados ante la Sala de Conflictos de Jurisdicción*

Durante el año 2019 se ha suscitado un solo conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la militar, que fue resuelto por Sentencia de 8 de mayo de 2019 de la Sala de Conflictos de Jurisdicción. Esta sentencia analizó el conflicto negativo de jurisdicción surgido entre el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Granada y el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 23, resultando relevantes dos cuestiones. La primera de ellas se refiere al hecho de que nos encontramos ante un conflicto negativo de jurisdicción que ha sido mal planteado; y la segunda hace referencia a la particularidad del supuesto de hecho que motivó el conflicto de jurisdicción, pues nos enfrenta con el análisis de una materia que hasta el momento no se ha planteado en la Sala de Conflictos de Jurisdicción, cual es la de la posibilidad de considerar al personal militar en situación de retiro como sujeto pasivo de los delitos contemplados en el Código Penal Militar.

Sobre la primera de las cuestiones la Sala de Conflictos concluyó que, efectivamente, este conflicto fue incorrectamente planteado al no cumplirse los trámites establecidos por la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales. Esta sentencia vuelve a poner de manifiesto la laguna legal existente en relación a la tramitación de este tipo de conflictos jurisdiccionales negativos cuando son planteados de oficio, recordando que esta cuestión quedó solventada por la juris-

prudencia de esa Sala de Conflictos de Jurisdicción en sus sentencias de 17.03.1994 y de 05.03.1997, en las que para colmar dicha laguna normativa se realizaba una remisión a lo dispuesto en los arts. 46 y 47 LECrim y, sobre todo, al art. 21 de la Ley Procesal Militar.

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, la Fiscalía Togada indicó que la configuración que la Ley 39/2007 de la Carrera Militar otorga a la situación administrativa del retiro impedía considerar al teniente querellante como militar superior del brigada querellado a los efectos del Código Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2.1.º y 5.1.º de dicho Código, lo que, a su vez, excluye la posibilidad de aplicar a los hechos denunciados el tipo de insulto a superior previsto en el art. 43 del mismo Código. En esta sentencia la Sala de Conflictos de Jurisdicción consideró que el conflicto jurisdiccional estaba mal planteado y por ello acordó la devolución de las actuaciones al Juzgado Togado Militar n.º 23 de Almería, sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo aquí suscitada.

### 1.5.3 PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA

Con la entrada en vigor de la Ley de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas, aprobada por la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, así como del nuevo Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 14/2015 de 14 de octubre, buena parte de las demandas de reformas precisas en el ámbito de la Jurisdicción Militar, quedaron ya satisfechas, si bien se insiste en lo que ya se destacó en la memoria de los dos últimos años acerca de la necesidad de reintroducir en el CPM el tipo de extralimitación dolosa en ejecución de acto de servicio de armas, o fuera de él, con resultado de muerte, lesiones o daños, cuya no inclusión parece debida a un olvido del legislador.

Quedan pendientes, como así se hacía notar en las memorias de los últimos años, las reformas de tipo orgánico y procesal. Se ha de recordar a estos efectos el mandato al Gobierno contenido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 14/2015, del Código Penal Militar, para que en el plazo de dos años remita al Congreso de los Diputados un proyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Esta reforma deberá tener presente dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, la implantación de la doble instancia en la jurisdicción militar y, en segundo término, se plantea la conveniencia de que, llegado el caso, el Fiscal Jurídico Militar pudiera asumir la labor investigadora de los procedimientos penales.

Por lo que al primer aspecto se refiere, las razones que han llevado al legislador, a través de la Ley 41/2015, a generalizar la doble instancia en el ámbito de la jurisdicción penal común, concurren igualmente en el ámbito de la jurisdicción militar, puesto que, por una parte, también le vinculan el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (con las interpretaciones que de los mismos realizan, respectivamente, el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y, por otra, la regulación del recurso de casación es semejante en una y otra jurisdicción. Y por ello, al concurrir identidad de razones y por pura coherencia del ordenamiento Jurídico español, no tiene sentido que la jurisdicción militar permanezca al margen de la implantación de la doble instancia.

Junto a lo anterior, se vuelve a insistir en la necesidad de abordar la reforma de la Ley Procesal Militar, adoptando como medidas perentorias las siguientes: la introducción de los juicios rápidos y de medidas de agilización de los procedimientos judiciales; la reforma de la regulación de la prisión provisional para adaptarla a la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, y la incorporación de cuantas otras medidas resultasen convenientes y compatibles con la jurisdicción militar, de entre las adoptadas, tanto en la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, como en la Ley 41/2015, de igual fecha, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Otra reforma que también se considera debiera abordarse, es aquella que haga posible la intervención de la Fiscalía Jurídico Militar en los recursos contencioso disciplinarios ordinarios, en los que hoy por hoy, no participa por falta de legitimación. No se entiende bien la razón por la que en un ámbito como el disciplinario militar, –en el que es un valor tan esencial la disciplina, en tanto asegura el cumplimiento de los cometidos constitucional y legalmente asignados las Fuerzas Armadas– y donde se prevé la adopción de sanciones restrictivas y privativas de libertad, el Fiscal no intervenga más que de un modo marginal por la vía excepcional del recurso contencioso disciplinario preferente y sumario. Efectivamente, de marginalidad se puede hablar si observamos que estos últimos recursos en los últimos años representan no más del 10 % del total de los recursos contencioso disciplinarios militares, frente al 90 % de los ordinarios. Y se entiende menos cuando la prác-

tica demuestra que el procedimiento contencioso-ordinario suele fundarse, por lo general, en la vulneración de derechos fundamentales.

En íntima conexión con el anterior proyecto de reforma, se propone la reintroducción en la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil del mandato dirigido al instructor del expediente disciplinario de poner en conocimiento del Fiscal Jurídico Militar la incoación de todo procedimiento seguido por falta grave o muy grave, precepto que figura en el art. 52.4 de la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas, y que también incorporaba la derogada Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, precedente de la hoy vigente, en la que aquel mandato ha sido extrañado. Con ello se pretende llevar a cabo a través del Ministerio Fiscal un control de legalidad de la actividad disciplinaria de la Guardia Civil, para evitar que conductas que puedan *prima facie* presentar apariencia de delito, se canalicen previamente por vía disciplinaria para luego activarse, ya de forma tardía y no en todo caso, el procedimiento penal (como cuestión prejudicial) por exigencias del principio de legalidad, con el evidente perjuicio del derecho a un juicio en un plazo razonable y la posible dilución de las fuentes de prueba.

Estas últimas medidas perentorias, tan concretas como ineludibles, podrían ser insertadas en la jurisdicción militar sin grandes esfuerzos, mediante disposiciones adicionales en cualquiera de las leyes orgánicas o leyes ordinarias que se tramiten en materia procesal o de organización judicial.