

## 1.5 **Fiscalía Togada de lo Militar**

La memoria de la Fiscalía Togada correspondiente al ejercicio anual de 2020 se redacta en cumplimiento de lo que se previene en el artículo 9 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF), así como en el artículo 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.

Como cada año, el contenido y formato de la memoria procura además 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 oficio de fecha 18 de diciembre de 2020, con las necesarias acomodaciones al ámbito, estructura y especialidades de esta Fiscalía, así como de las que de ella dependen, esto es, de las Fiscalías Jurídico-Militares tanto la del Tribunal Militar Central (TMC en lo sucesivo) como las de cada una de los cinco Tribunales Militares Territoriales (en adelante TMT's).

### 1.5.1 BREVE REFERENCIA A CIERTOS ASPECTOS ORGANIZATIVOS

En fecha 15 de enero de 2020 se produjo en la Fiscalía Togada la baja del Fiscal Togado, General Consejero Togado, Excmo. Sr. D. Fernando Marín Castán, con motivo de su incorporación al Tribunal Supremo como Magistrado de la Sala Quinta de lo Militar, vacante que fue ocupada en fecha 12 de marzo de 2020 por el General Consejero Togado, D. Juan Antonio Pozo Vilches, en virtud del nombramiento llevado a cabo por Real Decreto 460/2020, de 10 de marzo.

Por otra parte, el Fiscal de Sala, Excmo. Sr. D. Mariano Fernández Bermejo causó baja en fecha 10 de febrero de 2020 por jubilación, ocupando su plaza la Fiscal de Sala, Excma. Sra. Dña. Esmeralda Rasillo López, en virtud del nombramiento acordado por Real Decreto 977/2020, de 10 de noviembre.

### 1.5.2 ACTIVIDAD DE LA FISCALÍA TOGADA

En total durante el año 2020 han tenido entrada en esta Fiscalía Togada 1.412 asuntos, procedentes de la Sala de lo Militar del Tribu-

nal Supremo, de órganos administrativos o directamente de los ciudadanos, evacuándose en cada caso el trámite oportuno.

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

1.5.2.1 *Asuntos ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo*

1.5.2.1.1 Orden Penal

|  |    |
|--|----|
| Orden penal  | 61 |
| – Informes emitidos en recursos de casación . . . . .  | 55 |
| – Informes emitidos en incidentes de nulidad, competencia y entidad penal causas aforados. . . . . | 6  |

1.5.2.1.2 Orden Contencioso-Disciplinario Militar

|  |    |
|--|----|
| Orden contencioso-disciplinario militar  | 20 |
| – Informes emitidos en recursos de casación . . . . .  | 10 |
| – Informes emitidos sobre cuestión de competencia, nulidad de actuaciones y aclaración de Sentencia. . . . . | 10 |

1.5.2.2 *Asuntos ante otras Salas del Tribunal Supremo*

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

Informes emitidos . . . . . 2

1.5.2.3 *Relaciones con las Fiscalías del Tribunal Militar Central, Tribunales Territoriales, otros organismos e información al ciudadano*

|   |     |
|---|-----|
| Informes, comunicaciones, consultas, y otros escritos . . . . . | 627 |
|---|-----|

1.5.2.4 *Recursos Fiscalía del Tribunal de Cuentas de casación interpuestos ante la Sala Quinta*

1.5.2.4.1 Orden Penal

|                       |    |
|-----------------------|----|
| Orden Penal . . . . . | 24 |
|-----------------------|----|

|   |    |
|---|----|
| Preparados por el Fiscal . . . . .                        | 1  |
| Preparados por el Fiscal y la Defensa . . . . .           | 0  |
| Preparados por el Fiscal y Acusación Particular . . . . . | 0  |
| Preparados por la Acusación Particular . . . . .          | 4  |
| Preparados por la Defensa . . . . .                       | 19 |

#### 1.5.2.4.1.1 Recursos de casación desglosados por delitos (\*)

(\*) Algunos recursos pueden referirse a varios delitos o ser interpuestos por varios recurrentes.

| Art. | Código Penal Militar 1985                  | N.º |
|------|--|-----|
| 119  | Abandono de destino o residencia . . . . . | 1   |
|      | Total . . . . .                            | 1   |

| Art.  | Código Penal Militar 2015  | N.º |
|-------|--|-----|
| 42-43 | Insulto a superior . . . . .   | 5   |
| 45-48 | Abuso de autoridad . . . . .   | 9   |
| 49-50 | Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. . . . . | 3   |
| 55    | Deslealtad. . . . .  | 1   |
| 56    | Abandono de destino o residencia . . . . .   | 1   |
| 59    | Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio . . . . .   | 1   |
| 65    | Extralimitaciones en el ejercicio del mando . . . . .  | 2   |
| 70    | Embriaguez e intoxicación por drogas tóxicas en acto de servicio . . . . .   | 1   |
| 75-77 | Delitos contra la eficacia del servicio . . . . .  | 3   |
| 81-85 | Delitos contra el patrimonio en el ámbito militar . . . . .  | 2   |
|       | Total . . . . .  | 28  |

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

Los delitos contra la disciplina (en especial el abuso de autoridad y el insulto a superior) son los que con más frecuencia se han llevado a debate casacional, lo que confirma la tendencia apreciada en los últimos años. Destacan así los 9 recursos en procedimientos seguidos por delito de abuso de autoridad (maltrato de obra, trato degradante, abusos y acoso sexuales), seguidos por los 5 recursos en procedimientos por delitos de insulto a superior (maltrato de obra, coacciones, amenazas o injurias a superior). Resulta llamativa, como ya se anunció en la anterior memoria, la muy escasa utilización de la vía casacional en relación con las condenas por delito de abandono de destino, otrora

protagonista principal de la actividad impugnativa en los cuadros estadísticos, en los que sólo se reseñan 2 recursos.

#### 1.5.2.4.1.3 Tiempo medio entre emisión de informe del fiscal y la sentencia

De los recursos informados (oposición y/o adhesión) por la Fiscalía Togada en el año 2020, hay 4 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 período de resolución mínimo constatado es el de 34 días y el máximo de 4 meses y medio aproximadamente (exceptuando aquellos que aún penden de resolución).

#### 1.5.2.4.2 Recursos de Casación en el orden contencioso-disciplinario militar

##### 1.5.2.4.2.1 Preferentes y sumarios

|  |   |
|--|---|
| Preferentes y sumarios . . . . .   | 6 |
| Preparados por el Fiscal . . . . .   | 1 |
| Preparados por la Abogacía del Estado . . . . .  | 0 |
| Preparados por el sancionado . . . . .   | 4 |
| Informes emitidos sobre cuestión de competencia, nulidad de actuaciones y revisión . . . . . | 1 |

##### 1.5.2.4.2.2 Ordinarios \*

|   |    |
|---|----|
| Preparados por el demandante y/o Abogado del Estado . . . . . | 43 |
|---|----|

\* 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.

#### 1.5.2.5 *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 . . . . . | 13 |
|--|----|

### 1.5.2.6 *Asuntos de relevancia o interés doctrinal analizados por la Sala Quinta*

De los asuntos que han sido resueltos por la Sala Quinta merecen ser citados por su relevancia o interés doctrinal, los siguientes:

– Sobre el incumplimiento del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, al no haberse implantado la doble instancia en la jurisdicción militar, se han pronunciado las sentencias números 48/2020, de 6 de julio; 50/2020, de 7 de julio; 81/2020, de 26 de noviembre; 84/2020, de 15 de diciembre; y 90/2020, de 16 de diciembre, en las que se expone la doctrina de la Sala acerca del vacío legal existente en el ámbito de la jurisdicción militar en materia de doble instancia. En todas ellas se mantiene que en nuestro sistema procesal se da satisfacción a las exigencias que sobre tal derecho derivan de nuestros compromisos internacionales, y ello se logra a través del recurso de casación articulado en la LECrim, entendido en sentido amplio, como viene haciendo la propia Sala Quinta, al punto de permitir una revisión integral de la sentencia de instancia, no sólo de las cuestiones de derecho, sino también de la prueba practicada, en cuanto a su misma existencia y suficiencia, su obtención y práctica conforme a derecho y su valoración razonable.

– Sobre revisión de sentencias absolutorias en sede casacional, la doctrina de la Sala reitera la dificultad de tornar la absolución en condena en vía casacional, al quedar reducida esta posibilidad estrictamente a los supuestos en que ello es inevitable consecuencia del debate jurídico sobre la correcta subsunción de los hechos, ya inamovibles y vinculantes, en la norma penal aplicable.

Así lo han entendido las SSTS n.º 14/2020, de 13 de febrero, en delito contra el patrimonio militar (sustracción de munición), y n.º 87/2020, de 15 de diciembre, recaída en relación con sendos delitos de trato degradante y extralimitación en el ejercicio del mando, en las que se confirmó la respectiva sentencia absolutoria de instancia. En sentido inverso y con base en la misma doctrina, la STS 59/2020, de 29 de septiembre, casó una sentencia absolutoria dictada contra un Sargento y una Soldado por sendos delitos de abusos sexuales y dictó nueva sentencia, esta vez de condena, contra ambos acusados.

– Sobre derecho transitorio por la entrada en vigor del Código Penal Militar de 2015. En aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, por la que se

aprobó el nuevo Código Penal Militar, la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha dictado algunas sentencias en las que analiza comparativamente los códigos penales militares de 1985 (derogado) y 2015 en orden a determinar la norma penal más favorable. De entre ellas destacamos la STS 85/20, de 15 de diciembre, que analiza los artículos 106 del CPM 1985 y 47 y 48 del CPM 2015, ambos relativos al delito de abuso de autoridad, en su modalidad de trato degradante, abuso y acoso sexual a un subordinado, y concluye que el derogado CPM 1985 resulta ser más favorable al reo en relación con estos tipos penales.

### 1.5.3 PROPUESTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS

En este apartado, nos vemos en la necesidad de reiterar algunas solicitudes de las que ya se dejó constancia en anteriores ejercicios memoriales.

Con la entrada en vigor, de la Ley de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Armadas (en adelante LORDFAS), aprobada por la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, así como del 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 aquello que ya se destacó en la memoria del pasado año, acerca de la necesidad de reintroducir en el nuevo CPM el delito de extralimitación dolosa en ejecución de acto de servicio de armas, o fuera de él, con resultado de muerte, lesiones o daños, cuya omisión parece debida a un olvido del legislador.

Quedan pendientes, como también se hacía notar en las memorias de los últimos años, las reformas de tipo orgánico y procesal. Hay que 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 Ley Orgánica 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, además, sería igualmente conveniente extender la reforma del enjuiciamiento criminal al ámbito militar, de modo que la función investigadora en la instrucción quede encomendada a la Fiscalía Jurídico Militar.

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 instan-

cia 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. Por ello y por pura coherencia con el resto del ordenamiento jurídico español, no parece tener justificación que la jurisdicción militar permanezca al margen de la implantación generalizada de la doble instancia.

De nuevo es preciso insistir en la necesidad de abordar la reforma de la Ley Procesal Militar, entretanto no se apruebe el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, adoptando como medidas perentorias, las siguientes: la introducción de los juicios rápidos y la agilización de los procedimientos; 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 L. O. 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 la misma fecha, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Por otra parte, la reforma del enjuiciamiento penal que se proyecta debería conllevar la correlativa innovación de los procedimientos penales militares regulados en la Ley Procesal Militar a fin de adaptarlos a los principios y reglas que inspira el nuevo modelo procesal.

Otra reforma que debiera abordarse –y sobre la que se viene insistiendo hace tiempo– es aquella que haga posible la intervención de la Fiscalía Jurídica 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 campo, el disciplinario, en el que un valor tan esencial de la milicia como es la disciplina, que asegura el cumplimiento de los cometidos constitucional y legalmente asignados las Fuerzas Armadas y donde muchas veces se haya concernido el derecho fundamental a la libertad, el Fiscal no intervenga más que de un modo residual, por la vía del recurso contencioso disciplinario preferente y sumario. Efectivamente, de marginalidad se puede hablar si observamos que los recursos conten-

cioso-disciplinarios preferentes y sumarios en los últimos años representan en torno al 10 % del total de los recursos contencioso disciplinarios militares, frente al 90 % de los ordinarios. Y se entiende menos cuando la práctica demuestra que el recurso contencioso-ordinario suele fundarse, en la generalidad de los casos, en la vulneración de derechos fundamentales.

En 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 LORDFAS, 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 por exigencias del principio de legalidad, con el evidente perjuicio del derecho a un juicio en un plazo razonable y la dilución de las fuentes de prueba.

La reforma del art. 324 LECrim introducida por Ley 2/2020, de 27 de julio, en relación con los plazos de investigación, afecta a los procedimientos penales militares, por aplicación supletoria de la LECrim (D. A. 1.<sup>a</sup> de la LOPM), aunque ello se haya cuestionado por algunos órganos judiciales de la jurisdicción militar.

Por ello sería conveniente que en el futuro se introdujera en la LPM alguna referencia específica a los plazos procesales de investigación.

Estas últimas medidas, tan concretas como ineludibles, podrían ser insertadas en la Jurisdicción Militar sin grandes esfuerzos, realizándose por vía de disposiciones adicionales en cualesquiera de las leyes orgánicas o leyes ordinarias que se tramiten en materia procesal o de organización judicial.