

ATENTADOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 2015: CUESTIONES TIPOLÓGICAS, CONCURSALES Y PENOLÓGICAS

Alfonso Barrada Ferreirós
Teniente coronel auditor–magistrado

SUMARIO

1. Introducción. 2. Antecedentes. 2.1. El Código Penal Militar de 1985. 2.2. Jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo. 3. Los nuevos tipos penales. 4. Cuestiones tipológicas. 4.1. Conductas entre militares del mismo empleo. 4.2. Desaparición de los delitos cualificados por el resultado. 4.3. Diferencias en la acción punible. Consecuencias. 4.4. *Non bis in idem*. 4.4.1. Delitos contra la disciplina. 4.4.2. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares. 5. Cuestiones concursales. 5.1. La tesis del concurso ideal. La Sentencia de la Sala Quinta, de 20 de julio de 2016. 5.2. Delitos pluriofensivos y concurso ideal. 5.3. La regla penológica especial. 5.3.1. Los supuestos legales. 5.3.2. La regla del concurso real. 5.4. Concurso de normas. 6. Cuestiones penológicas. 6.1. Las penas en el nuevo Código Penal Militar. 6.2. La especial exigencia profesional del militar. 6.3. Algunas disfunciones penológicas. 6.3.1. El artículo 47. 6.3.2. Los artículos 48 y 50. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El Código Penal Militar aprobado por la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, incorpora como novedad, dentro de las figuras clásicas de delitos contra la disciplina de insulto a superior y abuso de autoridad, la descripción y el castigo de conductas atentatorias contra la libertad e in-

demnidad sexuales, que no eran mencionadas en el Código Penal Militar de 1985¹.

Después de describir la acción de cada tipo delictivo —maltrato de obra, atentado contra la libertad sexual o trato degradante o inhumano— y la pena que le corresponde, los nuevos tipos penales utilizan la fórmula «sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones y atentados contra la libertad e indemnidad sexuales efectivamente cometidos conforme al Código Penal». Con ello, se introduce en el ordenamiento penal militar una técnica normativa que, aunque ya está presente desde hace tiempo en el Código Penal, puede representar ciertas dificultades a la hora de aplicar los tipos penales castrenses, derivadas de los problemas concursales que surgen cuando se trata de castigar más de un delito.

Aunque todavía no contamos con jurisprudencia consolidada de la Sala Quinta del Tribunal Supremo sobre los nuevos tipos penales, el presente trabajo pretende plantear algunas de las cuestiones o problemas tipológicos, concursales y penológicos que pueden surgir en el proceso de aplicación de los nuevos tipos penales militares, dedicando especial atención a los tipos delictivos que atentan contra la libertad sexual, aunque se advierta ya que algunas de sus conclusiones puedan ser trasladables a otros tipos del nuevo Código Penal Militar.

En efecto, nos ocuparemos también, aunque de forma marginal, de otros preceptos semejantes —como el abuso de autoridad por maltrato de obra del nuevo artículo 46—, en los que, aunque no se castigan atentados contra la libertad o indemnidad sexuales, sí se prevé la necesidad de imponer, además de las penas propias del código castrense, las que correspondan con arreglo al Código Penal por los resultados lesivos efectivamente producidos.

2. ANTECEDENTES

2.1. EL CÓDIGO PENAL MILITAR DE 1985

El Código Penal Militar de 1985 castigaba los delitos contra la disciplina de los que aquí nos vamos a ocupar bajo los epígrafes de «insulto a superior» y «abuso de autoridad» comprendidos dentro del título V de su

¹ Ley Orgánica 13/1985 de 9 de diciembre.

libro II². Asumiendo que su transcripción pueda resultar innecesaria para la mayoría de los destinatarios de este trabajo, preferimos hacerlo en aras de una mayor claridad expositiva frente a quienes no se acercan con frecuencia a los problemas que plantean los tipos penales militares. Así, interesa ahora destacar los siguientes preceptos de aquel código hoy derogado (caracterizados por tratarse de delitos cualificados por el resultado):

INSULTO A SUPERIOR

Artículo 99

Fuera de los casos previstos en el artículo anterior [frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en tiempo de guerra], el militar que maltratare de obra a un superior será castigado:

1.º Con la pena de quince a veinticinco años de prisión, si resultare la muerte del superior.

2.º Con la de cinco a quince años de prisión, si le causare lesiones graves.

3.º Con la de tres meses y un día a cinco años de prisión en los demás casos.

Artículo 100

El militar que pusiere mano a un arma ofensiva o ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior será castigado:

1.º Con la pena de tres a diez años de prisión, si el hecho fuere ejecutado en los supuestos del párrafo primero del artículo 98 [frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en tiempo de guerra].

2.º Con la de tres meses y un día a tres años de prisión, en los demás casos.

Artículo 101

El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, coaccionare, amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o

² La estructura de ese título V del libro II (que se reproduce exactamente en el título II del libro II del Código Penal Militar de 2015) era la siguiente:

Cap. I. Sedición

Cap. II. Insubordinación

Sec. 1.ª Insulto a superior

Sec. 2.ª Desobediencia

Cap. III. Abuso de autoridad

con publicidad a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

ABUSO DE AUTORIDAD

Artículo 103

El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.

Artículo 104

El superior que maltratare de obra a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión. Si le causare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años.

Artículo 106

El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión.

Como se advierte, ninguno de estos artículos —ni ningún otro de los del Código Penal Militar de 1985— contenía la descripción expresa de conductas que atentasen contra la libertad e indemnidad sexuales (acosos, abusos o agresiones sexuales).

Varias son las razones que pueden ofrecerse para justificar la ausencia en esos tipos penales de tales conductas, entre las que aquí destacamos las siguientes:

El código se aprobó en un momento en el que no se había producido todavía la incorporación de la mujer a los Ejércitos y la Armada³, con lo

³ Este importante hito se produjo de manera progresiva; comenzó mediante el Real Decreto Ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas; si bien en ese momento inicial solo se contemplaba la posibilidad de su ingreso en ciertos cuerpos y escalas auxiliares de los de mando y con los empleos de oficiales y suboficiales. Una vez aprobada la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, el Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas, estableció por primera vez la posibilidad de ingreso de la mujer en esas escalas de tropa y marinería, si bien su artículo 25 limitaba su presencia a determinados desti-

que era difícil de advertir la necesidad del castigo de esas conductas en forma distinta a la del maltrato de obra.

Hasta la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, no se introdujo en el Código Penal (Texto Refundido de 1973) el concepto del bien jurídico de la libertad sexual como un componente del derecho a la libertad del individuo⁴.

En aquel ya lejano año 1985 todavía no se advertía el enorme reproche social que en los últimos años han conocido las conductas de acoso y violencia de carácter sexual, muy especialmente las que se producen contra la mujer.

Pese a ello, en este punto es ineludible recordar que el Código Penal Militar de 1985 fue pionero en el ordenamiento jurídico español en el tratamiento penal de los tratos inhumanos y degradantes, al castigar su

nos. Finalmente, tras la aprobación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, el Real Decreto 66/2000, de 21 de enero, por el que se modifican las condiciones de acceso a Militar Profesional de Tropa y Marinería de las Fuerzas Armadas, estableció la igualdad absoluta en cuanto a destinos entre hombres y mujeres en las Fuerzas Armadas.

⁴ La referencia a la *indemnidad sexual* como bien jurídico protegido fue incorporada al Código Penal mediante la importante reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, cuya exposición de motivos justificaba el cambio en el epígrafe del título VIII del libro II (que pasaba a ser *delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*) y los nuevos tipos introducidos en este acudiendo «a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos». En su actual redacción, el Código Penal contiene un capítulo II bis, dentro de aquel Título VIII, dedicado a los abusos o agresiones sexuales a menores de dieciséis años, aunque emplea indistintamente la expresión “libertad e indemnidad sexuales” a lo largo de todo el articulado del Título VIII.

Por otra parte, el artículo 15.1 del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso y Promoción y de Ordenación de la Enseñanza de Formación en las Fuerzas Armadas, al regular los requisitos generales de los aspirantes, establece que «para participar en los procesos de selección para cursar las enseñanzas de formación, los aspirantes deberán reunir los requisitos generales siguientes: [...] f) Tener cumplidos o cumplir en el año de la convocatoria los dieciocho años de edad [...]»; y, para el caso de quienes acceden a esa enseñanza de formación siendo todavía menores de edad, continúa diciendo “[...] aunque su incorporación o adscripción a una escala quedarán supeditadas a tener cumplidos los 18 años de edad». Estamos, por tanto, ante unas Fuerzas Armadas compuestas por mayores de edad, con muy escasas excepciones, de individuos de diecisiete años, que pueden producirse únicamente durante períodos de formación.

artículo 106 al «superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana»⁵.

En el ordenamiento penal común se necesitaron diez años más para la tipificación de tales conductas con carácter general, ya que no fue hasta la aprobación del nuevo Código Penal de 1995⁶ cuando se incorporó a dicho texto un título VII del libro II dedicado a las «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en el que se castigaban, entre otros delitos, al «que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral» (artículo 173)⁷ y a la «la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior [torturas], atentare contra la integridad moral de una persona» (artículo 175)⁸.

Pues bien, fue al amparo de aquel artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 (abuso de autoridad por trato degradante o inhumano a un subordinado) bajo el que empezaron a castigarse las conductas en las que, mediando una relación jerárquica, un superior atentaba contra la libertad sexual de un subordinado cuando la jurisdicción militar empezó a conocer de ellas.

⁵ Entre los antecedentes de dicho precepto se suelen mencionar la derogada Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (texto articulado aprobado por Ley de 22 de diciembre de 1955; BOE de 25 de diciembre), cuyo artículo 40 castigaba al «Capitán, Oficial o Contraamaestre que realice alguno de los actos siguientes: Primero. Someter a la dotación o pasajeros a incomodidades o restricciones no debidas e innecesarias o hacerles objeto de cualquier vejación notoria»; y la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, cuyo artículo 51 castigaba —y castiga, pues sigue en vigor— al «Comandante o individuo de la tripulación que veje, ofenda o someta a un pasajero a medidas no autorizadas por el Reglamento».

⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

⁷ Desde su redacción original, el artículo 173 ha conocido tres reformas para incorporar el castigo: de la violencia doméstica habitual del antiguo artículo 153 (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros); del acoso laboral e inmobiliario (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal); y de las injurias y vejaciones leves, tras la desaparición de las faltas por virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁸ Téngase presente que ese Título VII del Código Penal referido a los delitos contra la integridad moral, concluye con la previsión del artículo 177 conforme al cual: «Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley». Como se verá, los delitos contra la disciplina en el nuevo Código Penal Militar reproducen esta técnica normativa, pero no lo hacen en un precepto final común a los anteriores, sino en cada uno de los tipos concretos y mediante el empleo de la frase «sin perjuicio de las penas que correspondan por...», menos clara que la de «se castigarán los hechos separadamente...».

Ya en 1988 Rodríguez-Villasante y Prieto, en su detallado estudio de los delitos de abuso de autoridad incorporados al Código Penal Militar de 1985, había señalado de forma incidental, al ocuparse de la acción típica del artículo 106, que:

«No debemos olvidar que un solo acto (brutal, cruel, humillante o deshonroso) puede ser calificado de trato inhumano y degradante si tiene la intensidad suficiente para ello. Nos referimos concretamente a los abusos sexuales cometidos por un superior con un subordinado del mismo sexo, delito que ciertamente puede ser calificado de muy diversa manera (art. 103), pero que puede integrar la infracción que comentamos»⁹.

Unos años después, tras analizar la forma en la que el Código Penal de 1995 castigaba los delitos contra la libertad sexual, Suárez Leoz ponía de relieve el hecho de que «no deja de presentar dificultades el responder a la pregunta de si estas conductas contrarias a la libertad sexual de la persona pueden subsumirse en alguno de los tipos previstos en nuestro Código Penal Militar [de 1985]», dado que «no existe ningún tipo penal militar que describa específicamente la conducta del militar que cometiere alguno de los hechos susceptibles de quedar incardinados en el título VIII del libro II del Código Penal». No obstante, después de un breve análisis de la cuestión, que concluía en el estudio del tipo del artículo 106 de aquel Código Penal Militar, el autor terminaba afirmando que:

«Desde nuestro punto de vista, no existe duda alguna [acerca de] que las conductas que estudiamos constituyen un atentado a la dignidad de la persona, ya que utilizar a un inferior como objeto de satisfacción del instinto sexual le rebaja como persona, lo cosifica y le limita su libertad, conducta tanto más reprochable en el ámbito de las Fuerzas Armadas, donde se dan las circunstancias de jerarquía y disciplina¹⁰. Desde esta conclusión, no existe duda que estas conductas pueden quedar perfectamente incardinadas dentro del art. 106 del Código Penal Militar»¹¹.

⁹ RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L. «Delito de abuso de autoridad (Artículos 103 a 106)». BLECUA FRAGA, Ramón; RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (Coords.) *Comentarios al Código Penal Militar*. Madrid: Editorial Civitas 1988, p. 1412.

¹⁰ Más que *circunstancias*, la jerarquía y la disciplina son el principio básico de organización de la institución militar y la regla de conducta esencial de sus miembros.

¹¹ SUÁREZ LEÓZ, D. «Conductas contra la libertad sexual en el Código Penal Militar». PÉREZ ESTEBAN, Fernando (dir.). *El Derecho Penal y Procesal Militar ante la reforma de las normas comunes. Estudios de Derecho Judicial 5/1996*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial 1997, pp. 867, 868 y 872 (obra en la que se recogen las ponencias y comunicaciones presentadas en el curso de formación del Consejo de 1996 del mismo título).

2.2. JURISPRUDENCIA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya hemos señalado, fue en esos *tratos inhumanos o degradantes* del artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 en los que los tribunales militares, primero, y la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, después, fueron cobijando aquellos supuestos en los que un superior hacía objeto a un subordinado de conductas atentatorias contra la libertad e indemnidad sexuales, ya fuesen en forma de acosos, abusos o agresiones¹².

Habrà que volver a recordar que el Código Penal Militar de 1985 se promulga en un momento en el que no se ha producido todavía la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, por lo que las conductas de aquella naturaleza que podrían enjuiciarse en los primeros años por los órganos de la nueva jurisdicción militar serán exclusivamente entre varones, comprendiendo tanto las que pudieran tener como motivación la satisfacción de un deseo sexual (de escasa incidencia por lo que conllevaban en esa época en el seno de las Fuerzas Armadas) como las que, teniendo su origen en otras motivaciones —como las novatadas—, la acción tuviera un componente de atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo.

Así, por ejemplo, nos encontramos, entre las primeras sentencias, con la del Sumario 13/409/87 del Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid), de 28 de septiembre de 1989, en la que se condenó a un suboficial a la pena de dos años de prisión por un delito continuado de abuso de autoridad del artículo 106 del Código Penal Militar, por hechos que hoy en día podrían ser calificados como de acoso sexual sobre un cabo y cuatro soldados; sentencia que no fue recurrida en casación.

Todavía en fecha tan avanzada como 1996 Suárez Leoz ponía de relieve que «no existe aún jurisprudencia [de la Sala Quinta] del Tribunal Supremo que avale esta postura de inclusión de actos contra la libertad sexual de un subordinado como delito de abuso de autoridad del art. 106 del Código Penal Militar, o incluso del art. 103 del mismo texto legal»¹³.

En la revisión que nosotros hemos realizado, la primera sentencia de la Sala Quinta que castiga por ese artículo 106 unos hechos con connotacio-

¹² En la aplicación de ese artículo 106, nos referimos en este trabajo exclusivamente a la labor de los Tribunales Militares surgidos de la reforma de la jurisdicción militar operada mediante la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar —con la nueva Sala Quinta del Tribunal Supremo a la cabeza—, que comenzaron su andadura con la entrada en vigor de esta el 1 de mayo de 1988.

¹³ *Op. cit.*, p. 872. El art. 103 del Código Penal Militar de 1985 castigaba al «superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho».

nes atentatorias contra la libertad sexual parece ser la de 16 de octubre de 1995¹⁴, si bien se trataba de un caso de novatadas en las que la satisfacción del deseo sexual no parecía ser el principal motivo del delito; y la primera que se ocupa de una conducta propiamente de esta naturaleza parece ser la sentencia de 29 de abril de 1997, a la que siguen las de 25 de noviembre de 1998, 30 de septiembre y 20 de diciembre de 1999, 23 de enero y 2 de octubre de 2001, 23 de enero, 28 de marzo, 7 de abril y 12 de diciembre de 2003, 21 de junio de 2004 y 1 de diciembre de 2006¹⁵, por citar las primeras con las que se forma y consolida la doctrina de la Sala¹⁶.

Pese a que las sentencias que citamos son demostrativas de que veinte años después de la promulgación del Código Penal Militar de 1985 ya se había asumido el castigo por el artículo 106 de conductas atentatorias contra la libertad sexual cuando mediase una relación jerárquica entre autor y víctima, también hay que recordar que en la etapa inicial de vigencia de aquel código la jurisdicción militar no conocía de conductas que hoy en día se incardinan en aquel precepto sin ningún género de dudas; y, así, puede citarse como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 28 de diciembre de 1993, que condenó a un oficial de la Guardia Civil a pena de prisión menor como autor de un delito del artículo 430 del Código Penal de 1973 (agresión sexual no constitutiva de violación), con la concurrencia de prevalimiento de carácter público, al declarar probado que el oficial, encontrándose en el pabellón donde residía habitualmente la víctima, una guardia civil eventual, sorpresivamente y cuando esta se encontraba de espaldas, procedió a abrazarla con el brazo izquierdo, tocándole con la mano los pechos a la vez que con la mano derecha le tocaba el pubis; por último, y cuando ante la negativa de la víctima, el oficial se disponía a marcharse, metió su mano por debajo del jersey tocando el estómago de la víctima, todo ello sin el

¹⁴ Ponente Sr. Jiménez Villarejo. ECLI:ES:TS:1995:5081.

¹⁵ Respectivamente: ponente Sr. Bermúdez de la Fuente. ECLI:ES:TS:1997:3030; ponente Sr. Pérez Esteban. ECLI:ES:TS:1998:7051; ponente Sr. Calderón Cerezo. ECLI:ES:TS:1999:5981; ponente Sr. García Lozano. ECLI:ES:TS:1999:8258; ponente Sr. Pérez Esteban. ECLI:ES:TS:2001:311; ponente Sr. Pérez Esteban. ECLI:ES:TS:2001:7438; ponente Sr. Calvo Cabello. ECLI:ES:TS:2003:278; ponente Sr. Corrales Elizondo. ECLI:ES:TS:2003:2170; ponente Sr. Aparicio Gallego. ECLI:ES:TS:2003:2399; ponente Sr. Corrales Elizondo. ECLI:ES:TS:2003:8022; ponente Sr. Calderón Cerezo. ECLI:ES:TS:2004:4282; y ponente Sr. Corrales Elizondo. ECLI:ES:TS:2006:7691.

¹⁶ La última sentencia citada, de 1 de diciembre de 2006, realiza una revisión parcial de las sentencias anteriores de la propia Sala Quinta sobre condenas por el delito del artículo 106 por actos contra la libertad sexual. La revisión que aquí hemos hecho de las primeras sentencias de la Sala —posiblemente también incompleta— puede enlazarse cronológicamente con la que llevaron a cabo, a partir de esa misma sentencia de 1 de diciembre de 2006. HERRERO-TEJEDOR ALGAR F.; PASCUAL SARRÍA F.L. *Código Penal Militar, Legislación complementaria, jurisprudencia, comentarios y concordancias*, Madrid: Editorial Colex 2011.

consentimiento de esta¹⁷. Diez años después, es la jurisdicción militar la que conoce de un hecho semejante, como se comprueba con la lectura de la sentencia de la Sala Quinta de 12 de diciembre de 2003 (ya citada en el párrafo anterior), condenando por el artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 a un guardia civil que —como superior funcional— realiza servicio con una compañera en una dependencia cerrada y a la que agarra por los hombros, la inmoviliza y consigue besarla forcejeando con ella.

Otra muestra de que la subsunción de los hechos de esta naturaleza en el Código de 1985 fue progresiva es que, producida ya la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas a finales de la década de 1980, durante cierto tiempo —que se extendió hasta inicios del nuevo siglo— se entendió que las más graves agresiones sexuales, las violaciones, no eran competencia de la jurisdicción militar aunque se produjeran entre militares de distinto empleo, al considerar que la antijuridicidad de la violación no estaba comprendida en los márgenes del delito del artículo 106 del Código Penal Militar de 1985; con lo que se producían las correspondientes inhibiciones de los procedimientos judiciales militares iniciados en favor de la jurisdicción ordinaria o, en su caso, la remisión de las diligencias de investigación del fiscal a la Fiscalía de la correspondiente Audiencia Provincial¹⁸.

Nos estamos refiriendo siempre al abuso de autoridad del artículo 106 —que castigaba los supuestos en los que un superior hace objeto a un subordinado de un trato degradante o inhumano— porque son ciertamente escasos los supuestos en los que la Sala Quinta del Tribunal Supremo se ha enfrentado a delitos de insulto a superior en los que la acción del subordinado sobre el superior tenga una clara connotación sexual, siendo sin duda la más destacada —y posiblemente la única hasta ahora— la sentencia de 16 de julio de 2013¹⁹ por un delito de violación de un marinero a una cabo a bordo de un buque de la Armada; sentencia que también fue la primera dictada en la moderna jurisdicción militar por un delito de violación.

A diferencia de lo que ocurría con los delitos de abuso de autoridad en el Código Penal Militar de 1985 —entre los que se incluían los tratos degradantes o inhumanos a subordinados—, en el caso de los delitos de insulto a superior no preveía el cun tipo semejante, limitándose a castigar el maltrato de obra (cualificado por el resultado: muerte; lesiones graves; o

¹⁷ Citada por SUÁREZ LEOZ, *Op. cit.* p. 874.

¹⁸ Como fue el caso de las Diligencias Informativas núm. 03/2002 de la Fiscalía del Tribunal Militar Territorial Primero (Madrid), que, iniciadas por la denuncia de una soldado contra un oficial por un supuesto delito de violación, fueron remitidas a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Cáceres por decreto de 26 de noviembre de 2002.

¹⁹ Ponente Sr. Menchén Herreros. ECLI: ES:TS:2013:4305.

los demás casos), los actos con tendencia al maltrato de obra y las coacciones, amenazas o injurias a superior en determinados casos. Por ello, en el caso de la violación de un subordinado sobre una superior, antes comentado, el castigo tenía que pasar por tipificar los hechos como constitutivos de un maltrato de obra a superior del artículo 99.3º del Código Penal Militar de 1985 y, simultáneamente, como un delito de violación del artículo 179 del Código Penal y castigar finalmente por este en virtud de la regla específica del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, con arreglo al cual:

«Salvo lo dispuesto en el artículo 14 [delitos conexos], en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este».

Así, la ya comentada sentencia de la Sala Quinta de 16 de julio de 2013 establecía (FD 7.º) que:

«[...] en este supuesto [...] tanto el requerimiento de inhibición efectuado por el Juzgado Togado Territorial n.º 24 en la fase instructora (y aceptado por el Juzgado de Instrucción de la jurisdicción ordinaria con aquietamiento de la parte aquí recurrente) como la acusación fiscal efectuada en la fase plenaria y decisoria ante el Tribunal Militar Territorial Segundo, estuvieron sólidamente basados en la reseñada incardinación de los hechos en la infracción militar tipificada en el art. 99.3º del Código Penal Militar, con independencia de que, por resultar susceptible también de incardinación en la infracción común tipificada en el art. 179 del Código Penal y por aplicación de la previsión normativa contenida en el art. 12.1 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, terminasen siendo calificados y condenados con arreglo a este último precepto.

El “juicio de tipicidad” a que se prestan los hechos declarados probados, es resaltado acertadamente y de forma arreglada a derecho en la fundamentación jurídica sentencial de instancia, y posibilita su subsunción no solo en la infracción militar tipificada en el art. 99.3º del Código Penal Militar, sino, también, simultáneamente (aunque en relación de alternatividad), en la infracción común tipificada en el art. 179 del Código Penal».

En definitiva, pocos —acaso solo uno— han sido los casos en los que un subordinado ha sido condenado por la jurisdicción militar conforme al Código Penal Militar de 1985 por actos que supusieran un atentado contra la libertad sexual de un superior jerárquico. En tales

casos, los hechos deberían incardinarse, bien en el maltrato de obra del artículo 99 de aquel código —para los supuestos de agresiones o abusos sexuales—, bien en los actos con tendencia al maltrato de obra o en las amenazas y coacciones de los artículos 99 y 100 —para los supuestos de acosos sexuales—; y dejando siempre abierta la posibilidad de terminar castigando por los correspondientes artículos del Código Penal por virtud de la regla del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

La promulgación del nuevo Código Penal Militar de 2015, como ahora veremos, ha cambiado radicalmente el panorama, tipificando expresamente conductas contrarias a la libertad sexual entre las susceptibles de integrar los delitos de insulto a superior y abuso de autoridad y ha creado incluso un tipo de nuevo cuño para castigar los supuestos en los que tales conductas se dan entre militares del mismo empleo.

3. LOS NUEVOS TIPOS PENALES

Dos son los títulos del libro II del nuevo Código Penal Militar en los que se incardinan los preceptos de los que nos vamos a ocupar en este trabajo: el título II, que castiga los delitos contra la disciplina, reproduciendo el mismo esquema que contenía el título V del código de 1985 —sedición, insulto a superior, desobediencia y abuso de autoridad—, y el título III, de nuevo cuño, que castiga los supuestos en los que las conductas lesivas equivalentes se producen entre militares del mismo empleo entre quienes no media una relación jerárquica de subordinación.

Para dotar de coherencia a este trabajo, transcribimos a continuación los artículos concretos de esos títulos que serán objeto de comentario junto con aquellos otros que, pese a no contener la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...», sí describen conductas que atentan contra la libertad sexual.

TÍTULO II. Delitos contra la disciplina

[...]

CAPÍTULO II. Insubordinación

Sección 1.ª Insulto a superior

Artículo 42.

1. El militar que maltrata de obra a un superior o *atentare contra su libertad o indemnidad sexuales*, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de

empleo y sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o *las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal [...]*.

CAPÍTULO III. Abuso de autoridad

Artículo 45.

El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave a un subordinado, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

Artículo 46.

El superior que maltratare de obra a un subordinado será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Artículo 47.

El superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, o *realizare actos de agresión o abuso sexuales*, será castigado con la pena de seis meses a cinco años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o *las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal*.

Artículo 48.

El superior que, respecto de un subordinado, realizare *actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo* como profesional, le amenazare, coaccionare, injuriare o calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, o realizare actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

TÍTULO III. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por los militares

Artículo 49.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a

la Guardia Civil o en acto de servicio, maltratare de obra a otro militar, le tratare de manera degradante, inhumana o humillante, o *realizare actos de agresión o de abuso sexuales*, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o *las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal*.

Artículo 50.

El militar que, sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad, públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio, impidiere o limitare arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, realizare *actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo* como profesional, le amenazare o coaccionare, le injuriare gravemente o le calumniare, atentare de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo, realizara actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

La técnica utilizada por el Código Penal Militar, al establecer una pena para las conductas que atenten contra la disciplina o contra los derechos de los militares (en el caso de conductas entre los de igual empleo) y otra para los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, obliga a que, a partir de ahora, en cada caso en que la jurisdicción militar se enfrente a unos hechos de esa naturaleza, será obligado aplicar, además de los tipos del Código Penal Militar, los que correspondan del Código Penal según sea la naturaleza y características de la acción y el resultado que ella ha producido: ya sea un atentado contra la vida, contra la integridad física o contra la libertad sexual de la víctima.

En este comentario nos vamos a ocupar de algunas de las muchas cuestiones que sin duda irán surgiendo en la aplicación de estos tipos penales y que hemos agrupado en tres apartados: aquellas cuestiones que se plantean respecto de los propios tipos penales; aquellas cuestiones concursales que pueden surgir de la necesidad de aplicación de preceptos de ambos códigos, y aquellas relativas a las penas a aplicar ante los nuevos tipos penales castrenses. En cualquier caso, debemos advertir que el

corto plazo de vigencia del nuevo Código Penal Militar hace que todavía la Sala Quinta del Tribunal Supremo no se haya pronunciado sobre el fondo de estos nuevos tipos, por lo que el tratamiento de las cuestiones que aquí realizaremos será en gran parte teórico y obligará a su replanteamiento una vez que se analicen las que la práctica irá poniendo encima de la mesa.

4. CUESTIONES TIPOLÓGICAS

4.1. CONDUCTAS ENTRE MILITARES DEL MISMO EMPLEO

Como ya hemos dicho, los artículos 42.1 y 47 a 50 del nuevo Código Penal Militar castigan las conductas que atentan contra la libertad sexual tanto cuando se produzcan entre militares de distinto empleo y, por ello, lesionando el bien jurídico de la disciplina, —delitos de insulto a superior o abuso de autoridad—, como cuando se produzcan entre militares del mismo empleo, en lo que el nuevo Código Penal Militar ha dado en describir con la larga expresión de «delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por los militares» y que no son otra cosa que las conductas que se han incluido en los tipos anteriores de insulto a superior y abuso de autoridad cuando son cometidas entre militares del mismo empleo entre quienes no media una relación jerárquica de subordinación.

En efecto, la frase «sin incurrir en los delitos de insulto a superior o abuso de autoridad», que utilizan los artículos 49 y 50 del Código Penal Militar, limita —sin decirlo expresamente— las conductas que en ellos se castigan a las que puedan darse entre militares del mismo empleo entre quienes no medie una relación jerárquica de subordinación, pues en otro caso se cometería alguno de esos dos delitos contra la disciplina.

Ya el artículo 162 del Código Penal Militar de 1985 —que se encuadraba entre los delitos contra el decoro militar²⁰— castigaba al «Oficial General, Oficial o Suboficial que públicamente agrediese a otro militar», conducta que, por la misma razón anterior, solo podía residenciarse en ese precepto cuando tuviera lugar entre militares del mismo empleo. Ciertamente limitado era este tipo penal, pues, además de excluir de su autoría

²⁰ Capítulo VIII del título VI. «Delitos contra los deberes del servicio», del libro II.

a las clases de tropa y marinería (en un momento histórico en el que la inmensa mayoría de ellas no era profesional, sino de reemplazo), se limitaba a castigar la *agresión* (maltrato de obra) y solo en los supuestos en que esta se realizase públicamente.

Por ello, puede decirse que los actuales artículos 49 y 50 castigan delitos en gran parte de nuevo cuño, respecto de los que el propio preámbulo del Código Penal Militar de 2015 señala que:

«Una de las novedades más relevantes del presente Código es la incorporación del título III que castiga los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, otorgando adecuada protección penal a tales derechos y libertades al tiempo que cumple con el mandato expresado en el apartado 3 de la disposición final octava de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas».

Se castiga en esos preceptos, cuando se producen entre militares del mismo empleo, el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante, la realización de actos de agresión o de abuso sexuales (artículo 49), así como el impedir o limitar arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas, la realización de actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, las amenazas o coacciones, las injurias graves, las calumnias, los atentados de modo grave contra su intimidad, dignidad personal o en el trabajo y la realización de actos que supongan grave discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión, convicciones, opinión, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 50).

Además de prever la posibilidad de que el sujeto activo sea cualquier militar —ya no solo los oficiales y suboficiales, como en el código de 1985—, característica esencial de estos tipos penales militares —y limitación lógica para el ámbito de competencia de la jurisdicción militar— es que aquellas acciones se produzcan en alguna de las situaciones o lugares siguientes:

- públicamente,
- en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil,
- en acto de servicio.

En el caso de que no concorra alguno de estos tres requisitos, el conocimiento de tales conductas será competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

Interesa ahora apuntar, antes de finalizar este apartado y adelantando algo de lo que más adelante vamos a decir, que, en estos artículos 49 y 50, el Código Penal Militar utiliza dos reglas penológicas distintas, ya que, mientras el artículo 50, para el acoso sexual, por razón de sexo o profesional, las amenazas, coacciones, injurias graves, calumnias, etc., establece una única pena, el artículo 49, para las conductas más graves —maltrato de obra, trato degradante, inhumano o humillante y agresión o abuso sexuales—, dispone que la pena prevista en este se impondrá «sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal». Como en su momento se verá, esta doble incriminación podría representar problemas desde el punto de vista del principio *non bis in idem*.

4.2. DESAPARICIÓN DE LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

De la lectura de los artículos que castigan las figuras de insulto a superior y abuso de autoridad se advierte que el nuevo Código Penal Militar, al regular los delitos contra la disciplina, ha prescindido, por fin, de la obsoleta figura de los delitos cualificados por el resultado, castigando en su lugar por separado el desvalor o la lesión del bien jurídico protegido que representa cada componente de la acción del autor: el atentado contra la disciplina y, si se produce, el atentado contra los bienes jurídicos personales de la víctima (vida, integridad personal, libertad sexual).

Unánime será, sin duda, la acogida doctrinal y jurisprudencial favorable de este cambio, desterrando los obsoletos tipos cualificados por el resultado que hasta el nuevo código castrense regían en el insulto a superior y el abuso de autoridad. Pese a ello, los nuevos tipos incorporan dificultades de interpretación y aplicación, de algunas de las cuales nos ocupamos aquí.

4.3 DIFERENCIAS EN LA ACCIÓN PUNIBLE. CONSECUENCIAS

En una primera lectura de los nuevos artículos 42.1, 47 y 49 se advierte que la descripción de la conducta típica no es la misma en todos ellos, puesto que, mientras el primero de ellos (insulto a superior) castiga al militar que «atentare contra la libertad o indemnidad sexuales de un superior», los artículos 47 (abuso de autoridad) y 49 (entre militares del mismo empleo) castigan al militar que «realizare actos de agresión o abusos se-

xuales»; agresiones y abusos sexuales que son solo dos de las especies que, en el Código Penal, se encuadran dentro del género de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

En efecto, el título VIII del libro II del Código Penal se ocupa de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y, en su vigente redacción, se estructura del modo siguiente:

- Capítulo I. De las agresiones sexuales
- Capítulo II. De los abusos sexuales
- Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años
- Capítulo III. Del acoso sexual
- Capítulo IV. De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual
- Capítulo V. De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores
- Capítulo VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

En consecuencia, la referencia del artículo 42.1 del Código Penal Militar a los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales parece comprender un mayor número de conductas que las recogidas en los artículos 47 y 49, que se limitan —en lo que aquí nos ocupa— a los dos primeros capítulos de aquel título VIII: las agresiones y los abusos sexuales.

Esta distinción no figuraba en la versión de noviembre de 2013 del Anteproyecto de Código Penal Militar elaborado por el Ministerio de Defensa, en la que los artículos 42, 47 y 49 utilizaban la misma fórmula, castigando en ellos al militar que atentare contra la libertad o indemnidad sexuales de un superior (42), de un subordinado (47) o de uno de igual empleo (49).

La distinción apareció en el proyecto de ley orgánica remitido por el Gobierno a las Cortes en septiembre de 2014²¹, en el que el artículo 42 conserva la referencia a los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales, mientras que los artículos 47 y 49 figuran ya redactados refiriéndose a la realización de actos de agresión o abusos sexuales. Muy posiblemente la distinción tiene como base la circunstancia de que los dos artículos siguientes a esos —48 y 50— castigan conductas semejantes (la primera realizada sobre un subordinado y la segunda sobre uno del mismo empleo), pero concretadas en la realización de actos de acoso sexual y por razón de sexo, que, como vimos, son una de las categorías específicas (capítulo

²¹ España. Proyecto de ley orgánica del Código Penal Militar. Serie A. Núm. 110-1, de 5 de septiembre de 2014. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 1 de octubre de 2015, pp. 1 a 29.

III) de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a que se refiere el título VIII del libro II del Código Penal; mientras que el artículo 42, al regular el delito de insulto a superior, carece de un precepto específico posterior en el que se castiguen solo los acosos sexuales y por razón de sexo cometidos sobre un superior.

Con ello, así como en el artículo 42 del anteproyecto se podía mantener la referencia a los atentados contra la libertad o indemnidad sexuales, si se hacía lo mismo en los artículos 47 y 49, se caía en el error de tipificar en dos preceptos las mismas conductas de acosos sexuales o por razón de sexo: en la genérica alusión a esos atentados contra la libertad o indemnidad sexuales que contendrían esos artículos 47 y 49 (por remisión al contenido de aquel título VIII del Código Penal), y en los tipos concretos de los artículos 48 y 50 que contenían referencias expresas a esa clase de acosos.

Sin embargo, la solución adoptada presenta un problema de técnica normativa que se advierte cuando nos enfrentamos a los tipos delictivos que atentan contra la libertad sexual en los artículos 42, 47, 48, 49 y 50 del Código Penal Militar, entre los que hay que distinguir dos soluciones distintas:

En los casos de conductas de un superior sobre un subordinado o entre militares del mismo empleo, el legislador del nuevo Código Penal Militar ha entendido que conviene distinguir aquellos atentados en dos categorías según su gravedad; para los más graves —agresiones y abusos sexuales—, el código castrense establece solo el castigo contra la lesión del bien jurídico de naturaleza militar —la disciplina o el libre ejercicio de sus derechos fundamentales por los militares—, ya que la pena que corresponda se impondrá «sin perjuicio de la que corresponda por el delito contra la libertad sexual efectivamente cometido» (artículos 47 y 49); mientras que, para el caso de las conductas menos graves —acoso sexual—, los artículos 48 y 50 establecen una única pena que, lógicamente, debe entenderse que abarca todo el desvalor de la acción, tanto el atentado contra el bien jurídico de naturaleza militar (disciplina o libre ejercicio de los derechos fundamentales) como el atentado contra el bien jurídico de naturaleza privada (la libertad sexual).

En los casos de conductas de un subordinado sobre un superior, el artículo 42.1 del nuevo Código Penal Militar no contempla la distinción anterior y establece, en primer lugar, una remisión genérica —como acabamos de ver— a todos los delitos contra la libertad sexual comprendidos en el título VIII del libro II del Código Penal (agresiones, abusos o acosos sexuales) y, a continuación, establece la pena que corresponde por la lesión del bien jurídico contra la disciplina «sin perjuicio de la pena que corresponda

por [...] las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal».

Si entendemos que entre esos *otros atentados contra la libertad sexual* se deben considerar comprendidos todos los castigados en el título VIII del libro II del Código Penal, habrá que concluir que, en el caso de los acosos sexuales —y a diferencia de lo que ocurre en los delitos de abuso de autoridad y entre militares del mismo empleo, que, como sabemos, se castigan solo con la pena prevista en el Código Penal Militar— en el caso de que la acción sea de un subordinado sobre un superior habrá que imponer, además de la pena prevista en el artículo 42.2 (por el delito contra la disciplina), la del artículo 184 del Código Penal (por el delito contra la libertad sexual).

La conclusión es que la regulación de estos tipos en el Código Penal Militar de 2015 no es armónica, sin que parezca lógico distinguir el tratamiento penológico de los delitos de acoso sexual cuando supongan además un delito de insulto a superior (supuestos en los que parece que se impondrán dos penas) de aquellos casos en que el acoso concorra con un delito de abuso de autoridad o contra el ejercicio de los derechos fundamentales por los militares (supuestos en los que solo se impondrá la pena del Código Penal Militar).

Es cierto que, por la estructura de la acción en el delito de acoso sexual, será ciertamente difícil que se produzca esa conducta en el seno de las Fuerzas Armadas actuando como sujeto activo un militar de menor empleo que la víctima del acoso, puesto que el superior tendrá siempre a su alcance el ordenamiento disciplinario y penal para poner coto a los primeros actos en los que el acoso pueda —por reiteración— llegar a manifestarse como una posibilidad.

Por último, hay que advertir que el castigo *autónomo* de los delitos contra la libertad sexual impone a los tribunales militares la obligación de aplicar la abundante y minuciosa doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en interpretación de los correspondientes tipos del Código Penal, habiéndose ya planteado, siquiera incidentalmente, a la Fiscalía Togada cuestiones tan relevantes como la distinción entre la agresión sexual consumada y la violación intentada o las lesiones físicas o psíquicas que puedan considerarse incluidas en el tipo penal de la agresión sexual o, por el contrario, no estén comprendidas en ella e integren un delito de lesiones autónomo que podrá entrar también en concurso, en su caso, con el delito contra la disciplina y el delito contra la libertad sexual.

4.4 *NON BIS IN IDEM*

La utilización de la expresión «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» en algunos de los nuevos tipos penales militares de los que nos estamos ocupando puede provocar dudas respecto de si esa doble incriminación supondría una lesión del principio *non bis in idem*. Entendemos que el análisis y la solución de esta cuestión debe realizarse desde el plano de los bienes jurídicos que cada figura delictiva trata de proteger y, por ello, creemos que debe hacerse un tratamiento diferenciado de los delitos contra la disciplina (insulto a superior y abuso de autoridad) respecto de los delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas por los militares.

4.4.1. Delitos contra la disciplina

Como regla general entendemos que no se vulnera el principio *non bis in idem* cuando la doble incriminación se basa en que una misma acción produce la lesión de dos bienes jurídicos distintos, uno de naturaleza militar y otro común, como se deduce de la reiterada jurisprudencia que ha elaborado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en torno a delitos comunes con una estructura semejante a la de aquellos preceptos del nuevo Código Penal Militar y en los que se cuenta con un precepto de la parte especial del Código que obliga a penarlos por separado.

Traemos aquí únicamente, a modo de ejemplo, dos sentencias de la Sala Segunda de entre las muchas que pueden encontrarse interpretando preceptos del Código Penal que utilizan la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...»; una por el delito de maltrato en el ámbito familiar del antiguo artículo 153 del Código Penal (hoy, castigado en el artículo 173, como delito contra la integridad moral), y la otra interpretando el artículo 177, disposición común a todos los delitos contra la integridad moral:

Sentencia de 19 de octubre de 2010²²

«[...] merece especial atención la reciente STS 474/2010, de 17 de mayo, que, al examinar un recurso de casación con manifiestas similitudes al presente, expone: “El recurrente considera que las amenazas

²² Ponente Sr. Ramos Gancedo. ECLI: ES:TS:2010:6027.

(constituidas por la expresión ‘te voy a matar’), estarían integradas en la situación de clima de dominación o terror que constituye elemento del tipo descrito en el art. 173 CP, por el que también ha sido condenado, por lo que con ello se vulnera el principio *non bis in idem*”.

»Se recuerda que la jurisprudencia de esta Sala ha venido a considerar que las distintas agresiones puntuales han de ser castigadas de forma independiente (SSTS núm. 927/2000, de 24 de junio; y núm. 1161/2000, de 26 de junio de 2000).

»La STS núm. 414/2003, de 24-3-2003 (y en el mismo sentido la STS 701/2003, de 16 de mayo), precisó que “el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el art. 153 del CP (la referencia está hecha al antiguo art. 153, antes de la reforma operada por la LO 11/2003) constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995. Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el título III del libro II, que tiene por rúbrica ‘De las lesiones’, porque el bien jurídico protegido por el art. 153 CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes —art. 15—, y en el derecho a la seguridad —art. 17—, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39 (en este sentido STS 927/2000, de 24 de junio y 662/2002, de 18 de abril)”.

»Y la misma sentencia recordó que “los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *non bis in idem*. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las

personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS 20/2001, de 22 de enero)”.

»Por su parte, la STS 14-5-2004, núm. 645/2004 reiteró que “no cabe hablar de ninguna vulneración del principio *non bis in idem*, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, ‘sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare’ (v. la redacción originaria del art. 153 C. Penal), ‘sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica’ (v. la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999, de 9 de junio), ‘con independencia de que [...] los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores’ (v. art. 173.3 del C. Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio *non bis in idem* (v. STS de 9 de julio de 2001)”».

Sentencia de 31 de mayo de 2003²³

«La compatibilidad del ataque a la integridad moral e incluso las torturas con el resultado lesivo, se establece expresamente en el artículo 177 del Código Penal, por lo que, su castigo como entidades delictivas independientes y con bienes jurídicos de distinta naturaleza permite, como se ha hecho por la sentencia recurrida, castigar por separado, ambos comportamientos delictivos».

De esta doctrina se deduce con meridiana claridad que, en el caso de los delitos contra la disciplina de los artículos 42.1, 46 y 47 del nuevo Código Penal Militar, siendo dos los bienes jurídicos protegidos por las normas en juego —la disciplina, por el precepto del código castrense, y los bienes jurídicos privados (vida, integridad corporal, libertad sexual), por los preceptos del Código Penal—, y siendo dichos bienes jurídicos de

²³ Ponente Sr. Martín Pallín ECLI: ES:TS:2003:3737.

distinta naturaleza, no cabría apreciar lesión del principio *non bis in idem* por el hecho de que se prevea el castigo por separado de ambos delitos.

Pese a ello, hay que recordar que los atentados contra la libertad sexual no son identificados en todos los artículos del nuevo Código Penal Militar de la misma forma, ya que en un caso (insulto a superior; artículo 42.1) la acción delictiva se describe utilizando esa forma genérica —atentados contra la libertad o indemnidad sexuales del superior—, mientras que en los otros dos delitos (abuso de autoridad y entre militares del mismo empleo; artículos 47 y 49, respectivamente) la acción se describe con una referencia limitada a dos de las modalidades de aquellos atentados —las agresiones o los abusos sexuales—. Consecuencia de ello y de la fórmula que se utiliza para la doble incriminación es que el código utiliza expresiones muy semejantes que pueden provocar que el cuestionamiento del principio *non bis in idem* cobre cierto vigor, al poder alegarse que se está penando dos veces la misma acción. En efecto, el artículo 47 castiga al que realice «actos de agresión o abuso sexuales, [...] con la pena de [...], sin perjuicio de las [penas] que correspondan por [...] las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal».

Entendemos, no obstante, por las mismas razones antes expuestas —la lesión de bienes jurídicos de distinta naturaleza y la existencia de una regla penológica especial— que tampoco en estos casos hay vulneración del principio *non bis in idem*, toda vez que la identificación de los atentados contra la libertad sexual castigados en el artículo 47 con la mención de su nombre específico —agresiones y abusos— no deja de ser simple consecuencia de la diferente técnica utilizada por el legislador del nuevo Código castrense al castigar por separado, en el caso de tales atentados graves, la lesión del bien jurídico militar y la del delito común, mientras que en otros atentados menos graves contra la libertad sexual —acosos (artículos 48 y 50) — optó el legislador por establecer una pena que abarcaba ya la lesión de ambos bienes jurídicos.

4.4.2. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares

Pese a que, en un primer momento, podría pensarse que cuanto acabamos de decir respecto del principio *non bis in idem* en los artículos 42.1, 46 y 47 del nuevo Código Penal Militar sería también predicable del artículo 49, por su semejanza, sobre todo, con el tipo penal del artículo 47 —con la única diferencia de que el sujeto activo será ahora un militar del mismo empleo que el

sujeto pasivo—, si analizamos la cuestión desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos, la conclusión parece ser precisamente la contraria.

En efecto, ya sabemos que, en aquellos delitos, la utilización de la cláusula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» obedece a que en ellos, con una misma acción, se produce o se puede producir la lesión de dos bienes jurídicos distintos: la disciplina —que se castiga con la pena prevista en el Código Penal Militar—, y la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, etc. —que se castiga con la pena prevista en el Código Penal para los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos—.

Sin embargo, en el caso de los delitos previstos y castigados de la misma forma en el artículo 49 del Código Penal Militar, el bien jurídico militar (?) que trata de proteger el precepto es, según reza el epígrafe del capítulo en el que se encuadra, el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por los militares, mientras que el bien jurídico que trata de proteger el delito previsto en el Código Penal, que también habrá que aplicar por la fórmula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...», será la vida o la integridad física del sujeto pasivo, en el maltrato de obra; la libertad sexual de este, en las agresiones o abusos sexuales, y la integridad moral en el trato degradante, inhumano o humillante. Vida, integridad física y moral y libertad sexual —como parcela de la libertad personal— reconocidos como derechos fundamentales en los artículos 15 y 17 de nuestra Constitución.

Y en este punto es obligado preguntarse si estos bienes jurídicos —vida, integridad física y moral y libertad sexual—, son algo distinto de los correspondientes derechos fundamentales cuyo libre ejercicio por los militares trata de proteger, como bien jurídico, el delito del artículo 49 del nuevo Código Penal Militar.

En principio, podría pensarse que existe un bien jurídico colectivo o supraindividual, distinto y autónomo de esos bienes jurídicos personales —y de naturaleza militar—, consistente en la necesidad de mantener, en el seno de las Fuerzas Armadas, el respeto colectivo (?) de los derechos fundamentales; pero lo cierto es que las conductas que se castigan en los artículos 49 y 50 del Código Penal Militar no son otra cosa que figuras delictivas que tratan de tutelar los más básicos bienes jurídicos personales: la vida y la integridad física (frente al maltrato de obra), la integridad moral (en el trato degradante, inhumano o humillante), la libertad sexual (en las agresiones, abusos y acosos sexuales), la libertad (en las amenazas y coacciones), el honor (en las injurias y calumnias), la intimidad y la dignidad (en los atentados contra tales derechos) o la igualdad (en el delito de discriminación). Por lo que cabe preguntarse si no estaremos ante un bien jurídico

supraindividual —el respeto de los derechos fundamentales en las Fuerzas Armadas— que se ha construido mediante simples generalizaciones o abstracciones de lo que son auténticos bienes individuales.

De especial interés en este punto resulta un reciente pronunciamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que se ocupa de un supuesto en el que el Código Penal utiliza la conocido fórmula de «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos» y en el que se analiza la formulación por el legislador penal, en ocasiones de forma artificiosa, de bienes jurídicos colectivos. Se trata de la sentencia de 22 de febrero de 2017²⁴, dictada en el caso de una condena conjunta por los delitos de ciberacoso sexual infantil (*child grooming*), del actual art. 183 ter (que incorpora la cláusula «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos»), y de abuso sexual a un menor de trece años, del artículo 183, ambos del Código Penal²⁵. Pese a la extensión de los argumentos que se utilizan, consideramos que, por el interés que representan, deben ser reproducidos:

«El Tribunal de Instancia considera que el bien jurídico que tutela el art. 183 bis del Código Penal (actual 183 ter) es la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad, criterio que también ha sostenido esta Sala en las sentencias anteriormente reseñadas. Ambos tipos penales [183 y 183 bis] tutelan, pues, la indemnidad sexual de los menores, entendida no solo como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también como la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor (según se plasma en la propia exposición de motivos de la LO 5/2010). Con respecto al delito de abuso sexual de menores, así lo tiene afirmado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala. Y en lo que se refiere al delito del art. 183 bis del Código Penal, ha de acogerse igual conclusión.

»Así las cosas, ha de dilucidarse ahora si el bien jurídico que tutelan los dos tipos penales aplicados es el mismo o si concurre algún otro bien jurídico a mayores que justifique la aplicación de ambos tipos penales [por virtud de la cláusula “sin perjuicio de la pena que corresponda por...”].

»A este respecto, con el fin de activar y extender el alcance interpretativo de la cláusula concursal que prevé el art. 183 bis del Código Penal (actual 183 ter), algún sector doctrinal ha traído a colación otros bienes

²⁴ Ponente Sr. Jorge Barreiro. ECLI: ES:TS:2017:692.

²⁵ Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha elevado a dieciséis años la edad el menor protegido por este precepto y el antiguo artículo 183 bis —en el que se castiga el *child grooming* y por el que se condenó en el caso aquí citado— ha pasado a ser el actual artículo 183 ter.

jurídicos para legitimar el concurso de delitos en supuestos muy cuestionables. De modo que se han aportado criterios hermenéuticos en la línea de que el precepto tutela bienes colectivos o supraindividuales autónomos con respecto a los que puedan amparar el delito-fin que se busca perpetrar mediante los acercamientos que proporcionan las tecnologías de la información y comunicación. Y en tal sentido se ha destacado como bien supraindividual o colectivo tutelado por el art. 183 bis del Código Penal (según redacción de LO 5/2010) la *seguridad de la infancia*.

»Tales pautas interpretativas no se consideran sorprendentes ni chocantes si se pondera que no resulta anómala la opción legislativa de acudir a la instrumentación de bienes supraindividuales o colectivos como bienes intermedios para anticipar la tutela de los que son realmente injustos materiales relativos a bienes jurídicos básicos de carácter individual, como sucede aquí con la indemnidad y la libertad sexual (en otros casos son la vida y la salud personal o individual). Ello obedece a que, como se ha advertido por la doctrina, se crean delitos de peligro para adelantar la protección de un bien jurídico individual, delitos que se ubican bajo el rótulo de bienes colectivos o supraindividuales. Esto, lógicamente, acaba generando problemas concursales cuando el peligro se materializa en lo que ha de considerarse como un delito de lesión que tiene tipificación propia. Y es que en tales situaciones se corre el riesgo de penar conjuntamente como dos bienes jurídicos sustancialmente diferentes o autónomos lo que constituye un mismo bien jurídico contemplado desde dos perspectivas: la de la fase de peligro y la de su materialización.

»Parece claro que todo delito de peligro tiene como objetivo adelantar las barreras de protección de un bien jurídico concreto con el fin de protegerlo de modalidades previas de conducta que suelen acabar menoscabándolo dada la forma habitual de desarrollarse en la práctica la dinámica delictiva. Por lo tanto, al buscar como objetivo castigar esas conductas que generan inseguridad para el bien que se pone en riesgo resulta patente que se está tutelando la seguridad del mismo. Ahora bien, si este estado de seguridad que se busca con la anticipación del castigo penal se constituye artificialmente en bien jurídico autónomo susceptible de generar un concurso real con el delito que protege los ataques directos al mismo bien jurídico cuya seguridad se buscaba, es muy fácil que se incurra en la infracción del principio *non bis in idem*.

»A todo este cúmulo de circunstancias ha de sumarse lo fácil y propicio que resulta crear bienes supraindividuales o colectivos acudiendo a conceptos y denominaciones que constituyen en realidad meras gene-

ralizaciones o abstracciones de lo que son auténticos bienes individuales de suma relevancia (salud pública, seguridad del tráfico, seguridad en el trabajo, seguridad de la infancia, etc.).

»Pues bien, todo ello es lo que ocurre en gran medida en el presente caso con el delito previsto en el art. 183 bis del Código Penal (actual 183 ter) cuando se pretende otorgarle autonomía propia en el plano interpretativo por la vía de generar un bien supraindividual o colectivo —denominados también en algunos supuestos como bienes intermedios con referencia individual— que venga a sustituir o complementar el bien de la indemnidad sexual, opción hermenéutica que permite convertir lo que es un concurso de normas en un concurso de delitos. [...]

»Frente a ello no cabe, pues, acudir a un sujeto pasivo colectivo, como puede ser la infancia en general, pretendiendo justificar la aplicación de un concurso real de delitos por entender que el autor, antes de seleccionar a su víctima, ha puesto en peligro a los sujetos de su edad que se hallan conectados a Internet y los cuales podrían haber sido posibles sujetos pasivos de la acción delictiva. La creación de un tipo penal de esa índole, con un sujeto pasivo indeterminado y un bien jurídico colectivo que permitiera establecer un tipo penal compatible con el correspondiente al delito-fin, ha de verse como una interpretación artificiosa contra reo que contradice la prohibición del *bis in idem*.

»Por consiguiente, la aplicación de la cláusula concursal que recoge el propio artículo 183 bis del Código Penal, si no queremos que se infrinja el principio *non bis in idem* (art. 25 CE), ha de reservarse para los supuestos en que los actos que contempla la norma sean ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor».

Como decíamos antes, la lectura de estos argumentos hace que nos surja la duda de si el título III del libro II del Código Penal Militar no habrá creado un bien jurídico supraindividual o colectivo —el respeto a los derechos fundamentales en las Fuerzas Armadas— acudiendo a conceptos y denominaciones que constituyen en realidad meras generalizaciones o abstracciones de lo que son auténticos bienes jurídicos individuales. Si ello fuera así, habría que concluir que el artículo 49, al castigar el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante y las agresiones o abusos sexuales entre militares del mismo empleo, «sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectiva-

mente cometidos, conforme al Código Penal», estaría incurriendo en una técnica legislativa que contradice la prohibición del *bis in idem*.

Sin embargo, este mismo reproche no puede formularse respecto del otro precepto del mismo título —el artículo 50— toda vez que los delitos que en él se enumeran se castigan con una sola pena (sin utilizar la cláusula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...») con la que —aparentemente— se cubriría el desvalor tanto de aquel bien jurídico colectivo como del bien individual y personal propio la víctima del delito²⁶.

Sin duda deberán ser la práctica, la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo las que arrojen luz sobre esta delicada cuestión.

5. CUESTIONES CONCURSALES

5.1. LA TESIS DEL CONCURSO IDEAL. LA SENTENCIA DE LA SALA QUINTA DE 20 DE JULIO DE 2016

El origen de las cuestiones concursales que plantea la regulación de los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal Militar de 2015 no es otro que los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016²⁷, formulados a propósito de la determinación de la ley penal más favorable tras la promulgación del nuevo Código Penal Militar:

²⁶ En este punto podría recordarse que, en el derogado Código Penal Militar de 1985, el único precepto semejante (en parte) al del vigente artículo 49 —por aquello de tratarse de conductas entre militares del mismo empleo— era el ya citado artículo 162, que castigaba al «Oficial General, Oficial o Suboficial que públicamente agrediese a otro militar» y que se encuadraba entre los «delitos contra el decoro militar». Sobre el bien jurídico protegido en este caso pueden consultarse los razonamientos que exponía CORRALES ELIZONDO, A. *Comentarios al Código Penal Militar*. BLECUA FRAGA, Ramón; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (Coords.). Madrid: Civitas 1988, pp. 1779 a 1822. El antiguo oficial del Cuerpo Jurídico de la Armada y magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo se ocupaba en sus comentarios del bien jurídico protegido por aquel precepto y los restantes incluidos en el capítulo VIII del título VI del libro II del antiguo Código, argumentando que «el honor debería haber precedido un capítulo de Código Penal Militar, rubricándolo, incluyendo figuras no previstas, algunas de ellas con notorio arraigo en el Derecho español y en el comparado [...]»; y que «el decoro [al que antes ha calificado de descendiente distorsionado y empequeñecido del honor] es término que no inspira en sí mismo, al menos terminológicamente y, como podrá analizarse, tampoco a la vista de los tipos relacionados, un bien de entidad suficiente como para encabezar un capítulo del Código Penal Militar, ni de ningún Código Penal».

²⁷ Ponente Sr. Pignatelli Merca. ECLI:ES:TS:2016:3881.

«En ambos casos, es decir, tanto en el supuesto del artículo 42 —insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra— como en el del artículo 46 —abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado—, ambos del Código Penal Militar de 2015, hemos de significar, a estos efectos penológicos, que deben ahora valorarse, también, los resultados que se deriven del comportamiento delictivo, que se sancionarán ahora bajo el sistema, favorecedor del reo, del concurso ideal heterogéneo de delitos —en cuanto el mismo hecho realiza delitos distintos, al ser susceptible de ser valorado idealmente como lesivo de bienes jurídicos diferentes— a través de la frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal”, al que se refiere el primer inciso del apartado 1 del artículo 77 del Código Penal, en la redacción conferida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo —que se limitó a introducir una nueva letra e) en este apartado 1²⁸—, dado que, del tenor de ambos preceptos, resulta que el mismo hecho —entendido como distintas acciones punibles coincidentes, al menos, parcialmente, de modo que se pueda constatar una identidad cuanto menos parcial del presupuesto fáctico, de los actos de ejecución que estén en la base de las distintas realizaciones típicas o delitos concurrentes, por lo que existe unidad o identidad de acción— puede constituir, eventualmente, en razón del resultado que produzca, dos o más infracciones, por lo que, en tal caso, no solo es posible sino necesario imputar, acumulativamente, a ese hecho una pluralidad de realizaciones típicas, en la medida en que ninguna de ellas basta por sí sola para colmar el contenido antijurídico del sustrato fáctico enunciado, puesto que el legislador penal militar de 2015 no ha querido construir estos delitos —y todos aquellos en los que introduce la frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal”— como cualificados por el resultado —repudiando así la técnica seguida en los artículos 99 y 104 del código derogado—, limitándose a castigar con una pena privativa de libertad ciertamente elevada la conducta de insulto a superior o abuso de autoridad, en sus modalidades de maltrato de obra a superior o a subordinado, y previendo la posibilidad de castigar, en su caso, cualquier resultado ulterior eventualmente producido, y susceptible de ser incardinado en otro precepto del Código Penal, además de la acción que se tipifica, mediante el sistema del concurso ideal.

²⁸ La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo una nueva letra e) en el apartado 1 del artículo 76, n.º 77, del Código Penal, que regula el tiempo máximo de cumplimiento efectivo de la condena.

»La función de la aludida frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal” es, pues, clarificar que en tal supuesto se aplicarán las reglas del apartado 2 del artículo 77 del Código Penal —la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que exceda de la que represente la suma de las penas que correspondería aplicar si las infracciones se penaran separadamente, si bien si la pena así computada excediere de tal límite, se castigarán las infracciones por separado—».

No ofrece duda, como vemos, el tenor de esta sentencia al considerar que, en los supuestos de los artículos 42 (insulto a superior) y 46 (abuso de autoridad) del nuevo Código Penal Militar, el sentido de la expresión «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal» es clarificar que en tal supuesto se aplicará la regla del concurso ideal de delitos —«el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos» del artículo 77.1 del Código Penal—, conforme a la cual «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave», con el límite y la salvedad previstos en la propia norma (artículo 77.2).

Tres observaciones es necesario formular respecto de dicha sentencia:

a) La primera, que esas consideraciones las formula la Sala Quinta en el momento de ocuparse de determinar la ley penal más favorable²⁹ en el caso de sendos delitos de insulto a superior y abuso de autoridad cometidos —y castigados en la instancia— bajo la vigencia del Código Penal Militar de 1985, pero en los que los recursos de casación formulados se iban a decidir cuando ya había entrado en vigor el nuevo Código Penal Militar y, por tanto, aquella Sala del Tribunal Supremo debía dar cumplimiento a lo establecido en las disposiciones transitorias primera y tercera

²⁹ En este caso, la Sala Quinta se plantea el estudio de la ley penal más favorable al inicio de su sentencia, antes de abordar el estudio de los diferentes motivos de casación, contradiciendo el tenor de su auto de 17 de diciembre de 2008, conforme al cual «[...] formalizado el recurso de casación ante esta Sala Quinta [...], habrá de concluirse en primer término y en relación con dicho recurso, si procede confirmar la sentencia impugnada o ésta debe ser revocada, al apreciar alguno de los motivos de casación formalizados por el recurrente. Solo si la sentencia dictada por el Tribunal de instancia no fuera susceptible de revocación por estimación de dichos motivos y hubiera de ser confirmada, habría de plantearse la posible aplicación de la ley más favorable, sin quedar limitado el recurso a resolver tal cuestión». Por tanto, cuando la sentencia recurrida en casación debe ser revocada y la causa devuelta al Tribunal de Instancia para que dicte otra nueva, será ese Tribunal de Instancia el que proceda a determinar la ley penal más favorable.

de dicho código respecto de la aplicación de la ley penal más favorable al reo. En este estudio comparativo, la Sala entiende (en los cuatro primeros párrafos del fundamento de derecho segundo de la sentencia) que el nuevo código no es más favorable, para los reos de uno y otro delito, que el código derogado y, pese a ello, sigue adelante en sus razonamientos (párrafos quinto y siguientes) y se adentra —aparentemente *obiter dicta*— en el análisis del significado de la frase «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal»; en el que concluye, como hemos visto, entendiéndolo que debe aplicarse la regla penológica del concurso ideal. No se trata, por tanto, de una sentencia en la que la Sala se esté pronunciando expresamente sobre una condena por alguno de los artículos del nuevo Código Penal Militar en los que se utiliza la mencionada expresión del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...».

b) La segunda, que, en el momento de redactar este trabajo, no existe otro pronunciamiento semejante de la misma Sala.

c) La tercera, que, tampoco hasta este momento, se ha pronunciado la Sala Quinta del Tribunal Supremo frente a una condena por alguno de los preceptos del nuevo código que utilizan la fórmula del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...».

Todo esto nos lleva a concluir que la doctrina contenida en la sentencia que nos ocupa debe ser tomada como una primera aproximación de la Sala Quinta a la cláusula del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...» en el nuevo Código Penal Militar, pero que no parece ser todavía una toma de postura definitiva sobre la misma.

5.2. DELITOS PLURIOFENSIVOS Y CONCURSO IDEAL

Como reconocen unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, los delitos de insulto a superior y abuso de autoridad son de naturaleza pluriofensiva, pues, además del bien jurídico de la disciplina —que debe imperar en las Fuerzas Armadas como principio básico de organización—, pueden resultar lesionados bienes jurídicos privados de la víctima, como la vida, la integridad física o moral (manifestación directa de la dignidad humana) o la libertad sexual. Otro tanto ocurre —sin perjuicio del problema de bienes jurídicos que acabamos de poner de relieve en el punto 4.4.2 de este trabajo— con los delitos de nuevo cuño de los artículos 49 y 50 del Código Penal Militar de 2015, en los que resultarán lesionados tanto el bien jurídico

del libre ejercicio de sus derechos fundamentales por los militares, como aquellos mismos bienes jurídicos de naturaleza privada de la víctima.

Sin poder extendernos aquí mucho en esta cuestión, no estará de más recordar —siguiendo a García Albero— que existe concurso ideal de delitos cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones; en definitiva, cuando no solo es posible, sino necesario, imputar a un hecho una pluralidad de realizaciones típicas, en la medida que ninguna de ellas basta, por sí sola, para colmar el contenido antijurídico del sustrato enjuiciado. Esta definición deslinda el concurso ideal de delitos del concurso de leyes, en donde también el hecho o los hechos enjuiciados suponen una pluralidad de realizaciones típicas, pero estas no pueden imputarse acumulativamente so pena de infringir el principio *non bis in idem*. En el primer caso existirá una pluralidad de infracciones y en el segundo, unidad de infracción³⁰.

Por ello, si desterramos —como ha hecho el nuevo Código Penal Militar— la obsoleta técnica de los delitos cualificados por el resultado, los delitos de insulto a superior, abuso de autoridad o contra el ejercicio de los derechos fundamentales por los militares, de los que nos estamos ocupando, serían candidatos idóneos para integrar supuestos de concurso ideal de delitos con los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad sexual o la integridad moral, dado que —en los supuestos más típicos de todos aquellos— una sola acción produce un único resultado, pero lesiona dos o más bienes jurídicos y llena, por tanto, varios tipos penales.

La consecuencia de ello sería la aplicación de la regla propia del concurso ideal de delitos contenida en el artículo 77.2 del Código Penal: «se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado».

Sin embargo, como a continuación vamos a ver, el legislador del Código Penal Militar de 2015 no ha optado por esta posibilidad y ha regulado aquellos delitos introduciendo en los artículos 42.1 (insulto a superior), 46, 47 (abuso de autoridad) y 49 (entre militares del mismo empleo) una regla penológica especial.

³⁰ GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al nuevo Código Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). Pamplona: Editorial Aranzadi 1996, p. 419.

5.3. LA REGLA PENOLÓGICA ESPECIAL

5.3.1. Los supuestos legales

Como venimos diciendo, el nuevo Código Penal Militar ha establecido, en los artículos 42.1, 46, 47 y 49, que los hechos en ellos tipificados se castigarán con la pena concreta que se establece en el propio código castrense para el delito militar —esto es, para la lesión del bien jurídico castrense—, pero añadiendo «sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por los resultados lesivos producidos o las agresiones y otros atentados contra la libertad o indemnidad sexuales efectivamente cometidos, conforme al Código Penal». La determinación del significado de esta técnica normativa constituye uno de los objetivos centrales de este trabajo.

Comenzaremos señalando que, para el *Diccionario de la Real Academia Española*, la locución adverbial *sin perjuicio* significa «dejando a salvo», y la locución adverbial *dejar a salvo* significa «exceptuar, sacar a parte».

Pese a lo confuso que pueden resultar tales definiciones sucesivas y frente al sentido de *supuestos excluyentes* que en ocasiones se le otorga en el lenguaje común a aquellos que aparecen unidos por la expresión *sin perjuicio*, lo cierto es que, en el sentido jurídico que aquí debemos utilizar, lo que indica esa expresión es una situación de *supuestos concurrentes*, esto es, hablando de normas jurídicas, una situación de aplicación simultánea de dos o más normas. Una norma se aplica sin perjuicio de que también deba aplicarse otra. Ningún otro sentido se desprende de la relación de supuestos que a continuación vamos a enumerar en los que se utiliza la cláusula «sin perjuicio», tal y como han sido interpretada por la jurisprudencia.

A) Código Penal

El Código Penal, en la actual redacción de su parte especial, contiene hasta treinta y cuatro artículos (salvo error u omisión) en los que se describen tipos penales que utilizan la misma expresión; a saber:

Artículos 173.2, violencia física o psíquica habitual en el ámbito familiar; 177 bis.9, trata de seres humanos; 180.1.5.^a, agresiones sexuales; 183 ter.1, abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años; 187.3 y 188.5, prostitución, explotación sexual y corrupción de menores; 223, quebrantamiento de deberes de custodia; 229, abandono de menores o incapaces; 242.1, robo; 243, extorsión; 278, delitos relativos al mercado y a los

consumidores; 282, publicidad engañosa; 284, maquinaciones para alterar el precio de las cosas; 292, delitos societarios; 327, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente; 350, delitos de riesgo provocado por explosivos y otros agentes; 419, cohecho; 444, solicitud favores sexuales por funcionario; 464.2, obstrucción a la Justicia, represalias contra testigos, peritos, etc.; 492 y 499, delitos contra las Instituciones del Estado; 514.5 y 534, delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales; 557.1 y 557 bis, desórdenes públicos; 576.3 y 577.2, terrorismo; 607 bis.2., delitos de lesa humanidad; 609, 610, 611 y 612, delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y 616 ter y 616, quater (piratería).

Además, otros dos preceptos del Código Penal emplean una expresión equivalente, aunque más precisa: «se castigarán los hechos separadamente con la pena que corresponda por»:

Artículos 177 (disposición común a las torturas y otros delitos contra la integridad moral) y 346 (estragos).

Asumiendo el riesgo a alargar en exceso la extensión de este trabajo, dejamos constancia a continuación de aquellos tipos penales que pueden resultar más significativos para el objeto y los fines del presente comentario, con cita de alguna de las sentencias en las que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el sentido que debe otorgarse a la referida locución adverbial desde el punto de vista del concurso de delitos:

Artículo 173.2 Violencia física o psíquica habitual en el ámbito familiar

El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos [...] será castigado con la pena de [...] sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica³¹.

Sentencia de 16 de abril de 2002³²

«El delito del artículo 153 del Código Penal [...] conlleva la protección de la dignidad de la persona en el seno de la familia, aun cuando

³¹ Téngase presente que, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la violencia habitual en el entorno familiar se castigaba en el artículo 153 del Código Penal, por lo que la doctrina de determinadas sentencias interpretando este último precepto es trasladable a la actual redacción del artículo 173.2 (como ocurre con la de 16 de abril de 2002 que se transcribe).

³² Ponente Sr. Saavedra Ruiz. ECLI: ES:TS:2002:2684.

sistemáticamente se encuadra dentro de las lesiones, consistiendo la conducta típica en ejercer violencia física o psíquica, después de la última reforma, habitualmente sobre las personas enumeradas en el precepto, siendo un delito de mera actividad, lo que equivale a que el resultado es ajeno a la acción típica, es decir, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo existirá un concurso real, y, así, el último inciso del texto vigente, con ligeras variantes respecto del anterior, expresa “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”».

Sentencia de 19 de septiembre de 2005³³

«Existe una norma expresa para los posibles concursos de delitos, recogida en el inciso final que acabamos de reproducir, que permite sancionar por separado, como si de un concurso real se tratara y, por tanto, sin lesión del principio *non bis in idem*, porque prevé la pena de este delito del art. 153 [en su redacción anterior a la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre] como imponible además de aquellas otras relativas a cada una de esas violencias físicas o psíquicas».

Sentencia de 29 de enero de 2009³⁴

«Hay que sancionar por separado este delito de violencia habitual del art. 173.2 y las demás infracciones concretas que hubieran podido cometerse en la realización de cada una de esas acciones cuya total apreciación constituye este delito que tiene en cuenta el conjunto de aquellas infracciones concretas. Es decir, entre aquellas figuras de delitos o faltas individualizadas y este delito habitual hay un concurso real a penar conforme a lo dispuesto en el art. 73 CP: han de imponerse todas las penas correspondientes a las diferentes infracciones».

Artículo 177 Disposición común a las torturas y otros delitos contra la integridad moral

Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, inte-

³³ Ponente Sr. Delgado García. ECLI: ES:TS:2005:5329.

³⁴ Ponente Sr. Delgado García. ECLI: ES:TS:2009:920.

gridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.

Sentencia de 5 de junio de 2003³⁵

«En definitiva, el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el art. 177 del Código Penal».

Sentencia de 18 de febrero de 2008³⁶

«El art. 173 establece, en el tipo de la habitual violencia física, la existencia de concurso entre ese delito y los eventualmente cometidos por el uso de la violencia. Idéntica solución exige el supuesto del trato denigrante. De manera evidente lo establece el art. 177 del Código Penal.

»En la Sentencia n.º 38/2007 ya dijimos: “La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor”.

»No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el Código Penal configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes [la vida, la integridad física, la libertad] de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos».

Sentencia de 15 de octubre de 2014³⁷

«No se puede olvidar que el artículo 177 del Código Penal dispone que si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la

³⁵ Ponente Sr. Sánchez Melgar. ECLI: ES:TS:2003:3870.

³⁶ Ponente Sr. Varela Castro. ECLI: ES:TS:2008:1008.

³⁷ Ponente Sr. Granados Pérez. ECLI: ES:TS:2014:4719.

vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley. Se trata de una regla concursal especial que excluye la aplicación de las normas generales del artículo 77 del Código Penal con la única excepción de que el atentado a la integridad moral esté expresamente previsto en el tipo delictivo de que se trate, supuesto en cuyo caso el conflicto se resolverá por el concurso de normas. [...] La compatibilidad del ataque a la integridad moral e incluso las torturas con el resultado lesivo, se establece expresamente en el artículo 177 del Código Penal por lo que, su castigo como entidades delictivas independientes y con bienes jurídicos de distinta naturaleza permite, como se ha hecho por la sentencia recurrida, castigar por separado, ambos comportamientos delictivos».

Sentencia de 26 de septiembre de 2016³⁸

«No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el Código Penal configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. [...] La idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal».

Artículo 242.1 Robo

El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

³⁸ Ponente Sr. del Moral García. ECLI: ES:TS:2016:4088.

Sentencia de 10 de diciembre de 2009³⁹

«El art. 242.1 del Código Penal, obliga a sancionar autónomamente los atentados personales, al disponer la cláusula de “sin perjuicio”, relativos a la pena que “pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase” (el autor). De otro lado, el concurso ideal de naturaleza instrumental, procederá solamente en aquellos casos en que el *delito medio* sea necesario para el *delito fin*, en términos abstractos, o de necesidad instrumental operativa, sin que tenga que observarse este principio de forma ineludiblemente concreta al caso enjuiciado, pues de otro modo, siempre quedarían amparados por este expediente los delitos periféricos a cualquier acción delictiva, como sería el caso del aprovisionamiento de un arma de fuego con la que dar muerte al ofendido, o la causación de graves lesiones a la víctima de un robo violento. La jurisprudencia viene sosteniendo la doctrina de la sanción autónoma de tales conductas. Únicamente la privación de libertad puede ser considerada en ciertos casos excepcionales como medio para cometer el robo, construyéndose un concurso delictivo⁴⁰».

Artículo 346 Estragos

3. Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido.

Sentencia de 15 de febrero de 2006⁴¹

«El número 3.º del precepto establece que en el caso de que el riesgo mencionado se realice de manera que junto a la destrucción del objetivo, la acción típica produzca un resultado efectivo de lesión o muer-

³⁹ Ponente Sr. Sánchez Melgar. ECLI: ES:TS:2009:8246.

⁴⁰ La jurisprudencia respecto del robo con violencia y el castigo separado de los actos de violencia física que se realicen simultáneamente es, sin duda, de las más elaboradas que podemos encontrar en los supuestos en que el Código utiliza el «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» y atiende básicamente, como pone de relieve la sentencia transcrita, a la necesidad o no de los actos concretos de violencia para la consecución del fin perseguido del apoderamiento. Para el caso del robo con detención ilegal, la amplísima jurisprudencia existente viene a distinguir tres situaciones posibles en orden a la entidad y duración de la detención de la detención, considerando: a) que queda consumida en el robo (concurso de normas) en los casos de inmovilización momentánea de la víctima; b) que entra en concurso medial de delitos con el de robo cuando se trata de una privación de la libertad deambulatoria necesaria para la apropiación de las cosas muebles, y c) que integrará un concurso real con el robo cuando la privación de libertad se produce sin conexión causal, resultando innecesaria para la comisión de los actos de desposesión.

⁴¹ Ponente Sr. Ramos Gancedo. ECLI: ES:TS:2006:620.

te de las personas, estos resultados serán sancionados separadamente con la pena propia del delito que constituyen tales resultados contra la vida o integridad de las personas, es decir, creándose por voluntad del legislador una situación de concurso real de delitos».

Artículo 419 Cohecho

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de [...] sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.

Sentencia de 2 de abril de 2003⁴²

«La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de “medio necesario” que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien, tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea.

»Parece que un criterio seguro para la determinación de la *necesidad* es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo, la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental.

»Desde la perspectiva expuesta, el delito de cohecho de art. 385, Texto Refundido de 1973, cuya estructura típica requiere la aceptación o exigencia de algo económicamente evaluable para la realización de un hecho delictivo, no exige para su consumación la efectiva concurrencia de otro delito, basta su proyección. Es decir, nos encontramos ante un elemento subjetivo del injusto, que el autor debe tener como

⁴² Ponente Sr. Martínez Arrieta. ECLI: ES:TS:2003:2278.

finalidad, aunque no es necesario que efectivamente se cometa el delito para el que se pida la dádiva.

»Si efectivamente concurre ese delito para el cual se cohecha, la concurrencia será real y no como se postula, medial, en la medida en que el tipo penal del cohecho no presente en su estructura típica la exigencia de su realización efectiva».

Artículo 444 Solicitud favores sexuales por funcionario

Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

Sentencia de 28 de enero de 2014⁴³

«Si el acto sexual tuviera lugar existiría un concurso real como claramente se expresa en el artículo 444 del Código Penal en el que se dispone que las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

Artículo 464.2 Obstrucción a la Justicia; represalias contra testigos, peritos, etc.

Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior [denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo], por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.

Sentencia de 1 de junio de 2001⁴⁴

«La norma aplicada, el art. 464.2 del Código Penal, expresamente resuelve el régimen de concurrencia con el delito de amenazas, desechando el concurso de normas y el concurso ideal, se decanta por el concurso real, configurando ambas conductas concurrentes con la imposición de las penas correspondientes a las amenazas y al delito de obstrucción a la justicia».

⁴³ Ponente Sr. Granados Pérez. ECLI: ES:TS:2014:459.

⁴⁴ Ponente Sr. Martínez Arrieta. ECLI: ES:TS:2001:4627.

Sentencia de 12 de marzo de 2012⁴⁵

«En todo caso la realización de tales represalias deben ser subsu-
mibles en un acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, liber-
tad sexual o bienes de las personas, por lo que, consumado el ataque
contra tales bienes, puede entrar en concurso con el delito contra la
Administración de Justicia, concurso que, a la vista del último inciso
del párrafo 2.º del art. 464 “sin perjuicio de la pena correspondiente a la
infracción de que tales hechos sean constitutivos...” habrá de estimarse
como concurso real, con punición independiente por cada delito con
la única limitación temporal prevista en el art. 76 del Código Penal».

Sentencia de 10 de febrero de 2015⁴⁶

«En el caso aquí examinado se producen dos infracciones diferen-
tes, una contra la integridad y otra contra la Administración de Justicia,
pues la segunda no requiere la consumación de la primera, sancionadas
en régimen de concurso real, dada la cláusula contenida en el artículo
464 del Código Penal».

Artículo 557.1 Desórdenes públicos

Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él,
alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o
sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castiga-
dos con una pena de seis meses a tres años de prisión.

Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corres-
ponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran
llevado a cabo.

Sentencia de 28 de febrero de 1998⁴⁷

«Los problemas concursales se derivan de la propia naturaleza del
delito de desórdenes públicos y de la referencia final que el tipo delicti-
vo hace a las penas que puedan corresponder conforme a otros precep-
tos de este Código. En el caso presente no se trata de concurrencia con
los delitos de lesiones, daños o invasión de instalaciones o edificios,
sino con los delitos de atentado y tenencia de explosivos que tienen

⁴⁵ Ponente Sr. Sánchez Melgar. ECLI: ES:TS:2012:2558.

⁴⁶ Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca. ECLI: ES:TS:2015:418.

⁴⁷ Ponente Sr. Martín Pallín. ECLI: ES:TS:1998:1369.

la suficiente autonomía típica como para considerarlos aisladamente y como parte de un concurso real. [...]

»La actividad consistente en lanzar una botella de plástico que contenía un cóctel molotov, y a la que se le prende fuego previamente, contra uno de los agentes citados, supone un plus de antijuridicidad absolutamente diferenciado del delito de desórdenes públicos que ya estaba suficientemente integrado por los hechos descritos. Resulta evidente que se puede cometer perfectamente un delito de desórdenes públicos sin necesidad de atentar contra los agentes de la autoridad.

»Por lo que respecta a la tenencia de objetos inflamables o incendiarios, ya hemos dicho que la utilización de uno solo de ellos, lanzándolo contra un agente de la autoridad pudiera subsumirse en el subtipo agravado del delito de atentado (utilización de medios peligrosos), pero la posesión en una bolsa que portaba el acusado de otras botellas inflamables que no fueron utilizadas, constituye autónomamente el delito de depósito por el que ha sido condenado».

Artículo 616 ter Piratería

El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.

Sentencia de 2 de abril de 2014⁴⁸

«Debe resaltarse que el legislador haya previsto específicamente el concurso real en el segundo párrafo y en relación con los delitos cometidos además del de piratería descrito en el párrafo primero del precepto que comentamos».⁴⁹

⁴⁸ Ponente Sr. Saavedra Ruiz. ECLI: ES:TS:2014:1347.

⁴⁹ No puede concluirse esta relación de preceptos del Código Penal que utilizan la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» sin hacer siquiera una mínima referencia al artículo 229, que, al castigar el delito de abandono de menores o incapaces, dispone:

«Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave».

B) Código Penal Militar de 1985

El código castrense derogado solo contenía un precepto de su parte especial en el que se utilizase la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...»:

Artículo 182 Delitos contra la Administración de la Justicia Militar

El que durante las distintas fases de tramitación de un procedimiento judicial militar ejerciere coacciones, violencia o intimidación con el fin de obtener o impedir confesión, testimonio, informe o traducción; será castigado con la pena de un año a seis años de prisión.

Si cometiere cualquier otro delito con los mismos fines del párrafo anterior, incurrirá en la misma pena, sin perjuicio de la correspondiente al otro delito cometido.

Precepto equivalente al del artículo 464 del Código Penal, aunque en ninguna de las dos ocasiones en las que la Sala Quinta se ha ocupado de este artículo se abordaron cuestiones concursales⁵⁰.

C) Código Penal Militar de 2015

En el caso del Código Penal Militar de 2015 los artículos que utilizan la fórmula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos con arreglo al Código Penal» son, además de aquellos ya transcritos (42.1, 46, 47 y 49), los siguientes:

Artículo 34 Maltrato de obra a centinela

El que desobedeciere o hiciera resistencia a órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si le maltratare de obra será castigado con la pena de cuatro meses a tres años de

Sin duda, de todos los que aquí citamos, este es el precepto cuya interpretación presenta más dificultad por virtud de la literalidad de la frase en la que se inserta la locución adverbial *sin perjuicio* y, muy especialmente, por la referencia a *otro delito más grave* con la que concluye (referencia que falta en el resto de tipos que estamos repasando). Frente a lo que parecería querer decir el Código Penal —esto es, que en este caso, el castigo del delito más grave (generalmente se tratará de un delito de resultado) excluye la aplicación de las penas previstas en el propio precepto para el delito de riesgo— autores como Prats Canut entienden que el apartado 3 de este artículo 229 contempla un supuesto de concurso de delitos y, por lo tanto, de aplicación de las penas previstas para los dos tipos penales. PRATS CANUT, J. M. *Comentarios al nuevo Código Penal*. QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). Pamplona: Editorial Aranzadi 1996, p. 1077.

⁵⁰ Sentencias de 28 de junio de 1995, ponente Sr. Mayor Bordes (ECLI:ES:TS:1995:3802) y 16 de noviembre de 1999, ponente Sr. Ruiz-Jarabo Ferrán (ECLI:ES:TS:1999:7237).

prisión, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Artículo 38 Sedición militar con maltrato de obra a superior

[...] Se impondrán las penas señaladas en el párrafo anterior, incrementadas en un quinto de su límite máximo, cuando concurriere alguna de las circunstancias siguientes: [...] 3.º Que se hubiere maltratado de obra a superior, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal.

Artículo 59 Inutilizar a un militar para eximirlo del servicio

[...] En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, inutilizare o facilitare la simulación a un militar, con el mismo fin a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose la pena en su mitad superior si el autor fuese personal sanitario, sin perjuicio de las penas que correspondan por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal.

Artículo 65.1 Exceso en el ejercicio del mando empleando violencias innecesarias

El militar que en el ejercicio del mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo, cargo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos, conforme al Código Penal.

Artículo 75.3º Contra la eficacia del servicio

Será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión el militar que:

1.º Ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento afecto a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil actos que puedan producir incendio o estragos, u originare un grave riesgo para la seguridad de la fuerza, unidad, establecimiento, buque de guerra, buque de la Guardia Civil o aeronave militar.

2.º Embarcare en buque de guerra o aeronave militar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

3.º Incumpliere, con infracción de lo establecido en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, sus deberes militares fundamentales, o los deberes técnicos esenciales de su función específica, ocasionando grave daño para el servicio, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal. Cuando los hechos descritos en este apartado se cometieren por imprudencia grave, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión o multa de dos a seis meses.

A diferencia de lo que ocurre con los artículos anteriores, en los que los *resultados lesivos producidos* son daños causados a personas (las víctimas de los maltratos de obra o de la inutilización para el servicio), en este último supuesto de la redacción del precepto parece deducirse que los resultados lesivos producidos a los que se refiere son de carácter material.

5.3.2. La regla del concurso real

Es muy difícil extraer una conclusión unánime del repaso que acabamos de realizar de los tipos penales comunes que incluyen la fórmula del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...»; y ello por varias razones: la primera y más importante, porque la estructura de la acción en todos ellos no es la misma, dado que en muchos casos se trata de conductas complejas que incorporan diversas acciones y diversos hechos, simultáneos o sucesivos, unos necesarios para la comisión del tipo y otros no (como pone de manifiesto, por ejemplo, la abundante jurisprudencia sobre el delito de robo con violencia y su posible concurso con el delito de detención ilegal), y en segundo lugar porque, como ocurre siempre que nos enfrentamos a un posible concurso, además de analizar los bienes jurídicos que se hayan lesionado, hay que estar siempre a las circunstancias del caso concreto para determinar en qué medida un hecho resulta necesario para la comisión del delito inicialmente castigado o puede prescindirse de él, integrando un tipo penal distinto, como pone de manifiesto el hecho de que la jurisprudencia entienda, en situaciones aparentemente semejantes, que el concurso es ideal o es real⁵¹.

⁵¹ Buena prueba de las dificultades que representa la diversidad de supuestos en los que el Código Penal utiliza la fórmula de «sin perjuicio de las penas que correspondan

Sin embargo, del repaso de todos los artículos del Código Penal que antes hemos transcrito antes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Que la figura del Código Penal que más se asemeja a la estructura de los delitos contra la disciplina del nuevo Código Penal Militar es sin duda la previsión contenida en el artículo 177, conforme a la cual:

«Si en los delitos descritos en los artículos precedentes [contra la integridad moral], además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley»⁵².

por...» es la sentencia —ya mencionada en otro apartado de este trabajo— de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 (ponente Sr. Jorge Barreiro, ECLI: ES:TS:2017:692) en la que se realiza un detallado análisis del actual artículo 183 ter del Código Penal: «El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos». En su análisis, la Sala se adentra en cuestiones como la existencia o no en ese tipo penal de bienes jurídicos diferenciados, la posibilidad de entender lesionado, en el caso estudiado, un bien jurídico autónomo supraindividual o colectivo, la posibilidad de la punición conjunta de un delito de peligro y el correspondiente delito de resultado o la progresión delictiva. La sentencia llega a la conclusión de que, en el caso del artículo 183 ter, no nos hallamos ante un concurso real de delitos (pues no hay duplicidad de bienes jurídicos lesionados; se trata de un caso de progresión delictiva), sino ante un concurso de normas que no permite castigar por separado conforme al artículo 183 ter (contacto con el menor) y al artículo 183 (abuso sexual sobre el menor, que castiga todo el injusto de la acción), dejando prácticamente sin contenido aquel precepto en los supuestos en los que el abuso sexual llegue a producirse (pese a que la propia sentencia termina diciendo: «ello no quiere decir que no haya supuestos en la práctica en los que los actos específicos realizados por el autor que secuencian el iter seguido mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no puedan, por su intensidad y modalidad conductual, adquirir autonomía delictiva a través de otros tipos penales»); confusa frase, pues nos parece que será precisamente el artículo 183 ter —y no otros tipos penales— el que deba aplicarse cuando no llegue a consumarse el abuso sexual sobre un menor del artículo 183).

⁵² Aunque la expresión que aquí se utiliza para establecer el castigo por separado de los dos delitos es más nítida que la cláusula del «sin perjuicio...», lo cierto es que tampoco este precepto es un ejemplo de claridad, puesto que el inciso final —«excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley»— plantea el sentido del término *aquel* —el *atentado a la integridad moral*— en el contexto en que se utiliza. La sentencia de la Sala Segunda de 15 de octubre de 2014 (ponente Sr. Granados Pérez, ECLI: ES:TS:2014:4719), ya citada, parece solventar el tema diciendo que la del artículo 177 es una «regla concursal especial que excluye la aplicación de las normas generales del artículo 77 del Código Penal con la única excepción de que el atentado a la integridad moral esté expresamente previsto

La fórmula utilizada aquí por el Código Penal, ya lo hemos dicho antes, es sin duda mucha más precisa que la alternativa y mayoritaria del «sin perjuicio de las penas que corresponda por...» para dar a entender lo que el precepto quiere decir.

Que, al margen de lo anterior, el tipo delictivo que más parecido puede presentar, en cuanto a la estructura de la acción, con los delitos de los artículos 42.1, 46, 47 y 49 del Código Penal Militar es el de obstrucción a la Justicia consistente en represalias contra testigos, peritos, etc., del artículo 464.2⁵³, por cuanto que la forma más frecuente en que todos ellos se producirán es aquella en la que se produzca una sola acción de violencia o acometimiento sobre la víctima, que producirá un solo hecho que lesionará, por un lado, el bien jurídico del normal funcionamiento de la Administración de Justicia, en el delito común, o el bien jurídico de la disciplina, en los delitos militares⁵⁴, y por otro, el bien jurídico privado de la víctima que en cada caso se vea afectado (la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, etc.).

Pues bien, como sabemos, esta lesión simultánea de dos bienes jurídicos constituye el presupuesto fáctico del concurso ideal de delitos —un solo hecho que constituya dos o más delitos— y es aquí donde radica, creemos, la clave para solucionar el problema *concurral* que estamos abordando: la cláusula del «sin perjuicio de las penas que correspondan por...» que incorporan todos esos preceptos, establece una singular regla penológica —contenida en la parte especial de los códigos respectivos— en virtud de la cual los delitos en ellos previstos no se castigarán por la regla del concurso ideal —como podría esperarse, dada su estructura—, sino penando por separado los dos delitos cometidos, esto es, del mismo modo que se castigan los supuestos de concurso real de delitos.

Por ello, creemos que la sentencia de la Sala Quinta de 20 de julio de 2016, con la que comenzábamos este apartado, yerra —dicho sea con todo el respeto que ese Alto Tribunal merece— al considerar que:

en el tipo delictivo de que se trate, supuesto en cuyo caso el conflicto se resolverá por el concurso de normas».

⁵³ «Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior [denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo], por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos».

⁵⁴ En el caso de los artículos 42.1 y 47; en el caso del artículo 49 el bien jurídico lesionado será el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares.

«En ambos casos, es decir, tanto en el supuesto del artículo 42 —insulto a superior, en su modalidad de maltrato de obra— como en el del artículo 46 —abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado— [...], hemos de significar, a estos efectos penológicos, que deben ahora valorarse, también, los resultados que se deriven del comportamiento delictivo, que se sancionarán ahora bajo el sistema, favorecedor del reo, del concurso ideal heterogéneo de delitos —en cuanto el mismo hecho realiza delitos distintos, al ser susceptible de ser valorado idealmente como lesivo de bienes jurídicos diferentes— a través de la frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal”. [...] La función de la aludida frase “sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos conforme al Código Penal” es, pues, clarificar que en tal supuesto se aplicarán las reglas del apartado 2 del artículo 77 del Código Penal —la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior—. [...]».

Frente a este criterio, consideramos que, en los supuestos de los artículos 42.1, 46, 47 y 49 del nuevo Código Penal Militar nos hallamos ante una regla penal especial —integrada por la cláusula del «sin perjuicio de la pena que corresponda por...»— en virtud de la cual esos supuestos, pese a que podrían integrar una situación a la que cabría aplicar la regla del concurso ideal de delitos, se castigan penando por separado los dos delitos cometidos, es decir, al modo del concurso real.

En definitiva, en los casos de los artículos 42.1, 46 y 47 del nuevo Código Penal Militar se producen dos infracciones diferentes, una —típicamente militar— contra la disciplina y otra —común— contra la vida, la integridad física o moral o libertad sexual de la víctima, que se sancionan —en virtud de la cláusula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...»— en régimen de concurso real, es decir, penando ambos delitos por separado; y en el caso del artículo 49 —si hacemos abstracción de los problemas antes puestos de relieve respecto de los bienes jurídicos lesionados—, la infracción de naturaleza militar atentará contra el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares y se penará por separado de la infracción contra la vida, la integridad física o moral o la libertad sexual de la víctima.

5.4. CONCURSO DE NORMAS

En el caso particular del delito de abuso de autoridad de los artículos 47 y 48 del nuevo Código Penal Militar se presenta otro problema concursal: un concurso de normas con los delitos de agresiones, abusos o acoso sexuales en los que el autor se haya prevalido de una relación de superioridad. Nos referimos, en concreto, a los artículos 180 (agresiones sexuales), 181, 182 (abusos sexuales) y 184 (acoso sexual) del Código Penal, que reproducimos a continuación en su integridad y junto con los restantes artículos de sus respectivos capítulos para no perder la coherencia interna que su regulación posee⁵⁵:

CAPÍTULO I. DE LAS AGRESIONES SEXUALES

Artículo 178

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.

Artículo 179

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años.

Artículo 180

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

⁵⁵ Hacemos abstracción de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años (capítulo II bis, del título VIII; artículos 183 a 183 quáter) por lo que habíamos dicho al inicio de este trabajo de unas Fuerzas Armadas compuestas por individuos mayores de edad, con unas pocas excepciones de jóvenes de diecisiete años de edad en períodos de formación.

3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

4.^a Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5.^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

CAPÍTULO II. DE LOS ABUSOS SEXUALES

Artículo 181

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3.^a o la 4.^a de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

Artículo 182

1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de

carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.^a, o la 4.^a, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

CAPÍTULO III. DEL ACOSO SEXUAL

Artículo 184

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

Hemos destacado en cada caso el elemento del tipo —prevalerse de una relación de superioridad— que permitiría calificar con arreglo a tales preceptos comunes las conductas constitutivas de agresión, abuso o acoso sexuales en las que el sujeto activo sea un militar y el pasivo otro militar a él subordinado por su menor empleo o por una relación funcional.

En tales casos, parece obvio que nos hallaremos ante un concurso de normas entre los artículos 47 o 48 del Código Penal Militar y el artículo que corresponda de los que acabamos de transcribir del Código Penal; concurso, que deberá resolverse en favor de los preceptos del Código Penal Militar en virtud del principio de especialidad, conforme al cual el precep-

to especial se aplica con preferencia al general, al que se refiere el artículo 8.1.^a del Código Penal⁵⁶.

Pero cuando nos encontramos ante un concurso entre preceptos del Código Penal y del Código Penal Militar, lo más relevante de la solución es que, si se resuelve por virtud del principio de especialidad en favor del tipo penal militar, llevará como consecuencia obligada la de atribuir la competencia para conocer de los hechos a la jurisdicción militar por virtud de lo que dispone el artículo 12.1 de Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar⁵⁷.

Y en este momento es obligado recordar la regla que se incorporó a este artículo 12.1, al año de su vigencia, mediante la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, para salvar la competencia de la jurisdicción militar en un momento en el que, en materia de concurso de normas, solo se encontraba vigente el artículo 68 del Código Penal (Texto Refundido de 1973), conforme al cual «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos»; regla que, como sabemos, quedó incluida, en el artículo 8 del Código Penal de 1995, como cuarto y residual criterio de solución de los concursos de normas, a continuación de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Para salvar aquel obstáculo, decíamos, se incorporó al artículo 12.1 de Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, una regla que establecía —después de haber dicho que la jurisdicción militar era competente en materia penal para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar— que:

«Salvo lo dispuesto en el artículo 14 [delitos conexos], en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que

⁵⁶ Algunos autores consideran que, por obra de su tenor literal, este precepto es solo aplicable a los conflictos de normas internos del propio Código Penal, no a los conflictos de normas *externos* entre preceptos del Código Penal y de leyes penales especiales (como es el caso del Código Penal Militar). Entendemos, sin embargo, que el principio de especialidad en la aplicación de las normas jurídicas constituye un principio general del Derecho que rige incluso en ausencia de norma expresa, como lo entendía mayoritariamente la doctrina al interpretar que el antiguo artículo 68 del Código Penal de 1973 «contenía una regla de solución del conflicto aparente de leyes penales, que solo debía ser aplicada en defecto de los restantes principios hermenéuticos (especialidad, consunción, subsidiariedad)». QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi 1996, p. 64.

⁵⁷ «En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: 1. Los comprendidos en el Código Penal Militar [...]».

siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este»⁵⁸.

En definitiva y volviendo al inicio, habrá que recordar que, en aquellos supuestos en que un delito de abuso de autoridad se consume cometiendo, además, un delito contra la libertad sexual, podrá darse un concurso de normas con alguno de aquellos subtipos del Código Penal agravados por el prevalimiento de una relación o posición de superioridad con la víctima. En tales casos, el concurso se dará entre el precepto del Código Penal Militar que corresponda y el del Código Penal que haya que aplicar por la regla del «sin perjuicio», por un lado, y el precepto agravado del Código Penal correspondiente, por otro. Así, a título de ejemplo, en un abuso de autoridad consistente en una agresión sexual, el concurso se daría entre los artículos 47 y 178 de los códigos militar y común, respectivamente (que habría que aplicar simultáneamente en virtud de la regla del «sin perjuicio»), por un lado, y el artículo 180.1.4.^a del Código Penal, por otro. Concurso que —en lo que respecta a la determinación de la jurisdicción competente— deberá resolverse acudiendo al referido artículo 12.1 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

En realidad, dado que, conforme al artículo 22.2.^a del Código Penal, el abuso de superioridad es una circunstancias agravante común a todos los delitos, cuanto hasta ahora hemos dicho sobre el artículo 47 del Código Penal Militar respecto del concurso de normas puede decirse también del artículo 46 de este mismo código (maltrato de obra a subordinado), por cuanto, cuando el maltrato de obra vaya unido a la muerte o lesiones de la víctima, el concurso de normas se dará —por ejemplo, en el tipo básico de lesiones— entre ese artículo 46 y el artículo 147 del Código Penal, por un lado, y ese mismo artículo 147 con la agravante de abuso de superioridad⁵⁹, por otro. En tales casos, para establecer adecuadamente los términos de la comparación penológica —necesaria para la aplicación del artículo 12.1 citado en el párrafo anterior— deberá tenerse presente que al tipo común con la agravante de abuso de superioridad le será de aplicación la regla 3.^a

⁵⁸ Un detallado análisis de los concursos *externos* de normas (entre preceptos del Código Penal y del Código Penal Militar) y de este artículo 12.1 puede verse en BALBONTÍN PÉREZ, L.A. «La frontera en el ámbito penal entre la jurisdicción militar y la ordinaria». OLARTE ENCABO, O. (dir.) *Estudios sobre Derecho Militar y Defensa*. Pamplona: Editorial Aranzadi 2015, pp. 341 a 364.

⁵⁹ Delito al que le será de aplicación la regla 3.^a del artículo 66, conforme a la cual, «cuando concorra solo una o dos circunstancias agravantes, [los jueces o tribunales] aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito».

del artículo 66 del Código Penal, conforme a la cual «cuando concurra solo una o dos circunstancias agravantes, [los jueces o tribunales] aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito».

6. CUESTIONES PENOLÓGICAS

6.1. LAS PENAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR

Como resulta sistemáticamente obligado, el nuevo Código Penal Militar contiene en su parte especial (libro II) la descripción de los tipos penales militares. Sin embargo, en su pretensión de profundizar en el carácter de norma penal complementaria del Código Penal, esa tarea se realiza de dos formas distintas: por un lado, mediante la tradicional descripción de la conducta típica y el señalamiento de la pena correspondiente; y por otro —aquí está la novedad—, mediante la remisión al Código Penal para la descripción de la conducta típica, pero fijando el propio código castrense las circunstancias en las cuales la misma será considerada delito militar y la pena que en cada caso al mismo corresponda. En este segundo apartado se pueden distinguir, a su vez, dos técnicas normativas distintas:

La de los tipos incluidos en el catálogo de delitos militares de la parte especial del propio Código Penal Militar; *v. gr.* el artículo 26, que, para castigar el delito de revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa nacionales, cometido por militar, se remite a los tipos de los artículos 277 y 598 a 603 del Código Penal y les impone sus mismas penas, pero incrementadas en un quinto de su límite máximo.

La de los delitos mencionados en el artículo 9.2 del propio código castrense —ubicado en su parte general—, que considera que son delitos militares, además de los previstos en el libro II, cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como: a) delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que se perpetren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en las respectivas leyes orgánicas de derechos y deberes⁶⁰, y b) delitos de rebelión, en caso de conflicto armado internacional. Para estos tipos, el apartado 3 del mismo artículo 9

⁶⁰ Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas y Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil.

establece que se castigarán con las penas señaladas en el Código Penal incrementadas en un quinto de su límite máximo⁶¹.

Con arreglo al artículo 9 del nuevo Código Penal Militar, todos los que acabamos de mencionar son *delitos militares*, categoría que, por tanto, no se integra ya únicamente por los tipos definidos específicamente en el libro segundo del Código Penal Militar, sino también por aquellas conductas incriminadas en la legislación penal común que lesionan bienes jurídicos militares cualificados por la condición militar del autor y, además, por su especial afección a los intereses, al servicio y a la eficacia de la organización castrense; todo ello de conformidad con lo que dispone el artículo 9 del nuevo Código Penal Militar⁶².

Pues bien, a la hora de establecer las penas que corresponden a cada delito, el nuevo Código Penal Militar utiliza un sistema de señalamiento de penas que resulta poco uniforme. Frente al procedimiento mayoritario —consistente en indicar la pena o penas propias del código que a cada tipo le corresponde—, se utilizan otras fórmulas; a saber:

— El establecimiento de una pena del propio código castrense junto con otra u otras del Código Penal; son los casos de la regla «sin perjuicio de la pena que corresponda por...» a los que nos hemos referido en este trabajo (artículos 34, 38, 42.1, 46, 47, 49, 59, 65.1 y 75.3.º)⁶³.

— La remisión sin más a la pena señalada en el Código Penal para el delito de que se trate (artículo 85)⁶⁴.

⁶¹ Salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.

⁶² Como decimos, la conceptualización de tales delitos como militares conlleva que estos sean competencia de la jurisdicción militar en virtud de lo que dispone el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio.

No obstante, la propia Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar, crea una nueva categoría de *delitos comunes competencia de la jurisdicción militar*, al incorporar un nuevo apartado 1.bis a aquel artículo 12 que dispone: «En tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: [...] 1.bis. Los previstos en los capítulos I al VIII del título XX del libro segundo del Código Penal, cometidos en relación con los delitos y procedimientos militares o respecto a los órganos judiciales militares y establecimientos penitenciarios militares». Se refiere la cita a los siguientes delitos contra la Administración de Justicia: prevaricación; omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución; encubrimiento; realización arbitraria del propio derecho; acusación y denuncia falsas y simulación de delitos; falso testimonio; obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional, y quebrantamiento de condena.

⁶³ Salvo error u omisión; como todas las citas de artículos que a continuación se realizan.

⁶⁴ Aunque técnicamente no se encuentran comprendidos en los artículos del Código Penal Militar de 2015, en este grupo podríamos incluir también los delitos comunes contra la Administración de Justicia que son competencia de la jurisdicción militar en virtud de lo que dispone el artículo 12.1.bis de la Ley Orgánica 4/1987, de 14 de abril, a los que acabamos de referirnos.

— La remisión a la pena señalada en el Código Penal, pero en una extensión determinada, como su mitad superior (artículo 82.1) o la pena superior en grado (artículo 35.2).

— La remisión a la pena señalada en el Código Penal, pero con ciertas modificaciones, como es, mayoritariamente, el incremento en un quinto de su límite máximo (artículos 9.3, 26, 27, 35.1, 72.2 y 76) o de su límite mínimo (artículo 82.2) o de ambos (artículo 77.1).

— La regla especial del artículo 82.3, que incrementa en un quinto el límite máximo de las penas señaladas en los dos apartados anteriores del propio artículo, de los cuales, como hemos visto, el primero se remite a una pena del Código Penal en su mitad superior y el segundo, a otra pena de ese mismo Código incrementada en un quinto de su límite mínimo⁶⁵.

Concluimos este apartado reconociendo el esfuerzo que se ha hecho en el nuevo Código Penal Militar para establecer un sistema de determinación legal de la pena acorde con la gravedad en abstracto de cada conducta, pero echamos en falta una mayor homogeneidad y sencillez en el sistema empleado y, como en breve veremos, no estamos seguros de que el resultado haya sido siempre acertado.

6.2. LA ESPECIAL EXIGENCIA PROFESIONAL DEL MILITAR

Tradicionalmente se ha considerado que las especiales misiones que la nación atribuye a sus Fuerzas Armadas y los medios de los que las dota para su cumplimiento imponen la necesidad de que los militares posean unos exigentes principios éticos y reglas de comportamiento que van más allá de los que pueden exigírsele a un ciudadano medio e incluso —para algunos— más allá de los exigidos a los restantes servidores públicos.

Reflejo de ello es, tanto el primer y más fundamental deber del militar, «la disposición permanente para defender a España, incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario», que establece el artículo 3 de las Reales Ordenanzas⁶⁶, como el robusto código ético que constituyen estas

⁶⁵ Este artículo 82 es el mejor ejemplo de que la deseada complementariedad del Código Penal Militar respecto del Código Penal exigía un especial esfuerzo legislativo, a riesgo de incurrir en la falta de claridad y precisión que caracteriza este precepto. El mantenimiento de ciertos elementos del tipo del artículo 196 del Código Penal Militar de 1985 —como la distinción de tener o no bajo su custodia los efectos sustraídos—, junto con la nueva alusión genérica a los tipos penales comunes de robo, hurto o apropiación indebida, hacen que este artículo 82 presente, a nuestro juicio, una técnica normativa muy poco afortunada.

⁶⁶ Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Según su artículo 2.2, «dada su naturaleza militar y la condición

Ordenanzas, que, según su artículo 1, «deben servir de guía a todos los militares para fomentar y exigir el exacto cumplimiento del deber, inspirado en el amor a España, y en el honor, disciplina y valor». Así, a lo largo de su articulado se imponen al militar, entre otros muchos, los siguientes deberes y obligaciones:

— Deberes de carácter general: «El militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones derivadas de las misiones de las Fuerzas Armadas, de su condición militar y de su sujeción a las leyes penales y disciplinarias militares» (artículo 4).

— Actuación del militar como servidor público: «Deberá actuar con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental» (artículo 5).

— Dignidad de la persona: «Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados. La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso los militares estarán sometidos, ni someterán a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal o limitación indebida de sus derechos» (artículo 11).

— Derechos fundamentales y libertades públicas: «En su actuación el militar respetará y hará respetar los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin perjuicio de que en su ejercicio deba atenerse a las limitaciones legalmente establecidas en función de su condición militar» (artículo 12).

— Igualdad: «Velará por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género» (artículo 13).

Consecuencia de esa especial exigencia de conducta que se impone a todos los militares en el cumplimiento de sus deberes profesionales es una línea jurisprudencial de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de la que es buen reflejo la ya lejana sentencia de 27 de junio de 1997⁶⁷ cuando, a propósito de una sanción disciplinaria de separación del servicio por haber sido condenado por un delito de tráfico de drogas, dice:

militar de sus miembros, estas Reales Ordenanzas serán de aplicación a todos los miembros de la Guardia Civil, excepto cuando contradigan o se opongan a lo previsto en su legislación específica».

⁶⁷ Ponente Sr. Jiménez Villarejo, ECLI: ES:TS:1997:4564.

«[...] como ha sido reiteradamente declarado por esta Sala, a los miembros de la Guardia Civil —como a los de las Fuerzas Armadas— les es exigible, en atención a la delicada misión que les está encomendada y a la cuota de poder coactivo del Estado que les incumbe, un *plus* de moralidad y una ejemplaridad en su actuación social que justifican, llegado el caso, que el *ius puniendi* del Estado se ejercite sobre ellos desde más de una perspectiva de valoración y con consecuencias desfavorables que exceden a las que afectarían a los ciudadanos en que no concurriesen las mismas circunstancias».

En el mismo sentido, más recientemente, la sentencia de 29 de junio de 2012⁶⁸ afirma que:

«[...] ese plus de moralidad que es exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas, y que las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, R.D. 96/2009, de 6 de febrero, refieren en diversos preceptos, en cuanto establecen: que la actuación de todo militar debe estar sujeta a, entre otros, los principios de ejemplaridad y honradez; debiendo ajustar su conducta al respeto de las personas y su dignidad; no sometiendo a otros a medidas que supongan menoscabo de su dignidad personal, honor y espíritu militar; debiendo, antes bien, estimularles para obrar siempre bien, con primacía de los principios éticos que responden a una exigencia de la que hará norma de vida; debiendo velar por el prestigio de las Fuerzas Armadas y por el suyo propio en cuanto miembro de ellas; siendo su deber y responsabilidad practicar y exigir la disciplina, virtud fundamental del militar como conjunto de reglas que mantienen el orden, entre los miembros de las Fuerzas Armadas, y garantizan la rectitud de una conducta individual y colectiva que asegura el riguroso cumplimiento del deber; esforzándose, como signo externo de disciplina y cortesía militar, en poner de manifiesto la atención y respeto a otras personas, sean militares o civiles.

»En tal sentido, la sentencia de 6 de octubre de 1989, anotaba que existen cuerpos y clases en el Estado, a cuyos miembros puede serles exigido un cierto honor; es decir, una más alta moralidad, bien por la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían. Situación, de especial exigencia, en la que se encuentran indudablemente los militares, cuyas

⁶⁸ Ponente Sr. Gálvez Acosta, ECLI: ES:TS:2012:5700.

Reales Ordenanzas configuran, en definitiva, la regla moral de la institución militar; vinculándoles jurídicamente durante su pertenencia a ellas».

Y la sentencia de 2 de junio de 2015⁶⁹, recuerda:

«[...] lo que choca frontalmente con los deberes de honradez y probidad que exigen su pertenencia a dicha Institución de cuyos miembros se predica, precisamente, un plus de moralidad y eticidad que es exigible a todos los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil».

Pues bien, fruto de esta doctrina ha sido la asunción de que a ese plus de exigencia de moralidad y ejemplaridad le era consustancial un plus de reproche disciplinario y penal en el caso de transgresiones del ordenamiento jurídico por los militares; mayor reproche, que puede verse reflejado en alguno de los preceptos del nuevo Código Penal Militar, como todos aquellos ya mencionados en los que se fija la pena señalada para el delito de que se trate en el Código Penal incrementada en un quinto de su límite máximo.

En la parte general del propio Código Penal Militar existe un precepto del que parece deducirse que la agravación de la responsabilidad penal de los militares por sus mayores exigencias profesionales es equivalente a la que debe exigirse al resto de servidores públicos. En efecto, el artículo 9 del nuevo código establece que son delitos militares, por un lado, los previstos en su libro II y, por otro, una serie de delitos comunes cuando son cometidos por militares, en concreto, los de traición; contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y rebelión, en caso de conflicto armado internacional. Pues bien, para estos últimos, el apartado 3 del mismo artículo 9, dispone que «el límite máximo de las penas establecidas en el Código Penal para los delitos previstos en el apartado segundo de este artículo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito». Como decimos, de esta última salvedad se deduciría que el Código Penal Militar considera que la exigencia de una mayor responsabilidad que se predica de los militares es equivalente —y no superior— a la que se impone al resto de servidores públicos.

⁶⁹ Ponente Sr. Menchén Herreros, ECLI: ES:TS:2015:2371.

6.3. ALGUNAS DISFUNCIONES PENOLÓGICAS

6.3.1. El artículo 47

Pese a que la doctrina sobre la mayor exigencia penal de los militares se encuentra consolidada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de la lectura y análisis de alguno de los preceptos del nuevo Código Penal Militar de los que aquí nos estamos ocupando podría deducirse que no se ha recogido en ellos ese mayor rigor penológico, dado que parecen imponer penas menos graves que las previstas en el Código Penal para conductas semejantes.

Podemos mencionar, a simple título de ejemplo, el supuesto del delito de abuso de autoridad de un militar sobre un subordinado en el que la acción punible consista en una agresión sexual no constitutiva de violación. En este caso, el artículo 47 del nuevo Código Penal Militar castiga el hecho —en lo que supone de lesión del bien jurídico de la disciplina— con una pena de seis meses a cinco años de prisión, sin perjuicio de la que corresponda por la agresión sexual conforme al Código Penal, que es, con arreglo al artículo 178, la de prisión de uno a cinco años. En consecuencia, una agresión sexual no constitutiva de violación, mediando una relación jerárquica militar de superioridad del autor respecto de la víctima, estará castigada con penas de prisión que, sumadas, van de un año y medio a diez años de prisión.

Sin embargo, en el artículo 180.1 del Código Penal se castigan subtipos agravados de agresiones sexuales, entre las que se incluyen —circunstancia 4.^a— los casos en los que, «para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad (o parentesco) con la víctima», en cuyo caso, cuando se trate de agresiones sexuales del artículo 178, la pena prevista es la de cinco a diez años de prisión.

Con ello, resulta que, aunque el límite máximo de las penas principales en uno y otro supuesto es el mismo (diez años de prisión), el límite mínimo de las penas que pueden imponerse por una agresión sexual en la que media una relación de superioridad jerárquica militar es mucho menor (un año y medio de prisión) que el que puede imponerse en el caso de que esa agresión sexual con prevalimiento de una relación de superioridad se dé en un ámbito ajeno a las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil (cinco años de prisión). Para que se vea más gráficamente:

AGRESIÓN SEXUAL CON PREVALIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD⁷⁰

Código Penal:

Artículo 180.1.4.^a CP: prisión de 5 a 10 años.

Código Penal Militar (abuso de autoridad):

Artículo 47 CPM: prisión de 6 meses a 5 años⁷¹; y

Artículo 178 CP: prisión de 1 a 5 años.

Suma de penas: prisión de 1 año y 6 meses a 10 años.

Es cierto que, dado que se trata de una diferencia en los límites inferiores de las penas, los tribunales militares, a la hora de dictar sentencia, podrán utilizar como criterio, en el proceso de individualización de la pena, el rigor penológico del Código Penal para imponer, en su caso, una pena que se asemeje a la de este último código.

Sin embargo, la disfunción se incrementa —y no tiene esa *fácil* solución— cuando concorra, por ejemplo, una circunstancia eximente incompleta⁷², pues en ese caso, la regla del artículo 19.1 del Código Penal Militar de 2015 se remite en su totalidad, en materia de reglas de aplicación de las penas, a las establecidas en el Código Penal, por lo que habrá que castigar imperativamente al autor con la pena inferior en uno o dos grados en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 de ese último Código⁷³. Con ello, aunque se rebaje la pena en un solo grado la comparación entre ambas opciones penales resulta desconcertante, pues en el ejemplo anterior, cuando la acción tenga lugar mediando una relación jerárquica militar, el límite

⁷⁰ Utilizamos aquí la expresión del tipo penal común —prevalimiento de una relación de superioridad— para facilitar y hacer más evidentes los términos de la comparación, pero a sabiendas de que, como más adelante veremos, el tipo penal militar de abuso de autoridad no tiene necesariamente los mismos elementos que aquel tipo penal común; en concreto, en el tipo militar basta que la relación de superioridad exista objetivamente por un mayor empleo (grado jerárquico) para que el tipo se perfeccione, sin necesidad de que exista un expreso prevalimiento de la relación de superioridad.

⁷¹ Pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo, equivalente a la inhabilitación especial para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio de seis meses a seis años recogida en la disposición común del artículo 192.3 del Código Penal.

⁷² Como fue el caso de la sentencia de la Sala Quinta de 15 de junio de 2016 (ponente Sr. Gálvez Acosta, ECLI: ES:TS:2016:2726), si bien en ese caso se aplicó el artículo 106 del Código Penal Militar de 1985 por haber ocurrido los hechos antes de la entrada en vigor del nuevo Código y considerarse aquél más beneficioso para el acusado.

⁷³ En el Código Penal Militar de 1985 la rebaja de la pena no era preceptiva, sino potestativa, cuando concurrieran dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la atenuante específica de haber mediado inmediata provocación del superior (artículo 36) o cuando concurriera una eximente incompleta (artículo 37).

máximo de la suma de las dos penas a imponer no alcanzará siquiera al límite mínimo de la pena prevista en el Código Penal para los casos en los que la relación de superioridad no es de naturaleza militar; como se aprecia siguiendo el esquema anterior:

AGRESIÓN SEXUAL CON PREVALIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD Y UNA EXIMENTE INCOMPLETA

Código Penal:

Artículos 180.1.4.^a y 68 CP: prisión de 2 años y 6 meses a 5 años.

Código Penal Militar (abuso de autoridad):

Artículos 47 CPM y 68 CP: prisión de 3 a 6 meses; y

Artículos 178 y 68 CP: prisión de 6 meses a 1 año.

Suma de penas: prisión de 9 meses a 1 año y 6 meses.

El resultado de esta comparación indica una enorme diferencia penológica *en favor* del delito militar —ya que su límite máximo resulta muy alejado del límite mínimo de la pena por el delito *común*— que no parece justificable, máxime si recordamos aquella especial moralidad y ejemplaridad que se impone a los militares en el desempeño de su profesión y la subsiguiente mayor exigencia de responsabilidad a la que se encuentran sometidos en caso de incumplimiento de sus deberes. Todo lo cual resulta todavía más sorprendente cuando se observa el especial interés que la realidad social ha puesto en los últimos años en reprimir este tipo de conductas contrarias a libertad sexual.

Todos estos razonamientos los estamos realizando sobre la base de considerar que los supuestos del artículo 47 del nuevo Código Penal Militar hay que sancionarlos por la regla del concurso real de delitos, puesto que, si entendiésemos —con la sentencia de la Sala Quinta de 20 de julio de 2016— que se trataría de un supuesto de concurso ideal de delitos, todavía se harían mayores las disfunciones penales, dado que habría que aplicar la regla del artículo 77 del Código Penal, con arreglo a la cual solo se impondrá una pena y, aunque es cierto que esta pena es la prevista para el delito más grave en su mitad superior, esta agravación reduce las penas a imponer respecto de las que resultarían posibles si se penaran, como en el concurso real, los dos delitos por separado⁷⁴.

⁷⁴ En los dos ejemplos anteriores, el resultado de castigar los hechos por la regla del concurso ideal arrojaría la siguiente comparación:

La razón de las disfunciones que se producen incluso al aplicar la regla del concurso real de delitos no es otra que el establecimiento de penas con un amplio margen entre sus límites inferior y superior, técnica normativa —posiblemente heredada del código de 1985— que obedece al castigo conjunto en un mismo precepto de conductas de gravedad muy diferente y que tenía antiguamente su contrapeso en dotar a los tribunales militares de un amplio margen de discrecionalidad en la imposición de la pena⁷⁵.

En el ejemplo que aquí estamos siguiendo es patente este problema, al castigar conjuntamente el artículo 47 del nuevo código tanto el trato degradante, inhumano o humillante a un subordinado, como la realización sobre él de agresiones o abusos sexuales. La decisión de técnica normativa de castigar en el mismo precepto y con la misma pena hechos de una gravedad tan diferente obliga al legislador a establecer una pena de muy amplios márgenes (prisión de seis meses a cuatro años). Sin embargo, y aquí viene el problema, al haber reducido el nuevo Código Penal Militar el tradicional amplio margen de discrecionalidad de los tribunales militares (dado que ahora se remite a la totalidad de las reglas de determinación de la pena del Código Penal), la utilización de aquella técnica puede producir

AGRESIÓN SEXUAL CON PREVALIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD:

Código Penal:

Artículo 180.1.4.^a CP: prisión de 5 a 10 años.

Código Penal Militar (abuso de autoridad en concurso ideal con agresión sexual):

Artículo 47 CPM: prisión de 6 meses a 5 años; y

Artículo 178 CP: prisión de 1 a 5 años (pena más grave).

Pena a imponer: Artículo 77 CP: prisión de 3 a 5 años.

AGRESIÓN SEXUAL CON PREVALIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE SUPERIORIDAD Y UNA EXIMENTE INCOMPLETA

Código Penal:

Artículos 180.1.4.^a y 68 CP: prisión de 2 años y 6 meses a 5 años.

Código Penal Militar (abuso de autoridad en concurso ideal con agresión sexual):

Artículos 47 CPM y 68 CP: prisión de 3 a 6 meses; y

Artículos 178 y 68 CP: prisión de 6 meses a 1 año (pena más grave).

Pena a imponer: Artículo 77 CP: prisión de 9 meses a 1 año.

Se advierte que, en este caso, las diferencias entre las penas de uno y otro Código se incrementan respecto de las que resultan si se aplica la regla del concurso real de delitos.

⁷⁵ En efecto, el artículo 35 del Código Penal Militar de 1985 establecía una regla equivalente a la del artículo 66.1.6.^a del Código Penal (imponer la pena señalada por la ley en la extensión que se estime adecuada a las circunstancias concurrentes en los hechos), pero se complementaba con otra regla propia y exclusiva de la jurisdicción militar: la rebaja de la pena era solo potestativa para el tribunal cuando concurrieran dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la atenuante específica de haber mediado inmediata provocación del superior (artículo 36) o cuando concurría una eximente incompleta (artículo 37). Como decimos, el carácter potestativo de estas dos reglas permitía modular las disfunciones que en el margen penológico se dieran como consecuencia del establecimiento penas de muy amplio espectro en el antiguo código castrense.

disfunciones como las que aquí hemos puesto de relieve (que podrían aparecer también, limitándonos a los preceptos de los que nos ocupamos en este trabajo, en los artículos 48, 49 y 50 del nuevo código).

Además de una simple y deficiente técnica normativa, dos argumentos se nos ocurren para salvar estas disfunciones:

a) La tesis que entendiera que el artículo 47 del Código Penal Militar permitiría castigar un abuso de autoridad consistente en una agresión sexual con la pena prevista en el mismo (de seis meses a cinco años de prisión) junto con la pena prevista en el artículo 180.1.4.^a del Código Penal (de cinco a diez años de prisión), en lugar de la pena del tipo básico del artículo 178; tesis que nosotros rechazamos por entender que vulneraría el principio *non bis in idem*, al castigar dos veces el prevalimiento de una relación de superioridad, una como un delito militar de abuso de autoridad (artículo 47) y otra por el subtipo agravado de la agresión sexual (artículo 180.1.4.^a).

b) El argumento que considerase que la relación jerárquica militar de superioridad cuyo quebranto se sanciona en el artículo 47 del Código Penal Militar, siendo semejante a la relación de superioridad a la que se refiere el artículo 180.1.4.^a del Código Penal, posee unas características propias que justificarían que su lesión, en determinadas circunstancias, tuviera un castigo penal inferior a la del tipo común. Para llegar a esta conclusión podemos recordar la doctrina elaborada por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, respecto de la agravante de abuso de superioridad; por todas, sentencia de 10 de febrero de 2015⁷⁶:

«La agravante de abuso de superioridad requiere, según la jurisprudencia, la concurrencia de tres requisitos: en primer lugar, que exista una situación de superioridad del autor sobre la víctima, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor del primero, derivada de cualquier circunstancia; en segundo lugar, esa superioridad debe ser de tal naturaleza y características que produzca una disminución notable en las posibilidades de reacción o defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas; y, en tercer lugar es necesario que el autor conozca esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aproveche de ella para una más fácil realización del delito».

Frente a ello, la jurisprudencia de la Sala Quinta, en su labor de interpretación de los tipos penales militares contra la disciplina (insulto a superior y de abuso de autoridad), ha entendido desde su constitución en 1988 que, en el ámbito de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil, la relación jerárquica militar es permanente, bastando con que exista —en el abuso de

⁷⁶ Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca, ECLI: ES:TS:2015:418.

autoridad— un mayor empleo militar del autor respecto de la víctima —y que el autor lo conozca— para apreciar tal requisito del tipo, sin necesidad de que concurra además un especial prevalimiento de la situación de superioridad por parte del autor. Por todas, traemos aquí la sentencia de 19 de diciembre de 2014⁷⁷ conforme a la cual:

«A efectos competenciales, entre el sargento recurrente y el cabo Arturo no existía otra relación previa que la derivada de ostentar sus respectivos empleos militares y ser estos mutuamente conocidos de ambos, circunstancia esencial que, desde el instante de ser conocida, definía la situación relativa entre ellos y que no puede resultar desdibujada por cualquier otra relación de índole personal o profesional. [...]

»Como dice nuestra sentencia de 17 de junio de 2010, siguiendo las de 14 de marzo, 24 de octubre y 29 de noviembre de 1996, 28 de octubre de 1999, 5 de noviembre de 2004 y 28 de noviembre de 2005, entre otras, “la relación superior-inferior no puede transmutarse en una simple disputa de carácter privado, y mientras se es militar el comportamiento de la persona está sometido a las normas que comportan tal estatus y no puede sustraerse a ellas por su propia voluntad [...] manteniéndose la relación de jerarquía en momentos y lugares ajenos al servicio aun cuando el superior y el subordinado vistan de paisano, siempre que su identificación y conocimiento de la condición y el empleo resulte evidente y probada (sentencia de 5 de noviembre de 2004). En definitiva, como hemos afirmado reiteradamente —nuestras sentencias de 22 de marzo de 1989, 22 de septiembre y 30 de noviembre de 1992, 23 de marzo de 1993, 16 de octubre de 1995, 23 de enero de 2001 y 3 de noviembre de 2008, entre otras—, “el que es superior en virtud de un cargo jerárquicamente más elevado conserva esa consideración en todo caso, porque la condición de superior es permanente y no depende de la función que se desempeñe”, habiendo sentado esta Sala que “la relación jerárquica castrense constituye el engranaje indispensable para determinar los derechos y deberes que surjan entre el superior y el inferior y qué responsabilidades pesan sobre uno y otro”».

En este sentido, en nuestra citada sentencia de 17 de junio de 2010 hemos dicho que “la cuestión a resolver es si, a los efectos de integrar el delito configurado en el artículo 104 del Código Penal Militar que ha sido

⁷⁷ Ponente Sr. Pignatelli Meca, ECLI: ES:TS:2014:5470.

aplicado, basta con que el sujeto activo del mismo ostente la condición de superior jerárquico de la víctima o si, por el contrario, para apreciar la concurrencia de dicho elemento objetivo-normativo del tipo es necesaria una específica relación jerárquica de subordinación derivada del ejercicio de autoridad, mando o jurisdicción. Y a tal efecto, como dice nuestra Sentencia de 3 de marzo de 2006, «la doctrina de esta Sala es concluyente al respecto al afirmar que “basta la relación jerárquica, ya que la relación jerárquica castrense es permanente y sitúa dentro de la misma a quienes sean superiores o inferiores en la esfera militar, constituyendo el engranaje preciso e indispensable para el buen funcionamiento de los Ejércitos”, añadiéndose “que la posición de superior o inferior no puede transmutarse en una simple disputa de carácter privado, pues el interés individual del sujeto ha de ceder mientras permanezca en los Ejércitos, al superior valor colectivo de la disciplina, sin el cual aquellos no podrían existir”». En tal sentido, conforme al art. 12 del CPM, es indudable que la cualidad de superior es inherente a la persona y no al desempeño de sus funciones por lo que el ejercicio de la autoridad no se subordina a la circunstancia de que el superior actúe en acto de servicio. De lo expresado resulta claro que para esta Sala basta, a los efectos de apreciar o no el delito de maltrato, la condición de superior jerárquico sin ninguna otra connotación o exigencia legal (art. 12 CPM)”, concluyendo que “en efecto, reiteradamente hemos dicho –por todas, nuestras Sentencias de 13 de enero de 2000 , 23 de enero y 13 de septiembre de 2001 y 27 de junio y 28 de noviembre de 2005–, en cuanto a la concepción de la jerarquía castrense, que se trata de «una situación permanente que implica que el militar de empleo jerárquicamente más elevado ha de ser tenido siempre como superior».

Con arreglo a esta doctrina, el artículo 47 del nuevo Código Penal Militar resultaría aplicable siempre que se diera la conducta en él descrita con los requisitos objetivos de un mayor empleo militar del autor respecto de la víctima, frente a aquellos casos del artículo 180.1.4.^a en los que solo podría apreciarse el subtipo agravado cuando concurren sus requisitos propios y, en concreto, la disminución notable de la capacidad de reacción o defensa del ofendido, el conocimiento del autor de la situación de desequilibrio de fuerzas y, fundamentalmente, su aprovechamiento para una más fácil realización del delito. Sin embargo, como decimos, en el ámbito de los Ejércitos, la Armada y la Guardia Civil, el carácter permanente de la relación jerárquica provocaría que, incluso en los supuestos en que la disminución de la capacidad de reacción de la víctima no sea notable o en los que no exista el aprovechamiento de la situación

de superioridad por el autor, se mantendría subsistente el delito de abuso de autoridad del artículo 47; supuestos estos en los que podría justificarse una pena menor que la del límite inferior del artículo 180.1.4.^a del Código Penal.

Todos estos problemas se hubieran evitado si el nuevo Código Penal Militar hubiera utilizado un sistema homogéneo y coherente para sancionar ese plus de responsabilidad que se exige a los militares, como puede ser con el que él mismo utiliza de modo mayoritario cuando se remite a las penas del Código Penal incrementado su límite máximo en un quinto de su duración. Así, en el caso del abuso de autoridad con agresión sexual del artículo 47, se impondrían las penas de los artículos 178 a 180 del Código Penal incrementadas en un quinto de su respectivo límite máximo.

6.3.2. Los artículos 48 y 50

Por otra parte, se advierten también disfunciones penológicas en las penas previstas en el nuevo Código Penal Militar para el conjunto de delitos castigados en los artículos 48, cuando media una relación jerárquica de superioridad, y 50, cuando la acción se produce entre militares del mismo empleo, pero en alguna de las siguientes circunstancias: públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o en acto de servicio.

Se castigan en estos artículos el acoso sexual y por razón de sexo, el acoso profesional, las amenazas, las coacciones, las injurias, las calumnias, los atentados graves contra la intimidad, dignidad personal o en el trabajo y los actos de discriminación grave. En el caso del artículo 50 —entre militares del mismo empleo— se exige que las injurias sean graves y se castiga también el impedir o limitar arbitrariamente a otro militar el ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas (tipo penal que encontramos en el artículo 45 cuando se realiza por un superior sobre un subordinado).

Empecemos recordando que, a nuestro juicio, se trata de delitos en los que el tipo del Código Penal Militar contempla todo el desvalor de la acción, como se deduce de que no emplea en ellos la fórmula de «sin perjuicio de la pena que corresponda por...», y de que se imponen unas penas notablemente agravadas respecto de las previstas para las mismas conductas en el Código Penal. De lo que deducimos, además, que aquellos artículos 48 y 50 se aplicarán sin dar lugar siquiera a apreciar un posible

concurso ideal de delitos —y su consecuencia penológica— con los correlativos del Código Penal. Entendemos, por tanto, que aquellos artículos 48 y 50 castigan conjuntamente con una sola pena la lesión del bien jurídico de naturaleza militar (la disciplina o el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares) y la lesión del bien jurídico de naturaleza privada de la víctima.

En cuanto a la gravedad de las penas, debe recordarse lo que hemos dicho antes respecto de la pluralidad y diferente gravedad de las conductas que se castigan en algunos tipos penales militares —y estos pueden ser el mejor ejemplo— en cuanto obligan a establecer también en ellos un amplio espectro penológico.

Sin embargo, si se comparan las penas de estos artículos con las establecidas para delitos equivalentes en el Código Penal, el resultado es, en la mayoría de los casos, el de una notable mayor gravedad de los tipos penales militares, como ahora vamos a comprobar.

Se toman, como términos de la comparación los siguientes:

- Por un lado, el artículo 48 del Código Penal Militar que castiga, con la pena de PRISIÓN DE 6 MESES A 4 AÑOS, al superior que cometiere sobre un subordinado alguno de los siguientes delitos: acoso sexual o por razón de sexo; acoso profesional; amenazas; coacciones; injurias; calumnias; atentados graves a la intimidad, dignidad personal o en el trabajo, y discriminación grave⁷⁸.
- Por otro, los correspondientes preceptos del Código Penal en los que se castigan los mismos delitos. Debemos recordar que, para que los términos de la comparación sean equivalentes, habrá que tener en cuenta si está legalmente previsto —como en los artículos 173.1, pfo. 2.º y 184.2— el subtipo agravado por prevalimiento de una relación de superioridad y, si no lo está, el resultado de aplicar la regla del artículo 68 (la mitad superior de la pena) por concurrir la agravante del artículo 22.2.^a de abuso de superioridad. Las penas que a continuación se indican son las que resultan de aplicar una u otra agravación penológica:

⁷⁸ En el caso de que estas conductas se den entre militares del mismo empleo —artículo 50— la pena a imponer es la de PRISIÓN DE SEIS MESES A DOS AÑOS, que en algunos casos provocará que la comparación con los respectivos tipos penales comunes resulte desconcertante, como lo es transformar una pena, *v. gr.*, de multa de dos a tres meses, como la prevista para las coacciones leves, en una pena de prisión seis meses a dos años.

Acoso sexual (art. 184.2)	Prisión de 5 a 7 meses o Multa de 10 a 14 meses
Acoso laboral (art. 173.1.pfo. 2º)	Prisión de 6 meses a 2 años
Amenaza leve (art. 171.7)	Multa de 2 a 3 meses ⁷⁹
Amenaza del art. 169.1.º	PRISIÓN DE 3 A 5 AÑOS
Coacciones leves (art. 172.3)	MULTA DE DOS A TRES MESES ⁸⁰
Coacciones del art. 172.1	PRISIÓN DE 1 AÑO Y 9 MESES A 3 AÑOS O MULTA DE 18 A 24 MESES
Injurias graves (art. 209)	MULTA DE 11 A 14 MESES ⁸¹
Trato degradante (art. 173)	PRISIÓN DE 1 AÑO Y 3 MESES A 2 AÑOS
Discriminación laboral grave (art. 314)	PRISIÓN DE 1 AÑO Y 3 MESES A 2 AÑOS O MULTA DE 18 A 24 MESES

De las muchas observaciones que se pueden realizar respecto de esta comparación penológica, aquí solo nos vamos a centrar en los casos más llamativos, a la espera de que la práctica y la jurisprudencia puedan ir arrojando luz sobre estas cuestiones.

A) No se alcanza a comprender que el Código Penal Militar se refiera en su artículo 48 al que *amenazare* —sin más distinción— a un subordinado⁸² para castigarlo con la pena de seis meses a cuatro años de *prisión*, cuando

⁷⁹ Dada la diversidad de las figuras delictivas de amenazas que regula el Código Penal, se han indicado aquí las penas de los tipos más y menos graves. Véase lo que se dice, respecto de las amenazas, a continuación de este cuadro comparativo.

⁸⁰ De nuevo se indican los tipos más y menos graves de las coacciones del art. 172 (aunque el artículo 172 bis contiene un tipo penado más gravemente que el del artículo 172.1).

⁸¹ La pena que aquí se indica es la de las injurias graves con publicidad (multa de seis a catorce meses), con la agravante del artículo 22.2.ª, pero téngase en cuenta que las injurias sin publicidad --que podrían equipararse a algunas de los artículos 48 y 50 -- está penadas solo con multa de tres a siete meses.

⁸² Y, en medida parecida, aunque no tan flagrante, al que *coaccionare*.

el Código Penal castiga, bajo la rúbrica «De las amenazas», en los artículos 169 a 171, una pluralidad de conductas delictivas de muy diversa gravedad, como lo demuestran las penas que se imponen, que van desde la *multa* de uno a tres meses (para el delito de amenazas leves del artículo 171.7, incorporado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), hasta la *prisión* de uno a cinco años cuando la amenaza consista en causar un mal constitutivo de delito⁸³, la amenaza fuere bajo condición y el culpable hubiere conseguido su propósito (artículo 169.1.º)⁸⁴. Aunque, respecto del delito de amenazas leves, pueda argumentarse que se introdujo en el Código Penal por una reforma de tramitación simultánea a la del nuevo Código Penal Militar y que por ello no pudo ser tenido en cuenta en este⁸⁵ —dando lugar a castigar con una pena mínima de seis meses de *prisión* un delito cuya pena máxima en el Código Penal es la de *multa* de tres meses—, lo cierto es que, cuando se tramitaba el código castrense, ya llevaba vigente casi una década el artículo 169.1.º del Código Penal en el que, para un tipo determinado de amenazas, se impone una pena de hasta cinco años de prisión (superior, por tanto, a los cuatro años de prisión del delito militar de amenazas con abuso de superioridad).

B) Respecto de las injurias hay que recordar que el artículo 208 del Código Penal considera —desde 1995— que «solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves»⁸⁶, mientras que el Código Penal Militar distingue, entre las *injurias* del artículo 48 y las *injurias graves* del artículo 50, castigando por tanto como delito las injurias no graves (expresamente descriminalizadas por el Código Penal) cuando concurre una relación jerárquica de superioridad e imponiéndoles, además, una pena de seis meses a cuatro años de *prisión* (!).

Para el caso de las injurias graves entre militares del mismo empleo, sorprende desde luego que, frente a la pena de *multa* del Código Penal (de

⁸³ De homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

⁸⁴ Castiga también el Código Penal las amenazas dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional (artículo 170); el exigir de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares; la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito; las amenazas leves a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad; las amenazas leves a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en el ámbito familiar, y el ya citado tipo básico de amenazas leves (artículo 171).

⁸⁵ En realidad, el Código Penal Militar de 2015 se promulgó más de seis meses después de la Ley Orgánica 1/2015.

⁸⁶ Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173.

seis a catorce meses, si son con publicidad, y de tres a siete meses, si no lo son), el Código Penal Militar contemple como única pena la de *prisión* de seis meses a dos años.

C) Respecto de las penas menos graves de aquel cuadro comparativo, otro tanto podemos decir en el caso de figuras delictivas como las coacciones, la discriminación laboral grave o el acoso sexual, para las que el Código Penal contempla la de *multa* (en ocasiones como pena única y en otras como pena alternativa a la de prisión), mientras que el Código Penal Militar, en su artículo 48, solo prevé para los mismos tipos la pena de *prisión* de seis meses a cuatro años (y la de *prisión* de seis meses a dos años en el artículo 50).

En definitiva, si en el caso del artículo 47 podría llegar a entenderse que el Código Penal Militar no cumplía con la previsible agravación penológica derivada de la mayor exigencia profesional que se impone al militar, en los casos de las figuras delictivas de menor entidad de los artículos 48 y 50 entendemos que excede con mucho una racional agravación de la pena por esa misma circunstancia. Hay que tener presente que el propio código castrense entiende, en la mayoría de las ocasiones en que utiliza las penas del Código Penal como término de referencia, que una agravación justa de las penas —por aquella circunstancia— es la de un quinto de su límite máximo, mientras que en este caso nos encontramos con un salto cualitativo y cuantitativo de tal intensidad que, delitos que en el Código Penal se castigan con pena de *multa*, tienen un correlativo en el Código Penal Militar castigado con pena de *prisión* de seis meses a cuatro años (!).

El Código Penal Militar advierte en su preámbulo que «como novedad se establece la pena de multa, que se incorpora como sanción alternativa para determinados delitos culposos», en lo que entendemos una limitación sin justificación frente a determinados tipos penales dolosos de menor entidad que se castigan con pena de multa en el Código Penal y con pena de prisión en el Militar. Lo que nos lleva a pensar que este último texto incurre en ocasiones en un rigor penológico innecesario y en otras en un uso indiscriminado de la pena de prisión. Téngase presente —para justificar esta última afirmación— no solo que no se contemple la pena de multa para ciertos delitos, sino también que, siendo el límite inferior de la pena de prisión el de tres meses y un día (artículo 11), no se utiliza el mismo, sino uno superior, en determinadas ocasiones, como la del artículo 50, que castiga con *pena mínima de prisión de seis meses* todos los delitos que en él se tipifican, entre los que se incluirán, a título de ejemplo, las injurias graves entre militares del mismo empleo, sin publicidad, pero cometidas

en acto de servicio o en lugar militar, *v. gr.*, en un campo de maniobras (hechos que, si ocurrieran fuera de este, se castigarían por el Código Penal con pena de *multa de tres a siete meses*).

Sin duda, los tribunales militares, a la hora de aplicar tipos penales del Código de 2015 —máxime en el caso de estos artículos 48 y 50—, deberán tener presente cuáles son las penas que corresponden a los equivalentes tipos comunes para poder realizar una adecuada y justa individualización de la pena. Con todo, entendemos que en muchos de estos casos el principio de legalidad impedirá reducir las penas previstas en el Código Penal Militar a unos grados que puedan guardar cierta correlación y equidad con las previstas en el Código Penal para conductas equivalentes.

7. CONCLUSIONES

1.^a La inclusión de conductas atentatorias contra la libertad sexual en los delitos contra la disciplina supone una importante novedad del Código Penal Militar de 2015, aunque todavía no ha transcurrido el tiempo suficiente para que la Sala Quinta del Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre alguna de las relevantes cuestiones que los nuevos tipos penales plantean.

2.^a La introducción de estas figuras delictivas en el Código Penal Militar es directa heredera de la asunción por los tribunales militares —con aquella Sala Quinta al frente— de la necesidad de castigo de tales conductas por la jurisdicción militar, si bien, ante la ausencia en el Código Penal Militar de 1985 de tipos específicos que castigaran tales atentados, debió acudirse mayoritaria, aunque no exclusivamente, al delito de abuso de autoridad (cuando concurría una relación de superioridad jerárquica militar) del artículo 106 de aquel Código de 1985, en el que se castigaba al superior que tratase a un inferior de manera degradante o inhumana.

3.^a El Código Penal Militar de 2015 castiga los atentados contra la libertad sexual tanto cuando se dan mediando una relación jerárquica entre el autor y la víctima —como delitos contra la disciplina (insulto a superior y abuso de autoridad)— como cuando, en determinadas circunstancias, se dan entre militares del mismo empleo —como delitos contra el ejercicio de los derechos fundamentales por los militares—.

4.^a A la hora de castigar tales atentados, la descripción de la conducta típica no es homogénea, dado que en un caso (delito de insulto a superior) se utiliza una alusión genérica a los atentados contra la libertad sexual, mientras que en otros (delitos de abuso de autoridad y entre militares del

mismo empleo) se distingue el tratamiento de las agresiones y los abusos sexuales, por un lado, y de los acosos sexuales, por otro. Si bien esta diferencia puede estar justificada por razones de técnica normativa, podría provocar algún problema de doble incriminación del acoso sexual en el insulto a superior —a pesar de que reconocemos lo difícil que será que se planteen tales situaciones—, doble incriminación que no puede darse en los otros dos delitos.

5.^a El castigo por separado de la lesión del bien jurídico de naturaleza militar —la disciplina (en los delitos de insulto a superior y abuso de autoridad) o el libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares (en los delitos entre militares del mismo empleo)— y de la lesión del bien jurídico de naturaleza privada —la vida, la integridad corporal, la libertad sexual o la intimidad— hace que no deba apreciarse vulneración del principio *non bis in idem* en los delitos de los artículos 42.1, 46, 47 y 49 del Código Penal Militar, con arreglo a criterios jurisprudenciales consolidados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

6.^a La consideración del libre ejercicio de los derechos fundamentales por los militares como un bien jurídico diferenciado de algunos de tales derechos (como la vida, la integridad física y moral o la libertad sexual) puede dar lugar a problemas de entidad en la aplicación del artículo 49 del nuevo Código Penal Militar, dado que en él se prevé el castigo por separado de las conductas que lesionen uno y otro —¿diferentes?— bienes jurídicos.

7.^a Amparándonos en abundante doctrina de esa misma Sala Segunda sobre tipos penales semejantes, entendemos que el nuevo Código Penal Militar, al utilizar la fórmula «sin perjuicio de la pena que corresponda por...», impone la necesidad de castigar los hechos como si se tratara de un concurso real de delitos, esto es, penando por separado el delito militar y el delito común que con él pueda concurrir.

8.^a Se advierte en el nuevo Código Penal Militar una criticable pluralidad de soluciones penológicas, sobre todo cuando se utiliza la referencia de las penas del Código Penal; entendiéndose que hubiera sido preferible acoger una solución homogénea para todos esos casos, como podría ser la ya prevista de incrementar el límite máximo de la pena *común* en un quinto de su duración.

9.^a La corta duración del límite inferior de la pena de prisión prevista en el artículo 47 del Código Penal Militar para los abusos de autoridad integrados por agresiones o abusos sexuales (provocada por el castigo conjunto de conductas de muy diversas gravedad), puede plantear problemas penológicos que solo tendrían solución a través de los artículos 12.1 de la

Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 1.3 del nuevo Código Penal Militar.

10.^a En los delitos de abuso de autoridad podrá apreciarse un concurso de normas entre el tipo penal militar y el correspondiente tipo penal común agravado por el prevalimiento de una relación de superioridad (específico o por aplicación de la agravante del artículo 22.2.^a del Código Penal); concurso o conflicto de normas que debe resolverse en favor del tipo penal militar por virtud del principio de especialidad, lo cual supondrá atribuir la competencia para el conocimiento de los hechos a la jurisdicción militar, sin perjuicio de que, en última instancia, esta aplique el tipo penal que imponga mayor pena por virtud de lo dispuesto en los dos artículos citados al final del párrafo anterior.

11.^a Se advierte en el nuevo Código Penal Militar un uso de la pena de prisión que entendemos indiscriminado y en ocasiones de un rigor excesivo, como para algunas de las conductas castigadas en los artículos 48 y 50.

12.^a Las múltiples cuestiones penológicas que van a plantearse en la aplicación de los tipos del Código Penal Militar de 2015 que toman como referencia figuras delictivas comunes deberán resolverse por los tribunales militares teniendo muy presentes las penas que en cada caso establece el Código Penal para los tipos equivalentes, de forma que el carácter complementario de inspira aquel código permita dar la mejor solución posible a las notables disfunciones penológicas que en algunos casos se advierten.