

**1157** SENTENCIA de 15 de diciembre de 1993, recaída en el conflicto de jurisdicción número 8/1993-M, planteado entre el Juzgado Togado Militar Territorial número 11 de Madrid y el Juzgado de Instrucción número 42 de Madrid.

Yo, Secretario de Gobierno y de la Sala Especial,

Certifico: Que en el conflicto de jurisdicción número 8/1993-M, se ha dictado la siguiente sentencia.

#### EN NOMBRE DEL REY

La Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, constituida por los excelentísimos señores don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Marino Barbero Santos, don Eduardo Moner Muñoz, don Baltasar Rodríguez Santos, y don José Francisco de Querol Lombardero, Magistrados, dotada de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente

#### SENTENCIA

En la villa de Madrid, a quince de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

En el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Togado Militar Territorial número 11 de Madrid, en diligencias previas instruidas con el número 11/419/1991, seguidas contra el soldado José Miguel de los Reyes Luque, por falta de incorporación a la unidad de destino y el Juzgado de Instrucción número 42 de Madrid, en diligencias previas número 213/1992, seguidas contra el referido soldado por los mismos hechos, siendo Ponente el excelentísimo señor don Eduardo Moner Muñoz, quien previa deliberación expresa el parecer de la Sala.

#### Antecedentes de hecho

Primero.—El Juzgado Togado Militar Territorial número 11 de Madrid el 23 de diciembre de 1991 acordó instruir diligencias previas número 11/419/1991, como consecuencia del parte emitido por el Teniente Coronel Jefe de la Unidad de Transmisiones Regional I de la Primera Región Militar, relativo a que el soldado José Miguel de los Reyes Luque no efectuó su incorporación a dicha unidad, procedente del CPR de Toledo el día 1 de noviembre de 1991. Dicho soldado era procedente de baja temporal de su Unidad originaria de destino con un abono de nueve meses y un día, faltándole por cumplir dos meses y veintinueve días. Remitido el procedimiento al Fiscal Jurídico Militar a efectos de competencia, informó en el sentido de que de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria séptima número 2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar; artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y artículo 10 de la Ley Procesal Militar y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procedía la inhibición y remisión al Juez de Instrucción correspondiente.

Por Auto de 6 de febrero de 1992, el Juzgado Militar Territorial número 11 acuerda la inhibición al Juzgado de Instrucción Decano de los de Madrid, por entender que los hechos no integran infracción penal militar de clase alguna, pudiendo por el contrario ser constitutivo de un delito de naturaleza común del artículo 135 bis, h), introducido en el mismo por la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica del Servicio Militar para cuyo encabezamiento es competente la jurisdicción ordinaria.

Segundo.—Con fecha 3 de marzo de 1992 el Juzgado de Instrucción número 42, asimismo incoa diligencias previas dando comienzo a las actuaciones pertinentes, ordenando continuar la tramitación el 8 de septiembre del mismo año por el procedimiento abreviado previsto en el artículo 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El 2 de abril de 1993, a la vista del informe del Ministerio Fiscal, acuerda rechazar la inhibición requerida por considerar que la conducta del inculcado, al encontrarse ya incorporado con anterioridad al servicio militar pudiera ser constitutiva de un presunto delito del artículo 119 bis del Código Penal Militar y remitir de nuevo las actuaciones al Juzgado Militar.

Tercero.—El día 10 de mayo próximo pasado el Juzgado Togado Militar número 11, oído al Fiscal Jurídico Militar, acuerda no aceptar la inhibición de las actuaciones a la Sala Especial de Conflicto del Tribunal Supremo, argumentando su decisión en que a tenor de los artículos 214 y 215 del Reglamento del Servicio Militar, los soldados excluidos temporalmente pasan a situación de disponibilidad y el delito de abandono de destino del artículo 119 bis del Código Penal Militar sólo puede cometerse desde la situación de actividad, entendiéndose por lo tanto que los hechos pudieran ser presuntamente constitutivos del delito previsto en el artículo 135 bis,

h), del Código Penal, y por lo tanto, conocido por los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria.

Cuarto.—Planteado así el presente conflicto jurisdiccional, se dió traslado al Ministerio Fiscal, emitiéndose informe por el excelentísimo señor Fiscal Togado, en el que, aunque ambos órganos judiciales, para justificar su inhibición, apoyan su argumentación en artículos no vigentes en el momento de la comisión de los hechos, en nada afecta para la resolución del presente conflicto ya que, en definitiva, su calificación de los hechos objeto del procedimiento no puede ser otra que la del antiguo 124 del Código Penal Militar, el cual aunque se encuentra actualmente vacío de contenido, puede seguir aplicándose respecto a hechos ocurridos con anterioridad al 31 de diciembre de 1991, correspondiendo a los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, conforme al párrafo 2.º de la disposición transitoria séptima, apartado 2, de la Ley Orgánica 13/1991.

Quinto.—Señalado el día 9 de diciembre para la deliberación y votación, tuvo lugar este acto con el siguiente resultado.

#### Fundamentos de Derecho

Primero.—Dados los términos en que se plantean los criterios dispares de los órganos judiciales militar y ordinario, debe dilucidarse previamente la cuestión relativa a la situación del soldado José Miguel de los Reyes Luque, en el momento de su falta de presentación a la unidad a que había sido destinado, en su calidad de procedente de baja temporal de su unidad originaria, y ello es así porque para poder incardinar los hechos en algunos de los preceptos del Código Penal —artículo 135, bis, h), o artículo 135, bis, i)—, o en el artículo 119 bis del Código Penal, es preciso definir si el hecho de la no presentación en el destino por parte del referido soldado constituía un incumplimiento de su obligación de «incorporarse» al servicio (en el sentido de que dicha incorporación es la determinante del inicio de la condición de militar del soldado de reemplazo), o si se trataba de una ausencia injustificada de su unidad o destino por parte de un soldado que ya se encuentra prestando servicio.

Ha sido precisamente la circunstancia de haber cumplido el soldado parcialmente el servicio en filas la que motivó el criterio del Juzgado ordinario de que los hechos pudieran constituir el delito del artículo 119 bis del Código Penal Militar. Y es que, en efecto, el encartado, que había efectuado en su día su incorporación a filas, adquiriendo como soldado de reemplazo la condición reglamentaria de «militar», pasó posteriormente a situación de baja temporal en la que permaneció durante cierto tiempo hasta asignarle nuevamente otra unidad como destino en el que no compareció. Hasta el momento de este nuevo destino, el encartado se hallaba en situación de «disponibilidad» y el requerimiento de incorporación se produce desde esta situación y no mientras se encontraba cumpliendo efectivamente, y en actividad, el servicio en filas.

Segundo.—El sujeto activo del delito previsto en el artículo 119 bis del Código Penal Militar ha de ser un «militar de reemplazo». Debe determinarse, por tanto, como punto de partida, si concurrían en el sujeto las circunstancias determinantes de esta condición. Según el artículo octavo del Código Penal Militar y a los efectos de este Código se entenderán que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y reserva ...».

Esta concreción que contiene el precepto «hallarse en situación de actividad o reserva», determina, en este caso, que el inculcado que tenía que incorporarse a su nuevo destino procedente de la situación de disponibilidad o baja temporal, no se hallaba en actividad y no se encontraba por tanto prestando servicio en filas, por lo que, a efectos competenciales el presunto delito cometido es de naturaleza común, concretamente el tipificado en el artículo 135 bis, h), del Código Penal.

Tercero.—Aun cuando los hechos han tenido lugar antes de la Ley Orgánica sobre el Servicio Militar, cuyos preceptos no eran entonces vigentes, y sólo aplicables si fueren más favorables, a los efectos de la resolución de presente conflicto ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria séptima, apartado 2, de dicha Ley según el cual los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria competentes para el enjuiciamiento de los delitos objeto de comprobación y esclarecimiento en estos delitos (negativa a la prestación del servicio militar y falta de incorporación a filas) aplicarán los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar que se deroga, por lo que también, en todo caso, sería competente la jurisdicción ordinaria.

En consecuencia, fallamos:

Que resolviendo el conflicto suscitado entre el Juez Togado Militar número 11 de Madrid y el Juzgado de Instrucción número 42 de Madrid,

como consecuencia de la no incorporación a su destino del soldado José Miguel de los Reyes Luque, lo hacemos en favor del Juzgado de Instrucción número 42 de Madrid, al que, en consecuencia, deben ser remitidas las actuaciones dando cuenta, con testimonio de esta resolución, al Juzgado Togado Militar número 11 a los efectos legales oportunos.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Así lo acordaron y firman los excelentísimos señores que han constituido Sala para ver y decidir el presente, de lo que, como Secretario, certifico.

Corresponde fielmente con su original. Y para que conste y sirva para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», expido y firmo la presente en Madrid, a 23 de diciembre de 1993.

**1158** SENTENCIA de 15 de diciembre de 1993, recaída en el conflicto de jurisdicción número 9/1993-M, planteado entre el Juzgado Togado Militar número 11 de Madrid y el Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid.

Yo, Secretario de Gobierno,

Certifico: Que en el conflicto número 9/1993-M, se ha dictado la siguiente.

#### EN NOMBRE DEL REY

La Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, constituida por los excelentísimos señores don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Marino Barbero Santos, don Eduardo Moner Muñoz, don Baltasar Rodríguez Santos, y don José Francisco de Querol Lombardero, Magistrados, dotada de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente

#### SENTENCIA

En la villa de Madrid, a quince de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

En el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Togado Militar número 11 de Madrid, en la causa 11/23/1989 seguida contra el soldado don José López Ramos por falta de incorporación a la Unidad de su destino y el Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid, en diligencias previas número 1.272/1992-I, seguidas contra el referido soldado por los mismos hechos, siendo Ponente el excelentísimo señor don José Francisco de Querol Lombardero, quien, previa deliberación y votación, expresa así el parecer de la Sala.

#### Antecedentes de hecho

Primero.—A los exclusivos efectos competenciales podemos considerar que los hechos objeto de los procesos penales seguidos por los órganos jurisdiccionales en conflicto se contraen a que el soldado don José López Ramos no efectuó su presentación a la Unidad de su destino (RIMZ Asturias, 31), el día en que debía hacerlo, 20 de septiembre de 1988. Dicho soldado era procedente de baja temporal de su Unidad originaria de destino, por exclusión temporal, faltándole de cumplir para el servicio en filas un período de dos meses y diez días.

Segundo.—El Juzgado Togado Militar Territorial número 11, por auto de 29 de enero de 1992, acordó la inhibición al Juzgado de Instrucción Decano de Colmenar Viejo (Madrid) por entender que los hechos no constituían delito militar, sino el de naturaleza común del articulado 135 bis, h), introducido por la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 13/1991, del Servicio Militar, para cuyo enjuiciamiento estimaba competente a la jurisdicción ordinaria.

Tercero.—Por el Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid se habían incoado las diligencias previas número 1.272/1992-I, acordando en las mismas, previa audiencia del Ministerio Fiscal, con fecha 23 de abril de 1993, rechazar la inhibición, por considerar que la conducta del inculpado, al encontrarse ya incorporado al servicio militar, pudiera constituir el delito del artículo 119 bis del Código Penal Militar, introducido por la Ley Orgánica 13/1991.

Cuarto.—Oído al Fiscal Jurídico Militar, el Juzgado Togado Territorial Militar número 11 acuerda en fecha 7 de mayo de 1993, no aceptar la inhibición definida por el Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid y remitir las actuaciones a esta Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción.

Quinto.—Planteado así el presente conflicto jurisdiccional, se dió traslado al Ministerio Fiscal, emitiéndose informe por el excelentísimo señor Fiscal Togado, en el que, razonando sobre el carácter de delito común que presuntamente constituye la conducta del encartado, estima que la competencia debe ser atribuida al Juzgado de la Jurisdicción Ordinaria.

Sexto.—Señalado el día 9 de diciembre para deliberación y votación, tuvo lugar este acto con el siguiente resultado:

#### Fundamentos de Derecho

Primero.—Dados los términos en que se plantean los criterios dispares de los órganos judiciales militar y ordinario, debe dilucidarse previamente la cuestión relativa a la situación del soldado López Ramos, en el momento de su falta de presentación a la Unidad a que había sido destinado, en su calidad de procedente de baja temporal de su Unidad originaria; y ello es así porque para poder incardinar los hechos en alguno de los preceptos del Código Penal —artículo 135 bis, h), o artículo 135 bis, i)— o en el artículo 119 bis del Código Penal, es preciso definir si el hecho de la no presentación en el destino por parte del referido soldado constituía un incumplimiento de su obligación de «incorporarse» al servicio (en el sentido de que dicha incorporación es la determinante del inicio de la condición de militar del soldado de reemplazo), o si se trataba de una «ausencia» injustificada de su Unidad o destino por parte de un soldado que ya se encuentra prestando servicio.

Ha sido precisamente la circunstancia de haber cumplido el soldado parcialmente el servicio en filas la que motivó el criterio del Juzgado ordinario de que los hechos pudieran constituir el delito del artículo 119 bis del Código Penal Militar. Y es que, en efecto, el encartado, que había efectuado en su día su incorporación a filas, adquiriendo, como soldado de reemplazo, la condición reglamentaria de «militar», pasó posteriormente a situación de baja temporal, en la que permaneció durante cierto tiempo, hasta asignarle nuevamente otra Unidad como destino, en el que no compareció. Hasta el momento de este nuevo destino, el encartado se hallaba en situación de «disponibilidad» y el requerimiento de incorporación se produce desde esta situación y no mientras se encontraba cumpliendo efectivamente, y en actividad, el servicio en filas.

Segundo.—El sujeto activo del delito previsto en el artículo 119 bis del Código Penal Militar ha de ser un «militar de reemplazo». Debe determinarse, por tanto, como punto de partida, si concurrían en el sujeto las circunstancias determinantes de esta condición. Según el artículo octavo del Código Penal Militar, y a los solos efectos de este Código, se entenderán que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma, y concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y reserva...».

Esta concreción, que contiene el precepto «hallarse en situación de actividad o reserva», determina, en este caso, que el inculpado, que tenía que incorporarse a su nuevo destino, procedente de la situación de disponibilidad o baja temporal, no se hallaba en actividad y no se encontraba, por tanto, prestando servicio en filas, por lo que, a efectos competenciales, el presunto delito cometido es de naturaleza común, concretamente el tipificado en el artículo 135 bis, h), del Código Penal.

Tercero.—Aun cuando los hechos han tenido lugar antes de la Ley Orgánica sobre el Servicio Militar, cuyos preceptos no eran entonces vigentes y sólo aplicables si fueren más favorables, a los efectos de la resolución del presente conflicto ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Disposición transitoria séptima, apartado 2, de dicha ley según el cual los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria competentes para el enjuiciamiento de los delitos objeto de comprobación y esclarecimiento en estos delitos (negativa a la prestación del servicio militar y falta de incorporación a filas) aplicarán los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar que se deroga.

En consecuencia, fallamos:

Que resolviendo el conflicto suscitado ante el Juez Togado Militar Territorial número 11 y el Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid, como consecuencia de la no incorporación a su destino del soldado don José López Ramos, lo hacemos a favor del Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid, al que, en consecuencia, deben ser remitidas las actuaciones dando cuenta, con testimonio de esta resolución, al Juzgado Togado Militar Territorial número 11, a los efectos legales oportunos.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Pascual Sala Sán-