

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## TRIBUNAL SUPREMO

**17965** *Conflicto de jurisdicción n.º 2/2010, suscitado entre el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 en el Sumario 26/01/2010 y el Juzgado de Instrucción número 3 de Melilla en las Diligencias Previas 1576/2009.*

#### SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

##### Art. 39 LOPJ

Presidente Excmo. Sr. D. José Carlos Dívar Blanco

Sentencia N.º: 3/2010.

Rollo N.º: A 39/02/10.

Fecha Sentencia: 15/10/2010.

Conflicto de Jurisdicción: 2/2010.

Fallo/Acuerto: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Menchén Herreros.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 2/2010.

Secretaría de Gobierno.

Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Menchén Herreros.

Sentencia núm.: 3/2010

Excmos. Sres.:

Presidente: D. José Carlos Dívar Blanco.

Magistrados:

D. José Luis Calvo Cabello.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

D. Francisco Monterde Ferrer.

D. Francisco Menchén Herreros.

La Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo constituida por su Presidente y los Excmos. Sres. Magistrados anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente:

#### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de octubre de dos mil diez.

Visto el presente conflicto positivo de jurisdicción núm. A39/02/10 suscitado entre el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla (Diligencias Previas 1576/09) por un delito sin especificar por los hechos denunciados el día 11.12.2009 acordándose el sobreseimiento provisional y archivo y el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 (Sumario 26/01/10) por un presunto delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante del art. 106 del Código Penal Militar, siendo Ponente el Excmo. Sr. Francisco Menchén Herreros, quien expresa el parecer de la Sala.

#### Antecedentes de hecho

Primero.—El Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, a resultas de la documentación remitida por la Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Fuerza Terrestre

de Sevilla en la que constaba copia de la denuncia formulada, el día 11 de diciembre de 2009, ante el Juez de Instrucción n.º 3 de Melilla por la Soldado doña S.D.G. contra el Cabo 1.º don G.C.R. (al que le imputaba un presunto trato degradante, humillante o vejatorio a resultas de una serie de hechos variados y mantenidos en el tiempo) acordó, mediante Auto de fecha 17 de febrero de 2010, la incoación de las Diligencias Previas n.º 26/2/2010 que, posteriormente fue elevado a Sumario n.º 26/01/2010, mediante Auto de 20 de abril de 2010, en el que, igualmente, el órgano judicial militar acordó requerir de inhibición al Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla, al tener conocimiento de que por dicho Juzgado de la Jurisdicción Ordinaria se seguía un procedimiento en esclarecimiento de los mismos hechos.

Segundo.—El Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla, a resultas de la denuncia antes reseñada de la Soldado doña S.D.G. contra el Cabo 1.º don G.C.R., había acordado, mediante Auto de fecha 17 de diciembre de 2009, la incoación de las Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado n.º 1576/2009 que terminó con el sobreseimiento provisional, acordado mediante Auto de 23 de abril de 2010.

Tercero.—Recibido en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla el requerimiento de inhibición que en fecha anterior a su archivo había acordado el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla procedió, mediante Auto de 7 de mayo de 2010, a decretar, a los efectos estrictamente formales o procesales de la cuestión competencial suscitada, la reapertura de su Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado n.º 1576/2009, para, previo el correspondiente dictamen fiscal de competencia, acordar no acceder al requerimiento de inhibición efectuado por el Juzgado del orden militar y mantener su jurisdicción sobre sus Diligencias Previas y elevar sus actuaciones a esta Sala Especial de Conflictos, instando al Juzgado Militar a hacer lo propio, quedando así planteado el presente Conflicto de Jurisdicción.

Cuarto.—Recibidas las actuaciones en esta Sala Especial, se abrió el Rollo de Conflicto núm. A 39/02/10 entre el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla y el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, en el que obra informe de la Fiscalía Togada, presentado el 8 de septiembre de 2010, en el que suplica se dicte resolución en la que se declare que el presente Conflicto de Jurisdicción positivo está bien planteado por el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, al que procede atribuir la competencia jurisdiccional para conocer de las actuaciones.

El Fiscal de la Sala Segunda, por su parte, en informe presentado en este Tribunal el 10 de septiembre de 2010, estima que, «habiéndose acordado el sobreseimiento provisional por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla, no existe un conflicto de jurisdicción real, en tanto, no siendo «cosa juzgada» la resolución del Juzgado de Instrucción, y refiriéndose como es lógico, al ámbito del Código Penal común, nada impide la continuación de su procedimiento por el Juzgado Togado Militar».

Quinto.—Instruida la Sala, se señaló para la deliberación y fallo del conflicto el día 13 de octubre de 2010, a las 10:00 horas, lo que ha tenido lugar con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

### Fundamentos de Derecho

Primero.—El conflicto positivo de jurisdicción suscitado entre el orden penal y el militar tiene como escenario, de un lado las Diligencias Previas 1576/2009 aperturadas por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla el día 17 de diciembre de 2009 en esclarecimiento de los hechos denunciados el día 11 anterior por la Soldado D.ª S.D.G. contra el Cabo 1.º D. G.C.R. al que imputa un trato degradante. El citado Juzgado de Instrucción n.º 3, con fecha 23 de abril de 2010, tras las oportunas diligencias de investigación y no apareciendo justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa, acordó el sobreseimiento provisional y el archivo de la misma. De otro lado, el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, que al tener conocimiento de la citada denuncia por la copia remitida, junto a otra documentación, por la Asesoría Jurídica del Cuartel de la Fuerza terrestre de Sevilla el día 17 de febrero de 2010, acordó mediante Auto de esa fecha la incoación de las Diligencias Previas n.º 26/2/2010 que posteriormente, mediante

Auto de 20 de abril elevó a Sumario acordando requerir la inhibición al Juzgado de Instrucción n.º 3 para el conocimiento de los mismos hechos al entender que los mismos pudieran ser calificados provisionalmente y a estos solos efectos, como un delito del art. 106 del Código Penal Militar, abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante al mediar una relación jerárquica militar entre la denunciante y el denunciado.

Recibido en el Juzgado de Instrucción n.º 3 el requerimiento de inhibición, decretó la reapertura de la causa a los solos efectos de decidir sobre el requerimiento de inhibición y, tras el informe del Ministerio Fiscal, acordó mantener la jurisdicción del Juzgado frente a la inhibición planteada. Así mismo, acordó, de nuevo el archivo de la causa.

Segundo.—La primera cuestión a la que debe dar respuesta la Sala es si nos encontramos ante un conflicto formalmente «mal planteado» o por el contrario un conflicto «bien planteado» que en este segundo supuesto debe ser resuelto conforme exige el art. 17.1 de la Ley Orgánica 12/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (LOCJ).

La primera de las posturas, que el conflicto está mal planteado, es apoyada por el Fiscal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que sostiene que «no existe un conflicto de jurisdicción real, en tanto, no siendo «cosa juzgada» la resolución del Juzgado de Instrucción, y refiriéndose como es lógico, al ámbito del Código Penal común, nada impide la continuación de su procedimiento por el Juzgado Togado Militar». Por su parte la Fiscalía Togada entiende que el conflicto de jurisdicción existe y esta Sala Especial debe declarar expresamente en su resolución que el conflicto está «bien formado» y ello a pesar de mediar en el presente caso un Auto de archivo y sobreseimiento provisional adoptado por uno de los órganos judiciales en contienda; invoca en esta línea de razonamiento una Sentencia dictada, en supuesto análogo, de esta Sala Especial con fecha 11 de marzo de 1996 y las que le siguieron, que rectificaron así la consideración como «mal formados» que se había mantenido, también en supuestos análogos, en la Sentencia de 24 de junio de 1993 y otras.

Hemos dicho más recientemente, en Sentencia de esta Sala Especial, de 29 de marzo de 2006, que «la esencia del conflicto de jurisdicción estriba en que dos órganos pretenden conocer del mismo asunto --conflicto positivo--, o que los dos entiendan que a ninguno de ellos le corresponde su conocimiento --conflicto negativo--, de donde se derivaría que como presupuesto común el asunto concernido debe estar «vivo». Estimamos que en el presente caso, el asunto concernido, está ciertamente vivo aunque paralizado, y ello porque ni el auto de archivo equivale a un sobreseimiento definitivo, ni produce la excepción de cosa juzgada, ni en definitiva se impide la reapertura del procedimiento siempre que no juegue el instituto de la prescripción.»

En el presente caso, el Auto de archivo acordado por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla equivale a una imposibilidad de avanzar con los elementos obrantes en las actuaciones, pero no impide esta posibilidad de reapertura de la investigación judicial; es el argumento que acoge la Sala para declarar bien constituido el conflicto de jurisdicción positivo. Al así declararlo esta Sala, no ignora que como ya hemos dicho existen resoluciones de esta Sala de Conflictos que han declarado mal formado el conflicto por tratarse de un escrito archivado, con la consecuencia de declarar inexistente el conflicto denunciado --en tal sentido Sentencias de 24 de Junio de 1993, 17 de diciembre de 1997 y 23 de marzo de 1999--, y por tanto con la consecuencia de poder seguir actuando la jurisdicción que se consideraba competente.

Por contra, en otros supuestos del todo semejantes al que ahora nos ocupa, las decisiones últimas de esta Sala han sido la de rechazar la tesis de que no existía conflicto de jurisdicción por haberse declarado el sobreseimiento provisional de las actuaciones concernidas, antes bien, se ha declarado que «...por la propia naturaleza de dicho sobreseimiento, el conflicto de jurisdicción permanece y debe ser resuelta en los términos legalmente procedentes...» --Sentencias de 11 de marzo de 1996, 5 de junio de 1996, 28 de diciembre 2001, 3 de octubre de 2003 y 29 de marzo de 2006, y ello porque resultaría no pequeño inconveniente, con lesión para el principio de unidad jurisdiccional, el que pudiera mantenerse la competencia de ambos Juzgados, el requerido que ya había

acordado el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, y el requirente que podía seguir instruyendo, lo que provocaría una improcedente dualidad procedimental, con evidente riesgo de una inadmisibles discrepancia de resoluciones derivadas de unos mismos e iguales hechos.

Hemos de concluir, pues, con la expresa declaración de estar bien constituido el conflicto positivo de jurisdicción suscitado.

Tercero.—Pasando al fondo del conflicto planteado, hemos de anticipar que la Sala entiende que procede declarar que el conocimiento de los hechos denunciados corresponde a la jurisdicción militar.

A esa conclusión llegamos desde el análisis de que los hechos objeto de investigación en los procedimientos seguidos por uno y otro juzgado involucrados en el presente conflicto devendrían penalmente subsumibles —dicho sea provisoriamente y con las cautelas calificatorias inherentes a la actual coyuntura procesal, circunscrita a los fines competenciales o de reparto jurisdiccional que aquí nos ocupan— no sólo en el tipo penal común al que se hace mención en el reseñado Auto de requerimiento de inhibición (el delito común de «trato degradante» del artículo 173 del Código Penal, en su modalidad, dentro de los «delitos contra la integridad moral», del conocido como «mobbing» o acoso moral en el ámbito laboral que, según reiterada jurisprudencia, incluye conductas como la de hacer señalamientos negativos de forma continuada sobre una persona o criticarla constantemente, aislar a una persona dejándola sin contactos sociales, negar o difundir falsas informaciones o ridiculizarla constantemente, que pone en peligro su posición o deteriora el ambiente de trabajo y que es susceptible de dañar la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un trabajador en el desempeño de sus funciones), sino también en la infracción penal militar tipificada en el artículo 106 del Código Penal Militar, esto es, el «trato degradante» que, como modalidad dentro de los «delitos de abuso de autoridad», contempla los supuestos en que la conducta penalmente reprochada se produce entre militares en relación jerárquica de subordinación (cual acontece en el presente caso, en el que el acoso a la integridad moral objeto de imputación se produce entre un superior jerárquico y su subordinada y, además, en un contexto no ajeno al ámbito castrense y a la Unidad militar en que ambos se hallan destinados).

Esa subsumibilidad penal militar de los hechos imputados otorga la competencia a la Jurisdicción Militar conforme a la regla del art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM).

La citada norma es aplicable cuando se aprecia la existencia de un mero conflicto externo de leyes o normas penales (comunes y militares) que tipifiquen delitos que, hallándose en relación de alternatividad (o uno u otro se castiga), no se hallan en relación de «conexidad». Por ello se dice que en estos casos se trata, tan sólo, de un concurso de delitos impropio o «aparente».

Esta Sala Especial de Conflictos, a través de numerosas Sentencias, ha tenido oportunidad de poner de relieve la trascendencia de lo que parece determinado en el artículo 12.1 de la LOCOJM a los efectos competenciales, y, entre otras muchas que cabría citar, la Sentencia de 11 de marzo de 1991 declara que lo primero que ha de examinarse es «si los hechos de autos pueden encajar o no en alguna de las normas tipificadoras de infracción criminal que recoge el Código Penal Militar», puesto que, según proclaman las Sentencias de 4 de noviembre de 1992, de 11 de julio de 1994 o de 18 de octubre de 2002, «lo que determina la competencia de la Jurisdicción Militar es, de acuerdo con el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/87, que el posible delito esté incluido en el Código Penal Militar, es decir, que los hechos puedan ser constitutivos de un delito militar en el estricto sentido que se desprende del artículo 20 del mencionado Código, según el cual, son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código».

A lo que debe añadirse, como bien cuidan de especificar las precitadas Sentencias de esta Sala Especial de Conflictos de 11 de marzo de 1991 y de 18 de octubre de 2002, que el conocimiento del hecho en cuestión vendría atribuido a tal especial Jurisdicción Militar «aunque también lo esté con el Código Penal común, incluso aunque este último sancione

con pena más grave, según la modificación introducida en el artículo 12.1 por la Disposición Adicional 6.ª de la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar, todo ello en aplicación del criterio que concede preferencia a la Ley Especial (Código Penal Militar) sobre la Ley General (Código Penal Ordinario)». En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de conflictos de 27 de octubre de 2004 cuando señala que, para el caso de que no se trate de conexidad de varias infracciones penales, la competencia para conocer corresponde a la Jurisdicción Militar, incluso, aunque la conducta a enjuiciar estuviere castigada con menos pena en el Código Penal Militar, «dado el principio normativo contenido en el artículo 12.1 (“lex specialis derogat generalis”)».

Así pues, aunque el ejercicio de la Jurisdicción Militar se limita al «ámbito estrictamente castrense» (artículo 117.5 CE), el artículo 12.1 de la LOCOJM obliga a atribuir, en principio, a la Jurisdicción Militar, y salvo casos de «conexidad», el conocimiento de todos los supuestos en los que un hecho sea susceptible de ser subsumido en el Código Penal común y en el Código Penal Militar (de forma excluyente o alternativa, por tratarse de un mero concurso «aparente» de normas penales), si bien dicha norma competencial, según declara esta Sala Especial de Conflictos en sus Sentencias de 12 de julio de 2002 y de 16 de octubre de 2002, debe ser interpretada conforme al principio constitucional antedicho (artículo 117.5 CE), por lo que en cualquier caso «ha de determinarse si el acto enjuiciado ha afectado efectivamente, o al menos puesto en peligro, el bien jurídico militar que el precepto especial trata de tutelar».

Sobre este último punto vale decir que la conducta (el «trato degradante») incriminada en el artículo 106 del Código Penal Militar supone un plus de desvalor (respecto al análogo delito común de «trato degradante» tipificado en el artículo 173 del Código Penal) que implica la afectación efectiva (o posible puesta en peligro) de los bienes jurídicos específicamente militares que, con tal precepto especial, se tratan de tutelar, dentro del ámbito estrictamente castrense, y que no son otros (el correcto ejercicio de la jerarquía y la disciplina militar) que aquéllos en los que pone énfasis esta Sala de Conflictos en su Sentencia de 29 de marzo de 2006 al contrastar dicho delito militar pluriofensivo con la infracción penal común allí analizada (el «acoso sexual» tipificado en el artículo 184 del Código penal, que, siendo diferente del «acoso a la integridad moral» del artículo 173 del Código Penal que aquí nos ocupa, nos permite, sin embargo, extrapolar mutandis mutandis a nuestro caso las consideraciones comparativas que allí se formulan, abstracción hecha del plus de punición que, en todo caso, cabe observar en el delito militar del artículo 106 del Código Penal Militar con respecto a las dos reseñadas figuras penales comunes).

En el caso de autos, entendemos que ésta es la regla aplicable (por tratarse de un mero conflicto externo de leyes penales en el que el concurso de delitos es meramente «aparente») y, por tanto, ello conduce a resolver el conflicto jurisdiccional a favor del Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla.

Por todo, la regla del artículo 14 de la LOCOJM es la aplicable cuando se aprecie la existencia de un concurso «real» de delitos de ambos Códigos Penales (común y militar), en relación de «conexidad» y no de alternatividad. Aquí la calificación y punición pasa a ser doble o desdoblable (no única) y pasa a castigarse ambos delitos, si bien con la modulación penológica contemplada en los artículos 73 y siguientes del Código Penal (reglas especiales de aplicación de penales para estos casos de concurso «real», «medial», etc.).

Por otro lado, tenemos que decir que si se apreciara la existencia de un concurso de delitos propiamente dicho (y no de un conflicto externo de leyes penales) sería de aplicación la declaración contenida en el artículo 14 LOCOJM (contemplada como salvedad o excepción en el frontispicio del anterior artículo 12.1) que obliga a atribuir la competencia a la Jurisdicción Militar sólo en el caso de que el delito militar conexionado se halle más gravemente penado, debiendo atribuirse la competencia a la Jurisdicción Ordinaria si el delito común conexionado es el que comporta pena más grave. Pasa aquí a prevalecer –y no sólo a efectos penológicos, sino a efectos de reparto jurisdiccional. el criterio del mayor rigor punitivo (quedando postergado el criterio de la especialidad o de la subsumibilidad penal militar que antes vimos).

En estos supuestos –pero sólo en estos supuestos– la decantación jurisdiccional pasa a desplazarse a «la jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave», que podrá ser, consiguientemente, tanto la Jurisdicción Militar (que además de conocer del delito militar pasará a conocer del delito común concurrente y «conexo» con aquél como la Jurisdicción Ordinaria (que, igualmente, pasaría a conocer de los delitos militares relacionados o «conexos» con los delitos comunes).

En el hipotético caso, que en este caso rechazamos, de que pudiera considerarse la existencia de dos delitos en relación de conexidad con la subsiguiente aplicación de la regla competencial excepcionalmente establecida en el artículo 14 LOCOJM, la conclusión final que alcanzaríamos sería la misma (atribución competencial a favor del Juzgado de la Jurisdicción Militar) que la alcanzada con la aplicación de la regla del artículo 12.1 LOCOJM (reservado el supuesto del conflicto de leyes) puesto que comprobamos que el «trato degradante» tipificado en el artículo 106 del Código Penal Militar comporta un mayor rigor penológico (tres meses y un día a cinco años de prisión) que la infracción penal común de «trato degradante» tipificada en el artículo 173 del Código Penal (seis meses a dos años de prisión en su tipo básico, con el añadido de que el cualificado del siguiente artículo 175 tampoco rebasa la cuantía de cinco años prevista en la normativa penal militar).

Corolario de todo lo anterior es que, en cualquier caso, la conflictividad jurisdiccional que aquí nos ocupa debe ser resuelta a favor del órgano de la Jurisdicción Militar (el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla).

Cuarto.–Como conclusión de todo lo razonado hasta ahora, debemos resolver el conflicto de jurisdicción analizado, atribuyendo el conocimiento del mismo a la Jurisdicción Militar a la que se le deberán remitir las Diligencias Previas aperturadas por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla. El Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 de Melilla, una vez recibidas las Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado n.º 1576/09 del referido Juzgado de Instrucción, las incorporará al Sumario 26/01/2010 continuando con la tramitación del mismo.

En consecuencia:

#### FALLAMOS

Dirimir el presente conflicto positivo de jurisdicción 39/02/2010 suscitado entre el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Melilla y el Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26, también de Melilla, sobre un presunto delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante, atribuyendo la competencia al Juzgado Togado Militar Territorial n.º 26 al que el Juzgado de Instrucción n.º 3 deberá remitir las actuaciones practicadas en las Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado 1576/2009.

Póngase en conocimiento de ambos Juzgados la presente resolución y notifíquese al Ministerio Fiscal.

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