

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Pascual Sala Sánchez.—Baltasar Rodríguez Santos.—Eduardo Moner Muñoz.—Marino Barbero Santos.—Francisco José Querol Lombardero.

Corresponde fielmente con su original. Y para que conste y remitir para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», expido y firmo la presente en Madrid a 15 de diciembre de 1993.

**1155** *SENTENCIA de 14 de diciembre de 1993, recaída en el conflicto de jurisdicción número 11/93-M, planteado entre el Juzgado de Instrucción número 39 de Madrid y el Juzgado Togado Militar Territorial número 11.*

Yo Secretario de Gobierno,

Certifico: Que en el conflicto de jurisdicción número 11/93-M, se ha dictado la siguiente Sentencia:

#### EN NOMBRE DEL REY

La Sala de Conflictos de Jurisdicción constituida a tenor de lo previsto en el artículo 39 de la LOPJ por los excelentísimos señores don Pascual Sala Sánchez, Presidente; don Baltasar Rodríguez Santos, don Francisco José Querol Lombardero, don Eduardo Moner Muñoz y don Marino Barbero Santos, Magistrados, pronuncia la siguiente

#### SENTENCIA

En la Villa de Madrid a 14 de diciembre de 1993.

La Sala de Conflictos del artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial constituida para resolver los surgidos entre la Jurisdicción Ordinaria y la Militar, reunida para decidir sobre el conflicto negativo de jurisdicción entre el Juzgado de Instrucción número 39 de Madrid y el Juzgado Togado Militar Territorial número 11, en las diligencias instruidas por éste con el número 11/412/1991, por no incorporación al Servicio Militar de don Lorenzo Camus Villar, siendo Ponente el excelentísimo señor don Baltasar Rodríguez Santos, expresa su parecer en los siguientes términos:

#### Antecedentes de hecho

Primero.—Incoadas que fueron las diligencias contra don Lorenzo Camus Villar por no incorporación al destino que le había sido fijado para cumplir lo que le restaba de Servicio Militar, tras haber sido expulsado por su mala conducta habitual e incorregible del Tercio Alejandro Farnesio 4.º de la Legión, con quien había suscrito un compromiso de enganche voluntario especial por los dieciocho meses, tras sucesivas diligencias, se dictó Auto por el Juzgado Togado Militar número 11 de los de Madrid, con fecha 8 de abril de 1992, en el que se dispuso la inhibición de este Juzgado Togado para seguir la instrucción de las diligencias previas incoadas a favor del Juzgado de Instrucción Decano de los de Madrid por entender que tras la publicación de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, el conocimiento de los hechos correspondía a la Jurisdicción Ordinaria.

Segundo.—El Juzgado de Instrucción número 39 de Madrid, por Auto de 28 de abril de 1993, dispuso la no competencia de la Jurisdicción Ordinaria para el conocimiento de los hechos, entendiendo que los mismos podrían revestir el delito del artículo 119 bis del Código Penal Militar, inhibiéndose a favor de la misma.

Tercero.—El Juzgado Togado Militar Territorial número 11 dictó a continuación Auto con fecha 15 de junio de 1993, acordando no aceptar la inhibición del mismo diferida, remitiendo las presentes actuaciones a esta Sala Especial para la resolución del conflicto.

Cuarto.—Recibidas las actuaciones en esta Sala, se designó Ponente al excelentísimo señor don Baltasar Rodríguez Santos y se señaló el día 9 de diciembre de 1993, a las doce horas, para su deliberación y fallo.

#### Fundamentos de derecho

Primero.—El conflicto negativo de jurisdicción planteado entre el Juzgado Militar Territorial número 11, en las diligencias previas por el mismo seguidas con el número 11/412/1991, y el Juzgado de Instrucción número 39 de Madrid, diligencias previas 2.454/1992, debe resolverse a favor de la Jurisdicción Penal ordinaria en razón a que cuando don Lorenzo Camus Villar le es rescindido su compromiso de «enganche de voluntariado especial» en el Tercio Alejandro Farnesio 4.º de la Legión con fecha 31 de octubre de 1989, por su «mala conducta habitual e incorregible», quedó en situación de disponibilidad, situación ésta que no es la de militar de

reemplazo o en actividad, y en la que permanece hasta el momento en que se incorpore a su nuevo destino, fruto de su nueva agregación a otro reemplazo, para cumplir el tiempo que le faltaba de Servicio Militar, todo ello conforme a lo dispuesto en los artículos 162 a 171, inclusive, del Reglamento para el cumplimiento del Servicio Militar, vigente en la fecha de los hechos de autos, aprobado por el Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, todos ellos recogidos en el capítulo I de su título III, que regula las situaciones del «voluntariado normal». En concreto, en el artículo 167.1 se utiliza la expresión de «podrá rescindir», y en el 168.1, b), se señala que «será de abono el tiempo servido en filas...», así como que, en el número 2, que deberían «incorporarse» nuevamente a filas. Y a idéntica conclusión se llega en la nueva redacción dada en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, en su artículo 3, por cuanto que en la misma se dice que se adquiere la condición de militar y reciben la denominación de militares de reemplazo los españoles que se incorporan a las Fuerzas Armadas para cumplir el Servicio Militar pero sólo «durante su prestación». La rescisión de su anterior compromiso rompió su relación militar (de manera distinta a que simplemente se interrumpiera o suspendiera por motivos excepcionales, tal y como se prevé en el artículo 38 de esta Ley), quedando el interesado en la misma situación del que tiene que cumplir originalmente la obligación que se analiza.

La Sentencia de esta Sala de Conflictos de fecha 10 de diciembre de 1992, en un caso análogo al actual, acepta la tesis manifestada, y analiza y distingue, además, que en el artículo 119 bis del Código Penal se contempla el supuesto del soldado que, tras un permiso, no vuelve a la unidad (hecho que podría determinar la comisión de delito de desertión, en el que, tanto con anterioridad a la modificación como ahora, se exige: La condición de militar, la situación de actividad y permanencia y, consecuentemente, la «ausencia» de su unidad, destino o lugar residencial), supuesto distinto al estuadiado, lo que con mayor razón, podría apuntarse respecto a la imposibilidad de que el hecho quedara comprendido en el artículo 102 del vigente Código Penal Militar referido, en el que se ha introducido la figura de que la desobediencia consista «en rehusar permanentemente el cumplimiento del Servicio Militar», por cuanto que para que se produzca su comisión es necesaria la previa permanencia en el servicio, pues, como se viene exponiendo, ello no concurre en el supuesto presente, por lo que la resolución del conflicto, como se apuntó al principio, se ha de efectuar a favor de la Jurisdicción Penal ordinaria.

Segundo.—La atribución de la competencia a la Jurisdicción Penal ordinaria y en concreto al Juzgado de Instrucción número 39 de Madrid, a los efectos de que se investigue, tramite y resuelva la conducta del citado don Lorenzo Camus Villar, lo es a los efectos de la posible aplicación del artículo 135 bis del Código Penal, ora tanto en su apartado i), ora, si a ello hubiere lugar del apartado h), pero con aplicación de lo marcado en la disposición transitoria séptima de la indicada Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, en cuanto a la utilización de los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar que deroga.

Fallamos: Que debemos resolver y resolvemos el presente conflicto negativo de jurisdicción declarando que es competente para el conocimiento del asunto de la jurisdicción ordinaria y en concreto el Juzgado de Instrucción número 39 de Madrid, al que se remitirán las actuaciones con testimonio de esta resolución.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Pascual Sala Sánchez.—Baltasar Rodríguez Santos.—Eduardo Moner Muñoz.—Marino Barbero Santos.—Francisco José Querol Lombardero.

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 15 de diciembre de 1993.

**1156** *SENTENCIA de 15 de diciembre de 1993, recaída en el conflicto de jurisdicción número 5/1993-M, planteado entre el Tribunal Militar Territorial Tercero y el Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid.*

Yo, Secretario de Gobierno y de la Sala Especial,

Certifico: Que en el conflicto de jurisdicción número 5/1993-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, Pre-

sidente; 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 número 5/1993-M suscitado entre el Tribunal Militar Territorial Tercero y el Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid, en procedimientos seguidos contra don José Martín Igual, por presuntos delitos de desertión y negativa a prestar servicio militar, 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 solos efectos competenciales, y sin que ello suponga prejuzgar la cuestión, se hace preciso consignar el siguiente relato fáctico:

El día 1 de febrero de 1988 don José Martín Igual efectuó su incorporación a filas en el Regimiento de Pontoneros y Especialidades de Ingenieros de Zaragoza. Habiéndosele concedido permiso de fin de semana, debía reincorporarse a su Unidad el día 14 de febrero de 1988, lo que no hizo, por lo que el Juzgado Militar Territorial número 33 de Zaragoza inició la instrucción del sumario número 33/1/88 por desertión.

El día 17 de febrero siguiente, sin haberse aún reintegrado a su destino, el soldado inculcado presentó solicitud para el reconocimiento de la condición de «objeto de conciencia» ante el Consejo General, que le fue denegada por resolución de 13 de junio de 1988. El día 20 de febrero se personó voluntariamente en el Centro Provincial de Reclutamiento de Madrid manifestando que rehusaba, por objeción de conciencia, al cumplimiento del servicio militar. Posteriormente, el día 12 de abril de 1989, el inculcado fue detenido por fuerzas de la Guardia Civil.

Segundo.—Como consecuencia de la presunta negativa a la prestación del servicio militar, el Juzgado Militar Territorial número 33 instruyó el sumario número 33/48/90, procesándose a don José Martín Igual como presunto autor del delito previsto y penado en el artículo 127 del Código Penal Militar.

Tercero.—Al entrar en vigor la Ley Orgánica 13/1991 del Servicio Militar Territorial Tercero, mediante Auto de 23 de junio de 1992, entendiéndose que, en virtud de dicha Ley, los delitos de «falta de incorporación a filas» y «negativa a prestar el servicio militar» pasaban a ser de la competencia de la jurisdicción ordinaria, al quedar tipificados en los artículos 135 bis, h), y 135 bis, i), del Código Penal, acordó la acumulación de los sumarios números 33/01/88 y 33/48/1990 (por tratarse, o bien de delitos conexos o bien de un solo delito constituido por varios actos), y la inhibición del único procedimiento unificado a la jurisdicción penal ordinaria.

Cuarto.—El Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid dicta auto con fecha 1 de diciembre de 1992, inhibiéndose a favor del Tribunal Militar Territorial Tercero, al entender que, habiendo efectuado el inculcado su incorporación a filas antes de ocurrir los hechos enjuiciados, no es posible aplicar los tipos penales previstos en los artículos 135 bis, h), y 135 bis, i), del Código Penal común que exigen al sujeto activo de lo mismos que no se haya incorporado a las Fuerzas Armadas.

Quinto.—Plantado así el presente conflicto, se dió traslado al Ministerio Fiscal, emitiéndose informe por el excelentísimo señor Fiscal Togado, que lo hace en el sentido de estimar que corresponde la competencia al Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid, considerando que la calificación del delito no puede ser otra que la del artículo 127 del Código Penal Militar, el cual, aunque se halle vacío de contenido, puede seguir aplicándose conforme a la disposición transitoria séptima, apartado 2 de la Ley Orgánica 13/1991 sobre el Servicio Militar.

Sexto.—Señalado el día 9 de diciembre de 1993 para deliberación y votación, tuvo lugar este acto con el resultado siguiente:

### Fundamentos de Derecho

Primero.—Sin que suponga prejuzgar y a los solos efectos competenciales, la Sala debe partir de una amplia y provisoria calificación de los posibles delitos que pueden atribuirse al procesado como consecuencia de los hechos que se le imputan. Trátese de la comisión de dos delitos, con relación de conexidad, o de uno solo, es lo cierto que cronológicamente el inculcado, primero, se ha ausentado de su destino (o no se ha presentado al mismo dentro del plazo legal), y posteriormente, ha manifestado su

propósito de rehusar el cumplimiento del servicio militar, a pesar de habersele denegado por el Consejo Nacional el reconocimiento de la condición de objetor de conciencia. Ocurridos los hechos antes de la vigencia de la Ley Orgánica 13/1991 del Servicio Militar, habrá de tenerse en cuenta si las modificaciones introducidas en los Códigos Penal y Penal Militar resultan o no más favorables, y los efectos que de ello se deriven en orden a la calificación y la determinación de cual sea, consecuentemente, el órgano jurisdiccional competente.

Segundo.—Según el planteamiento del caso y atendiendo a la legislación vigente al momento de perpetrarse los hechos, pudieran estar integrados los mismos en alguno o ambos de los tipos señalados en el artículo 120 del Código Penal Militar (deserción) o en el 127 del mismo cuerpo legal (negativa a la prestación del servicio militar). El primero de estos delitos resulta castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión; el segundo, con la de uno a seis años de prisión.

Al entrar en vigor la Ley Orgánica 13/1991 deberá precisarse si en las nuevas figuras delictivas introducidas con la modificación de determinados artículos de las leyes penales común y militar puede incardinarse la conducta del procesado, con el fin de que sea aplicada la ley más benigna (cual preceptúa la disposición transitoria séptima, 1, de la expresada Ley Orgánica del Servicio Militar). La disposición adicional séptima de dicha ley añade un párrafo tercero al artículo 102 del Código Penal Militar, castigando con pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión y pérdida de empleo a la desobediencia consistente en rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares. Igualmente se castiga con pena de dos años y cuatro meses de prisión al que deserta con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, según la nueva redacción del artículo 120 del Código Penal Militar.

Es decir, la nueva legislación en cuanto a la calificación de los presuntos delitos que pudieran apreciarse, no es en este caso de aplicación, por su condición de más desfavorable.

Tercero.—Como consecuencia de los anteriores fundamentos, resulta evidente que cualquiera que sea el tipo delictivo en que haya incurrido el inculcado, ambos o cualquiera de ellos se hallan comprendidos en la Ley Penal Militar (el del artículo 120 o el del artículo 127, o ambos).

Si fuere calificable, como único o como conexo, el delito del artículo 127 del Código Penal Militar, habría de incumplirse el apartado 2 de la disposición transitoria séptima de la Ley Orgánica 13/1991 (los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria competentes para el enjuiciamiento de los delitos objeto de comprobación y esclarecimiento en estos procedimientos (sobre «no incorporación a filas» o «negativa a la prestación del servicio militar») aplicarán los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar que se derogan.

En cambio, si los hechos que se contemplan solamente fueren incardinables como constitutivos de un delito de desertión del artículo 120 del Código Penal Militar, resulta competente sin duda la jurisdicción militar.

Cuarto.—Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley Orgánica del Servicio Militar, no existía el tipo de desertión cualificada por el propósito del incumplimiento permanente de todas las obligaciones que impone la prestación del servicio militar.

Era indiferente el propósito del agente de sustraerse transitoria o definitivamente de la prestación del servicio. Bastaba el transcurso del plazo establecido en el precepto. El artículo 127 del Código Penal Militar, hoy sin contenido, ha de ser referido, como se desprende de su texto, no al que ya es militar, sino al español que habiendo sido reclutado para prestar el servicio militar y declararlo útil, está en situación de disponibilidad para el período de actividad y rehusa expresamente y sin causa legal el cumplimiento del servicio, no pudiendo extenderse su aplicación a quienes, estando prestando ya el servicio militar, decidieran dejar de prestarlo o lo abandonaran con este fin. En este sentido se ha pronunciado la Sala Quinta de lo Militar, en sentencia de 14 de septiembre de 1993.

En consecuencia, fallamos:

Que resolviendo el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Tribunal Militar Territorial Tercero y el Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid, lo hacemos a favor del Tribunal Militar Territorial Tercero al que, consecuentemente, deben ser remitidas las actuaciones dando cuenta, con testimonio de esta resolución al Juzgado de Instrucción número 8 de Madrid 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.

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 15 de diciembre de 1993.