

DERECHO ESPAÑOL

VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL EN EL ÁMBITO CASTRENSE: RESPUESTA PENAL MILITAR

ÁLVARO SEDANO LORENZO

Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar. Juzgado Togado Militar Territorial nº. 11 y de Vigilancia Penitenciaria.



RESUMEN

En este trabajo, se analiza la normativa penal militar vigente, y su interpretación jurisprudencial, que permite a los tribunales castrenses castigar algunas, no todas, las conductas materialmente lesivas a la libertad sexual de las mujeres y hombres miembros de las Fuerzas Armadas españolas. La legislación penal militar actual no está pensada especialmente para abordar las conductas lesivas para la libertad sexual en el ámbito castrense, lo que provoca disfunciones importantes.

También se exponen las principales modificaciones e innovaciones que el Anteproyecto de Código Penal Militar de 2013 supone para la defensa de la libertad sexual, y que consideramos imprescindibles para garantizar la plena integración de las mujeres en las Fuerzas Armadas en condiciones de igualdad.

Palabras clave: Libertad sexual, Código Penal Militar, acoso sexual, Ejército.

ABSTRACT

Violation of the sexual freedom in the military area: Military criminal response

In this article, we analyze military criminal legislation, and its judicial interpretation, which allows military courts to punish some, not all, materially injurious behaviors to sexual women freedom and men who are members of the Spanish Armed Forces. Nowadays military criminal law is not intended to deal with behaviors especially harmful to sexual freedom in the military field, causing important disorders.

The principal modifications and innovations that the Draft Penal Military Code of 2013 supposes for the defense of the sexual freedom, are exposed too. They are considered indispensable to assure the full integration of the women in the Armed Forces in conditions of equality.

Keywords: Sexual freedom; Penal Military Code, sexual harassment, Army.

INTRODUCCIÓN

Según el Observatorio Militar para la Igualdad¹, a 31 de diciembre de 2012 la proporción de mujeres en las Fuerzas Armadas (FAS, desde aquí) ha alcanzado el 12,3 %. Se trata del segundo Ejército de los aliados OTAN –tras el francés que cuenta con un 14 %– en porcentaje de mujeres². Este dato es relevante, pero más si cabe el comparar los datos actuales con el año 2000, en el que las mujeres apenas llegaban al 6,6 %. Es decir en poco más de una década el porcentaje de mujeres en las FAS casi se ha duplicado³, y todos los datos apuntan a que la dicha proporción irá progresivamente en aumento.

La normativa castrense ha tenido que actualizarse para acoger la presencia, ya generalizada y en aumento, de la mujer en las FAS. Por ello, y en base a la transversalidad del principio de igualdad y a su carácter de principio informador del ordenamiento jurídico⁴, la producción y revisión normativa de la última década que, de una forma u otra, afecta al status de la mujer en la FAS tanto en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en el acceso, formación, promoción y carrera), conciliación de la vida personal, familiar y profesional, y lucha contra violencia de género, ha sido muy relevante.

Junto a la actualización normativa en estos tres pilares (igualdad efectiva, conciliación y lucha contra la violen-

cia de género), existe otro cuarto pilar fundamental para asegurar la plena integración de mujeres en las FAS y cuya normativa, a día de la fecha, aún no ha sido remozada al efecto. Nos referimos a la respuesta del Derecho penal militar –y el disciplinario– a las vulneraciones de la libertad sexual en el ámbito castrense.

La cuestión es relevante pues los Derechos penal y disciplinario castrenses constituyen el nervio de la regulación jurídica de la FAS en lo que a la extensión y límites de los derechos y deberes de las mujeres y hombres uniformados. Por otro lado, esta materia adquiere hoy una especial actualidad habida cuenta que están sobre la mesa las reformas del Código Penal Militar (CPM, desde aquí) –que está en fase de Anteproyecto de Ley Orgánica⁵–, y de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas⁶ (LORDFAS)– que ya es Proyecto de Ley en el Senado–.

Nuestro estudio, necesariamente limitado, se ceñirá a dos cuestiones: analizar críticamente la actual legislación penal militar, y su interpretación jurisprudencial, relativa a conductas que afectan materialmente al bien jurídico libertad sexual y, en segundo lugar, exponer los avances suponen que las propuestas de legislación penal que está en tramitación, en esta materia⁷.

1

Regulado por la Orden Ministerial 51/2011, de 28 de julio, es un órgano colegiado de carácter consultivo adscrito a la Subsecretaría de Defensa, a través de la Dirección General de Personal. Su objetivo principal es promover la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en las FAS y, entre sus funciones, también se encuentra la de analizar la información estadística de la mujer en las Fuerzas Armadas.

2

En el Ejército de Tierra las mujeres suponen el 11,8%, en la Armada el 12,2 %, en el Ejército del Aire el 13,3% y en los Cuerpos Comunes de la Defensa (Cuerpo Jurídico Militar, Cuerpo Militar de Intervención, Cuerpo de Sanidad Militar y el Cuerpo de Músicas Militares) constituyen el 20,1%.

3

De especial interés es el dato de la distribución de sexo del personal funcionario civil al servicio del Ministerio de Defensa. A 31 de diciembre de 2012 las mujeres suponen el 53,2% y los hombres el 48,2 %.

4

Vid. arts. 15 y 4, respectivamente, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

5

A propuesta del Ministerio de Defensa, que tiene fecha de 18 de julio de 2013, y que ya ha sido informado por el CGPJ.

6

Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 17 de mayo de 2013, Núm. 47-1, págs. 1 a 35.

7

Por motivos de economía, dejamos a un lado el estudio específico del tratamiento de estas conductas en el régimen disciplinario militar y en el Proyecto de LORDFAS, que merecerían un estudio independiente.



EL DERECHO PENAL MILITAR Y LA LIBERTAD SEXUAL: REGULACIÓN ACTUAL

1

Consideraciones generales.

La primera idea que hay que exponer es que el CPM no contenía en su aprobación por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre –que entró en vigor el 1 de junio de 1986–, ni prevé en la actualidad, delitos que directa y expresamente tutelén el bien jurídico libertad sexual; terminología –la de “sexo” o “libertad sexual”– que no aparece en ninguno de los 197 artículos del actual Código punitivo castrense. Hay que recordar, además, que en 1985 el acceso a las FAS estaba vetada para la mujer⁸, por lo que el CPM fue promulgado para una FAS exclusivamente con varones entre sus filas⁹.

Ciertamente la libertad sexual es uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de proteger con la técnica siempre tosca del Derecho Penal¹⁰. A pesar de ello, la libertad sexual, entendida como aquella parte de la libertad referida a la autodeterminación sexual, actual o “in fieri”¹¹, es un bien jurídico merecedor de protección y necesitado de tutela penal.

La segunda cuestión que planteamos si es necesaria la tutela penal militar de la libertad sexual¹², o sería suficiente con su regulación en el CP común. Es decir, ¿por qué el CPM debe tutelar la libertad sexual?

Consideramos necesario que el CPM efectivamente proteja la libertad sexual, pero siempre anudada a un bien jurídico netamente castrense. En base al art. 117.5 de la Constitución española (CE) que establece que la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense¹³, el CPM, como Ley especial y de carácter complementario al CP, debería tipificar los ataques a la libertad sexual cuan-

do mediante los mismos se lesiona un valor castrense tal como la disciplina, la jerarquía, el orden y la cohesión en las FAS.

A tenor de lo dispuesto, parece lógico pensar que una de las modalidades, quizá una de las más repudiables, de afectar a los valores castrenses, es la realización de actos que vulneran la libertad sexual de la compañera o el compañero de armas. La tipificación de las conductas que lesionan la libertad sexual en el seno de las FAS es necesaria, no sólo para la adecuada protección del bien jurídico libertad sexual en el seno de la Institución, sino también para la plena integración en condiciones de igualdad de las mujeres en las FAS¹⁴.

De forma accesorio, debemos añadir que estos delitos pueden afectar gravemente al prestigio de las FAS¹⁵ y desdibujar su imagen y realidad¹⁶. Además, estos delitos pueden afectar a la propia eficacia de las FAS. En Estados Unidos, donde los acosos, abusos y agresiones sexuales en el Ejército se han convertido en una cuestión de Estado¹⁷, el Presidente Obama afirmó en mayo de 2013 ante periodistas en la Casa Blanca que *“la cuestión de los abusos sexuales socava la confianza en los cuerpos militares. No sólo es un crimen, no sólo es vergonzoso y deshonoroso, sino que además hace que nuestras tropas sean menos eficaces”*¹⁸.

Tras dejar sentado que el actual CPM no prevé delitos que expresamente castiguen los actos lesivos a la libertad sexual, y que es necesaria una reforma del mismo que tipifique estas conductas¹⁹, la tercera idea que debemos plantear en este epígrafe de consideraciones generales es que, a pesar de lo dispuesto, los tribunales militares sí han enjuiciado, y siguen haciéndolo, las conductas con connotaciones sexuales o materialmente lesivas de la libertad sexual cuando éstas se producen de un/a superior a un/a inferior y viceversa. Es decir, cuando media una relación de jerarquía militar entre



8

Fue el RD-Ley 1/1988, de 22 de febrero, el que reguló la entrada de las mujeres en las FAS.

9

En todo caso, el Código Penal común vigente en 1985 –el antiguo Código Penal de 1973– tampoco tutelaba propiamente la libertad sexual. No fue hasta la reforma de 1989 de este Código cuando se sustituyó la expresión “*Delitos contra la honestidad*”, que era la rúbrica del entonces Título IX, por la de “*Delitos contra la libertad sexual*”, superando una regulación no exenta de tintes morales más que jurídicos. Hoy día el Título VIII del Libro II del Código Penal de 1995 (CP) lleva por rúbrica “*De los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”.

10

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanc, 1996, p. 175.

11

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios a la parte especial de Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p.310.

12

Nos referimos a conductas de acoso, abuso y agresión sexual, según su regulación en los arts. 178 y siguientes CP. Dejamos a un lado los delitos de exhibicionismo, provocación sexual, relativos a la prostitución y corrupción de menores que no encuentran encaje en el CPM.

13

Vid. STC 60/1087.

14

El art. 10 de la LO 9/2011, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, dispone que “*se deberá respetar la dignidad personal y en el trabajo de todo militar, especialmente frente al acoso, tanto sexual y por razón de sexo (...)*”.

15

Que en abril de 2013, según datos del Centro de Investigaciones Sociológicas, se encuentran en el tercer lugar de valoración (con 5,21 puntos), sólo por detrás de la Guardia Civil (5,71) y de la Policía Nacional (5,65).

16

Véase artículo publicado en el Diario *El País* el 7 de octubre de 2013, titulado “*Machismo en el Ejército*” y la réplica al mismo por parte del Director de Comunicación del Ministerio de Defensa mediante otra publicación titulada “*La mujer en las Fuerzas Armadas*”, en el mismo medio de comunicación, el día 11 de octubre de 2013.



17

Según el informe bianual del Pentágono publicado en atención a estas circunstancias, el número de “*contactos sexuales no deseados*” estimados en las Fuerzas Armadas estadounidenses se elevó un 37%, de 19.100 en 2010 a 26.000 en 2012. En otras palabras, de promedio cada día se producirían cerca de 70 ataques a la libertad sexual en el seno de las Fuerzas Armadas estadounidenses.

18

Vid. “*Obama dice que las agresiones sexuales en el Ejército dañan la seguridad nacional*”, Diario *El País*, el 17 de mayo de 2013.

19

La reforma del CPM no sólo deviene necesaria en atención a estas circunstancias, sino porque lo prescribe 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.

20

El concepto legal de jerarquía militar a efectos penales se encuentra en el art. 12 CPM.

21

El art. 14 de la misma Norma concreta que “*la jurisdicción a que esté atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave, conocerá de los delitos conexos. Si sobreseyese el procedimiento en relación con el delito de pena más grave, dejará de conocer de los conexos de los que no sea competente*”.

22

Vid. art. 19 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, y la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.

23

En todo caso, no debe olvidarse el principio de unidad jurisdiccional que proclama el art. 117.5 CE.

24

La prohibición de trato inhumano o degradante viene establecida en el art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma en el 4 de noviembre de 1950, el cual a su vez, tiene como antecedente el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, siendo posteriormente recogido en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, todos ellos constitutivos de fuente del derecho español de acuerdo con el art. 10.2 CE. Paralelamente dichos textos fundamentales han de ser completados con la Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1984, ratificada el 19 de octubre de 1987 y el Convenio Europeo de 26 de noviembre de 1987, ratificado el 28 de abril de 1989, en relación a la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Por supuesto, se trata de un derecho fundamental incardinado en el art. 15 CE.

los sujetos activo y pasivo que hace que el valor de la disciplina se resentía²⁰.

El acoso, abuso y agresiones sexuales de un/a superior sobre un/a inferior han sido incardinados por la jurisprudencia en el art. 106 CPM (*abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante*). Cuando dichos ataques a la libertad sexual proceden de un/a inferior y se ejercitan contra un/a superior, en nuestra opinión estamos ante una laguna legal. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha incardinado esas conductas en los delitos militares de insulto a superior en sus modalidades de *maltrato de obra* (art. 99.2 y 3 CPM) o bien en el *insulto a superior mediando coacción, amenaza o injuria* (art. 103 CPM).

Como expondremos en los siguientes epígrafes, esta legislación penal militar vigente no está pensada especialmente para abordar las conductas lesivas para la libertad sexual en el ámbito castrense, lo que provoca disfunciones importantes. Se trata de preceptos pluriofensivos en los que se tutela, además de la disciplina en todos ellos, la integridad moral (en el art. 106 CPM), la integridad física (art. 99.2 y 3 CPM), la libertad y el honor (en el art. 103 CPM). Por lo tanto, al no existir delitos militares que tutelén la libertad sexual de forma expresa, se han calificado las conductas que agreden materialmente a dicho bien jurídico utilizando tipos que protegen bienes jurídicos muy relacionados (tales como la libertad –la libertad sexual sería una modalidad, si bien sustantiva, de la misma– el honor, la integridad física y moral).

Hay que añadir que los ataques a la libertad sexual entre militares entre los que no media relación jerárquica, es decir, con el mismo empleo, no pueden incardinarse en ninguno de los preceptos del CPM, por lo que actualmente son enjuiciados en exclusiva por la jurisdicción ordinaria, dejando al margen la responsabilidad disciplinaria militar.

En cuarto lugar y para finalizar este epígrafe, debemos hacer unas breves consideraciones procesales. El art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, dispone que en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer, entre otros, de los comprendidos en el Código Penal Militar *incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste*²¹.

Esta regulación implica que ante la comisión de un delito contra la libertad sexual entre dos militares con diferente jerarquía, si un órgano judicial militar considera que los hechos pueden tipificarse también como delito militar (de insulto a superior o abuso de autoridad, normalmente), la jurisdicción marcial será la competente para conocer de los mismos, a pesar de que, en su caso, si los hechos están castigados con mayor pena en el CP común, el tribunal militar deba condenar en virtud del delito común. Ello con independencia de que pueda plantearse un conflicto de jurisdicción²².

Junto a estas relaciones entre las jurisdicciones ordinaria y castrense²³, también pueden plantearse problemas de concurso de delitos entre tipos comunes y militares, a los que se hará referencia en los siguientes epígrafes.

2

El delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante del art. 106 CPM como vía para castigar los atentados a la libertad sexual.

Como ya se ha apuntado, los ataques a la libertad sexual por parte de un/a militar superior a un/a inferior son calificados por la jurisprudencia en el art. 106 CPM como un delito de abuso de autoridad: “*El superior que tratarse a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión*”²⁴.



El precepto forma parte del Título V del Libro II del CPM (contra la disciplina), y es un delito pluriofensivo: no sólo se tutela la integridad personal y moral de la víctima, sino también el valor esencial de la disciplina en los Ejércitos. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (TS) ha considerado en doctrina que podemos calificar como consolidada, que los actos de connotación sexual llevados a cabo por superiores jerárquicos con sus subordinadas o subordinados pueden constituir una modalidad de trato degradante en la forma en que este se define en el art. 106 del CPM ²⁵.

En virtud de este tipo del art. 106 CPM, se ha ido elaborando, probablemente, la jurisprudencia más acabada en torno al concepto de “trato degradante”. Según la misma, el trato degradante consiste en un comportamiento de palabra u obra que rebasa, humilla y envilece al inferior, despreciando el fundamental valor de su dignidad personal, pues no se trata de que el/la superior se comporte con el/la inferior de modo incorrecto o desconsiderado, sino que es preciso que el maltrato de palabra u obra alcance un mínimo de gravedad y que la humillación llegue a un determinado nivel. Se produce moralmente una degradación, entendida como desprecio a los derechos humanos, cuando los actos causales inciden sobre las esferas personalísimas de la dignidad, la libertad y el respeto debido y violentado, en los supuestos que estamos estudiando, una expresión tan íntima como el intangible derecho a no verse perturbado en el uso sexual del propio cuerpo. En esta línea, en el

ámbito castrense ha de tenerse en especial consideración que la relación jerárquica militar otorga al superior un conjunto de potestades –como la disciplinaria, capaz de privar de libertad, entre otras muchas– que dada su intensidad, hace que “se reduzca de modo innegable la capacidad de reacción del militar o la militar jerárquicamente inferior por razón de empleo” ²⁶.

Sin ánimo de ser exhaustivos, el TS ha considerado delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante (art. 106 CPM) conductas como las siguientes: la de un Cabo del Ejército de Tierra que mediante una palmada agarró momentáneamente el glúteo de una soldado, a la vez que le hacía insinuaciones de contenido sexual, tales “era muy guapa”, “que estaba muy buena”, “que se fuera con él a la habitación para pasar la noche con él”, con evidente finalidad sexual ²⁷; la de un Teniente tutor y evaluador que interrogaba a las militares alumnas sobre cuestiones íntimas y les realizaba tocamientos so pretexto de pesarlas o corregirles posiciones ²⁸; la de un Teniente que dirigía a una mujer soldado bajo su mando y en público, comentarios soeces y repetidamente, pese a la oposición manifiesta de ésta, le propuso mantener relación sentimental ²⁹; una agresión sexual de un Capitán de la Guardia Civil a una agente femenina del Benemérito Instituto ³⁰; la de un Cabo de la Armada que hizo a una Marinero tocamientos obscenos contra su voluntad ³¹; la de un Teniente instructor que obligó a una soldado a desnudarse bajo el pretexto de una prueba de frío, llegando a insinuarle

25

Vid, SSTS –Sala de lo Militar– de 1 de diciembre de 2006 y 10 de noviembre de 2008, entre otras.

26

STS –Sala de lo Militar– de 3 de mayo de 2006, 12 de diciembre de 2003, 11 de junio de 2007 y 10 de noviembre de 2008.

27

STS –Sala de lo Militar– de 18 noviembre 2008.

28

STS –Sala de lo Militar– de 23 octubre 2007.

29

STS –Sala de lo Militar– de 3 de mayo de 2006.

30

STS –Sala de lo Militar– de 29 de abril 1997.

31

STS –Sala de lo Militar– de 1 junio 2010.

32

STS –Sala de lo Militar– de 20 septiembre 2002.

33

STS –Sala de lo Militar– de 11 de noviembre de 2011.

34

STS –Sala de lo Militar– de 23 de septiembre de 2011.

35

STS –Sala de lo Militar– de 13 marzo 2012.

36

STS –Sala de lo Militar– de 17 diciembre 2012.

37

STS –Sala de lo Militar– de 28 de marzo de 2003.

38

STS –Sala de lo Militar– de 12 de diciembre de 2003.

39

STS –Sala de lo Militar– de 21 de junio de 2004.

40

STS –Sala de lo Militar– de 10 de diciembre de 1999.

41

STS –Sala de lo Militar– de 2 de octubre de 2001.

42

En relación con los principios de legalidad y seguridad jurídica, en relación con la necesaria taxatividad de las definiciones penales, véase STC 62/1982, de 15 de octubre.

43

Tal como se proclama en los arts. 9, 52, 53, 73, entre otros, de las Reales Ordenanzas para las FAS, aprobadas mediante Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.



que se sirviera de él para obtener calor³²; la de un Cabo 1º del Ejército de Tierra que tocó los pechos a una Cabo con motivo de unos ejercicios físicos³³; la de un Brigada que tocó los genitales de una Soldado³⁴; la de un Teniente por tocamientos con ocasión de ejercicios de defensa que el oficial realizó de manera reiterada e innecesaria a una soldado³⁵; la de un Coronel del Ejército de Tierra por un delito de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra (art. 104 CPM), y otro en su modalidad de trato degradante del art. 106 CPM, éste último por un acoso con leves tocamientos, insinuaciones y, ante el rechazo, vejaciones, produciendo trastorno emocional relacionado con su situación laboral³⁶; el comportamiento de un Suboficial a lo largo de varios meses en relación con tres subordinadas, que se encontraban destinadas en la misma oficina y respecto a las cuales verificó gestos procaces y tocamientos³⁷; la acción de un Guardia Civil que realizó servicio con una compañera en dependencia cerrada, la agarró por los hombros, la inmovilizó y consiguió besarla forcejeando³⁸; el Cabo que invitó a pasar a su habitación a una Soldado y se aproximó a la misma y, tras cerrar la puerta, le mostró sus genitales y, con posterioridad consiguió poner sus labios en su cuello para besarla³⁹; la conducta de un Suboficial que, en el interior de un almacén, se sentó al lado de una Soldado, le cogió de una mano, le dio un beso en el dedo pulgar y seguidamente efectuó tocamientos⁴⁰; la acción de un Suboficial que forzó un beso en la boca de una marinero a bordo de un buque de la Armada⁴¹; entre otras.

Todas estos delitos, cuyos sujetos pasivos han sido mujeres militares, constituyen modalidades de conductas atentatorias para la dignidad personal de éstas, en su posición de mujeres incorporadas profesionalmente a los Ejércitos en condiciones de igualdad con los demás componentes de las FAS, cuya efectiva integración exige el más escrupuloso

respeto de sus derechos. Nos encontramos con actos complejos, actuaciones verbales o conductas que desembocaban, tras un previo acoso o sin él, en comportamientos específicos que afectaban a la dignidad de la mujer integrando, en la mayoría de los casos, comentarios obscenos, insinuaciones, gestos procaces, tocamientos, aproximaciones físicas forzadas o no consentidas, y en una minoría, accesos carnales y otros actos de carácter libidinoso que afectaban gravemente a la libertad sexual.

A falta de tipos en el CPM en los que se proteja de forma explícita el bien jurídico de la libertad sexual, se ha incardinado en este precepto conductas que abarcan, como se ha señalado, desde un “tocamiento de glúteos” hasta una “acceso carnal” de un militar superior sobre una militar subordinada. Ambas conductas, si bien pueden afectar de forma grave la libertad sexual en el ámbito castrense, debieran tener su regulación específica en una mejor observancia del principio de tipicidad penal, en su modalidad de taxatividad, en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)⁴². Se trata de un tipo relativamente abierto en el que, en nuestra opinión, la frontera de la conducta punible es difusa, y que se ha convertido en un “cajón de sastre” en relación con las conductas con connotación sexual.

Por otro lado, no debe olvidarse, que la determinación de las conductas punibles que exige el principio de taxatividad o mandato de certeza penal es muy relevante en relación con la finalidad preventiva general, en atención al carácter disuasorio, y también didáctico, que se predica en el ámbito legislativo penal.

3 Los delitos de insulto a superior de los arts. 99.2 y 3 y 101 CPM como vías para castigar los atentados a la libertad sexual.

La jurisprudencia ha sido constante al establecer que el valor de la disciplina tiene una doble dirección: de

inferior a superior y también de superior a inferior. El/la inferior debe respeto y obediencia a su superior, pero también el/la superior tiene el inexcusable deber militar de respetar la dignidad de su subordinado/a⁴³.

El art. 99 CPM dispone: *“Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, el militar que maltrata de obra a un superior será castigado:*

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

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

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

Por su parte el artículo 101 CPM reza: *“El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, coaccionare, amenazar o injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión”.*

Como puede observarse, los verbos rectores de los tipos expuestos consisten en maltratar –de obra–, coaccionar, amenazar e injuriar. Se trata de conductas típicas que están plenamente definidas legalmente en el CP común al que debemos remitirnos al efecto. La posibilidad técnica de calificar una conducta que materialmente atente contra la libertad sexual en base a estos tipos es mucho más difícil que en los supuestos de insulto a superior, donde el concepto normativo más indeterminado del *“trato degradante”* implica que su apreciación sea una cuestión no exenta de relativismo por su propia naturaleza. Sin embargo, en este caso estamos, como ya hemos apuntado, ante una verdadera *laguna legal*.

La jurisprudencia al respecto es mucho menor que en los casos de abuso de autoridad en la modalidad de trato degradante en supuestos de actos con connotación sexual. Ello es debido, no sólo a las dificultades en la tipicidad y propiamente hermenéuticas de los arts. 99 y 101 CPM



en relación con este tipo de actuaciones, sino también porque la mujer aún sigue representando porcentajes relativamente pequeños entre los cuadros mando, lo que se explica porque el ingreso de la mujer en las FAS no se produjo hasta 1987, y el transcurso del tiempo es uno de los principales factores en el ascenso y promoción profesional militar, pues hay unos mínimos temporales a cumplir en cada empleo⁴⁴.

Según el Observatorio Militar para la Igualdad, a 31 de diciembre de 2012 en las FAS, el 7,3% de Oficiales y el 3,2% de Suboficiales son mujeres (frente a la clase de Tropa y Marinería en el que la proporción se eleva a 16,9%). El empleo máximo alcanzado hoy día por las mujeres en las FAS es el de Teniente Coronel (son 11). También hay 251 Comandantes, 7 Capitanas de Corbeta, 387 Capitanas, 14 Tenientes de Navío, 433 Tenientes, 37 Alférez de Navío y 3 Alférez de Fragata. Entre Suboficiales: 1 Subteniente, 9 Brigadas, 132 Sargentos 1º y 755 Sargentos. Como puede observarse fácilmente, es mucho más elevado el número de mujeres entre los Oficiales y Suboficiales de menor graduación; ello, junto a la actual normativa que garantiza la igualdad en materia de acceso, promoción y formación en las FAS, son indicadores claros de que el número de mujeres entre los altos cuadros de mando en las FAS no hará sino crecer en los próximos años, lo que justifica aún más la necesidad de la reforma de estos delitos.

Como ya hemos señalado, los supuestos enjuiciados por la jurisdicción militar de insulto a superior respecto a actos con connotación sexual con la vigente regulación son minoritarios respecto a los delitos de abuso de autoridad, pero no inexistentes. Destacamos una resolución reciente, relevante por la gravedad de los hechos enjuiciados, y en la que se exponen, a nuestro juicio, algunos de los problemas de jurídicos referidos: La Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013, que

ha desestimado un recurso de casación interpuesto por un Marinero que fue condenado por el Tribunal Militar Territorial Segundo como reo de un delito de *violación* previsto y penado en el art. 179.1 CP, cometido contra una Cabo Marinero en el interior de un buque Patrullero de la Armada española.

La cuestión a dilucidar en este supuesto es, a la vista de la legislación vigente –del art. 12.1 de la LO 4/1987, y los arts. 99 y 101 CPM–, cómo puede atraer la competencia para enjuiciar ese delito de violación la jurisdicción militar, partiendo de la consideración previa de que, a nuestro juicio, efectivamente se vulneran materialmente valores castrenses y se lesiona la disciplina y la libertad sexual de la víctima.

Según el Alto Tribunal, los hechos declarados probados en la Sentencia del Tribunal Militar de instancia⁴⁵ *“tienen cabida, incuestionablemente, dentro del art. 99.3º del Código Penal Militar, con independencia de la calificación que puedan merecer –y que, sin duda, también merecen conforme al Código Penal común”*. Según el TS, *“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 sólo 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 común”*.

El delito de violación está caracterizado esencialmente por el acceso carnal en los términos previstos en el art. 179 CP. Según aquilatada jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, los actos de violencia o intimidación indispensables para vencer la voluntad de la víctima son absorbidos por la conducta principal del acceso carnal⁴⁶. Este tipo cualificado de agresión sexual no está previsto en el CPM, y tanto el Tribunal Militar de

instancia como el TS han utilizado el acometimiento físico que el Marinero utilizó como medio para vencer la voluntad de la víctima como elemento que llenaría “per se” los elementos objetivos del art. 99.3 CPM.

¿Cómo hubiera encajado en el CPM el delito de violación mediante intimidación? ¿Calificamos, pues, según el CPM sólo las agresiones sexuales mediante violencia y no mediante intimidación? ¿Incardinamos estas últimas en un delito de insulto en su modalidad de “amenazas”? Se trata, sin duda, de criterios de interpretación normativa extensiva, vetada en el Derecho penal, para introducir “con calzador” conductas cuyo carácter ilícito debería ser valorado en su conjunto, en su totalidad, como delitos comunes contra la libertad sexual.

En base a esta argumentación, consideramos que la conducta del Marinero podría haber infringido, efectivamente, la disciplina y la libertad sexual de la víctima. Podría haber cometido los delitos del art. 179 CP y del art. 99.3 CPM, pero no en una relación de alternatividad, sino en un concurso de delitos (concurso ideal medial), por lo que quizá, pudiera haber sido condenado por ambos en la jurisdicción ordinaria⁴⁷.

Cierto es que este “juicio de tipicidad” fue utilizado, en la STS mencionada, a los solos efectos de encontrar una relación de alternatividad entre los arts. 99.3 CPM y 179 CP, y justificar así el enjuiciamiento –ex art. 12.1 LO 4/1987– por la jurisdicción marcial. Sin embargo, en nuestra opinión, dicho juicio de tipicidad podría haber afectado al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE en relación con el art. 117.5 CE) y al principio de tipicidad penal (art. 25 CE en relación con el art. 99.3 CPM). No debe perderse de vista que la jurisdicción militar debe ejercerse en el ámbito estrictamente castrense, y que las normas que determinan su competencia han de interpretarse con ca-

Arts. 88 y ss. de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

45 Básicamente un acometimiento físico seguido de accesos carnales introduciendo dedos en la vagina y en varias ocasiones el pene.

46 STS –Sala Segunda– de 29 de enero de 2009, que exige una relación causa a efecto entre la violencia o intimidación y el contacto corporal: que la violencia o intimidación vaya dirigida a conseguir el contacto y que por su entidad haya de considerarse suficiente para esa finalidad.

47 Además, Los apartados del art. 99 CPM constituyen tipos cualificados por el resultado, además graduados mediante números ordinales y la graduación de la pena, siendo el más grave la causación de la muerte del superior, después las lesiones graves, y finalmente, “en los demás casos”. Pretender incardinar un acceso carnal mediando violencia en este tercer apartado se aparta la propia sistemática del precepto.

48 Vid. STS –Sala Segunda– de 30 de enero de 1989.

49 SAAVEDRA RUÍZ, JUAN, *Ley de enjuiciamiento criminal. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Madrid, El Derecho Editores, 2010, pp. 31 y 32.

50 Informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial del ACPM, de fecha 7 de octubre de 2013, pág. 80.

51 MANUEL, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial, Barcelona, Ed. Ariel, 1986, p.133. Establece este autor que “como en general sucede con la libertad, no sólo se protege la capacidad de actuación sino también la seguridad de la libertad, esto es, los presupuestos objetivos de ella, lo que en la doctrina moderna ha sido denominada intangibilidad o indemnidad sexual”.



rácter restrictivo⁴⁸, de la misma forma que la jurisdicción ordinaria presenta una “vis atractiva” respecto a cualquier jurisdicción especial o especializada⁴⁹.

Como vemos, los problemas de tipicidad que plantean los delitos de insulto a superior respecto a actos con connotación sexual, que no son sino producto de forzar la interpretación de la ley penal militar para llenar una laguna legal, unido al número creciente de mujeres en el cuadro de mando de las FAS, justifican la necesidad de la reforma de estos delitos.

EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL MILITAR Y LA LIBERTAD SEXUAL

En el momento en el que se redactan estas líneas, la reforma del Código Penal Militar está en fase de Anteproyecto de Ley Orgánica (ACPM, desde aquí) informado por el CGPJ, por lo que está a punto de iniciar su tramitación parlamentaria.

El ACPM introduce, efectivamente, tipos específicos y modalidades delictivas que protegen, junto a los valores netamente castrenses, la libertad sexual. Pasamos a exponer algunas de sus previsiones:

El art. 42.1 ACPM (incardinado en el Libro II – “Delitos y sus penas”, Título II – “Delitos contra la disciplina”, Capítulo II – “Insubordinación”, Sección 1ª – “Insulto a superior”) dispone: “El militar que maltratare 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 o abusos sexuales efectivamente cometidos conforme al Código Penal”.

El ACPM acaba con la laguna legal y junto al insulto a superior en su modalidad de maltrato de obra, distingue los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales. Se impone una pena a esos atentados, con indepen-

dencia de que los mismos contengan resultados lesivos tipificables en los arts. 178 y siguientes. CP; en caso de ser así, aquellos se castigarían con independencia de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos o las agresiones o abusos sexuales efectivamente cometidos conforme al CP.

El art. 47 ACPM, incardinado en el Capítulo III (“Abuso de autoridad”) señala: “El superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante, 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, sin perjuicio de las que correspondan por los resultados lesivos producidos o las agresiones o abusos sexuales efectivamente cometidos conforme al Código Penal”.

Como hemos visto, la aplicación habitual del tipo del artículo 106 CPM en relación a agresiones, abusos y acosos sexuales, junto con su gravedad, y los principios de taxatividad y certeza penal así como el de seguridad jurídica, hacía necesaria la expresa contemplación de estas conductas típicas. El delito de trato degradante es de simple actividad careciendo de relevancia fundamental el resultado final de la conducta del procesado, pues el tipo penal se consuma cuando el/la superior realiza cualquier acto atentatorio a la libertad sexual de sus subordinados/as. Por ello, la expresa mención de la punición separada (“sin perjuicio”) de los resultados lesivos producidos o de las agresiones o abusos sexuales cometidos que añade el Anteproyecto resulta correcta⁵⁰.

Hay que destacar que en estos dos tipos, arts. 42 y 47 ACPM, se tipifican los atentados contra la libertad o indemnidad sexuales.

La indemnidad sexual está destinada a explicar y fundamentar las penas de ciertos delitos sexuales en las que resulta evidente que no están presentes todas las condiciones y requisitos mínimos para el ejercicio de la referida libertad sexual⁵¹. Lo que se pretender



proteger en el caso de los menores para consentir sexualmente, es el desarrollo futuro de la libertad sexual, libre de interferencias dañinas. En el caso de las personas incapaces, lo que busca la norma penal es que las terceras personas no abusen de su incapacidad. La característica común de ambos casos es que no existe una correcta o completa comprensión de lo que significa realizar determinados comportamientos sexuales, por ello es que la doctrina interpreta en esta clase de infracciones como bien jurídico tutelado a la indemnidad sexual. Si un sujeto no comprende la naturaleza ni el sentido de su acto, mal se haría en considerar que ha obrado en dicha situación en el marco del ejercicio de su libertad⁵².

Resulta llamativo que el ACPM se refiera a la indemnidad sexual, habida cuenta que en estos delitos tantos los sujetos activos y pasivos deben tener necesariamente la condición de militares, y que esta condición sólo puede adquirirse con la mayoría de edad y unas adecuadas condiciones psicofísicas.

El art. 48 ACPM prevé: *“El superior que, en relación con un subordinado, realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo (...), o realizare actos que supongan discriminación grave por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, (...), será castigado con la pena de seis meses a cuatro años de prisión, pudiendo imponerse, además, la pena de pérdida de empleo”*. Comprende el acoso sexual y por razón de sexo, y actos de grave discriminación por razón de sexo y orientación sexual, de un superior sobre un inferior.

Son comportamientos que el Anteproyecto dota de sustantividad penal y que se venían incluyendo por la jurisprudencia también dentro de trato degradante o inhumano. Con el nuevo delito, la realización de cualquiera de esos comportamientos será constitutivo de un delito de abuso de autoridad, con independencia

de que, en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas, carezcan de entidad para humillar a la víctima.

Otra de las principales novedades del ACPM, que supone un hito en relación con los códigos punitivos castrenses históricos, es la previsión de un Título III (compuesto por los artículos 49 y 50) dedicado a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de las mujeres y hombres uniformados, en el que se tipifica, sin necesidad de que medie jerarquía militar entre los sujetos activo y pasivo, las siguientes conductas:

El art. 49 ACPM: *“El militar que públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o acto de servicio, maltratare de obra a otro militar del mismo empleo, le tratase de manera degradante, inhumana o humillante, o atentare contra su libertad o indemnidad 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 por las agresiones o abusos sexuales efectivamente cometidos conforme al Código Penal”*.

Este delito, consistente en el maltrato de obra, el trato degradante, inhumano o humillante o el atentado contra su libertad e indemnidad sexual entre militares, exige que la conducta sea pública, y en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil⁵³ o acto de servicio. Cuando medie relación jerárquica y se haya lesionado la disciplina, se deberían aplicar, según el caso, los arts. 47 y 48 ACPM (que tienen una penalidad mayor). El art. 49 ACPM, por tanto, constituye el precepto que concreta los supuestos en los que se considerará delito militar –y sólo en esos supuestos– estas conductas cuando no medie relación jerárquica militar entre los sujetos activo y pasivo, a saber: cuando se trate de conducta realizada públicamente, en lugares afectos a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil o acto de servicio.

El art. 50 ACPM prevé: *“El militar que a otro militar(...), realizare actos de acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, (...), será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión”*⁵⁴. A diferencia del art. 48 ACPM, no se exige que el sujeto pasivo sea superior.

Estos dos últimos delitos suponen una extensión relevante de la jurisdicción militar⁵⁵. El bien jurídico protegido es la *dignidad del militar*.

Corolario de lo dispuesto, la regulación del ACPM en materia de actos contrarios a la libertad sexual en el ámbito castrense viene a aclarar y precisar la regulación vigente en unos casos (actos de un/a superior sobre un/inferior), a colmar lagunas legales en otros (actos de un/a inferior sobre un/a superior) e innova la normativa y amplía la jurisdicción castrense, tipificando conductas con connotación sexual entre militares del mismo empleo que afectan a la libertad sexual, pero también a la dignidad de las mujeres y hombres en su condición de militares.

52

REYNA ALFARO, LUIS, *Los delitos contra la libertad e Indemnidad Sexual*, Lima, Jurista Editores, 2005, p.134.

53

Estas dos últimas situaciones distinguen el delito de la infracción disciplinaria (arts. 7.25 y 27 Proyecto LORFAS y 7.6 de la vigente Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil).

54

En relación con el art. 50, el CGPJ, como también advierte en relación al artículo 48, considera que *“debería revisarse la redacción para delimitar cuándo la conducta es delito y cuándo es falta, al tipificarse como tal la misma conducta en el artículo 8.12 del Proyecto de la LO del Régimen Disciplinario de las FAS. En igual sentido el artículo 7.4 LO del régimen disciplinario de la Guardia Civil”*.

55

Entre militares del mismo empleo, en el CPM vigente tan sólo se regula, como un delito contra el decoro militar, las agresiones públicas de un Oficial General, Oficial o Suboficial contra otro militar (art. 162).