

UN ACERCAMIENTO AL DELITO DE LESIONES EN EL ÁMBITO MILITAR

Jacobo Barja de Quiroga
Magistrado del Tribunal Supremo

Resumen

Se realiza una aproximación al delito de lesiones abarcando con este término el maltrato, tomando en consideración la evolución ocasionada en el bien jurídico protegido y, consiguientemente, en la acción típica, examinando que esta evolución es aplicable en el ámbito militar, donde además se plantea un concurso de delitos. De una agresión física se evoluciona a una acción u omisión que afecta a la libre determinación sobre la salud física o psíquica, esto es, respecto al bienestar de la persona.

Palabras claves: lesiones, maltrato.

Abstract

Deals with injuries crime including within this term abuse crime by taking into consideration the evolution in the legally-protected right and in the criminal action. This evolution is applicable to the military jurisdiction where it could even result in concurrent offences.

From physical abuse evolves into an action or omission that affects self-determination on physical or mental health with relation to human well-being.

Key words: injuries, abuse.

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Aproximación al Código Penal Militar. III.- Bien jurídico protegido en el delito de lesiones. IV.- Vuelta al ámbito militar. V.- La jurisprudencia. VI.- Epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

Necesariamente he de partir de algo que debe ser obvio, pero es preciso insistir en ello. Me refiero a la relación normativa entre el Código Penal y el Código Penal Militar. El hecho de que la normativa penal militar se encuentre recogida en una ley diferente al Código Penal no debe conducirnos a un fácil error: pensar en la especialidad. Que, en el ámbito de la codificación, o desde ese punto de vista, se considere ley especial, es absolutamente irrelevante.

La relación normativa es de alternatividad. Los concursos aparentes de normas, esto es, cuando varias normas son de aplicación, pero existe una relación de exclusión, aparecen regulados en el art. 8 del Código Penal, respondiendo a diversos principios expuestos de forma gradual. Incluso no es preciso acudir a este grupo normativo del Código Penal, pues, como veremos seguidamente, dicho concurso está legislativamente resuelto. Al respecto, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, señala que la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los delitos y faltas comprendidos en el Código Penal Militar y, añade seguidamente que «salvo lo dispuesto en el artículo 14, 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 común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará este». Esa norma aproximadamente tiene 33 años y se encuentra vigente.

Por otra parte, conviene acudir también a una ley de 2015; evidentemente me estoy refiriendo a la Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre,

del Código Penal Militar. En su art. 1.2 determina que «las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares como supletorias en lo no previsto expresamente por el presente Código. En todo caso será de aplicación el título preliminar del Código Penal». Y, en su art. 1.3 que «cuando a una acción u omisión constitutiva de un delito militar le corresponda en el Código Penal una pena más grave, se aplicará dicho Código por la Jurisdicción Militar».

Cabe concluir, por consiguiente, que la relación normativa es de alternatividad: ha de aplicarse la norma más gravemente penada. Y, la jurisdicción militar¹ continúa siendo la competente para conocer de los hechos. Ahora bien, también se concluye que, entonces, es preciso examinar cómo se calificará el hecho con arreglo al Código Penal y comparar con la calificación que corresponde de acuerdo con el Código Penal Militar, para seguidamente calificar el mismo con arreglo a la norma más grave.

II. APROXIMACIÓN AL CÓDIGO PENAL MILITAR

El Código Penal Militar recoge en los artículos 42 y 43 lo que denomina (conforme a la rúbrica de la sección) «insulto a superior» y en los arts. 45 a 48 lo que denomina (así es la rúbrica del capítulo) «abuso de autoridad». Se trata de delitos distintos, que tienen un ámbito no en todo similar, pero que en una parte son «espejo» uno del otro. Así, por ejemplo, el art. 42.1 se refiere al «militar que maltratase de obra a un superior» y el art. 46 al «superior que maltratase de obra a un subordinado»; en ambos se añade que estos delitos se castigarán «sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados lesivos producidos [...] conforme al Código Penal»².

Así pues, el Código Penal Militar tipifica un delito, llamémosle militar, en concurso ideal³ (siempre que exista unidad de acción) con un delito de lesiones del Código Penal.

¹ No entramos ahora en lo que consideramos su verdadero concepto; véase al respecto BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal*, I. 7.^a ed. 2019, pp. 773 y ss.

² Expresamente se omite texto en relación con el art. 42.1, pero no con relación al art. 46, respecto al cual sobran los puntos suspensivos.

³ La aceptación de la distinción entre concurso ideal homogéneo y concurso ideal heterogéneo, no es pacífica en la doctrina. Véase, entre otros, BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 2.^a ed. 2018, p. 1212. A nuestro entender su admisión no es correcta, pues además de no encontrarse la distinción en el Código Penal, supone el examen de la cuestión desde el punto de vista de los resultados producidos (bienes jurídicos afectados: iguales o distintos) y estimamos que la cuestión debe abordarse desde el punto de vista de la unidad o pluralidad de acciones.

Esta forma de tipificar un hecho conduce a diversos problemas, entre ellos, desde luego, el de determinar la existencia de lesión.

Lo que es meridianamente claro es que el maltrato de obra lo separa el legislador del resultado lesivo producido. De ahí que exista maltrato de obra sin necesidad de atender al resultado lesivo, que puede o no haberse producido; y, de producirse, se castigará conforme al Código Penal (mal llamado ordinario). Esto es, como expondremos, lo que también realiza el Código Penal: separar el maltrato de obra de la existencia de algún resultado lesivo.

Es preciso comenzar por el concepto de lesión, o mejor aún, por el llamado bien jurídico protegido por el delito de lesiones.

III. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE LESIONES

Es necesario indicar que, dada la redacción del art. 147 del Código Penal, los bienes jurídicos en él protegidos son varios.

La determinación del bien jurídico protegido del delito de lesiones no es pacífica en la doctrina, ni tampoco es estático, sino que ha variado a lo largo del tiempo.

Señala con su siempre acertadísima agudeza, Álvarez García⁴ que para que se produjera un cambio en la ordenación de las lesiones han sido precisos «tres acontecimientos: 1. El cambio en la concepción de la locura; 2. El comienzo de la reivindicación del papel de la mujer en igualdad de derechos con el hombre; y, 3. El fin del castigo físico como forma corriente de expresión de la autoridad, lo que fue especialmente relevante en nuestro país durante la Dictadura, cuando a los ciudadanos se les golpeaba sistemáticamente desde su nacimiento: el maestro en la escuela, los padres en la casa, el profesor en el instituto, los oficiales en el Servicio Militar, la policía y la guardia civil en la universidad o en la fábrica, y los curas en todos los ámbitos. En este sentido, la reivindicación de la dignidad de las personas —incluso de los sometidos a relaciones de sujeción especial— y la prohibición de hacer daño, así *in extenso*, obligó a cambios legislativos en los que todavía hoy se sigue avanzando. Son cambios que señalaron el destierro del maltrato y de la violencia gratuita».

⁴ ÁLVAREZ GARCÍA. *Derecho penal español. Parte especial I*. 2.^a ed. 2011, varios autores, pero la parte de las lesiones le corresponden a él, pp. 179 y ss.; en relación con la cita, p. 186.

La evolución en este punto conduce a que el concepto de lesión como un daño físico pasará a abarcar, además, otras posibilidades.

En efecto, como decimos en otra parte⁵, ha sido muy discutido en la doctrina cuál es el bien jurídico protegido en los tipos de lesiones, en cuya polémica es apreciable una importante evolución, pues de una concepción meramente física se ha llegado hasta el extremo opuesto. En efecto, durante muchos años se ha considerado el delito de lesiones como un resultado físico que afectaba únicamente al cuerpo y que debía ser llevado a cabo mediante una agresión física, pero tal visión fue superada y sustituida por otra que, junto al ataque a «la integridad física», incluía los ataques a «la integridad psíquica». Posteriormente, y con mayor amplitud, se utiliza el término «salud» y, finalmente, como postura más amplia nos encontramos con aquella que propugna que estos tipos protegen el «bienestar personal». Por ello, paralelamente, de la agresión física se ha pasado a admitir junto a ella a la agresión psíquica.

En la actualidad, se encuentra totalmente abandonada aquella postura inicial que equipara las lesiones a un problema físico. Que junto al aspecto físico se encuentra el mental no es discutido. Las diferencias y matices aparecen en el momento de decidir si es conveniente o no dar un paso más y concretar el bien jurídico protegido en la salud (física y/o mental). La diferencia se encuentra en que el término integridad física puede quedar afectado por la realización de acciones que, sin embargo, quedarían excluidas si el término utilizado fuera la salud. De manera que la salud aparece como un bien jurídico en un sentido más amplio y en otro sentido más estricto. Es más amplio, en cuanto abarca aquellas conductas que no causen una afectación de la integridad; pero es más estricto en cuanto quedan fuera de su ámbito aquellas conductas que, aunque afectan a la integridad, sin embargo, no inciden sobre la salud, pues se realizan para obtener dicha salud, no para menoscabarla. Por otra parte, el término «bienestar personal» abarcaría cualquier alteración en dicho bienestar con independencia de que se produzca afectación en la integridad física o mental, o en la salud.

Para la determinación del bien jurídico protegido deben además ser tenidas en cuenta dos cuestiones: por una parte, que el Código en otros preceptos establece la protección del bien jurídico «integridad moral», por lo que la integridad moral no puede ser incluida como bien jurídico protegido por los delitos de lesiones. Y, por otra parte, que el art. 147.3 recoge como delito leve el maltrato de obra sin causar lesión.

⁵ BARJA DE QUIROGA/GRANADOS PÉREZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*. 2018, pp. 104 y ss.

De todas estas posibilidades, a nuestro juicio, la más adecuada es considerar como uno de los elementos del bien jurídico protegido «la salud», término que abarca tanto la física como la psíquica; y, más aún, como dijimos, el bienestar personal. Si bien, junto a este elemento hemos de aceptar la existencia de otro, que es «la autodeterminación», esto es, la capacidad de disposición. Así pues, el bien jurídico protegido se conforma con los dos elementos indicados: la salud, en el sentido de bienestar personal, y la autodeterminación, que podría entonces formularse como la autodeterminación de cada persona sobre su salud o, en otras palabras, la capacidad que cada persona tiene para disponer sobre su salud y su bienestar personal.

Íntimamente ligado con el bien jurídico protegido se encuentra el concepto de lesión. Como hemos señalado⁶, el concepto de lesión tiene que estar estrechamente relacionado con el concepto de bien jurídico que consideremos adecuado. De forma que si estimamos que el bien jurídico protegido es la integridad corporal (física o psíquica) entonces cualquier alteración o menoscabo de dicha integridad será constitutivo de lesión. Y, por consiguiente, lesión será cualquier alteración o menoscabo de la integridad corporal.

Pero, si estimamos más adecuado conformar el bien jurídico protegido como la autodeterminación en el ámbito de la salud, esto es, del bienestar personal, la lesión solo aparecerá cuando se afecte o menoscaben estos elementos. En este sentido, la lesión será cualquier afectación o menoscabo en la autodeterminación en el ámbito de la salud (del bienestar personal). Desde este punto de vista, si no hay afectación en la autodeterminación en el indicado ámbito, no puede hablarse de lesión. Esta es la posición que consideramos correcta.

En efecto, a nuestro juicio⁷, al derecho le interesa «la persona» en tanto sujeto titular de derechos y obligaciones y, precisamente el delito ha de ser una intromisión en tales derechos y obligaciones. En otras palabras, al derecho «la persona» en tanto masa corpórea no es lo que le importa, sino que únicamente considera relevante la afectación a «la persona» en cuanto se afecten sus derechos y obligaciones. Por ello, todo delito es la lesión de un derecho⁸. De ahí, que en el delito de lesiones lo que se afecta es el derecho del sujeto pasivo al derecho a su propio cuerpo; su derecho a autodeterminar sobre el mismo.

⁶ BARJA DE QUIROGA/GRANADOS PÉREZ, *Manual ... Op. cit.*, p. 105.

⁷ Véase, por ejemplo, BARJA DE QUIROGA. *Los límites de la vida y la libertad de la persona*. 2011, pp. 168-169.

⁸ Véase, JAKOBS. «Sobre el concepto de delito contra la persona». *Poder Judicial*, 70. Feijoo Sánchez (trad.). 2003, p. 122.

Sin embargo, el Código Penal parece, a primera vista, seguir un concepto diferente. El Código utiliza la palabra lesión en el sentido del resultado producido. Por ello, el art. 147 se refiere a «una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental». Así pues, para el Código, lesión es todo menoscabo en la integridad corporal o en la salud física o mental de una persona. Lo cual es correcto, aunque olvida la autodeterminación de la persona.

No obstante, por otra parte, es preciso añadir que el Código sigue la diferenciación entre el concepto de lesión y el de maltrato de obra (véase art. 147.3) desde el momento en que es posible éste sin aquel. Por último, en consonancia con lo indicado anteriormente, también hemos de señalar que el concepto de lesión no puede alcanzar el menoscabo a la integridad moral (véanse arts. 173 y 177); que evidentemente puede concurrir, pero se castigará como un concurso generalmente ideal de delitos.

En relación con los medios, debe señalarse que se trata de un delito de medios indeterminados, pues el Código se concentra en el resultado y no en los medios utilizados (salvo en el art. 148); por ello, el art. 147 se refiere al que «por cualquier medio o procedimiento». De manera que cualquier medio es adecuado: violentos y no violentos (por ejemplo, la administración de alguna bebida nociva). Se discuten los medios morales, pero, una vez aceptada como lesión el menoscabo en la salud mental, es claro que este menoscabo puede conseguirse mediante un medio moral.

En definitiva, el bien jurídico es la incolumidad absoluta de la persona y la acción de lesionar implica cualquier conducta que afecte a dicha incolumidad. Solo así se considera la dignidad de la persona como centro neurálgico de los derechos fundamentales y eje de nuestra Constitución.

En el derecho alemán las lesiones se encuentran recogidas en los §§ 223 y ss. StGB. Concretamente, el tipo básico del § 223 castiga a «cualquier persona que maltrate físicamente a otra o menoscabe su salud»⁹. De ahí que se defienda que el bien jurídico protegido es la integridad física y la salud, esto es, el bienestar de las personas¹⁰. En ese sentido, Küpper¹¹ señala que en el § 223 existen dos tipos delictivos: el maltrato físico y el daño a la salud, aunque advierte que no son excluyentes entre sí (pone como ejemplo cuando un golpe en la cabeza provoca una conmoción cerebral; en este caso se cumplen ambos tipos aunque hay una sola conducta). En cuanto al

⁹ § 223 StGB: «Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

¹⁰ Véase, ESER EN SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*. 23 ed. § 223, pp. 1493 y ss.

¹¹ KÜPPER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 1. 1996, pp. 30 y ss.

maltrato físico considera que lo es cualquier «maltrato inapropiado» que suponga un desprecio al bienestar físico. Añade que ese maltrato incluye, por ejemplo, el cortar el cabello ya que para la existencia del maltrato no importa cuánto de doloroso sea el acto realizado; así, por ejemplo, la desfiguración del cuerpo por medio de la aplicación de un color¹². Así, también Krey / Heinrich, pues insisten, en la misma línea, que generar dolor no es un requisito necesario para el maltrato corporal. Se pregunta Küpper, que pone como ejemplo el del alumno que para vengarse de su maestro le llama por la noche repetidas veces, noche tras noche, si esta conducta puede ser considerada maltrato físico, y estima que el deterioro del bienestar mental cumple con el requisito de maltrato físico (posiblemente también exista daño a la salud) si con dicha acción se llega a un deterioro no despreciable del bienestar físico (por ejemplo, palpitaciones y trastornos del sueño).

Esta es la postura dominante¹³.

Y, en cuanto a la afectación a la salud considera Küpper que es la «ausencia patológica de las funciones normales del cuerpo», contagio de una enfermedad, intoxicación, etc. También los daños en la psique han de ser abarcados.

IV. VUELTA AL ÁMBITO MILITAR

Como dijimos, los tipos penales a los que nos estamos refiriendo es al de insulto a superior y al de abuso de autoridad, en su configuración de maltrato de obra a un subordinado.

Vaya por delante que la redacción típica no es adecuada y por ello es necesaria una labor de interpretación. Evidentemente, desconociendo la evolución del bien jurídico del delito de lesiones y centrando el tipo en la agresión física con resultado, es difícil entender tanto el Código Penal como el Código Penal Militar.

En cuanto al bien jurídico protegido en el delito (militar) de maltrato, ya el Tribunal Constitucional en su ATC, 63/2004, de 24 de febrero, señala que «es posible identificar tres bienes o valores jurídicos cuya relevancia constitucional no puede dudarse: la incolumidad personal, elemento integrante del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10.2 CE) y la disciplina militar, elemento estructural de la

¹² Véase, KREY/HEINRICH. *Strafrecht, Besonderer Teil*, I. 2005, p. 88.

¹³ Véase, además, también, entre otros, LACKNER/KÜHL. *Strafgesetzbuch*. Ed. 25. 2004, § 223. TRÖNDLE/FISCHER. *Strafgesetzbuch*. Ed. 52. 2004, § 223.

Institución militar, bienes o valores cuya protección resulta necesaria para el cumplimiento de los fines de dicha Institución (por todas STC 115/2001, de 10 de mayo, FJ 9)».

Centrémonos en el supuesto de maltrato de obra de una persona a otra, sin perjuicio de los resultados lesivos. Evidentemente que el sujeto activo sea superior y el pasivo sea el subordinado (o a la inversa) es indiferente, esos elementos típicos únicamente nos conducirán bien al art. 42 ó al art. 46, pero en nada afectan a la acción típica.

Podemos comenzar por la segunda parte del tipo, esto es, «sin perjuicio de los resultados lesivos producidos». Evidentemente, aquí el tipo elabora un concurso (la más de las veces será ideal) con el delito de lesiones del Código Penal (llamado ordinario). Al respecto no debe llevarnos a error el pensar en la lesión como algo físico, pues nada más lejos de la verdad. El art. 147.1 señala «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico».

Así pues, en los términos del Código Penal la lesión supone un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

Pero, la cuestión no se queda ahí, pues el art. 147.2 señala que «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses». Esto es, el ámbito de este tipo penal son aquellos menoscabos que no requieren, además de una primera asistencia facultativa, el tratamiento médico o quirúrgico. De ahí que cualquier menoscabo en la integridad corporal (recuérdese la conocida sentencia del Tribunal Constitucional sobre el arrancar un pelo) o de la salud, es delito. Así pues, cualquier conducta que suponga afectar la incolumidad de otro constituye un delito; en el sentido de repercutir sobre la capacidad de autodeterminación de la persona respecto a su bienestar personal, que deja de ser incólume. Como señala Álvarez García¹⁴, el concepto de lesión abarca «el mero ejercicio de la violencia aunque no supusiera, directamente, implicación física o psíquica».

¹⁴ ÁLVAREZ GARCÍA. *Derecho penal ...*, I. *Op. cit.*, p. 187.

Por cuanto, además, el art. 147.3 determina que «el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses».

Así pues, existe como delito (de lesiones) el maltrato de obra sin causar una lesión a otra persona. El maltrato de obra no precisa de lesión (en el sentido de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental). Además, también es preciso reparar en que el art. 147.3 del Código Penal distingue entre golpear y maltratar de obra, de manera que, aunque todo golpe es un maltrato de obra, abarca supuestos en los que no hay golpe, pero sí maltrato de obra. De ahí que la persona antes y después de la conducta examinada debe mantenerse incólume en su bienestar personal (en su capacidad de autodeterminarlo); si tal comparación no arroja un resultado igualitario, estaremos ante un delito.

Por ello, el Código Penal Militar separa el maltrato de obra del resultado lesivo. Este puede o no producirse y únicamente existiría *bis in idem* con el supuesto del art. 147.3 del Código Penal. Pero en los otros supuestos hay un concurso ideal de delitos entre el delito militar y el delito del Código Penal ordinario.

De manera que, como hemos indicado, cualquier maltrato nos conduce a la aplicación de un código, o al otro, o a la aplicación de los dos.

Cualquier graduación hacia un mínimo inexistente en el maltrato o el mantenimiento de otro concepto de lesión supone obviamente una involución que no debe o debería producirse.

La utilización de cualquier violencia constituye maltrato y conduce al tipo objetivo del delito; la violencia¹⁵ puede ser física, psíquica o incluso omisiva¹⁶. De ahí que Juanes Peces¹⁷ considere que el maltrato «consiste en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona con o sin menoscabo de la integridad, salud o capacidad de la misma, de suerte que el maltrato abarca desde el simple acto de violencia física sin resultado lesivo hasta la causación de cualquier lesión». Estamos de acuerdo (con algún matiz que seguidamente señalaremos) con Juanes Peces, aunque para evitar cualquier malentendido creemos que es preferible sustituir la palabra agresión física

¹⁵ Al respecto, ARENDT. *Sobre la violencia*. Carmen Criado (trad.). 2018, *passim*. BENJAMIN. *Crítica de la violencia*. Héctor A. Murena (trad.), Eduardo Maura Zorita (rev.) 2.ª ed. 2018, *passim*.

¹⁶ Véase JAKOBS. *Nötigung*. 2015, *passim*.

¹⁷ Comentario al art. 46 del Código Penal Militar. *El Código Penal Militar de 2015*. F. J. de León Villalba; Juanes Peces; Rodríguez-Villasante (dirs.), López Lorca (coord.). 2017, p. 561.

por acción u omisión; de manera que, a nuestro juicio, constituye maltrato toda acción u omisión que afecte al bienestar de una persona; a su derecho a la autodeterminación sobre el derecho a su propio cuerpo.

Llegados a este punto es preciso plantearse la cuestión de la graduación del delito militar de maltrato (arts. 42 y 46). Al respecto, debe indicarse — como ya se dijo — que siempre lleva anejo un delito de lesiones del Código Penal y ya señalamos cuál es el límite del riesgo permitido mínimo que existe al respecto.

Ahora nos fijaremos en el maltrato del Código Penal Militar. La pena va de 6 meses a 5 años, luego necesariamente debe existir una graduación en la importancia del maltrato: no es lo mismo empujar fuertemente a una persona que darle un puñetazo y provocarle la pérdida de un diente. Ahí se encuentra el arco de graduación, pero partiendo siempre que el límite mínimo de este arco lo constituye cualquier acto que afecte al bien jurídico protegido, que es la incolumidad y la dignidad de la persona. Y, naturalmente que junto a este delito se castiga el correspondiente al resultado lesivo producido.

V. LA JURISPRUDENCIA

Lo primero que hay que decir es que no existe el maltrato de obra como infracción disciplinaria¹⁸. Lo que significa que la acción o es irrelevante penalmente o constituye un delito; esto implica que la mínima acción que sea subsumible en el concepto, ya es constitutiva de delito, pues no hay campo para la infracción disciplinaria. En efecto, señala ya la STS, 5.^a, de 19 de diciembre de 1996 que «es necesario recordar aquí la que viene siendo constante doctrina de esta Sala en su interpretación de la norma penal cuestionada, manifestada ya en un crecido número de sentencias de las que cabe citar, por vía de ejemplo, las de 4 de abril y 9 de mayo de 1990, 10 y 30 de noviembre de 1992, 29 de abril de 1994 y 14 de marzo de 1996. En la exposición de dicha doctrina, hemos dicho de forma reiterada que si por maltrato de obra —que es la expresión utilizada en el art. 104 CP— entendemos toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad corporal de una persona, se produzca o no un menoscabo en la integridad, salud o capacidad de la misma para sus habituales ocupaciones, debe concluirse que tal forma de actuación encaja plenamente en el tipo básico descrito en el primer apartado del precepto cuestionado,

¹⁸ JUANES PECES. *Op. cit.*, p. 562.

que abarca así desde el mero acto de violencia física que no produce resultado lesivo alguno hasta el que causa lesiones que técnicamente deban ser consideradas menos graves. No existe, pues, maltrato de obra alguno en el ámbito militar que, ejercido por un superior sobre un inferior, pueda ser calificado como simple infracción disciplinaria, estando en este punto nítidamente precisada, contra lo que el recurrente supone, la frontera entre lo penal y lo disciplinario».

Dejando eso sentado, veamos ahora qué considera respecto al maltrato el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia viene manteniendo reiteradamente que cualquier maltrato constituye delito. Así, en la STS, 5.^a, 138/2019, de 10 de diciembre, se señala claramente que «en nuestra sentencia de 29 de abril de 2014, seguida por las de 27 de octubre de 2014, n.º 55/2017, de 9 de mayo de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, hemos sentado, con razonamiento aplicable, *mutatis mutandis*, al delito de abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado, que ahora se incrimina en el artículo 46 del Código Penal Militar vigente, que “desde su sentencia de 4 de abril de 1990, invariablemente ha venido manteniendo esta Sala —sentencias, entre otras, de 30.03.1992, 07.02.1995, 14.03.1996, 15.02.1997, 29.12.1999, 03.04.2000, 23.02 y 17.11.2003, 13.05.2005, 30.11.2006, 03.12.2007, 18.01, 10.11 y 23.12.2008, 16.03.2009, 18.01, 15.02, 22.04 y 17.06.2010 y 28.02.2013— que la conducta cuya realización se conmina en el artículo 104 del Código Penal Militar consiste en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas”; más recientemente, las sentencias de 26 de junio y 3 de noviembre de 2008, 20 de julio de 2009, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril de 2014, n.º 55/2017, de 9 de mayo de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, trayendo a colación la doctrina de la Sala sobre el concepto de maltrato de obra recogida en múltiples resoluciones, concluyen que “de conformidad con las mismas por maltrato de obra ha de considerarse toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, de suerte que el maltrato abarca desde el simple acto de violencia física sin resultado lesivo hasta la causación de cualquier lesión”, a lo que añaden las sentencias de esta Sala de 18 de

enero, 22 de abril y 17 de junio de 2010, 28 de febrero de 2013, 29 de abril y 27 de octubre de 2014, n.º 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019 —siguiendo, entre otras muchas, y por citar solo las más recientes, las de 30.11.2006, 03.12.2007, 18.01 y 10.11.2008 y 20.07.2009— la referencia a “la pluralidad de bienes jurídicos que la norma penal protege, consistentes en la integridad física (art. 15 CE) de la que forma parte la incolumidad personal; la dignidad humana (art. 10.1 CE), y la disciplina militar que es elemento estructural de las Fuerzas Armadas (art. 4.1 Séptima, Ley 39/2007, de la Carrera Militar y arts. 8 y 44 y ss. de las RROO aprobadas por RD 96/2009, de 6 de febrero)”.

En la misma línea argumental, y más recientemente, las sentencias de esta Sala n.º 43/2017, de 5 de abril de 2017, 44/2018, de 3 de mayo de 2018 y 53/2019, de 10 de abril de 2019, señalan que “la calificación realizada por el tribunal sentenciador es conforme a la norma aplicada, según interpretación asentada de esta Sala que constituye jurisprudencia invariable, al menos desde la ya lejana sentencia de 4 de abril de 1990, según la cual la acción típica que constituye elemento objetivo del delito de abuso de autoridad con maltrato de obra, consiste en «cualquier agresión o violencia física susceptible de causar perturbación en la incolumidad o bienestar de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud o incapacidad del sujeto pasivo, siempre que la conducta agresiva provenga de un superior respecto de un inferior en la escala jerárquica militar, y el hecho se produzca en un contexto que no resulte ajeno al servicio que ambos presten en las Fuerzas Armadas»”; por su parte, nuestra Sentencia n.º 99/2019, de 29 de julio de 2019, afirma que debemos recordar que de acuerdo con una consolidada y constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 30 de noviembre de 2006, 28 de febrero de 2017 y 28 de marzo de 2017, entre otras muchas), «la acción típica de maltratar de obra, consiste en cualquier agresión o violencia física susceptible de causar perturbación en la incolumidad o bienestar de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud o capacidad del sujeto pasivo, siempre que la conducta agresiva provenga de un superior respecto de un subordinado en la escala jerárquica militar, y el hecho se produzca en un contexto que no resulte ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas»».

Y, en cuanto a la situación inversa en la STS, 5.ª, 125/2016, de fecha 25 de octubre, la condena es por delito de abuso de autoridad en su modalidad de maltrato de obra a un subordinado (castigado en este caso con pena de cinco meses de prisión). El hecho de forma resumida consistía en que un capitán y un cabo 1.ª tropiezan en un pasillo poco iluminado y seguidamente un soldado oye golpes, baja y observa al capitán que tiene «asido

con ambas manos por la pechera de la chaqueta» del uniforme al cabo 1.^a, «zarandeándole». En esta sentencia expresamente se declara que «debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia de la sala según la cual para consumir el delito de abuso de autoridad en la modalidad aquí apreciada, es suficiente cualquier maltrato de obra, sin que sea necesario que se cause un resultado lesivo. Sirva, por todas, la cita de las sentencias de 16 de marzo de 2009, 20 de julio de 2009, 15 de febrero de 2010 y 3 de febrero de 2012: «El supuesto legal, ciertamente exige, como tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala desde su Sentencia de 4/4/1990, concurrencia de la conducta que el tipo penal configura, consistente «en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior con respecto a un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas»». Y, más adelante añade que «así pues, y como viene estableciendo la Sala Quinta del Tribunal Supremo en sentencias como la de 3 de febrero de 2012 o 1 de diciembre de 2014, el hecho de agarrar a un subordinado por la pechera y desplazarlo, supone un delito de maltrato a inferior con independencia del resultado lesivo del mismo, pues «la existencia de un maltrato de obra, aunque de escaso resultado, no desvirtúa la calificación jurídica del hecho»». Esta posición es correcta y acorde con la evolución conceptual y con lo dispuesto en los tipos penales.

De manera que la jurisprudencia constante, uniforme y reiterada del Tribunal Supremo (Sala 5.^a) considera maltrato cualquier conducta que consista «en toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad o bienestar corporal de una persona, con o sin menoscabo de la integridad, salud y capacidad de la misma, siempre que la agresión provenga de un superior respecto de un inferior y el hecho se produzca en un contexto que no sea ajeno al servicio que ambos prestan en las Fuerzas Armadas».

Así, por ejemplo, entre otras muchas, la STS, 5.^a, 20 de julio de 2009, se centraba en el hecho que consistía en la acción de agarrar de la solapa a un soldado y desplazarlo (además de los gritos y recriminaciones que precedieron a dicha acción) y se mantuvo que «si por maltrato de obra —que es la expresión utilizada en el art. 104 CP— entendemos toda agresión física susceptible de causar una perturbación en la incolumidad corporal de una persona, se produzca o no un menoscabo en la integridad, salud o capacidad de la misma para sus habituales ocupaciones, debe concluirse que tal forma de actuación encaja plenamente en el tipo básico descrito en

el primer apartado del precepto cuestionado, que abarca así desde el mero acto de violencia física que no produce resultado lesivo alguno hasta el que causa lesiones que técnicamente deban ser consideradas menos graves».

VI. EPÍLOGO

No obstante, aunque esa es la línea general y uniforme (y, maticemos que, a nuestro juicio, más que agresión es preferible hablar de acción y más que adjetivar de física, añadir u omisión; de manera que en vez de hablar de agresión física se trata de una acción u omisión), sin embargo, la STS, 5.^a, 136/2019, de 4 de diciembre, se separa de esta doctrina jurisprudencial. Esta sentencia, que contiene varios votos particulares, no significa que se haya producido un cambio de dirección, pues es preciso esperar por si fuera reiterada tal doctrina o, por el contrario, continúa imperando la doctrina jurisprudencial mantenida durante décadas.

Tomemos ahora un supuesto hipotético para dejar claro el arco del maltrato de obra: A agarra fuertemente hasta el punto de dejar marcas —enrojecimiento—, del brazo a B y debido a esa acción saca a A de la posición en la que se encontraba. Otro: A agarra fuertemente de la pechera a B; etc.

Después de todo lo que hemos venido indicando y de cómo debe interpretarse en la actualidad el delito de lesiones, abarcando el maltrato incluso sin causar lesión, no parece que exista ninguna duda al respecto; de ahí que otra solución, además de una involución hacia concepciones superadas del concepto de lesión, dada la evolución tanto del concepto como del bien jurídico protegido, también implica una visión ya pasada de cuál debe ser el trato en el marco de relación entre las personas.

Antes recogíamos la explicación de Álvarez García, que indicaba que la época en la que el castigo corporal era la tónica de la sociedad en muchos de sus ámbitos, ha sido superada. Hoy en día la incolumidad, la no afectación del bienestar y la no afectación en la autodeterminación personal sobre el derecho al propio cuerpo, ha de ser la regla, que no admite ser excepcionada por concepciones que nos remiten a épocas felizmente superadas.

¿Existe alguna razón para que esta forma de interpretar no se acepte entre militares? Desde luego que no. El mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil no precisa que se cree un ambiente (un subsistema) en donde no se respete la dignidad de la persona ni su incolumidad. Esa concepción de los Ejércitos y de la Guardia Civil, afortunadamente, no se corresponde con la visión actual de los mismos, pues en

Jacobo Barja de Quiroga

el mundo de hoy su estructuración, desarrollo y mantenimiento responde a una sociedad democrática avanzada como la que tenemos en la actualidad. Además, el Código Penal Militar es claro al respecto, al establecer los delitos de maltrato y al traer en aplicación al llamado Código Penal común.