

cuales se refería la Circular de 24 de octubre de 1977 del Tribunal Supremo, es lo cierto que la alusión a esta circunstancia, en la cual no podría plantearse el conflicto (porque todavía no habría procedimientos), sirve como dato para poder hablar de una primera fase en los procedimientos -solamente iniciados o instruidos en parte- en los que todavía no existen las certidumbres necesarias para poder plantear tales conflictos de jurisdicción.

IV. De todo lo cual hay que concluir, que, en el presente caso, nos encontramos ante un conflicto de jurisdicciones planteado en un momento -«preprocesal», si se quiere o inicial si resulta más adecuado- del procedimiento o los procedimientos, en el que no hay datos ciertos, habiéndose planteado el conflicto de forma jurídicamente extemporánea y desde luego precipitada e incorrecta, sin elementos de juicio concretos para poder calificar el supuesto delito, lo que ha llevado a los informes fiscales y a los Autos judiciales a suponer hechos no investigados y a argumentar sobre la competencia, en virtud de calificaciones hipotéticas, como lo demuestra el que, de los únicos datos obrantes en la comunicación policial, haya tenido interpretaciones judiciales tan diversas.

Tercero.-Planteada la cuestión en estos términos y entendiendo la Sala que se está ante lo que podrá calificarse de controversia de jurisdicciones cautelares, a falta de mejor denominación, resuelve esta en los siguientes términos:

I. Resultando imposible determinar competencia jurisdiccional alguna por la falta de datos al efecto, decide en cuanto al fondo, en aplicación del art. 17.2 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales (aplicable en el presente caso por el art. 29 de dicha Ley) que el conflicto se ha planteado incorrectamente, ordenando la reposición de las actuaciones al momento anterior al que se planteó el conflicto, continuándolas hasta que aparezcan los elementos de juicio necesarios para considerar, si se plantea, el oportuno conflicto de jurisdicciones en términos adecuados, para lo cual deben remitirse estas actuaciones al Juzgado de la Jurisdicción ordinaria que es el oportuno porque: 1.º Es el que primero conoció de la comunicación policial y el que debió actuar, en primer lugar, adoptando una decisión sobre la solicitada autorización, en cuanto, conforme al art. 48.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que determina que no obstante la suspensión que pudiera decretarse por razón del incidente del conflicto de jurisdicciones, la misma «no alcanzará a las actuaciones preventivas o preparatorias ni a las cautelares, cualesquiera que sean los órdenes en eventual conflicto, que tengan carácter urgente o necesario o que, de no adoptarse, pudieran producir un quebranteo irreparable o de difícil reparación. En su caso, los Jueces o Tribunales adoptarán las garantías procedentes para asegurar los derechos o intereses de las partes o de terceros o el interés público»), dicho Juzgado ordinario debió, incluso adelantando prematuramente el conflicto de jurisdicciones, adoptar las medidas urgentes oportunas y no plantear el conflicto, sin decidir nada respecto a la urgente petición que ya carece de toda efectividad; 2.º es la jurisdicción preferente para instruir las primeras diligencias, según los artículos 11, 12 y 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los arts. 3.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 12 de la Ley 0.4/1987 de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que interpretan auténticamente el art. 117.5 del texto constitucional; 3.º por principio, hay que presumir siempre la competencia de la jurisdicción ordinaria (como así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1982 de 13 de diciembre) e interpretar restrictivamente la Jurisdicción Militar (Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1982, de 12 de mayo).

II. En consecuencia y en cuanto a la competencia jurisdiccional para resolver la *cuestión concreta* de la autorización para una intervención telefónica, esto corresponde al Juzgado ordinario, por las antedichas razones, que debió tomar -lo que no hizo- la decisión respecto a la misma, con lo cual se ha incumplido el art. 48.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. Por otra parte, esta Sala declara, en términos generales, que corresponde tomar las debidas medidas cautelares, siempre, a la autoridad judicial a la que dirija la Policía Judicial y siempre que las solicitudes al efecto, tengan carácter urgente y sin perjuicio de que, posteriormente y cuando se tengan suficientes elementos de juicio, pueda plantearse el conflicto de jurisdicciones o de competencias que pudiera proceder.

#### FALLO

En consecuencia, esta Sala decide que vuelva lo actual al Juzgado de Hospitalet de Llobregat para que continuando el correspondiente procedimiento, por los trámites procesales que estime oportunos, siga investigando los hechos, sin perjuicio de que, una vez investigados, si lo considera así, pueda plantear el conflicto de jurisdicciones correspondientes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en la «Colección Legislativa», lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Siguen las firmas.

Publicación.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el excelentísimo señor don José Luis Fernández Flores, Magistrado del

Tribunal Supremo, estando celebrando audiencia pública la Sala Especial de Conflictos, de lo que como Secretario de la misma, certifico, en Madrid, a treinta de octubre de mil novecientos noventa y uno.-Firmado y rubricado.

Corresponde fielmente con su original. Y para que conste y remitir con oficio al «Boletín Oficial del Estado», para su publicación, expido y firmo la presente en Madrid, a catorce de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

**28764** SENTENCIA de 31 de octubre de 1991, recaída en el conflicto de jurisdicción número 5-91-M, planteado entre el Juzgado Togado Militar Territorial número 53 de las Palmas de Gran Canaria y el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Puerto del Rosario.

El Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo:

Certifica: Que en el conflicto a que se hace mención, se ha dictado la siguiente

#### Sentencia

Excmos. Sres.: Don Pascual Sala Sánchez, Presidente; Don Fernando Cotta Márquez de Prado, don Arturo Gimeno Amiguet, don José Luis Fernández Flores, don Joaquín Delgado García, Magistrados.

En la villa de Madrid a 31 y uno de octubre de 1991.

La Sala de Conflictos entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Militar, integrada por los excelentísimos señores indicados anteriormente, se ha constituido para la deliberación y fallo del conflicto positivo suscitado entre el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Puerto del Rosario y el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 53 de Las Palmas de Gran Canaria, por entenderse ambos competentes para instruir las correspondientes diligencias penales por el hecho del fallecimiento de José Muñoz García en la isla de Fuerteventura, siendo Ponente el excelentísimo señor don Joaquín Delgado García.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-En unas maniobras militares realizadas en la isla de Fuerteventura el día 17 de noviembre de 1990 falleció el Cabo 1.º José Muñoz García al recibir el impacto de un disparo de mortero.

Segundo.-Por tales hechos tramitan diligencias previas núm. 1.313 de 1990, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Puerto del Rosario y en las mismas se acordó requerir de inhibición al Juzgado Togado Militar Territorial núm. 53 de Las Palmas de Gran Canaria, que seguía por el mismo suceso diligencias previas núm. 58 de 1990, sin que este último accediera a dicho requerimiento, por lo que ambos órganos judiciales remitieron a esta Sala sus respectivas actuaciones para la resolución del conflicto positivo de jurisdicción así planteado.

Tercero.-Recibidas aquí tales diligencias, informó el Fiscal Togado en el sentido de estimar competente a la Jurisdicción Militar.

#### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.-Estima esta Sala que tiene razón el Ministerio Fiscal teniendo en cuenta, por un lado, que se trata de un hecho aparentemente culposo, ocurrido en servicio de armas y con resultado de muerte de una persona, que pudiera encajar en el párrafo 2 del art. 159 del Código Penal Militar y, por otro, la doctrina de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, expresada en su Sentencia de 25 de marzo de 1991, que interpretó dicha norma.

Como el art. 3.2 de la LOPJ y el art. 12 de la LO 4/1987 sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, atribuyen a esta última el conocimiento de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar y este último es el que expresa la voluntad del legislador, definiendo auténticamente el «ámbito estrictamente castrense» a que se refiere el art. 117.5 de la C.E., es evidente que el conocimiento de la presente causa corresponde a los órganos militares.

#### FALLO

El conflicto de jurisdicción entablado entre el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Puerto del Rosario y el Juzgado Togado Militar núm. 53 de Las Palmas de Gran Canaria, sobre conocimiento de causa penal relativa al fallecimiento de José Muñoz García en la isla de Fuerteventura el día 27 de noviembre de 1990, queda resuelto en favor de la Jurisdicción Militar.

Remítase a dicho Juzgado Togado Militar núm. 53 las diligencias por él mismo tramitadas y las del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Puerto del Rosario, enviando a este último testimonio de la presente resolución.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.—Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente excelentísimo señor don Joaquín Delgado García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Especial de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario, certifico.

Corresponde fielmente con su original. Y para que conste y remitir para su publicación al «Boletín Oficial del Estado», expido y firmo la presente en Madrid, a catorce de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

**28765** SENTENCIA de 6 de noviembre de 1991, recaída en el conflicto de jurisdicción número 13/1990-M, planteado entre el Juzgado Togado Militar Territorial número 23 de San Fernando (Cádiz) y el Juzgado Penal número 2 de Cádiz.

El Vicesecretario de Gobierno del Tribunal Supremo,

Certifica: Que en el conflicto 13/1990-M, se ha dictado la siguiente sentencia:

Excmos. Sres.: Presidente, don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, don Fernando Cotta Márquez de Prado, don Arturo Gimeno Amiguet, don José Luis Fernández Flores y don Joaquín Delgado García.

En la villa de Madrid a seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Vistos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción integrada por los excelentísimos señores indicados, el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Penal número 2 de Cádiz y el Juzgado Togado Militar Territorial número 23 con sede en San Fernando (Cádiz) para conocer el presunto delito de ultraje a la Bandera española atribuido al marinero Alfonso Mayo Riomayor, siendo ponente el excelentísimo señor don Arturo Gimeno Amiguet, quien previa deliberación y votación expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes

#### ANTECEDENTES DE HECHO

1.º A los solos efectos de resolver el conflicto jurisdiccional planteado se hace constar que sobre las veintitrés cuarenta y cinco horas del día 24 de junio de 1989, dos miembros de la Policía Local de Rota (Cádiz), comparecieron en la Inspección de Guardia de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía en dicha ciudad, presentando a Alfonso Mayo Riomayor, en aquel entonces prestando el servicio militar obligatorio como marinero en la Base Naval de Rota, Fragata Extremadura, denunciando que poco antes habían sorprendido al individuo en cuestión que arrancaba la Bandera española del mástil en que se hallaba situada en la playa de dicha población y que una vez en el suelo la pisoteó.

2.º Por el indicado hecho instruyó diligencias previas el Juzgado de Instrucción número 1 de Puerto de Santa María, y estimando que el mismo pudiera ser constitutivo de un delito a tramitar por el procedimiento abreviado regulado en el art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dio traslado al Ministerio Fiscal, el cual con fecha 31 de enero de 1990 formuló escrito de acusación contra el referido Alfonso Mayo Riomayor, por considerarlo autor de un delito de ultraje a la Bandera española, del art. 123, inciso 1.º del Código Penal, solicitando se le impusiera la pena de un año de prisión menor, accesorias y costas, acordándose por el Juzgado la apertura del juicio oral y tras el escrito de conclusiones provisionales de la defensa del acusado, remitió las diligencias al Juzgado de lo Penal de Cádiz competente para la celebración del juicio oral, repartiéndose con fecha 18 de octubre de 1990 al Juzgado de lo Penal número 2 de dicha capital.

3.º Por el mismo hecho, el Juzgado Togado Militar Territorial número 23 con sede en San Fernando (Cádiz), incoó la causa número 23/58/89, al entender que presuntamente podían ser constitutivos de un delito de ultraje a la Bandera española, previsto y penado en el art. 89 del Código Penal Militar, y al conocer que por ellos se seguía procedimiento ante el Juzgado de lo Penal de Cádiz remitió la causa al Fiscal Jurídico Militar, a efectos de competencia, quien emitió informe en el sentido que constando acreditada la condición militar del encausado, los hechos podían ser considerados como delito militar procediendo requerir al mencionado Juzgado de lo Penal para que dejará de conocer de los mismos y remitiera al Juzgado Togado las actuaciones.

El 25 de septiembre de 1990, el Juzgado Togado Militar Territorial número 23 dictó auto acordando requerir de inhibición al Juzgado de lo Penal de Cádiz, quien previo informe del Ministerio Fiscal que estimó correspondía la competencia a la Jurisdicción Ordinaria, dictó a su vez el 13 de diciembre siguiente auto rechazando el requerimiento de inhibición que se le formulaba, manteniendo su propia competencia y teniendo por planteado formalmente conflicto de jurisdicción, ordenó remitir las actuaciones a esta Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, instando al Juzgado Togado requirente para que hiciese lo propio con

sus actuaciones, lo que se notificó al Ministerio Fiscal y a la defensa del acusado.

4.º Recibidas las actuaciones de uno y otro Juzgado, se mandó formar por esta Sala, el oportuno rollo para la sustanciación del conflicto de jurisdicción planteado, dando vista por quince días al Ministerio Fiscal, evacuándose el oportuno informe por el excelentísimo señor Fiscal Togado que estima debe resolverse el presente conflicto de jurisdicción en favor de la competencia de la jurisdicción militar y por otrosi hizo constar que atendido el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, proclamado en el art. 124.2 de la Constitución y art. 2.º del Estatuto Orgánico, no se considera preciso que las actuaciones pasen a nuevo informe del Ministerio Fiscal, máxime cuando, en el caso de autos, la Junta de Fiscales de Sala ha votado de conformidad el conocimiento de la jurisdicción militar.

Se señaló inicialmente para la decisión del presente conflicto el día 17 de junio pasado, suspendiéndose el señalamiento por necesidades del servicio y convocándose de nuevo a la Sala de Conflictos constituida al efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su actual redacción, para el día 24 de octubre último, en cuya fecha se procedió a la deliberación y fallo del recurso.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º Partiendo del hecho de estar tipificado el delito de ultraje a la Bandera española, tanto en el Código Penal Común, art. 123, como en el Militar, art. 89, y de que la ofensa producida, no atenta exclusivamente ni al estamento militar ni al civil, sino a toda la Nación española como símbolo que aquella es de ésta, para resolver el conflicto planteado hemos de detenernos en unas consideraciones previas. Nuestra vigente Constitución, al referirse a la jurisdicción militar, se ha separado del modelo más específico y concreto adoptado por la Constitución Republicana de 1931, que en su art. 95 disponía que la jurisdicción penal militar quedaría limitada a los delitos militares, a los servicios de armas y a la disciplina de todos los institutos armados, adoptando los constituyentes de 1978 una redacción más flexible, al utilizar en el art. 117.5, una fórmula clásica que deja una amplia zona indeterminada a concretar por el legislador según mandato expreso que a éste dirige la Constitución. Cuando dicho precepto constitucional expresa que «la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense», en realidad, como dice una corriente doctrinal, no está más que poniendo límites por defecto y por exceso al legislador que ha de regular la jurisdicción militar, prohibiéndole tanto que prescinda de la misma en su núcleo inderogable, como que al dotarla de contenido, se exceda de lo que es su razón específica en tiempos de paz. De esta forma, sin necesidad de difíciles equilibrios, se deja al legislador una amplia libertad para regularla. Ahora bien, lo que ocurre es que el problema se concatena con la determinación del concepto de delito militar, del que el art. 20.1, del Código Penal Militar nos da una definición formal cuando dice que son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas en este Código.

Como destaca la doctrina, no es fácil sentar unos criterios diferenciales para delimitar el concepto, cuando se trata de algunos tipos delictivos que, sin dejar de pertenecer al ámbito castrense, tienen un claro carácter pluriofensivo, en los que resulta problemático encontrar un criterio discernidor de su adscripción al campo civil o al militar, porque entran en juego factores heterogéneos y, en última razón, de política legislativa.

El carácter del bien jurídico protegido, resulta en ocasiones vago e insuficiente, acudiendo entonces el legislador para resaltar o hacer prevalecer el carácter militar de determinadas infracciones, a criterios atinentes al sujeto activo o al lugar de realización. En definitiva es pues al legislador a quien dentro de los límites constitucionales, corresponde incardinar como delito común o militar las infracciones pluriofensivas.

Nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho sexto de su sentencia de 14 de marzo de 1991, en la que declara la constitucionalidad del art. 127 del Código Penal Militar que sanciona a todo español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar, viene a referirse a esa legítima opción del legislativo. Por otro lado en la misma sentencia, se señala que el concepto de ámbito estrictamente castrense utilizado por el art. 117.5 de la Constitución impide al legislador que pueda arbitrariamente atribuir a los órganos de la jurisdicción militar el conocimiento de delitos ajenos a ese ámbito y que para poder fijar tal concepto adecuadamente, ya que no se trata de un espacio físico, se ha de acudir a la naturaleza del delito cometido, al bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, al carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito, y, en general, a que el sujeto activo del delito sea considerado «uti miles», por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito dice, ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de lo estrictamente castrense.

2.º El legislador, al desarrollar el mandato del art. 117.5 de nuestra Constitución, ya hizo una primera precisión en el art. 3.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadiendo a la expresión constitucional del ámbito estrictamente castrense, la frase, «respecto de los hechos tipificados como delitos militares en el Código Penal Militar», concepto