

ANTONIO ZÁRATE CONDE
(Coordinador)
ELEUTERIO GONZÁLEZ CAMPO
JUAN MORAL DE LA ROSA
PEDRO DÍAZ TORREJÓN
ÁLVARO MAÑAS DE ORDUÑA

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Segunda edición
Actualización

 Editorial Universitaria
Ramón Areces

ÍNDICE

A CONTINUACIÓN SE RELACIONA LOS CAPÍTULOS MODIFICADOS

CAPÍTULO 1. El homicidio. El asesinato. Cooperación e inducción al suicidio. La eutanasia.....	5
PÁGINA 33: Sustituir el párrafo 3 y 4	
PÁGINAS 47 a 50: Sustituir el epígrafe IV	
CAPÍTULO 3. Las lesiones. Violencia de género psíquica o física, con referencia a la ley de medidas de protección integral a la violencia doméstica. La participación en riña. El consentimiento en las lesiones ..	12
PÁGINAS 77 a 105: Sustituir el capítulo completo	
NUEVO CAPÍTULO: Los delitos de violencia sobre la mujer por su pareja o su expareja, su configuración en la LO 1/2004. Análisis de los delitos de maltrato físico y psíquico, maltrato habitual, amenazas, coacciones, acoso y divulgación no consentida o grabaciones de carácter íntimo.	46
PÁGINA 105: Añadir este capítulo entre el 3 y el 4	
CAPÍTULO 5. Torturas y otros delitos contra la integridad moral, con especial referencia a la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Trata de seres humanos.....	70
PÁGINAS 137 a 165: Sustituir el capítulo completo	
CAPÍTULO 12. Las defraudaciones. Las estafas. Administración desleal. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.....	100
PÁGINA 374: Sustituir el párrafo 5	
CAPÍTULO 14. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Corrupción en los negocios	101

PÁGINA 467: Sustituir el epígrafe 3.2.

PÁGINA 467: Sustituir el epígrafe 3.3.

PÁGINA 470: Añadir al final del párrafo 2

PÁGINA 470: Se modifica la redacción del artículo 286 bis.1

PÁGINA 473: Se modifica la redacción de los artículos 287 y 288

CAPÍTULO 16. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social 110

PÁGINA 516: Sustituir el epígrafe 3 del artículo 305

PÁGINA 518: Añadir al final de la página

PÁGINA 521: Añadir en la línea 10 tras el punto y seguido

PÁGINA 521: Añadir al final del párrafo 1

PÁGINA 528: Añadir al final del segundo párrafo

PÁGINA 531: Añadir al final de la página

PÁGINA 536: Añadir al final del segundo párrafo

PÁGINA 538 a 542: Sustituir el epígrafe IV

CAPÍTULO 17. Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros 118

PÁGINA 553: Sustituir el último párrafo del epígrafe 1.3.

PÁGINA 561: Añadir antes del epígrafe 7

PÁGINA 570: Añadir antes del párrafo 1

PÁGINA 570: Sustituir el texto de la nota a pie de página

CAPÍTULO 21. Delitos contra la seguridad vial. Clases. La norma concursal del artículo 382 120

PÁGINA 680: Añadir al final del párrafo 1

PÁGINA 696: Se modifica la redacción del artículo 382

PÁGINA 696: Añadir al final de la página

PÁGINA 699: Añadir un nuevo epígrafe 3.bis

CAPÍTULO 22. Las falsedades: falsificación de moneda y efectos timbrados. Falsedades documentales. Usurpación del estado civil. Intrusismo ... 123

PÁGINA 707: Añadir antes del epígrafe 1.3.

PÁGINA 709: Añadir al final de la página

PÁGINA 711: Añadir al final de la página

PÁGINA 712: Añadir al final de la página

CAPÍTULO 24. Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación 126

PÁGINA 764: Añadir al final del párrafo 2

PÁGINA 766: Sustituir el final del párrafo 5

PÁGINA 767: Sustituir a partir del párrafo 3

PÁGINA 772: Añadir después del párrafo 1 y antes del epígrafe 3

PÁGINA 777: Añadir después del artículo 430

PÁGINA 777: Añadir en el último párrafo la siguiente nota y su texto a pie de página.

PÁGINA 785: Añadir un nuevo ordinal 5.º en el artículo 435

CAPÍTULO 34. Organizaciones y grupos criminales. Organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo..... 130

PÁGINA 1021: Añadir como último párrafo

PÁGINA 1022: Se modifica la redacción del artículo 572

PÁGINA 1029: Se modifica la redacción del artículo 573

PÁGINA 1036: Se modifica la redacción del epígrafe 3 del artículo 575

PÁGINA 1051: Añadir al final de la página

Capítulo 1

EL HOMICIDIO. EL ASESINATO. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE. LA COOPERACIÓN E INDUCCIÓN AL SUICIDIO. LA EUTANASIA

Página 33: sustituir el párrafo 3 y 4

En los supuestos de ataques contra la vida de varias personas ejecutados con, con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, realizados con una única acción, el **Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo 20-1-2015** considera que han de ser tratados a efecto de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (73 y 76 del CP) salvo que exista regla penológica especial como la del artículo 382 del CP (STS 29-1-2015).

En el caso de que concurra un solo hecho imprudente (que infrinja la misma norma de cuidado) si se producen varias muertes estaremos ante tantos delitos imprudentes de homicidio como resultados típicos se hayan producido y no ante un solo delito imprudente, si bien se penarán de conformidad al concurso ideal de delitos del artículo 77 del CP (STS 16-4-2001, 6-6-2011 y 11-12-2017).

Páginas 47 a 50: sustituir el epígrafe IV

IV. HOMICIDIO IMPRUDENTE

Artículo 142: 1. *El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.*

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de uno a seis años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”

Artículo 142 bis: *“En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado”.*

Este precepto regula uno de los escasos supuestos en los que el actual CP castiga la imprudencia, bajo el sistema del catálogo cerrado de “crimina culposa”¹, conforme se recoge en el artículo 12 del CP.

La regulación del homicidio imprudente sufre un importante cambio a raíz de la reforma que opera la LO 1/2015 al derogar las faltas del Libro III, reconduciendo la antigua falta de homicidio por imprudencia leve a la jurisdicción civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del CC, y penando el homicidio imprudente sólo en los casos que se produzca por imprudencia grave o menos grave, lo que parece guardar un cierto sentido en respeto del principio de intervención mínima como se deriva de la Exposición de Motivos de la Ley.

La diferencia entre la imprudencia grave y la menos grave, sin perjuicio de las interpretaciones jurisprudenciales que surjan a partir de la entrada en vigor de la reforma, en principio parece que, la que se denomina menos grave, requerirá un plus de intensidad respecto a la que anteriormente era considerada leve, debiendo establecerse criterios claros que permitan distinguir entre una y otra modalidad².

La jurisprudencia, vigente a la anterior redacción del Código Penal, ponía la distinción entre la imprudencia grave y la leve no tanto en la dimensión cualitativa como en la cuantitativa, así “se encuentra en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido” (STS 966/2003 de 4-7), también en la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo (SSTS 2-2-1994 y 19-2-1996). Para determinar esta peligrosidad de la conducta, como decía Mir Puig³, se combinaban dos variables fundamentales: el mayor o menor grado de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (STS 27-10-09). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido.

La STS 4867/2017 de 11 de diciembre, caso “Madrid Arena”, establece que: “El delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión); 2º Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado); 3º Generación de un resultado; y 4º Relación de causalidad”.

¹ Zárte Conde, A. y González Campos, Eleuterio, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2015, pág. 221.

² Zárte Conde, A. y González Campos, Eleuterio, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2015, pág. 224.

³ Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2014.

En esta sentencia se analiza además la distinción entre la imprudencia grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, y al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir). Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La gravedad de la imprudencia se determina desde una perspectiva objetiva o externa y subjetiva o interna:

- 1º Perspectiva objetiva o externa: que supone la determinación de la gravedad con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor directamente vinculada con: a) El grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado o con el grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos derivados de la conducta de terceras personas o de circunstancias meramente casuales; b) El grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo); y c) La importancia o valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: a mayor valor, menor el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado; y
- 2º Perspectiva subjetiva o interna (deber subjetivo de cuidado): la gravedad se determina por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo: a mayor previsibilidad, mayor nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave la vulneración. Hemos dicho reiteradamente que en los llamados delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto

de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce.

Por otra parte, la imprudencia grave conlleva en todo caso la privación de derechos mientras que en la imprudencia menos grave tal privación es facultativa para el juzgador. Al no existir en el homicidio cometido por imprudencia menos grave un apartado referente a la imprudencia profesional se entiende que la muerte producida por una imprudencia profesional se calificará siempre con grave sin perjuicio de valorar lo que es profesional o no. Por último, la imprudencia menos grave precisa como requisito de perseguibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal cosa que no ocurre respecto de la grave.

Tradicionalmente se ha estudiado como **homicidio preterintencional** aquellos supuestos en los que alguien que queriendo producir unas lesiones produce sin pretenderlo la muerte de una persona. Muñoz Conde señala que al no existir ninguna regla especial para la resolución de este problema debe ser abordado con la ayuda de los principios generales de la imputación objetiva y subjetiva. Así, una vez afirmada la imputación objetiva procederá examinar si el resultado de muerte producido lo era como consecuencia de un comportamiento imprudente. Desparecidos de nuestro Código Penal actual todos los vestigios de la tradición del “*versari in re ilícita*” que chocaban frontalmente con el principio de culpabilidad, la jurisprudencia se ha decantado por la solución del concurso ideal de delitos entre las lesiones dolosas y el delito homicidio producido por imprudencia SSTS 1253/2005 de 26-10, Berdugo; 239/2007 de 20-3, Giménez García; 269/2007 de 29-3, Martínez Arrieta; 140/2008, de 31-1, Varela; 1392/2009 de 3-12, García Pérez).

Los elementos de la imprudencia son:

1. **Acción u omisión voluntaria con infracción de las normas objetivas de cuidado**, que crea un riesgo o aumenta el permitido (acción realizada u omisión de la acción que debía haber sido realizada). Como recuerda la STS nº 665/2004, de 30 de junio, combina un aspecto *interno* (deber de advertir la presencia del peligro) y un aspecto *externo* (deber de comportarse de conformidad con las normas de cuidado) cuyo contenido será el necesario según el ámbito de la relación concreta (tráfico rodado, medicina, construcción, etc.).

2. **Producción de un resultado de muerte**, no querido por el agente y fácilmente evitable de haber observado las normas de cuidado a las que debía haber atendido.

3. **Voluntariedad de la acción realizada:** querer la conducta descuidada, con conocimiento del peligro (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), si bien no se quiere el resultado (muerte).

4. **Relación de causalidad entre el resultado y la acción u omisión.** Que a su vez precisará que el resultado pueda serle objetivamente imputable al autor.

La reforma operada por la **LO 1/2019** ha introducido en el artículo 142 un nuevo criterio de interpretación al concepto de la imprudencia menos grave al añadir en el **apartado 2 del párrafo 2.º del art. 142** un nuevo inciso conforme al cual “se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal”.

Conforme a la literalidad del precepto, la comisión de una infracción tipificada de grave en el art. 76 de la LTSV determinará, de concurrir alguno de los resultados típicos de muerte o lesiones de los arts. 147. 1.º, 149 o 150, su calificación, al menos, de imprudencia menos grave, pero sin excluir la calificación de grave al referirse expresamente el precepto a este supuesto. Pero igualmente la concurrencia de una infracción administrativa de tráfico muy grave prevista en el art. 77 LTSV provocará la calificación de la imprudencia, en todo caso, de menos grave, sin perjuicio de la posible apreciación de la imprudencia como grave.

Aunque existen razones basadas en la necesidad de dotar de una mayor seguridad jurídica en apoyo del nuevo precepto, parece evidente que aun cuando la comisión de una infracción administrativa de tráfico constituye sin duda un indicio de gravedad de la conducta imprudente, la simple acreditación formal de las infracciones de las normas y deberes recogidas en la legislación administrativa de tráfico no debe conducir automáticamente a la declaración de la gravedad de la imprudencia. De este modo el automatismo recogido ahora en los segundos párrs. de los arts. 142 y 152 resultaría incompatible con la necesidad de atender, en todo caso, a las diversas circunstancias concurrentes para la calificación de la gravedad de la conducta imprudente (STS 805/2017, 11 de diciembre)⁴.

Otra de las novedades de la **LO 2/2019** ha sido el incremento del castigo de las conductas imprudentes en atención a la notoria gravedad del hecho y al número de personas fallecidas o lesionadas conforme recoge ahora el nuevo artículo 142 bis. Al ser hasta entonces la respuesta sancionadora insuficiente por consecuencia de los límites derivados de la aplicación de las reglas del

⁴ Lantarote, Pablo, *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Comares, Granada, octubre 2018.

concurso ideal que obliga a imponer solo la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior al derivar de una sola acción imprudente que en el supuesto de más de un fallecido, con o sin otros resultados lesivos, no podía exceder de cuatro años de prisión (arts. 142 y 77 CP). Desde este punto de vista se entiende que el juez en la determinación de la pena se ve obligado a moverse en unos márgenes punitivos excesivamente estrechos para lograr una respuesta proporcionada a la gravedad del delito cuando el número de víctimas es elevado y especialmente intenso resulta el riesgo generado con la acción imprudente.

No obstante, ha habido autores que han criticado la defectuosa ubicación sistemática de este nuevo párrafo en los arts. 142 y 152 al situarlo después de la regulación de la imprudencia menos grave, a la que nunca será aplicable la agravación salvo que se incurra en una *contradictio in terminis*, al suponer un plus de gravedad incompatible con ese nuevo grado de imprudencia. Otra posibilidad, en lugar de acudir a la técnica de los artículos bis, podría haber sido ubicar esa disposición en un nuevo apartado del primer párr. del art. 142 al solo poder ser aplicada a la imprudencia grave.

Para que el juez pueda hacer uso potestativamente de la exasperación punitiva prevista en el nuevo precepto se precisa que concurren conjuntamente la notoria gravedad del hecho y la pluralidad de víctimas. En el caso del homicidio, para la elevación en un grado (de 4 a 6 años de prisión), el número de aquéllas ha de concretarse en el fallecimiento de dos o más personas o de una sola y lesiones de los arts. 149 o 150 en las demás y para el incremento en dos grados (de 6 a 9 años de prisión) se exige que “el número de fallecidos fuera muy elevado”.

Es evidente la indeterminación del concepto utilizado en la descripción típica de “notoria gravedad” así como del empleado para la hipótesis de que el número de fallecidos o lesionados “fuera muy elevado”, que otorgan al juez para la aplicación de los nuevos preceptos un arbitrio excesivo, contrario al principio de taxatividad.

El de “notoria gravedad”, gramaticalmente habrá de identificarse con una gravedad que debe ser evidente y apreciable por cualquiera, mejorando la redacción inicial al utilizar como criterios para concretar esa gravedad la intensidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido. El concepto “muy elevado”, utilizado como criterio de incremento potestativo de la pena en dos grados, pecaría de indeterminismo.

Capítulo 3

LAS LESIONES. TIPOS AGRAVADOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA MUTILACIÓN GENITAL. LA PARTICIPACIÓN EN RIÑA. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES. LA ESTERILIZACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Sumario: I. LAS LESIONES. 1. Cuestiones generales. 2. Bien jurídico. 3. Normas de procedimiento. 4. Tipo básico de lesiones (artículo 147.1). 4.1. Elementos. 4.1.1. Sujetos. 4.1.2. Objeto material. 4.1.3. Conducta típica. 4.1.4. Elemento subjetivo. 4.2. Modalidades leves (artículo 147.2 y 3). 5. Indemnización. II. TIPOS AGRAVADOS. 1. Lesiones agravadas por modalidad de ejecución (artículo 148). 2. Lesiones agravadas por la entidad del resultado. 2.1. Resultados especialmente graves (artículo 149.1). 2.2. Especial referencia a la mutilación genital (artículo 149.2). 2.3. Resultados menos graves (artículo 150). III. PROVOCACIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROPOSICIÓN (artículo 151). IV. LESIONES IMPRUDENTES (artículo 152 y 152 bis) V. VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA EN EL ÁMBITO FAMILIAR (artículo 153). VI. PARTICIPACIÓN EN RIÑA (artículo 154). VII. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES Y LA ESTERILIZACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (artículos 155 y 156). VIII. TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS (artículo 156 bis). IX. LIBERTAD VIGILADA (artículo 156 ter).

I. LAS LESIONES

1. Cuestiones generales

Las lesiones están reguladas en el **Título III del Libro II** del Código Penal bajo la rúbrica de “**las lesiones**” en los artículos 147 a 156 ter. El tipo básico se contempla en el artículo 147.1, las modalidades leves en los artículos 147.2 y 3, los tipos agravados por la concreta conducta realizada o por el resultado producido en los artículos 148, 149 y 150, la provocación,

conspiración o proposición en el artículo 151, las lesiones imprudentes en el artículo 152 y 152 bis, la violencia física o psíquica en el ámbito familiar en el artículo 153, la participación en riña del artículo 154, el consentimiento en los artículos 155 a 156, el tráfico de órganos en el artículo 156 bis y el 156 ter que se prevé la medida de libertad vigilada si la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173.

El concepto de lesión encuentra su origen histórico en la expresión del latín “laedere”, que significa lesionar. Desde un punto de vista jurídico, la lesión se define partiendo del tipo básico del artículo 147.1 de CP como cualquier menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental y en un sentido más amplio lo entendemos como “cualquier menoscabo de la salud física o psíquica de una persona, ya sea transitorio o permanente, o bien de su integridad corporal, ocasionada por cualquier medio y sin ánimo de producir la muerte”.

La regulación realizada por el Código Penal de 1995 de las lesiones continuó la línea que había iniciado la LO 3/1989 al prescindir del casuismo excesivo y erradicar la responsabilidad objetiva por el resultado producido que es incompatible con el principio de culpabilidad, en su dimensión de responsabilidad subjetiva, reconocido en los artículos 5 y 10 del Código Penal. Posteriormente ha sido objeto de modificación en 1999, 2003 y 2010.

La LO 1/2015, al derogar el Libro III referente a las faltas, ha llevado a cabo importantes modificaciones en el Título III como son incluir una serie de delitos leves de lesiones, así se describe en el apartado segundo del artículo 147 las lesiones no incluidas en el apartado anterior y el maltrato de obra del apartado tercero del artículo 147, que no es otra cosa que tipificar ahora como delito leve lo que anteriormente eran faltas. A continuación, para estos dos apartados anteriores se exige el requisito de perseguibilidad mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (artículo 147.4)¹. Se elimina el tipo privilegiado del artículo 147.2 y la previsión, a penas utilizada en la práctica, de comisión de cuatro faltas en el periodo de un año. Por último, se introduce una nueva regulación de las lesiones imprudentes (artículo 152), se realiza una nueva redacción del artículo 156 respecto de la justificación de las operaciones de cirugía transexual y esterilización de las personas discapacitadas y se contempla en el artículo 156 ter la posibilidad de imponer la medida de la libertad vigilada en los casos en los que la víctima fuese alguna de las personas contempladas en el artículo 173.2 del CP. Por último, la reforma

¹ VVAA, *Memento Penal*, Editorial Francis Lefevre, Madrid 2015, pág. 806: “Se critica esta redacción que deja ya de hacer referencia a diferencia de las faltas en el artículo 639 a la posibilidad de interponer denuncia por parte del Ministerio Fiscal si se trata de víctimas menores de edad, discapacitado y desvalidas”.

operada por la LO 2/2019 en el artículo 152 ha ampliado la tipicidad del delito de lesiones por imprudencia menos grave al incluir las previstas en el artículo 147.1º y ha creado un nuevo artículo 152 bis que agrava las penas en los casos contemplados en el mismo.

2. El bien jurídico

El bien jurídico que se protege es coincidente con un derecho fundamental la integridad física o psíquica que se contempla en el **artículo 15 CE** al señalar que: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”, lo que lo sitúa por su naturaleza en un lugar importante entre los derechos fundamentales protegidos en el CP. Incluye el **derecho a la salud** de las personas, entendida en sentido amplio, comprensiva tanto del bienestar físico como mental, pero excluyente de aquellos cambios o alteraciones en la integridad corporal que no afecten a la salud. Por lo tanto quedarán fuera de la órbita penal todas aquellas afecciones a la integridad corporal que supongan una mejora global del estado de salud del individuo como son la amputación de un brazo gangrenado o la extracción de un testículo afectado de un tumor canceroso.

3. Normas de procedimiento

La instrucción y enjuiciamiento de estos delitos se va a sujetar a las normas procesales reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial. De esta forma en consideración a las penas previstas en abstracto para los delitos de lesiones en el caso que sean “privativas de libertad de hasta 9 años o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración” la tramitación se acomodará a las **normas del procedimiento abreviado** (artículo 757 de la LECrim). En el caso, de las lesiones descritas en el apartado segundo del artículo 147 y el maltrato de obra del apartado tercero del artículo 147 se tramitarán como juicio sobre delitos leves del artículo 962 de la LECrim correspondiendo su enjuiciamiento al juzgado de guardia que corresponde con el juzgado de instrucción.

Los órganos judicialmente competentes para la **instrucción** serán los juzgados de instrucción del lugar de comisión de los hechos (artículo 14), donde se hayan descubierto pruebas materiales del delito, en el lugar en el que el reo haya sido aprehendido, residencia del reo o cualquiera que hubiera tenido noticia del delito o el primero que conozca de los hechos (artículo 15). En los casos en los que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre

los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género, la instrucción corresponde a los juzgados de violencia sobre la mujer (artículo 14.5 de la LECrim).

El órgano judicial encargado del enjuiciamiento es el Juzgado de lo Penal (que conocerá de los delitos de hasta cinco años de prisión o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que su duración no exceda de 10 años, según lo establecido en el artículo 14.3 de la LECrim) o la Audiencia Provincial (en los demás casos en los que la pena de prisión resulte ser superior a cinco años o las penas de otra naturaleza sean superiores a 10 años según lo previsto en el artículo 14.4 de la LECrim).

En cuanto al régimen de recursos contra la sentencia del juzgado de lo Penal, cabe recurso de apelación ante la Sala Penal de la Audiencia Provincial. Si proviene de una AP cabrá recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en su territorio (artículo 846 ter). Además del recurso de casación ante la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo.

En cualquier caso, gran parte de los delitos de lesiones y de violencia física o psíquica en el ámbito familiar, por su límite penológico y estar previstos como tal, se acomodarán a las normas del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (artículos 795 y ss. de la LECrim).

En este procedimiento seguirá siendo competente para la instrucción el juez de guardia que corresponde por razón de materia al juez de instrucción. En la mayor parte de las ocasiones, en consideración a la duración de la pena, este juzgado procederá a dictar sentencia de conformidad (artículo 801 de la LECrim) con la reducción en un tercio de la pena si el acusado reconoce los hechos, en el caso contrario corresponderá al juzgado de lo penal el enjuiciamiento y dictar sentencia.

4. El tipo básico

Artículo 147 del CP: 1. *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.*

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin casarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

4.1. Elementos

4.1.1. Sujetos

Es **sujeto activo** de este delito es cualquier persona, quedando excluidas las especialidades por razón de ser la esposa o pareja sentimental y de los parientes de los artículos 153 y 173.2 CP que son los supuestos de violencia de género o doméstica que serán tratados posteriormente y quedan circunscritos a los supuestos de lesiones contemplados en el apartado 2 del artículo 147 y el que golpear o maltrate de obra del apartado 3 del artículo 147.

Como **sujeto pasivo** cabe entender a cualquier persona que en este delito coincide con el objeto material, excluidas las lesiones al feto (artículos 157 y 158 CP). El Código Penal también en consideración al sujeto pasivo ha establecido tipos penales especiales de lesiones en los artículos 486.2, 605.2 párrafo segundo último inciso, etc.

De igual forma, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, recoge el conjunto de derechos que amparan a tales víctimas, de los que se les dará lectura en su primera aparición en sede policial o judicial: derecho a mostrarse parte como acusación particular, derecho a reclamar una indemnización, asistencia por equipos sociales y médicos. Ley 4/2015, de 27 de abril, el Estatuto de la Víctima del Delito establece el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocerales, de todas las víctimas de delitos sin perjuicio de aspectos particulares contemplados en la normativa especial.

4.1.2. Objeto material

El objeto material de estos delitos es el ser humano ya nacido y distinto del autor. Nos remitimos al capítulo 1 a efecto de la determinación del límite mínimo y máximo de los delitos contra la vida humana independiente.

Los ataques a la integridad y salud del no nacido quedarán tutelados por los artículos 157 y 158 que castigan las lesiones al feto.

4.1.3. *La conducta típica*

La conducta típica va a precisar, en primer lugar, de una **agresión** que determine la producción de la lesión. Tradicionalmente se ha venido planteado el problema de aceptar o no las formas imperfectas en la comisión de este delito y con bastante frecuencia, la jurisprudencia ha venido excluyendo la posibilidad de una tentativa de lesiones y castiga habitualmente el intento de lesionar como delito de amenazas. No obstante, al encontrarnos ante un delito de resultado, en el que la causación de un resultado lesivo es lo determinante del tipo, ha llevado a que algunos sectores doctrinales sí admitan la posibilidad de la tentativa en este delito con los consiguientes problemas probatorios.

En otro orden de cosas resulta indiferente el mecanismo a través del cual se causa dicho resultado lesivo, si bien el empleo de determinados instrumentos catalogables como “peligrosos” producirá una agravación del tipo. De esta forma se ha llegado a considerar como lesión la transmisión del virus de inmunodeficiencia adquirida (Sida) tanto por transfusión de sangre como por contagio sexual (STS 18-11-1991, 28-1-1997 y 8-11-2011).

En relación con las lesiones psíquicas, merecerán tal castigo penal cuando la acción dé lugar a una enfermedad mental, si bien los trastornos por estrés postraumático (inherentes a la mayor parte de los delitos violentos como ocurre en los delitos contra la libertad sexual, robos con violencia, detenciones ilegales, etc.) se entiende que son “*consecuencias extratípicas ya penadas o consumidas por el delito que las provoca, de manera que no procede la sanción adicional de estas lesiones*” (STS de 13 de noviembre de 1999 y STS 1909/2005 de 27 de diciembre), sin perjuicio de su resarcimiento por vía de responsabilidad civil *ex delicto*. La jurisprudencia más moderna viene admitiendo que no hace falta que se llegue a producir una enfermedad mental en sentido estricto sino que basta que se produzca una alteración del equilibrio psíquico no irrelevante (STS 30-10-1994, 9-6-1998, 91/2007 de 12 de diciembre y 34/2014 de 6 de febrero).

En segundo lugar, la lesión ha de necesitar, **además de una primera asistencia facultativa, objetivamente de un tratamiento médico o quirúrgico**. Así, si se aplicó tratamiento pero no era necesario, no habrá tipo básico de delito de lesiones del artículo 147.1 del CP sino una modalidad más leve del artículo 147.2 (que por mor de la reforma de LO 1/2015 sustituye a la tradicional falta de lesiones) Y, por el contrario, si no se aplicó el

tratamiento y era necesario, habrá delito del artículo 147.1. Por tal motivo aquí son de una especial importancia los informes del médico forense en los que se deberá determinar la entidad de las lesiones de la víctima y tratamiento a aplicar, o bien el carácter prescindible de aquél.

En tercer lugar, el Código Penal recoge que cabe producir la lesión “**por cualquier medio o procedimiento**”, como, por ejemplo, golpear, clavar fuertemente las uñas, propinar un puñetazo sin perjuicio de que el empleo de medios especialmente peligrosos pueda dar lugar a la aplicación del tipo agravado del artículo 148 CP, como se analizará a continuación. La doctrina dada la amplitud de la locución anterior permite apreciar la comisión por omisión siempre que concurren los requisitos del artículo 11 del CP (STS 28-6-1999).

Ahora bien, es preciso distinguir cada uno de los conceptos que emplea el legislador, al hilo de la abundante jurisprudencia existente hoy en día al respecto:

1. Tratamiento médico

Se entiende por tal toda acción prolongada más allá del primer acto médico y que supone una reiteración de cuidados que se continúe durante dos o más sesiones, sin que se puedan incluir las simples cautelas, medidas de prevención o sometimiento a observación que no generen medidas de intervención propias.

El Tribunal Supremo (STS 26-10-2012), pone el acento en la idea de planificación de un sistema curativo o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa o para reducir las consecuencias de la lesión si aquélla no es curable. La STS 27-12-1994 la ha entendido como el mecanismo o sistema que se emplea para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias (si no es curable), es decir, toda actividad posterior a la primera asistencia, dirigida a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico, siendo indiferente que sea realizada por el propio médico, que la encomiende a auxiliares sanitarios o que se le imponga al paciente su administración, quedando fuera sólo los actos de diagnóstico o de pura prevención.

Por el contrario, se ha considerado que no tienen tal carácter de tratamiento las pruebas meramente diagnósticas y las preventivas como son los análisis, las radiografías, los scanners, las resonancias magnéticas, o los TAC (STS 28-2-2009 y 19-11-1997).

La colocación de una férula o de escayola sí constituye tratamiento médico (STS 23-10-2008). También se ha admitido que existe tratamiento en algunos supuestos en

los que se prescribe reposo (por ejemplo cuando una fractura no admite escayola, pero para consolidar de nuevo los huesos hace falta tal reposo, como ocurre en la fractura de costillas, del esternón, etc.). De igual forma el collarín cervical tendrá tal carácter (STS 24-10-1997) al existir dos actuaciones una al ponerlo y la otra al retirarlo. La desvitalización de una pieza dental (STS 28-2-1994) cabe dentro de tal consideración. La colocación de ster-strip que se trata de un tipo de esparadrappo para mantener unidos los bordes de la herida sustitutivo de los puntos de aproximación tendrán la consideración de tratamiento médico (STS 16-6-2016) al prolongarse sus efectos de manera estable a lo largo de un periodo de tiempo necesario para producir la regeneración y soldadura de los tejidos dañados por un corte (STS 16-6-2016 y STS 610/2017 de 12 de septiembre). La STS 103/2018 de 1 de marzo apreció la lesión psíquica que se causó a dos menores que vieron como degollaban a su madre.

En este ámbito la doctrina ha subrayado² que lo esencial es el carácter sistemático y progresivo. El ingreso hospitalario con curas y la administración de medicamentos dará lugar a su apreciación (STS 28-2-2009).

2. *Tratamiento quirúrgico*

Se define como un mecanismo restaurador del cuerpo humano, para corregir o restablecer por medio de operaciones naturales e instrumentales (cirugía mayor o menor) cualquier alteración funcional u orgánica causada por una lesión. En este tratamiento se incluirá la sutura que consiste en el acto de costura con que se reúnen los labios de una herida necesaria para restañar el tejido dañado y devolverlo al estado que tenía antes de producirse la agresión (STS 30-4-1998, 2-4-1997 y 10-10-1997).

En estos casos, habrá que distinguir entre los “puntos de sutura”, que son tratamiento quirúrgico de los “puntos de aproximación” que no tienen esa consideración, por lo que será preciso atender a las conclusiones del informe del médico forense.

El tratamiento quirúrgico a diferencia del médico puede consistir en una sola intervención de modo que siempre que concurra se aplicará el artículo 147.1.

3. *Mera asistencia facultativa*

Consiste en el diagnóstico inicial médico de la existencia de una lesión y también comprende aquellos actos médicos curativos que logren la sanidad de pequeñas afecciones.

² VVAA, *Memento Derecho Penal 2016*, Editorial Francis Levefre, Madrid 2015, pág. 804.

Como consecuencia de todo ello, nos encontramos con varias posibilidades:

a) Si la lesión sólo precisó para su curación de una asistencia médica, sin tratamiento médico o quirúrgico, estaremos ante un delito de lesiones del artículo 147.2 CP.

b) Si, por el contrario, precisó de dos o más asistencias médicas, estaremos ante un delito de lesiones, que en principio tendrá cabida en el artículo 147.1 CP, puesto que la sucesión de asistencias determina el tratamiento.

c) Si sólo precisó de una asistencia, pero también de tratamiento médico, quirúrgico o farmacológico (la jurisprudencia señala que los analgésicos no suelen ser tratamiento, pero sí los anti-inflamatorios) o rehabilitador, estaremos ante un delito de lesiones, igual que en el caso anterior.

d) Lógicamente, si necesitó de más de una asistencia y de cualquiera de los anteriores tratamientos, estaremos sin ninguna duda ante un delito de lesiones.

4.1.4. *El elemento subjetivo*

El tipo penal del artículo 147 CP es doloso (artículos 5 y 10 CP), admitiendo tanto la modalidad de dolo directo de primer y segundo grado como la del eventual. Si el delito de lesiones fuese cometido en modalidad imprudente, se castigará conforme al artículo 152 según la entidad de la imprudencia como grave o menos grave.

El elemento subjetivo ha planteado problemas por su diferencia con el homicidio, como se contemplaba ya en el capítulo 1, por la ausencia de “animus necandi”. Como ya hemos visto, la diferencia entre un homicidio en grado de tentativa y un delito de lesiones consumado vendrá determinada por la concurrencia del “animus necandi” u “occidendi” del homicidio o bien por el “animus laedendi” o “animus vulnerandi” del delito de lesiones. El TS (STS 12-6-2001, 10-1-2002 y 12-2-2003) viene entendiendo que la intención con la que actúan las personas pertenece al arcano íntimo del sujeto, de modo que, salvo manifestación veraz del interesado, únicamente cabe rastrear aquella voluntad mediante el análisis y ponderación de los datos objetivos acreditados en la causa que permitan inferir aquel ánimo, a través de una **prueba indirecta o por presunciones**. Esta prueba de indicios se basa en el juicio axiológico del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho como son el instrumento utilizado, la zona afectada, el número y gravedad de las lesiones, etc.; así como teniendo en cuenta los actos del agresor anteriores, simultáneos o posteriores a la acción.

4.2. *Las modalidades leves*

Se encuentran contempladas en el apartado 2 del artículo 147 en aquellos casos en los que la lesión no precise de tratamiento médico o quirúrgico alguno (antigua falta del artículo 617 del CP) necesitando sólo de una primera asistencia facultativa o sin requerirla; y los casos de maltrato de obra del apartado 3 del artículo 147 en los que ya no se produce lesión y, por ende, no se afecta al bien jurídico de la salud sino la dignidad o incolumidad de las personas.

5. Indemnizaciones

De igual forma que se exponía en relación al capítulo 1 cuando se trataba el homicidio y asesinato los jueces y Tribunales suelen aplicar con carácter orientador la regla de aplicación de las tablas del **baremo**, el cual, aunque se creó por la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (que modificó el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, introduciendo las tablas), únicamente para reparar las lesiones derivadas de **accidentes de tráfico por imprudencia**; se toma como criterio orientativo para los demás casos en los que se deriva responsabilidad en **otros supuestos de daños indemnizables** sufridos por las personas, como son los accidentes de trabajo y los daños sufridos por mala praxis médica.

El 1 de enero de 2016 ha entrado en vigor la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. El objetivo es conseguir que las indemnizaciones sean más acordes a la situación de la víctima, incorporando en el cálculo las circunstancias personales, familiares, laborales o profesionales de las víctimas y perjudicados. Se introduce un nuevo Título que consta de dos capítulos. El primero se refiere a los **criterios generales** para la determinación de la indemnización del daño corporal y el segundo incluye las **reglas para la valoración** del daño corporal y, en sus tres Secciones, se ocupa, respectivamente, de las indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales, que tienen su reflejo, respectivamente, en las tablas 1, 2 y 3 del Anexo. Por otra parte se aumenta la cuantía de las indemnizaciones y se introducen nuevos beneficiarios. La nueva norma clarifica y regula los conceptos de gastos en los que se distingue entre “gastos de asistencia sanitaria” y otros “gastos diversos resarcibles”. El concepto de gastos diversos resarcibles incluye, entre otros, costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal lo requiera. Se regula el lucro cesante (pérdida de ganancia por parte de la víctima) y los perjuicios extrapatrimoniales o morales.

Se incluye como novedad en este apartado la reestructuración del perjuicio personal básico en las indemnizaciones por causa de muerte y de su relación con los perjuicios particulares que ahora se amplían.

II. TIPOS AGRAVADOS

1. Lesiones agravadas por la modalidad de ejecución

Artículo 148 CP: *Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1º. Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2º. Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3º. Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección. 4º. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5º. Si la víctima fuere una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

Como señala José María Luzón³, este subtipo agravado no es de aplicación imperativa, sino potestativa para el Juez de lo Penal a la hora de dictar sentencia, como se pone de manifiesto por el empleo del legislador del término “*podrán*”. No obstante, en la práctica suele aplicarse siempre que concurra alguno de los supuestos que prevé. La referencia que hace a “resultado causado o riesgo producido” aseguran que no sea de aplicación automática y que el juzgador deba valorar esas circunstancias.

Las modalidades previstas son:

a) Medios concretamente peligrosos

Se trata de todos aquellos medios que crean un riesgo concreto ex ante de superior entidad a la salud por lo que la casuística va a ser muy grande. En la práctica es el subtipo más frecuentemente aplicado. Se incluye las **armas o instrumentos peligrosos** que son definidas por el TS (STS 24-6-2014) como “*todo instrumento apto para ofender o defenderse, incluyendo las armas de fuego, las armas blancas (navajas, cuchillos, cortaplumas,*

³ Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Dykinson, Madrid 2015.

estiletes), las pistolas de gas, de aire comprimido o de fogueo, los palos, barras de hierro o metálicas, martillos, destornilladores, jeringuillas con aguja, botellas de vidrio (si no se acredita que era de vidrio, no se aplica la agravación)...”.

El TS ha aplicado este tipo agravado a quien golpea en la cabeza a la víctima con un gato de coche, barra de hierro u objeto similar (STS 27-11-2014 y 21-10-2008); impactar un vaso en la cara del sujeto pasivo (STS 9-7-2014, 15-7-2010 y 11-5-2010); utilizar una navaja de 8 cm (STS 18-10-2010), golpear a la víctima con un palo (STS 12-5-2010) o con una llave inglesa (STS 28-10-2010); utilizar agua hirviendo que se lanza a la cara del sujeto(STS 13-5-2014); etc.

b) Ensañamiento y alevosía

El legislador utiliza aquí dos agravantes genéricas, al igual que ocurría en el asesinato, para convertirlas en circunstancias específicas del tipo agravado de lesiones, por lo que no será posible valorarlas de nuevo como agravantes al poder conculcar el principio de “*non bis in idem*”. El concepto de **ensañamiento** se encuentra en el artículo 22.5^a CP que se complementa por las aportaciones de la Fiscalía General del Estado como “*acción agresiva desproporcionada con el estímulo que la desencadena y demostrativa del menosprecio por la sensibilidad de la víctima y de crueldad y salvajismo en el autor*”, y por el TS como “*comportamiento que revela un nivel de barbarie que excede del necesario para la simple causación de la lesión*”. La **alevosía** también se recoge en su definición en la agravante genérica del artículo 22.1^a CP, su concepto y caracteres los hemos visto en el asesinato, con sus modalidades de proditoria, súbita o inopinada, o de desvalimiento de la víctima (que se solapa con los apartados 3^o y 5^o de este mismo artículo 148), por lo que nos remitimos a lo ya examinado en el capítulo 1.

c) Mayor necesidad de protección del sujeto pasivo, por ser menor de 12 años o persona discapacitada

La justificación de esta agravación estriba en la mayor vulnerabilidad de estas víctimas, particularmente indefensas, a lo que se une el abuso de poder del autor sobre las mismas con lo que guarda una similitud evidente con la agravante genérica de abuso de superioridad. Dicha circunstancia debe ser conocida por el sujeto activo y aprovechada para conseguir su finalidad. En el caso de las personas discapacitadas, no es necesario que se trate de personas declaradas judicialmente como tales a través del procedimiento civil, sino meramente que se encuentren en tal situación de incapacidad objetiva y que la misma haya sido aprovechada por el agresor. La doctrina se plantea si el dolo

del autor deberá abarcar las especiales características de la víctima y en caso de error se apreciará el tipo básico (artículo 14.2 del CP).

d) Condición de mujer del sujeto pasivo, vinculada a la violencia de género

Se ha de tratar de ser mujer que ostente la condición de cónyuge o bien de pareja estable del agresor, sin necesidad de convivencia.

Hay sectores doctrinales que, aun considerando que en puridad nos encontramos ante un caso de discriminación positiva, estiman justificada dicha discriminación por los graves resultados observados en la sociedad y el contexto de las relaciones de poder y dominio del hombre sobre mujer.

Un problema interpretativo actual se suscita en las parejas homosexuales en las que la víctima sea una mujer y la agresora otra mujer; según la dicción literal del precepto, podríamos estar ante este subtipo agravado, dado que se remite al artículo 147.1 CP, que delimita en forma genérica al sujeto activo («el que»); en cambio, en el caso contrario (hombre con hombre) no concurriría el tipo que estamos viendo. No obstante, el espíritu de la LO 1/2004 por la que se introdujo esta reforma alude a la eliminación de la discriminación y violencia machista, por lo que se viene circunscribiendo a la relación hombre-mujer. Ésta parece ser la interpretación que ha acogido nuestro TC en la STC 59/2008, quien ha confirmado la constitucionalidad de ese diferente trato, según que el sujeto activo/pasivo sea hombre/mujer.

También plantea dudas la duración que debe resultar exigible a la relación de pareja y si se incluye a los novios (“*aun sin convivencia*”), pero no se concreta plazo temporal mínimo de relación. En principio, parece lógico considerar que deba existir en la relación una vocación de estabilidad, no debiendo ser incluidos las relaciones de amistad o los encuentros puntuales y esporádicos. Las relaciones de noviazgo de un mes son de suficiente intensidad para determinar una finalidad de permanencia que tenga su acomodo en el presente precepto penal (STS 23-12-2011). La STS 25-10-2017 dice que “la corta duración de la relación acredita la inexistencia de noviazgo al ser inferior a 15 días”.

e) Persona especialmente vulnerable en situación de convivencia

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo que plantea ciertas dudas al aplicarlo, que precisa de la convivencia. Suele estimarse en menores que sean mayores de 12 años aunque dependerá del caso concreto. Si el sujeto pasivo es menor de 12 años, se suele aplicar el anterior apartado 3°. En los casos de ancianos o discapacitados también podrían incluirse en el apartado 2°.

2. Lesiones agravadas por la entidad del resultado

La especial gravedad del resultado producido y la permanencia de éste son las características esenciales de estos preceptos que se van a diferenciar únicamente por la entidad del resultado.

2.1. Resultados especialmente graves

Artículo 149.1: *El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años.*

a) Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal

La **pérdida** es aquel menoscabo o separación de elementos anatómicos del cuerpo del sujeto pasivo que conducen a la desaparición del miembro u órgano⁴. La **inutilidad** es la desaparición de la funcionalidad que debe ser total para equipararse a la pérdida y basta para ser apreciada que se produzca un menoscabo sustancial (STS 4190/2017 de 23 de noviembre). El **órgano** es cualquier parte del cuerpo que ejerce una función propia o independiente (ojo, riñón, hígado, estómago, páncreas...). El **miembro** es cualquiera de las extremidades del hombre articulada con el cuerpo (brazo, mano, rodilla...). La jurisprudencia (STS 15-6-1992 y 16-2-1990) ha considerado que será “principal” cuando las funciones que desempeña sean independientes y relevantes para la vida. Se equipara la pérdida física o la mutilación a los casos de anquilosis o de una grave disfunción o limitación de movimientos. Se incluyen brazos, piernas, órganos sexuales, riñón, pulmón... Se excluye, en cambio, la pérdida aislada de dedos o el bazo (que se incluirán en el artículo 150 CP) al no desempeñar una función indispensable para la vida (STS 18-3-2002 y STS 14-2-1989).

b) Pérdida o inutilidad de un sentido

Se incluye los diferentes sistemas de percepción del mundo exterior, como son cualquiera de los cinco sentidos, si bien en la práctica suele verse afectada la vista (los casos de producción de ceguera, pérdida absoluta de visión, aunque sea de un solo ojo, con pérdida del globo ocular o sin ella, afectación sensible de la agudeza visual, STS 4190/2017 de 23 de noviembre, 61/2013 de 7 de

⁴ VVAA, *Memento Penal 2016*, Editorial Francis Levefre, Madrid 2015, pág. 810.

febrero, 168/2008 de 29 de abril y 217/2006 de 20 de febrero) o bien el oído (pérdida ostensible de audición). Puede incluir la pérdida del tacto, del olfato o, incluso, del gusto (lengua), pero en todo caso de alta gravedad. Las tablas del baremo son muy exhaustivas al prever cada supuesto concreto de pérdida de visión o de capacidad auditiva estableciendo una serie de porcentajes.

c) Impotencia o esterilidad

Se entiende por esterilidad la incapacidad para engendrar que ha de tener un carácter definitivo. La impotencia es la incapacidad para mantener relaciones sexuales y más particularmente la cópula carnal. Se ha estimado que podría haberse suprimido su expresa referencia, por ser realmente una especificación de la pérdida o la inutilidad de un órgano principal. Incluye ambas modalidades: “coeundi” (impotencia en sí) y “generandi” (esterilidad).

d) Grave deformidad

Supuesto ampliamente desarrollado por la jurisprudencia, que por “deformidad” entiende “toda irregularidad física, visible y permanente que afea o desfigura, debiendo recaer sobre la periferia del cuerpo” (STS 14-10-2002, 30-1-2013 y 31-10-2013), es decir, sobre los planos externos del organismo. Se trata de un concepto valorativo que garantiza el derecho al mantenimiento del estado físico que cada individuo posea.

Frente a la antigua postura que atendía al lugar externo siempre visible para apreciar deformidad, actualmente se entiende que se incluirá cualquier parte del cuerpo, si bien dará lugar a mayor indemnización cuanto más visible sea. También se apreciará este tipo con independencia de que el sujeto pasivo afectado sea hombre o mujer, y de la belleza precedente de dicho sujeto (empleando una expresiva frase, dice la jurisprudencia que “todos tienen derecho a la belleza y, si carecen de ella, a que no se acentúe su fealdad”). Pero lógicamente se tiene en cuenta la edad y la profesión (por ejemplo un o una modelo). Quedan excluidos los perjuicios estéticos de imperceptible visibilidad o de escasa significación antiestética, los informes periciales del forense determinan en cada caso el grado de perjuicio estético que resulta esencial para fijar la responsabilidad penal y civil.

Supuestos que han sido considerados de grave deformidad son las cicatrices, caída del cabello que resulta irrecuperable, tabique nasal fracturado y desviado que dificulta la respiración, pérdida del pabellón auditivo o de los labios, inutilización o grave inmovilización de dedos, manos, muñecas, rodillas, pérdida de ojo que ya antes mostraba atrofia.

Una cuestión que ha quedado zanjada es la posibilidad de cirugía reparadora que no impida aplicar el tipo, aunque sí incidirá en el “quantum” indemnizatorio y en el perjuicio estético resultante (STS 14-10-1989, 27-2-1996, 11-7-1991 y 25-4-1989).

e) **Grave enfermedad somática o psíquica**

La noción de enfermedad se concibe como la perturbación del normal funcionamiento del cuerpo. La enfermedad puede ser somática, afectando al cuerpo, o psíquica, cuando afecta a la mente. El principal caso de enfermedad somática, es decir, que afecte al cuerpo es el Sida (STS 28-1-1997). La enfermedad psíquica vendrá determinada por la clasificación internacional de las enfermedades mentales CIE-10 de la OMS y por el DSM-V-TR americano. La nota de la gravedad vendrá determinada por los informes periciales en los que se tendrá que valorar la irreversibilidad de la lesión y la afección del bien jurídico protegido.

2.2. *Especial referencia a la mutilación genital*

Artículo 149.2: *El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuere menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.*

Este precepto se introdujo en la reforma operada en el Código Penal por la LO 11/2003 para reaccionar a la práctica procedente de determinados países de mutilaciones genitales femeninas. Muchos autores consideran que es un supuesto incardinable en el anterior, apartado primero del artículo 149 si bien con su expreso desarrollo se pretende eliminar las ablaciones a menores (no punibles en algunos países y que son costumbre socialmente consolidada en determinados ámbitos y culturas), por lo que abarca la mutilación femenina en cualquiera de sus manifestaciones y también la mutilación masculina.

La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento tiene carácter facultativo, no imperativo (sólo si el Juez lo considera idóneo).

2.3. Resultados menos graves

Artículo 150: *El que causare a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.*

Como tipo residual que es, prevé la pena inferior en grado para comportamientos que ocasionen deformidad menos grave que la del caso anterior (artículo 149), pero más graves que el tipo básico del artículo 147, o bien de órganos o miembros no principales (vesícula, bazo, dedo...). En cualquier caso, para establecer criterios de distinción se precisa atender a las resoluciones del Tribunal Supremo a la hora de analizar los casos concretos.

El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha 19 de abril de 2002, consideró que “*la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 CP, si bien admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado: en todo caso, dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta*”. Ahora bien, si se trata de pérdida de numerosos dientes, puede que dé lugar a la aplicación del artículo 149. En cuanto a los incisivos, normalmente se apreciará el artículo 150, si bien no concurrirá el tipo agravado si padecían previa piorrea grave u otra enfermedad bucal que facilitara la caída del diente. La STS 5-6-2015 excluyó la subsunción de los hechos en el artículo 150 al “*tratarse de la mera movilidad de dos piezas dentarias, no de pérdida, teniendo en cuenta la posibilidad de reparación accesible sin riesgo para el lesionado*”.

III. PROVOCACIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROPOSICIÓN

Artículo 151 CP: *La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos precedentes de este Título, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.*

El Legislador considera que deben ser castigadas las conductas de proponer, conspirar o provocar la comisión de un delito de lesiones. Nos remitimos a lo ya expuesto para el homicidio en el capítulo 1 sobre cada una de estas modalidades. Encontrando el fundamento de la punición y el adelantamiento de las barreras de protección penal por la elevada consideración del bien jurídico protegido.

IV. LESIONES IMPRUDENTES

Artículo 152: 1. *El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:*

1.º Con la pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 18 meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de 1 a 3 años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de 6 meses a 2 años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 a 4 años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de 1 a 4 años.

Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de 6 meses a 4 años.

2. *El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1.º, 149 y 150 será castigado con una pena de multa de 3 meses a 12 meses.*

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 3 meses a 1 año. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal.

Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de 3 meses a 1 año.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

La redacción de este artículo se ha visto afectada por la reforma operada por la LO 1/2015 la cual modifica los dos apartados que contemplaba y por la LO 2/2019 que trae como especial novedad la ampliación de la tipicidad del delito de lesiones por imprudencia menos graves incluyendo ahora las previstas en el artículo 147.1 del CP.

En el primer apartado, que contiene la imprudencia grave se rebaja el inferior de la pena a tres meses de prisión y se introduce facultativamente la posibilidad de apreciar la pena de multa. En el segundo, se introduce la modalidad de imprudencia menos grave. La distinción entre la imprudencia grave y menos grave ya fue estudiada en el capítulo del homicidio por lo que nos remitimos a lo allí expuesto. Dentro de la imprudencia grave la aplicación de uno u otro de los subapartados dependerá del tipo de lesión (básica, muy agravada o agravada). Si se comete la imprudencia en la conducción de vehículos o en el empleo de armas, se impondrá imperativamente la pena accesoria del apartado 2. Y si se trata de imprudencia profesional (vulneración de la “lex artis”), se castigará además con la pena de inhabilitación especial que sólo se prevé para la imprudencia grave.

La reforma operada por la LO 2/2019 al incluir ahora en la imprudencia menos grave también las lesiones previstas en el artículo 147.1 (las que requieran para su curación de tratamiento médico o quirúrgico) tendrá como efecto directo de relevante trascendencia práctica el retorno de gran parte de la accidentalidad vial al ámbito de la jurisdicción penal, de donde fue excluida por la despenalización de la reforma de la LO 1/2015. Además se introduce como criterio interpretativo el que se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal.

Artículo 152 bis: *“En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado”.*

Este artículo ha sido introducido por la LO 2/2019. En relación a su aplicación práctica vendrá siempre referido a las lesiones previstas en los artículos 149 y 150, se requiere para la posibilidad de elevar las penas en un grado (tanto la de prisión como las privativas de derechos) que resulte una “pluralidad de lesionados” y en dos grados que el número de lesionados “fuera muy elevado”.

El concepto de “pluralidad de personas”, referido a lesionados en el precepto comentado, podría interpretarse que basta para su aplicación con que sea solo más de una persona la que se vea afectada en su integridad física como consecuencia del hecho, es decir, dos o más, como en el caso de fallecidos para elevar la pena en un grado (artículo 142 bis).

En cuanto al aspecto competencial del órgano de enjuiciamiento, en los casos del artículo 152 bis la exasperación punitiva no superará los 5 años de prisión ni los 10 años la pena privativa de derechos, salvo en el supuesto de que el número de personas con lesiones del artículo 149 fuera muy elevado en cuyo caso es posible aumentar la pena tipo (que es de 1 a 3 años de prisión: artículo 152.1, 2.º) en dos grados pudiendo entonces alcanzar la pena en abstracto imponible los 6 años y 9 meses de prisión, con lo que excedería también de la competencia de los Juzgados de los Penal.

V. VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Artículo 153 CP: 1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

2. *Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será*

castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.”

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 este artículo ha sufrido cuatro modificaciones. En su primera redacción regulaba la violencia física habitual en el ámbito familiar hasta la reforma operada por la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta última añadió a la violencia física la psíquica y reguló el tipo penal sin exigir habitualidad, pasando a ser delito las agresiones que antes simplemente se calificaban como falta de lesiones o maltrato. La habitualidad, en caso de concurrir, dará lugar al tipo penal del artículo 173.2, más grave y regulado en otro Título (“*Delitos contra la integridad moral*”). Por último, la reforma de la LO 1/2015 incluye como delito aquellas conductas que en principio podían ser constitutivas del artículo 147.2, pero que al producirse respecto de los sujetos pasivos que se encuentran protegidos por el contexto de la violencia de género o doméstica, ya no lo son.

1. El **apartado 1**: se castiga al que por cualquier medio o procedimiento cause un menoscabo psíquico o lesión no definida como delito en el artículo 147.1, esto es, los supuestos contemplados en el artículo 147.2 o el caso de golpear o maltratar de obra sin lesión que viene especialmente cualificada por la naturaleza del sujeto pasivo, que ha de ser esposa, mujer con relación de afectividad con el autor aun sin convivencia o bien persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor (concepto jurídico indeterminado que precisa de interpretación jurisprudencial).

El sujeto activo es el hombre y más particularmente el que es o ha sido marido o compañero sentimental de la víctima. En el supuesto de que el sujeto pasivo sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, el sujeto activo y pasivo pueden ser tanto el hombre como la mujer si bien se exige convivencia de la víctima con el autor incluyendo tanto la convivencia permanente como la periódica (Circular FGE 4/2005).

En relación a la posible existencia de una discriminación positiva por parte del legislador al querer dar una mayor protección a la mujer sobre el varón, el TC se pronunció al respecto por primera vez en la STC 59/2008, de 14 de mayo, seguida posteriormente por otras muchas como la STC 80/2010, de 26 de octubre, señalando que no hay inconstitucionalidad alguna en ese tratamiento penal diferenciado según sea la víctima de sexo masculino o femenino.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la STS 25-09-2018 eleva de cinco a seis años y seis meses de prisión la condena impuesta a un hombre que acuchilló e intentó asfixiar a la mujer con la que mantenía una relación sentimental sin convivencia. El tribunal aplica la agravante de género a este caso al haberse acreditado el intento de dominación del acusado sobre la víctima, que se comete en el ámbito de pareja sin necesidad de estabilidad lo que le atribuye una especificidad y la diferencia de la agravante de discriminación por razón de sexo (artículo 22.4) y la de parentesco (artículo 23) en las que no existe una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer y el sujeto pasivo puede ser el hombre.

La STS 20-12-2018 de Pleno Jurisdiccional interpreta el supuesto de agresión recíproca entre hombre y mujer en relación de pareja o expareja. Considera que cualquier agresión de un hombre a una mujer en la relación de pareja o expareja es hecho constitutivo de violencia de género. Se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad. La Audiencia había considerado que en la agresión recíproca hombre y mujer es solo delito leve, pero el TS señala que no existe base ni argumento legal para degradar a un delito leve una agresión mutua entre hombre y mujer que sean pareja o expareja, ya que no es preciso acreditar una específica intención machista debido a que cuando el hombre agrede a la mujer ya es por sí mismo un acto de violencia de género con connotaciones de poder y machismo. En el hecho de agredirse la pareja solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar delito de violencia de género y violencia familiar respectivamente sin mayores aditamentos probatorios. Podría valorarse en cada caso si hubo legítima defensa en su respuesta agresiva, pero no puede dictarse una sentencia absolutoria si queda constatada la agresión mutua. Se considera que cuando el legislador aprobó los tipos que sancionan la violen-

cia de género en modo alguno quiso adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer para que el hecho fuera considerado como violencia de género. Si hay agresión del hombre sobre la mujer ello es violencia de género, y si hay agresión mutua no es preciso probar un comportamiento de dominación del hombre sobre la mujer. Probada la agresión el hecho es constitutivo de violencia de género y si hay agresión mutua, como en este caso, ambos deben ser condenados por violencia de género al hombre y familiar a la mujer. Por ello, el Tribunal Supremo revoca la absolución de ambos que acordó la Audiencia y condena al hombre a la pena de 6 meses de prisión con orden de alejamiento y sus accesorias y a la mujer a una pena de 3 meses con iguales accesorias y alejamiento. No obstante esta sentencia tiene un voto particular de 4 magistrados que entienden que no es difícil deducir que las agresiones mutuas tuvieron lugar en un nivel de igualdad sin que quepa aplicar automáticamente y mecánicamente el artículo 153.1 del CP.

En cuanto a la penalidad, el tipo admite prisión, en aquellos supuestos en los que la conducta realizada merezca un mayor reproche, o trabajos en beneficio de la comunidad, y siempre conlleva la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Puede conllevar también la privación de la patria potestad (según la gravedad del caso). Además, el artículo 57 CP impone imperativamente el alejamiento y demás medidas del artículo 48 CP.

2. El **apartado 2:** nuevamente recoge las conductas del anterior pero aquí el sujeto pasivo será alguno de los restantes sujetos incluidos en el artículo 173.2 , es decir, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, o sobre menores o persona con discapacidad necesitada de especial protección que con él convivan, o cualquier otra persona amparada por el núcleo de convivencia (por ejemplo esposo o parejas homosexuales) así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Discute la doctrina si basta con acreditar la referida relación para apreciar el delito o si además es preciso que el sujeto activo abuse de una relación de dominio o poder sobre la víctima.

La pena de prisión se atenúa respecto del caso anterior (inferior en grado), mientras que las restantes penas se mantienen en igual extensión.

3. El **apartado 3:** introduce un subtipo agravado (penas en su mitad superior): 1) Cuando la acción se ejecute en presencia de menores (bastando la presencia de un menor Circular 4/2005 FGE); o 2) Utilizando armas; o 3) En el domicilio común o de la víctima; o 4) Con quebrantamiento de las penas del artículo 48 CP o de medidas cautelares o de seguridad. De concu-

rrir varios de estos supuestos, se concretará la pena más próxima al límite máximo. Tal agravación tiene carácter imperativo.

4. El **apartado 4**: introduce un subtipo atenuado (pena inferior en grado), aplicable cuando se aprecie en el caso concreto una menor gravedad, atendida la situación personal del autor o las peculiares características de los hechos. Tiene carácter potestativo, no imperativo, para el Juez, que deberá explicar en la sentencia las razones de dicha atenuación como son la intensidad del ataque, el motivo de la agresión, la personalidad no violenta del sujeto activo, etc.

En los presentes delitos se podrá aplicar la Orden de protección (artículo 544 Ter LECrim) que comprende medidas de carácter penal y civil para proteger a las víctimas.

VI. PARTICIPACIÓN EN RIÑA

Artículo 154 CP: *Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.*

El **bien jurídico protegido** por este delito es la vida y la integridad corporal o salud.

El Tribunal Supremo considera (STS 18-12-1997, 31-3-2001, 22-4-2005 y 11-7-2008) que el artículo 154 CP se configura como un delito de peligro concreto, en el que no es necesario que se produzca un resultado de lesiones, caracterizado por la concurrencia de los elementos siguientes:

1. Existencia de una pluralidad de personas que riñan entre sí, con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados, se precisa más de dos personas.

2. Que en tal riña esos diversos agresores se acometan entre sí de modo tumultuario, esto es, sin que se pueda precisar quién fue el agresor de cada cual.

3. Que en esa riña tumultuaria haya alguien (o varios) que utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. No es necesario que los utilicen todos los intervinientes.

Concurriendo esos tres elementos, son autores de este delito todos los que hubieran participado en la riña. Evidentemente, por exigencias del prin-

cipio de culpabilidad, los partícipes que no hubieran usado esos elementos peligrosos tendrán que conocer que alguno o algunos de los miembros de su grupo sí los utilizó o utilizaron (STS de 31 de enero de 2001). No se podrá entender que existe una riña tumultuaria cuando nos encontremos ante un enfrentamiento claramente determinado entre contendientes diferenciados (STS 16-12-1996), no cabe su apreciación cuando existe identificado un grupo de coautores (STS 8-9-2001), cuando son dos (STS 703/2003) o existe un resultado en el que se acredita el dominio funcional del hecho por parte de los coautores (STS 13-6-2016).

La doctrina considera que no existen razones de política criminal que justifiquen la existencia de esta figura delictiva y no se incluyan otras conductas de riesgo si no es por razones históricas⁵.

VII. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES Y LA ESTERILIZACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El consentimiento en las lesiones va a tener una trascendencia jurídico penal en los artículos 155 que regula un supuesto de atenuación y en el artículo 156 que contempla una exención de responsabilidad.

Artículo 155 CP: *En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.*

El presente artículo contempla una atenuación penológica parcial, de uno a dos grados, si la lesión se comete existiendo tal previo consentimiento por el titular del bien jurídico protegido, que se excluye lógicamente si se trata de personas cuya capacidad de decisión se encuentra mermada (menores: por falta de madurez; incapaces: por falta de capacidad para decidir por sí mismos) lo que parece justificar el mantenimiento de este artículo en el Código Penal.

En el supuesto particular de los oligofrénicos que presten su consentimiento, la Consulta núm. 3/1985 de la FGE vino a exponer que habrá que estar al grado de inteligencia que se declare por sentencia en el proceso de incapacitación, según la mayor o menor limitación intelectual del incapacitado pero en ningún caso dicha incapacidad puede ser suplida por una autorización judicial.

⁵ VVAA, *Memento Derecho Penal 2016*, Editorial Francis Lefevre, Madrid 2015, pág. 816.

El artículo comprende las situaciones de heterolesión consentida excluyendo su apreciación a los supuestos de participación subordinada en una autolesión toda vez que no existe una incriminación expresa como por el contrario hay en la cooperación al suicidio del artículo 143 del CP. El consentimiento precisa que sea prestado libremente, que sea espontáneo y que sea expreso y actual. No será libre aquel que se haya obtenido mediante violencia o intimidación, ni espontáneo si la iniciativa de la lesión no parte del que consiente la lesión ni tampoco si no se expresa de forma verbal o escrita. Este artículo ha sido apreciado en la STS 5-6-2002 en la que se contemplaban unas prácticas sadomasoquistas.

El origen del castigo de esta conducta se encuentra en las antiguas mutilaciones que se hacían para evitar la prestación del servicio militar obligatorio por determinadas personas⁶. Su mantenimiento en la actualidad no está exento de polémica, pudiendo encontrar tres posiciones en la doctrina:

1. Aquellos que entienden que la salud es un derecho disponible del individuo, por lo que el consentimiento en las lesiones debería convertir en atípica la conducta, y no meramente en circunstancia que atenúe la responsabilidad.

2. Otros que consideran que la protección de la salud personal exige la prohibición genérica de la intervención de terceros, aun cuando su titular consienta.

3. Una posición ecléctica que estiman que la respuesta penal debería estar en función de la reversibilidad/irreversibilidad del resultado lesivo.

Artículo 156 CP: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de transplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

No será punible la esterilización acordada por un órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que

⁶ La doctrina no sólo consideraba un ataque al bien jurídico de la integridad corporal, sino incluso al de la Defensa Nacional. Tal situación se encuentra actualmente superada, al haberse suprimido dicho servicio obligatorio y contar nuestro país hoy en día con un ejército profesional y voluntario.

se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

Este artículo regula una causa de exención de responsabilidad penal en los casos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, con sujeción a los requisitos que el propio precepto prevé y sin concurrencia de los fines espurios que señala.

No será punible la esterilización acordada por un órgano judicial en el caso de personas que no puedan prestar en modo alguno el consentimiento y exista una situación de conflicto de bienes jurídicos en los que prevalece uno sobre otro con arreglo a lo establecido en la legislación civil si bien la LO 1/2015 establece en su disposición adicional primera el procedimiento para la esterilización de personas que carecen de capacidad necesaria para consentir válidamente: “La esterilización a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento”.

Los supuestos de esterilización y cirugía transexual encuentran su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad del individuo y el trasplante de órganos en la solidaridad que debe presidir la convivencia humana. En el caso de personas discapacitadas, plantea mayores problemas y por ello se precisa de mayores cautelas. En cualquier caso, se permite su esterilización cumpliendo los requisitos que señala el propio artículo 156 CP. Lo cierto es que la sustitución del término persona incapacitada por persona que de forma permanente no pueda prestar en modo alguno su consentimiento introduce un criterio de inseguridad no deseado en este campo.

La Ley 30/1979, de 27 de octubre, de Trasplantes de Órganos, que fue desarrollada en un primer momento por el RD 426/1980, de 22 de febrero, y en la actualidad se encuentra complementado por el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, que deroga expresamente el anterior Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, establecen la regulación de las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante, fijando al propio tiempo requisitos de calidad y seguridad. Las condiciones del artículo 156 son aplicables a los supuestos de obtención de órganos procedentes de un donante vivo. Si se tratase de órganos o piezas anatómicas de fallecidos la Ley de Trasplante

prevé un régimen menos estricto para la extracción siempre que no constare expresamente la oposición del fallecido.

El llamado consentimiento informado es hoy en día una práctica habitual en toda prueba médica o quirúrgica que entrañe un riesgo potencial para la vida o integridad del paciente, solicitando el médico a su paciente que examine el pliego que se le da a leer con los riesgos que la intervención o prueba diagnóstica lleve consigo y requiriendo de éste su consentimiento expreso mediante la firma del documento en cuestión.

Ahora bien, tal necesidad de previo consentimiento queda excluida en los casos de emergencia o de oportunidad. Es importante recordar aquí que la Ley Básica 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, ha venido a derogar parcialmente el contenido de los artículos 10, 11 y 61 de la anterior Ley General de Sanidad (preceptos que regulaban esos casos excepcionales en los que no era preciso el consentimiento del paciente): con la nueva regulación se generaliza esa necesidad del llamado “consentimiento informado” del paciente, es decir, el consentimiento expreso de éste una vez que ha sido debidamente informado (SSTS 3/2001, de 12 de enero, y 447/2001, de 11 de mayo, de la Sala de lo Civil). No obstante, los artículos 8, 9 y 21 de aquella Ley establecen ciertos límites a la necesidad de consentimiento y los casos en los que puede obtenerse el mismo mediante representación, así como los supuestos de alta voluntaria y forzosa, con posible intervención judicial en el caso de no aceptar el paciente el tratamiento prescrito.

Este consentimiento también ha sido desarrollado normativamente por muchas Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.), siendo ejemplo de ello la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad, de La Rioja.

Además la Circular 1/2012, de 3 de octubre, de la FGE sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, ha contemplado los casos de la eventual colisión entre el derecho de autodeterminación del paciente menor de edad y la defensa de sus intereses en caso de riesgo grave, se inclina con rotundidad por otorgar prevalencia a la defensa de la salud y/o vida del menor.

El artículo 162 del Código Civil establece que los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de su hijos menores no emancipados, se exceptúan los actos relativos a la personalidad u otros que el hijo de acuerdo a las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo. La LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha introducido en el anterior artículo un inciso que reza que “no obstante los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”. De esta manera

la reforma ha limitado de cierta manera la autonomía de decisión del menor maduro y refuerza la posición de los representantes legales como también se refleja en la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en el caso del consentimiento del menor en el ámbito médico sanitario.

VIII. TRÁFICO ILEGAL DE ÓRGANOS

Artículo 156 bis: *“1. Los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida.*

A estos efectos, se entenderá por tráfico de órganos humanos:

a) La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.ª que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente;

2.ª que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido,

3.ª que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

b) La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.

c) El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

2. Del mismo modo se castigará a los que, en provecho propio o ajeno:

a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos;

b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.

3. Si el receptor del órgano consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas previstas en el apartado 1, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el apartado 1 cuando:

a) se hubiera puesto en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima del delito.

b) la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación.

Si concurrieren ambas circunstancias, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. El facultativo, funcionario público o particular que, con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo, realizare en centros públicos o privados las conductas descritas en los apartados 1 y 2, o solicitare o recibiere la dádiva o retribución a que se refiere la letra b) de este último apartado, o aceptare el ofrecimiento o promesa de recibirla, incurrirá en la pena en ellos señalada superior en grado y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, por el tiempo de la condena. Si concurriere, además, alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4, se impondrán las penas en su mitad superior.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable pertenezca a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades. Si concurriere

alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4, se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5, se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se tratare de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o grupos, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este artículo se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los apartados anteriores.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 177 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”.

La LO 5/2010 introdujo en nuestro CP el anterior artículo en desarrollo de los dos preceptos que acabamos de examinar y a la vista de la realidad de esta conducta, principalmente en el ámbito internacional, en el que se hace preciso regular el mercado global de órganos en base a una supervisión pública y evitar el recurso al mercado clandestino donde el crimen internacional ha encontrado una nueva forma de financiación al intermediar entre las necesidades de los enfermos y las precariedad económica de los donantes.

Esta preocupación ha tenido su reflejo en diversas declaraciones internacionales como la Declaración de Estambul del 2008. En el ámbito de la Unión Europea lo con-

templa la Directiva 2010/45/UE y en el del Consejo de Europa el Convenio contra el tráfico de órganos humanos de 9 de julio de 2014.

Este artículo ha sido modificado por la LO 1/2019 adaptándolo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos. Como notas más particulares destaca el dar una regulación más completa en la que se incluye lo que se entiende por tráfico de órganos, no se distingue ya a efectos penológicos entre órganos principales o no, se amplía el círculo de personas responsables, se agrava la pena respecto de menores de edad o personas especialmente vulnerables, se aumenta la pena para determinadas personas, se explicitan los supuestos de actuación de organización y grupo criminal y se extiende la reincidencia a las condenas de jueces y tribunales extranjeros.

El **bien jurídico** no es sólo la salud pública sino la dignidad del donante. También hay autores que defienden un bien jurídico colectivo las “condiciones que garantizan el adecuado funcionamiento del sistema nacional de transplantes, basados en los principios de altruismo, gratuidad y acceso universal”.

El **sujeto activo** podrá ser cualquier persona, física o jurídica, incluido el receptor y con exclusión en todo caso del titular del órgano objeto de tráfico al exigir el precepto su ajenidad. Adecuada justificación encuentra la previsión expresa de la posibilidad de que una persona jurídica pueda intervenir y responder de la comisión del delito que comentamos ante la existencia de empresas que pueden dedicarse a participar en el llamado “turismo de trasplantes” que expresamente contempla y define la Declaración de Estambul de 2008.

El **sujeto pasivo** será el donante, aun cuando preste su consentimiento, el cual no excluye la tipicidad de la conducta al llevarse a cabo la extracción u obtención del órgano fuera de los casos permitidos por las leyes (artículo 156 CP), sin perjuicio de la posible atenuación de la pena correspondiente por el delito de lesiones que pudiera apreciarse (artículo 155 CP) en concurso ideal-medial con el de tráfico de órganos humanos.

La **conducta típica** presenta una redacción más precisa consistente en promover, favorecer, facilitar, publicitar o ejecutar, de cualquier modo, el tráfico de órganos humanos, utilizando así el legislador una fórmula lo suficientemente amplia como para poder incluir en su tenor literal cualquier conducta relacionada con una actividad (el tráfico de órganos) cuyo ámbito y contenido más adelante el propio precepto termina de perfilar.

En el tipo básico del apartado primero se distingue, a efectos de pena, si se trata del órgano de una persona viva el que ha sido objeto de tráfico (6 a 12 años de prisión) o de una persona fallecida (de 3 a 6 años de prisión), y que son idénticas a las previstas en los tipos agravados de lesiones de los artículos 149 y 150 del CP y sorprendentemente elevadas para algunos autores.

El apartado segundo, en un intento estéril de abarcar todas las posibilidades de participación imaginables en esta actividad ilícita describe, a mi juicio innecesariamente, toda una serie de conductas presididas por el ánimo de obtener o procurar un provecho que pueden entenderse incluidas sin dificultad en la conjugación de los verbos típicos de promover, favorecer o facilitar el tráfico de órganos humanos recogidos en el tenor literal del apartado primero.

El apartado tercero regula el supuesto del receptor que consiente en la realización del trasplante conociendo su origen ilícito. Aunque, en principio, la pena es igual a la prevista en el apartado primero, la ley permite su rebaja en uno o dos grados, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. Parece claro que la atenuación de la pena encuentra su fundamento en un menor reproche culpabilístico, pues parece difícil exigir un comportamiento adecuado a derecho de una persona que padezca una grave enfermedad y encuentre su posibilidad de curación en un trasplante ilegal. El receptor es considerado en todo caso autor, tanto si promueve y/o participa en parte o en todo en el devenir del proceso en que consiste el tráfico del órgano que precisa, como si se limita a recibir el que se le ofrece, conociendo su origen ilícito, si bien el precepto prevé que, en atención a su grado de participación en el hecho y situación personal de necesidad, se le pueda imponer la pena inferior en uno o dos grados.

Los apartados 4, 5 y 6 del precepto recogen tipos agravados que son contruidos tanto en atención a la menor edad o vulnerabilidad de la víctima o al peligro para su vida o integridad física o psíquica como en atención al sujeto activo del delito y también por la pertenencia organización o grupo criminal.

El apartado 5.º prevé la aplicación de la pena superior en grado, además de las correspondientes inhabilitaciones, para el facultativo, funcionario público o particular que con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo realizare en centros públicos o privados las conductas típicas descritas en los apartados 1.º y 2.º, comprendiendo dentro del concepto de facultativo a “los médicos, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria”.

El apartado 7.º del artículo 156 bis, al igual que el artículo 177 bis, fija las penas que proceden en el caso de que el delito sea cometido por una persona jurídica, observando de esta manera lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio, previendo la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido, y potestativamente, atendidas

las reglas establecidas en el artículo 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Por último, el apartado 8º, prevé expresamente para el delito de tráfico de órganos humanos el castigo de las resoluciones manifestadas o actos preparatorios (conspiración, provocación y proposición) con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente⁷.

Tal tipo penal debe ser analizado en relación con la **Ley 30/1979 y con el Real Decreto 1723/2012**, de 28 de diciembre, que establecen un sistema nacional de trasplante construido sobre la gratuidad, el altruismo, equidad en la selección y acceso al trasplante. Así el objeto material del delito que es el **órgano humano** se encuentra descrito en el Real Decreto. A efecto de pena se va a distinguir entre si el órgano procede de una persona viva o fallecida resultando las mismas penas según afecte a un órgano principal o no.

IX. LIBERTAD VIGILADA

Artículo 156 ter: *A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título, cuando la víctima fuera alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.*

Este artículo fue introducido por la LO 1/2015 incluyendo los supuestos de violencia doméstica abarcando tanto los casos de violencia de hombre contra su pareja mujer como el resto de relaciones del artículo 153.2. Es una medida de carácter facultativo para el juez que se extiende a todos los delitos comprendidos en este Título.

⁷ Lantarote, P., *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Adenda a la edición de octubre de 2018, Editorial Comares, Granada, pág. 23: “Supuestos difícilmente imaginables cuando se están sancionando ya como delito consumado la promoción, el favorecimiento y la facilitación, de cualquier modo, del tráfico de órganos humanos, donde podrán incluirse gran parte de lo que materialmente son simples actos preparatorios”.

Nuevo Capítulo

LOS DELITOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER POR SU PAREJA O SU EXPAREJA, SU CONFIGURACIÓN EN LA LO 1/2004. ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE MALTRATO FÍSICO Y PSÍQUICO, MALTRATO HABITUAL, AMENAZAS, COACCIONES, ACOSO Y DIVULGACIÓN NO CONSENTIDA O GRABACIONES DE CARÁCTER ÍNTIMO

(Este nuevo capítulo se debe insertar entre el 29 y el 30)

Sumario: I. LOS DELITOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER POR SU PAREJA O SU EXPAREJA, SU CONFIGURACIÓN EN LA LO 1/2004. 1. Criterios legales. 2. Aportes jurisprudenciales. 2.1. Perspectiva de género. 2.2. Agravante de género. 2.3. No necesidad de probar una intención de dominación. 2.4. No exigencia de una defensa invencible ante la violación. II. ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE MALTRATO FÍSICO Y PSÍQUICO, MALTRATO HABITUAL, AMENAZAS, COACCIONES, ACOSO Y DIVULGACIÓN NO CONSENTIDA O GRABACIONES DE CARÁCTER ÍNTIMO. 1. Delitos de maltrato físico y psíquico (artículo 153.1. CP). 1.1. Introducción. 1.2. Maltrato de género: artículo 153.1 CP. 1.3. Subtipos agravados. 1.4. Subtipo atenuado. 2. Delito de maltrato habitual (artículo 173.2 CP). 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujetos. 2.3. Elementos. Habitualidad. 2.4. Concursos. 2.5. Agravaciones. 3. Amenazas leves de género (artículo 171.4 CP). 3.1. Introducción. 3.2. Acción típica. 3.3. Constitucionalidad del precepto. 3.4. Subtipos agravados. 3.5. Subtipo atenuado. 4. Coacciones leves de género (artículo 172.2 CP). 4.1. Introducción. 4.2. Sujetos. 4.3. Subtipos agravados. 4.4. Subtipo atenuado. 5. Acoso (artículo 172 ter CP). 5.1. Introducción. 5.2. Ubicación. 5.3. Conducta típica. 5.4. Primer pronunciamiento del TS: STS 324/2017, de 8 de mayo (Rec. 1775/2016). 5.5. Agravación. 6. Divulgación no consentida o grabaciones de carácter íntimo (artículo 197.7 CP). 6.1. Introducción. 6.2. Requisitos. 6.2.1. Falta de autorización de la víctima para la difusión del

material obtenido. 6.2.2. Objeto material: imágenes o grabaciones audiovisuales. Lugar de captación: “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. 6.2.3. Afectación a intimidad. Análisis del requisito: “que menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”. 6.2.4. Sujetos del delito. Responsabilidad y consecuencias de las ulteriores difusiones. 6.2.5. Conducta típica.

I. LOS DELITOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER POR SU PAREJA O SU EXPAREJA, SU CONFIGURACIÓN EN LA LO 1/2004

1. Criterios legales

La exposición de motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se inicia de forma terminante afirmando que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Asimismo, destaca que la finalidad de la Ley es “la conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas”.

De conformidad con lo expuesto, dispone la Ley en su artículo 1 que:

1. Esta Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

En cuanto al concepto de violencia de género, el apartado 3 del artículo 1 señala que:

3. “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

Deben destacarse las siguientes reformas y novedades, procesales y sustantivas, de carácter penal introducidas por la Ley. A saber:

1. Se reformaron diferentes tipos penales comprendidos en el Código Penal, entre los que destaca la agravación específica del delito de lesiones cuando las mismas se produzcan contra quien sea o haya sido la esposa del autor o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (artículos 148 y 153 CP), y la consideración como delito de las coacciones leves y las amenazas leves cometidas contra las referidas víctimas (artículos 171 y 172 CP).

2. Se reguló la tutela judicial específica para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares. En particular, se crearon los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (artículo 87 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) que son competentes para conocer de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas.

3. Se reguló expresamente la “orden de protección” a que se refiere el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Se estableció, mediante la oportuna modificación de la Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la creación del Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer, delegado del Fiscal General del Estado, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en esta materia. Se pretende con ello que los Fiscales, en cuanto responsables ante los Tribunales de la defensa del interés público, intervengan en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.

2. Aportes jurisprudenciales

Sin perjuicio de que la Ley Orgánica 1/2004 acumula ya muchos años de vigencia, ha sido en el último año, en el que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS), ha dictado una serie de sentencias determinantes para la

lucha contra la violencia de género, que fijan doctrina y guían al resto de tribunales en la aplicación de la jurisprudencia contra este grave problema.

La aplicación de la perspectiva de género a la hora de juzgar, la estimación de la agravante de género y su extensión más allá del ámbito de la pareja, la no necesidad de probar una intención de dominación o la no exigencia de una defensa invencible ante una violación son algunas de las novedades introducidas por el Supremo desde mayo de 2018.

2.1. *Perspectiva de género*

Sentencia 247/2018 de 8 de mayo de 2018. La primera en que el TS incluye el concepto de perspectiva de género. El Alto Tribunal convirtió una tentativa de homicidio en intento de asesinato al reconocer alevosía en el ataque de un hombre a su mujer con un cuchillo en su hogar y delante de su hija, debido a la indefensión absoluta de la víctima. Además, en esta sentencia se acuerda la privación de la patria potestad.

Sentencia 282/2018 de 13 de junio de 2018. En ella, el Supremo también hace hincapié en la necesidad de apreciar los hechos desde la perspectiva de género y destaca que la víctima no es un testigo más del proceso penal, sino un testigo cualificado, el sujeto pasivo de la agresión. Esa perspectiva de género se aprecia “ante la forma de ocurrir los hechos en el ataque del hombre sobre la mujer que es su pareja o expareja, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva por las circunstancias concurrentes que reducen la capacidad defensiva de la víctima”. Se trata de un caso en el que un hombre intentó atacar con una escopeta a su exmujer.

2.2. *Agravante de género*

Sentencia 420/2018 de 25 de septiembre de 2018. El Supremo aplica por primera vez la agravante de género. Después de quitarle el móvil, un hombre acuchilla e intenta asfixiar a su pareja mientras pronuncia la frase “si no eres mía, no eres de nadie”. El Alto Tribunal aplica por primera vez la agravante de género –además de la agravante de parentesco, que considera compatibles– y eleva la pena de 5 a 8 años. Esa agravante estima que se trata de una acción de dominación y machismo.

Sentencia 565/2018 de 19 de noviembre de 2018. El TS amplía su concepción y fija que la agravante de género se puede aplicar fuera del contexto de pareja o expareja, siguiendo el mandato del Convenio de Estambul.

“La agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja”, estima el Supremo, que considera que ha de tener mayor reproche penal “que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior” y “como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior”. “Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante solo a las relaciones de pareja o expareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género”, define.

Sentencia 99/2019 de 26 de febrero de 2019. Se aplica la agravante de género en un delito sexual cometido en el ámbito de la pareja.

2.3. No necesidad de probar intención de dominación

Sentencia 677/2018 de 20 de diciembre de 2018. El Supremo proclamó que no es necesario probar la intención de dominación o machismo en la agresión de un hombre a una mujer porque “el acto objetivo de maltratar un hombre a su pareja o expareja es un acto ya de violencia de género” y no es preciso probar una intención de dominación.

2.4. No exigencia de defensa invencible ante violación

Sentencia 292/2019 de 31 de mayo de 2019. En este fallo relativo a una mujer que fue golpeada, violada y secuestrada por su pareja, el Alto Tribunal sostiene que no puede exigirse a una víctima de violación una “defensa invencible” ante un acto de penetración que ha venido precedido por golpes reiterados que pueden llevarla a que ceje su oposición por temor de que pueda acabar con su vida. Los jueces califican de “absoluta ficción” que se exija a una víctima un “plus de oposición” ante la violencia y la intimidación e incide en que es legítimo que la víctima tenga miedo a que la maten si se niega a “ceder a los instintos libidinosos del agresor”.

II. ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE MALTRATO FÍSICO Y PSÍQUICO, MALTRATO HABITUAL, AMENAZAS, COACCIONES, ACOSO Y DIVULGACIÓN NO CONSENTIDA O GRABACIONES DE CARÁCTER ÍNTIMO

1. Delitos de maltrato físico y psíquico (artículo 153.1 CP)

Artículo 153 CP. 1, 3 y 4: *1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

1.1. Introducción

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 este artículo ha sufrido cuatro modificaciones. En su primera redacción regulaba la violencia física habitual en el ámbito familiar hasta la reforma operada por la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta última, añadió a la violencia física la psíquica y reguló el tipo penal sin exigir habitualidad, pasando a ser delito las agresiones que antes simplemente se calificaban como falta de lesiones o maltrato. La habituali-

dad, en caso de concurrir, dará lugar al tipo penal del artículo 173.2, más grave y regulado en otro Título (“*Delitos contra la integridad moral*”). Por último, la reforma de la LO 1/2015 incluye como delito aquellas conductas que en principio podían ser constitutivas del artículo 147.2, pero que al producirse respecto de los sujetos pasivos que se encuentran protegidos por el contexto de la violencia de género o doméstica no lo son.

1.2. Maltrato de género: artículo 153.1 CP

En el **apartado 1 del artículo 153 CP** se castiga el que por cualquier medio o procedimiento cause un menoscabo psíquico o lesión no definida como delito en el artículo 147.1, esto es, los supuestos contemplados en el artículo 147.2 o el caso de golpear o maltratar de obra sin lesión que viene especialmente cualificada por la naturaleza del sujeto pasivo, que ha de ser esposa, mujer con relación de afectividad con el autor aun sin convivencia o bien persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor (concepto jurídico indeterminado que precisa de interpretación jurisprudencial). El sujeto activo es el hombre y más particularmente el que es o ha sido marido o compañero sentimental de la víctima.

En relación a la posible existencia de una discriminación positiva por parte del legislador al querer dar una mayor protección a la mujer sobre el varón, el TC se pronunció al respecto por primera vez en la STC 59/2008, de 14 de mayo, seguida posteriormente por otras muchas como la STC 80/2010, de 26 de octubre, señalando que no hay inconstitucionalidad alguna en ese tratamiento penal diferenciado según sea la víctima de sexo masculino o femenino.

La STS 654/2009, de 8 de junio, introdujo una excepción a este precepto al señalar que cuando estemos ante agresiones mutuas en el seno de una pareja en las cuales no haya mediado prevalencia machista, los hechos deberán calificarse como falta, y no como delito del artículo 153.1 y 2 CP, al entenderse que la “*mens legis*” de la reforma operada en el CP obedece a dicho criterio de superioridad, ausente en casos de agresión recíproca que no esté movida por una legítima defensa. Lo cierto que la interpretación de esta sentencia es muy cuestionable y aún la doctrina sigue discutiendo que el fundamento de la protección se pueda fundamentar en la existencia de un contexto de dominación. Más recientemente en STS 856/2014 de 29 de diciembre al valorar la doctrina del Tribunal Constitucional se ha considerado que la intención de dominación del hombre sobre la mujer va implícito en el delito, quedando zanjada la cuestión con la citada Sentencia 677/2018, de 20 de diciembre de 2018, en la que el Supremo proclamó

que no es necesario probar la intención de dominación o machismo en la agresión de un hombre a una mujer porque “el acto objetivo de maltratar un hombre a su pareja o expareja es un acto ya de violencia de género” y no es preciso probar una intención de dominación.

1.3. Subtipos agravados

El **apartado 3** introduce un subtipo agravado (penas en su mitad superior): 1) Cuando la acción se ejecute en presencia de menores (bastando la presencia de un menor Circular 4/2005 FGE); o 2) Utilizando armas; o 3) En el domicilio común o de la víctima, o 4) Con quebrantamiento de las penas del artículo 48 CP o de medidas cautelares o de seguridad. De concurrir varios de estos supuestos, se concretará la pena más próxima al límite máximo. Tal agravación tiene carácter imperativo.

1.4. Subtipo atenuado

El **apartado 4** introduce un subtipo atenuado (pena inferior en grado), aplicable cuando se aprecie en el caso concreto una menor gravedad, atendida la situación personal del autor o las peculiares características de los hechos. Tiene carácter potestativo, no imperativo, para el Juez, que deberá explicar en la sentencia las razones de dicha atenuación como son la intensidad del ataque, el motivo de la agresión, la personalidad no violenta del sujeto activo, etc.

2. Delito de maltrato habitual (artículo 173.2 CP)

Artículo 173.2 CP: *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 por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas*

de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

2.1. Bien jurídico protegido

En este delito el bien jurídico protegido es “la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo” (SSTS 828/2010, de 23 de octubre y 66/2013, de 25 de enero, entre otras).

“En el delito de violencia doméstica habitual el bien jurídico protegido consiste en la paz familiar, sancionándose aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar que la relación asimétrica de dominio de una persona sobre los familiares o convivientes. Por ello, la violencia física o psíquica que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que la mera integridad física o psíquica, quedando afectados valores fundamentales de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad que es el núcleo familiar. Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos

pasivos, unido a situación de habitualidad que se describe en el artículo 173 del Código Penal es la que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal” (STS 9/2011, de 31 de enero).

Por tanto, este delito puede ser configurado como un delito pluriofensivo ya que el bien jurídico protegido es doble, de un lado dignidad de la persona y, de otro, la paz familiar.

2.2. *Sujetos*

En cuanto al sujeto activo, es necesario que entre él y la víctima exista una relación de parentesco en los términos expresados en el tipo o de situación asimilada o de integración en el núcleo familiar.

En cuanto al sujeto pasivo que sea una “persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad (al matrimonio) aun sin convivencia”.

Se asimilan con el matrimonio las relaciones afectivas e íntimas relativamente estables y consolidadas sin que pueda limitarse tal concepto al convencional de noviazgo. En todo caso, con independencia de la denominación que se dé a la relación, lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista cierto grado de estabilidad y compromiso entre autor y víctima.

“Una de las razones por las que, precisamente, se extendió el círculo de los sujetos pasivos que podrían quedar afectados por los hechos previstos en los artículos 153, 171.4 y 173.2 CP, no fue otra que la de extender la especial protección del tipo a aquellas relaciones que, conforme a la legislación anterior, estaban excluidas por no concurrir el requisito de la convivencia y estabilidad en la redacción de análoga afectividad a la del matrimonio. Con ello tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo (término no empleado en el precepto penal que examinaremos) esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio, que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre los componentes de la pareja, cualquiera que sea la denominación precisa con la que quiera designarse)” (STS 1376/2011, de 23 de diciembre).

Además de tal relación, el artículo 153.1 CP presupone un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer, lo que excluye las relaciones homo-

sexuales. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que si “la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres (...) escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo” (STS 1068/2009, de 4 de noviembre).

Por último, en relación con las parejas formadas por transexuales o en las que uno de sus miembros es transexual, cabe apreciar la existencia de este delito cuando el agresor es el varón y la víctima la mujer.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, declara la aplicabilidad del tipo tanto respecto de personas transexuales que hayan procedido a la rectificación de la mención registral del sexo en el Registro Civil, como de aquellas mujeres transexuales que no han llevado a cabo tal rectificación “si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino”.

2.3. Elementos. Habitualidad

Este delito exige para su apreciación la cumulativa concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física o psíquica.
- b) Que se ejerza habitualmente, con lo que, a pesar de no integrar tales acciones individualmente consideradas, más que ante una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual estaríamos ante un delito.
- c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin.
- d) Que entre sujeto activo y pasivo exista alguna de las relaciones expresadas en el tipo.

De lo expuesto, resulta que este delito es, un delito de mera actividad, esencialmente doloso, que se consuma desde que se realiza la conducta típica de forma “habitual”.

“El resultado es ajeno a la acción típica, por lo que, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo, existirá un concurso real” (STS 321/2004, de 11 de marzo, entre otras).

El examen de este delito exige realizar las siguientes precisiones:

En cuanto a la acción típica, se integra una pluralidad de actos de violencia física o psíquica.

La violencia, de carácter material, requiere el empleo de fuerza física, y se ha equiparado al acometimiento o coacción material; la intimidación, es considerada como violencia psíquica, y supone la realización de actos de amenaza, amedrentamiento o coacción que afecte a la psique del sujeto pasivo.

En cuanto a la habitualidad, el Legislador ofrece en el apartado 3 del artículo 173, el concepto legal del mismo y atiende a cuatro circunstancias que permitirán ponderar, en cada caso concreto, la efectiva concurrencia de la misma. A saber: la pluralidad de actos de violencia física o psíquica; la proximidad temporal de los mismos; la pluralidad eventual de sujetos pasivos; con independencia de que los actos violentos necesarios para integrar la habitualidad hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Lo relevante para apreciar la habitualidad no es, por tanto, la necesidad de probar cada acto de violencia concreto, sino que se acredite el estado de terror, agresión permanente y dominación que se produce entre sujeto activo y la víctima.

El Tribunal Supremo señala que “la habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en el que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador” (STS 1044/2009, de 3 de marzo, entre otras).

2.4. Concursos

En cuanto a los concursos, el Código Penal establece una norma concursal en el artículo 173.2 párrafo primero *in fine* que establece que el delito de violencia habitual será castigado “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

2.5. Agravaciones

El artículo 173.2 párrafo segundo agrava las penas previstas en el párrafo primero cuando los actos se perpetren en presencia de menores, o mediante

el uso de armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Son comunes a estas agravaciones los elementos antes referidos para el delito de violencia doméstica habitual, si bien, la apreciación de cualquiera de las mismas requiere que estén abarcadas por el dolo, directo o eventual.

3. Amenazas leves de género (artículo 171.4 CP)

Artículo 171.4 CP: *El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

3.1. Introducción

Esta redacción fue introducida por LO 1/2004 y levemente modificada por la LO 1/2015. Aquí se viene a castigar como delito la amenaza que por su entidad sería delito leve del apartado 7 del artículo 171, igual que hemos visto en las lesiones y en el maltrato de obra, y veremos en las coacciones, pero en la que el sujeto pasivo es mujer unida por relación estable de afectividad sin que sea necesaria la convivencia, caso de violencia de género. También se castiga conforme a este precepto cuando el sujeto pasivo es persona especialmente vulnerable, pero aquí sí se exige que conviva con el autor que será un supuesto de violencia doméstica.

3.2. Acción típica

La amenaza puede ser simplemente verbal, sin necesidad de que sea esgrimiendo armas o instrumentos peligrosos (como sí exige, en cambio, el apartado siguiente respecto de los sujetos pasivos que comprende); por ello,

si se emplean armas o instrumentos peligrosos, podrá imponerse pena más grave dentro del margen legal de este precepto.

3.3. *Constitucionalidad del precepto*

El TC ha declarado que los derechos a la igualdad, a la dignidad de la persona y al principio de proporcionalidad de las penas no se ven vulnerados por el hecho de que las amenazas leves se consideren delito cuando las profiera un varón contra una mujer que sea o haya sido su pareja, y falta en el caso inverso, pues entra dentro del amplio margen de libertad del que goza el Legislador en el diseño de la política criminal de prevención de las amenazas que se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer, que por ello conlleva un desvalor añadido (SSTC 59/2008, 45/2009, 177/2009 y 79/2010, entre otras).

3.4. *Subtipos agravados*

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5 en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Recoge un subtipo agravado por el lugar en el que se lleva a cabo la amenaza, o por la presencia de cualquier menor durante su comisión, o si existía una pena o una medida cautelar de prohibición de aproximación o de comunicación con la víctima que el sujeto activo ha quebrantado.

3.5. *Subtipo atenuado*

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

El presente apartado contempla un subtipo atenuado que atiende a las circunstancias del hecho, lo que se deja a la razonada discrecionalidad del Juzgador que motivará en sentencia las razones para imponer la pena inferior en grado.

4. Coacciones leves de género

Artículo 172.2: *El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el derecho de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

4.1. Introducción

Este precepto, a través de la reforma de LO 1/2004, elevó al rango de delito lo que hasta entonces era una falta de coacciones (por su menor gravedad), en atención nuevamente al sujeto pasivo (similar a lo ya visto en los artículos 153 y 171.4 CP, en materia de lesiones), que ha de ser mujer cónyuge o pareja estable del agresor, sin necesidad de convivencia.

4.2. Sujetos

En relación con el sujeto activo se planteó un problema interpretativo respecto de las parejas homosexuales en las que la víctima era una mujer y la agresora otra mujer. Se cuestionaba la posibilidad de subsumirla en el artículo al emplearse el término “ligada a él”. En el caso contrario, de hombre con hombre, resultaba claro que no habría tipo subsumible, pues el sujeto pasivo necesariamente habría de ser mujer. Esta duda ha venido a ser implícitamente resuelta por el TC (STC 127/2009), al afirmar la constitucionalidad de estos preceptos bajo el espíritu de superación de la superioridad machista que, según la Exposición de Motivos de la reforma, inspiró al legislador, por lo que el subtipo sólo abarcará el binomio “sujeto activo hombre-sujeto pasivo mujer” como posteriormente también recogió la STC 166/2009.

Otra cuestión fue la de la duración exigible a esa pareja y se podía considerar a los novios (“aun sin convivencia”), pero al no concretar plazo temporal mínimo de relación se cuestionaba a que tiempo se debía atender. En general, es aceptado que no es lo mismo una relación de corta duración que aquélla que se prolonga en el tiempo, especialmente a la hora de valorarlo desde el pasado (sobre este particular, vid. STS 510/2009, de 12 de mayo).

Subtipos agravados

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Estamos ante un subtipo agravado de imperativa aplicación, al igual que en las amenazas, en los casos que se describen. Si concurren varios de estos supuestos, se podrá exasperar la pena hasta el límite máximo.

Subtipo atenuado

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

Este apartado permite al juez cuando se aprecie en el caso concreto una menor gravedad, atendiendo a la situación del autor o de los hechos aplicar la pena inferior en grado. A diferencia del subtipo anterior, tiene carácter potestativo, no es imperativo para el Juez, que deberá explicar en la sentencia las razones de dicha atenuación.

5. Acoso (artículo 172 ter CP)

Artículo 172 ter CP: 1. *Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

5.1. Introducción

El presente delito encuentra su precedente en el término *stalking* que es un anglicismo que se traduce al español como acoso o acecho y que describe un cuadro psicológico conocido como síndrome del acoso apremiante. El afectado, que puede ser hombre o mujer, persigue de forma obsesiva a la víctima: la espía, la sigue por la calle, la llama por teléfono constantemente, la envía regalos, le manda cartas y sms, escribe su nombre en lugares públicos y, en casos extremos, llega a amenazarla y a cometer actos violentos contra ella.

Esta conducta no tenía un reproche penal en España con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, aunque este supuesto específico de acoso comenzó a criminalizarse en la década de los noventa en los Estados Unidos, extendiéndose durante los últimos veinte años hacia los países de la comunidad anglosajona y algunos países de Europa, hasta llegar a España.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dentro de los delitos contra la libertad de obrar, se introduce el nuevo tipo penal de acoso para ofrecer respuesta a conductas consideradas graves que no tenían un claro encaje en otras figuras criminales frente a ataques menos insidiosos que los que suponen el empleo de la violencia, como la violencia psicológica, se producen conductas reiteradas que menoscaban gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, sometida a persecuciones, vigilancias, llamadas u otros actos continuos de hostigamiento.

5.2. *Ubicación*

Este nuevo delito es introducido en el Código Penal por la LO 1/2015 se encuadra dentro de los delitos contra la libertad, concretamente en el capítulo Tercero “De las coacciones”, regulándose en el artículo 172 ter las conductas de acoso hacia una persona que alteren gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. Aun cuando afecta al derecho de libertad de actuación también se entiende comprendido el derecho a la sensación de seguridad.

5.3. *Conducta típica*

Se castiga el acoso hacia otra persona mediante la realización de las conductas que recoge el tipo penal y es importante reseñar que estas deben llevarse a cabo de forma insistente y reiterada, quedando por tanto, a priori, fuera de la protección del tipo penal aquellas conductas aisladas y sin permanencia en el tiempo.

El tipo penal requiere además que no se esté legítimamente autorizado, por tanto, en contra de la voluntad de la víctima y algo muy importante es que con esas conductas por parte del acosador se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, llegando a causarle miedo y preocupación a ésta.

5.4. *Primer pronunciamiento del TS: STS 324/2017, de 8 de mayo (Rec. 1775/2016)*

El Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre el nuevo delito de ‘*stalking*’ u hostigamiento en la STS 324/2017, de 8 de mayo (Rec. 1775/2016). En esta primera aproximación al nuevo tipo penal, el Supremo estableció que la conducta para ser delito debe tener vocación de prolongarse el tiempo suficiente para provocar la alteración de la vida cotidiana de la víctima, como dice el tipo penal.

No bastan por ello unos episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima. La Sala recuerda que, en los intentos de conceptualizar el fenómeno del *stalking* desde perspectivas extrajurídicas –socio-lógica, psicológica o psiquiátrica– se manejan habitualmente, con unos u otros matices, una serie de notas: persecución repetitiva e intrusiva; obsesión, al menos aparente; aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima; oposición de ésta... Es muy frecuente en esos ámbitos exigir también un cierto lapso temporal. Algu-

nos especialistas han fijado como guía orientativa, un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones). Otros llegan a hablar de seis meses.

Para el Supremo, esos acercamientos metajurídicos a la cuestión “no condicionan la interpretación de la concreta formulación típica que elija el legislador. Se trata de estudios desarrollados en otros ámbitos de conocimiento dirigidos a favorecer el análisis científico y sociológico del fenómeno y su comprensión clínica. Pero tampoco son orientaciones totalmente descartables: ayudan en la tarea de esclarecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal, de forma explícita o implícita”. En ese sentido, reitera que “no es sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el artículo 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal –no hay visos nítidos de continuidad–, ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal”.

5.5. *Agravación*

El citado artículo 172 ter recoge así mismo en su punto 2 una agravación cuando los hechos se lleven a cabo sobre la pareja o expareja, ampliando así la esfera de protección ante ciertas manifestaciones de violencia sobre la mujer, no necesitando en estos casos el requisito de la previa denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal para su persecución, siendo necesaria sin embargo cuando no nos encontremos en alguno de los supuestos anteriores al tratarse de un delito semipúblico.

6. **Divulgación no consentida o grabaciones de carácter íntimo (artículo 197.7 CP)**

Artículo 197.7 CP: *Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida

a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

6.1. Introducción

Para un sector de la doctrina¹ con el artículo 197.7 CP se amplía la tutela del bien jurídico intimidad al introducir una nueva modalidad² mediante la que se castiga de forma específica el *revenge porn*, una especie de venganza pornográfica consistente en la divulgación de imágenes o vídeos realizados en un contexto de intimidad, con el consentimiento de la víctima, para, en un momento posterior (normalmente tras la separación) ser divulgados sin consentimiento alguno.

En definitiva, como apuntan Díaz Torrejón y Valverde Mejías la conducta consiste en que una persona capte o deje captar imágenes propias (ya sean fotografías o vídeos), tomadas en un ámbito reservado e íntimo (no exclusivamente de índole sexual, por lo que tiene un ámbito mayor que el fenómeno conocido como *sexting*), para, posteriormente, ser difundido el material obtenido por el sujeto activo a terceros sin contar con el consentimiento de la persona afectada³.

6.2. Requisitos

En cuanto a los requisitos típicos, éstos son los siguientes:

¹ Colás Turégano, Asunción, *Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (artículo 197, 197 bis, 197 ter)*. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Tirant lo Blanch. 2015, pág. 665.

² Sin perjuicio de alguna, aunque aislada, sentencia condenatoria por un delito contra la intimidad (SAP de Almería de 2 de noviembre de 2005, que alude a la falta de consentimiento para la difusión por lo que sí tendría cabida el delito, o la SAP Baleares de 13-10-2011, que condena por entender que el consentimiento en la entrega del mismo no implica el otorgamiento de un poder de disposición tan amplio que autorice su difusión), o incluso por algún otro delito, la existencia múltiples pronunciamientos absolutorios (entre otros, SAP de Huelva, de 15 de febrero de 2002, SAP de Palencia de 28 de junio de 2006, y de mayor relevancia pública el auto de 15 de marzo de 2015, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz en el conocido “caso Hormigos”) ponía de manifiesto la necesidad de una reforma que evitase ciertos espacios de impunidad en la comisión de determinados hechos ilícitos.

³ Díaz Torrejón, Pedro y Valverde Mejías, Roberto, *Tratamiento Penal del Sexting*. Revista del Ministerio Fiscal, nº 1.

6.2.1. *Falta de autorización de la víctima para la difusión del material obtenido*

La ausencia del consentimiento del sujeto pasivo del delito para la difusión a terceros del material obtenido, suponía, hasta la entrada en vigor de la LO 1/15, el obstáculo insalvable para el castigo de esta conducta, que se veía abocada a la impunidad. En el tipo del artículo 197.7 CP, la particularidad radica, en que el titular del bien jurídico protegido ha permitido, en un determinado momento, el acceso de un tercero a una parcela privada de intimidad. Por lo tanto, contamos con un consentimiento inicial para penetrar en terrenos propios y privados del sujeto pasivo. No obstante, ese consentimiento no supone un “visado completo” para el uso que del material exhibido u obtenido pueda hacer el intruso autorizado.

6.2.2. *Objeto material: imágenes o grabaciones audiovisuales. Lugar de captación: “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”*

El tipo exige la obtención de imágenes o grabaciones audiovisuales, tomadas en un ámbito reservado, haciendo mención al domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros.

Por tanto, una primera conclusión que podemos destacar en relación con el objeto material del delito, es que las imágenes o grabaciones audiovisuales captadas no tienen por qué ser, necesariamente, de carácter sexual. Para estos autores, puede tratarse de imágenes relacionadas con ritos o prácticas espirituales o con cualquier otro tipo de actividad considerada íntima. Por lo tanto, el ámbito del artículo 197.7 CP excede, en mucho, del propio del *sexting* o *revenge porn*, pudiéndose incluir todas aquellas imágenes o grabaciones audiovisuales que afectan al “núcleo duro” de la intimidad (sexualidad, salud, creencias religiosas, orientación política...).

También cabe concluir, que el elemento típico imágenes o grabaciones audiovisuales, deja fuera del castigo penal la difusión de grabaciones de audio no acompañadas de vídeo, lo que ha sido también criticado por la doctrina⁴, que ha afirmado no comprender la razón que conduce a limitar la prohibición de la difusión inconsciente exclusivamente a la imagen, no pudiendo alcanzar a grabaciones sonoras o a los textos escritos, citando como ejemplo el de una grabación de voz mientras se están manteniendo relaciones sexuales o conversaciones íntimas de naturaleza sexual, exigiendo que si el

⁴ Lloria García, Paz, *La difusión inconsciente de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013*. El derecho.com, octubre 2013.

legislador realmente toma en cuenta los riesgos del nuevo escenario digital, y no responde sólo a anécdotas mediáticas, deber reforzar la idea de la expectativa de la privacidad y ayudar a formular correctamente el contenido del “consentimiento no extensivo”. No obstante, Rodríguez Fernández⁵ considera que no es forzar demasiado la tipicidad del artículo 197.7 CP entender que el precepto comprende todo tipo de materiales de audio o vídeo.

En relación con el lugar de captación de las imágenes, las mismas deben haber sido obtenidas en un “contexto de reserva”, si bien, en opinión de Castiñeira Palou/Estrada i Cuadras⁶, no está claro si el contenido de injusto consiste en la defraudación de la confianza (vulneración de un compromiso expreso o tácito de reserva) o en la vulneración del derecho a controlar las imágenes íntimas de uno mismo, incluso cuando han sido obtenidas con consentimiento de quien las protagoniza. En su opinión, la primera opción, más restrictiva, parece la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. La otra implica considerar que la facultad de consentir a terceros la captación de imágenes de uno mismo y controlar posteriormente su difusión es tan fundamental en nuestra sociedad que justifica la restricción general de la libertad y el riesgo de condena de inocentes inherente a toda prohibición penal.

Lugar de obtención: “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”.

Para que se cumplan todas las exigencias del precepto es necesario que las imágenes o grabaciones no se hayan tomado en cualquier lugar o de cualquier forma, sino que el artículo 197.7 CP exige que las mismas se obtengan: “en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”.

Esta redacción, en opinión de Martínez Otero⁷ resulta superflua y alambicada. Superflua por cuanto no parece necesario especificar los lugares en los que pueden realizarse grabaciones que afecten gravemente a la intimidad de las personas. Y alambicada al recurrir a un concepto netamente jurídico, como es el de domicilio, junto con otro extrajurídico y ciertamente impreciso, cual es el de “lugares fuera del alcance de la mirada de terceros”. En su opinión, resultaría más sencillo hablar de “lugares privados”, en contraposición con los “lugares abiertos al público” que la Ley Orgánica 1/1982 emplea para justificar la captación y reproducción de la imagen de personas

⁵ Rodríguez Fernández, Ignacio, *Tutela penal de la “privacidad compartida”. Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas*. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por LO 1/15, pág. 14.

⁶ Castiñeira Palou, M.^a Teresa/Estrada i Cuadras. Albert, op. cit, pág. 162.

⁷ Martínez Otero, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*. Derecom. Diciembre-Febrero 2013, pág. 10.

públicas, ya que esta terminología goza de una amplia y acendrada interpretación jurisprudencial, que facilitaría la seguridad jurídica en la aplicación del tipo penal.

6.2.3. *Afectación a intimidad. Análisis del requisito: “que menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”*

Elemento normativo del tipo es que “la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal”. El delito adolece en este punto de una gran indefinición, planteándose la cuestión acerca de qué debemos de entender sobre aquél concepto.

El tipo aparece así como un delito de resultado, pues exige el efectivo menoscabo de la intimidad, luego habrá que constatar que la cesión, difusión o revelación de las imágenes ha afectado al bien jurídico protegido por el legislador en dicho precepto. Además no cualquier menoscabo de la privacidad personal dará lugar al delito del artículo 197.7 CP, sino que la lesión de la intimidad personal ha de ser “grave”, lo que plantea un lógico problema de indefinición y puede generar dudas acerca de qué conductas llenan el tipo penal y cuáles no. Por ejemplo, parece claro que en el ámbito sexual el delito se cometerá si las imágenes divulgadas tienen un contenido sexual evidente, lo que se dará cuando se aprecien desnudos o los aparatos genitales masculino o femenino.

6.2.4. *Sujetos del delito. Responsabilidad y consecuencias de las ulteriores difusiones*

El tipo se configura como un delito especial de propia mano, por cuanto, sujeto activo del delito solo puede resultar aquel que ha obtenido, con el consentimiento del sujeto pasivo, imágenes o grabaciones audiovisuales de éste, y las extrae del reducto de la intimidad de la víctima, mediante la realización de la conducta típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros el material conseguido.

Sujeto pasivo es aquel cuya imagen es fotografiada o grabada, que da su consentimiento para dicha grabación en un contexto de intimidad, pero que no autoriza la difusión a terceros. Lo cierto es que el material se suele elaborar en el contexto de una relación sentimental en la confianza del consentimiento mutuo a la grabación y con el convencimiento de que la imagen no va a salir de dicho círculo íntimo.

6.2.5. *Conducta típica*

Las exigencias típicas del precepto quedan colmadas si el sujeto activo difunde, revela o cede a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales. Según el diccionario de la RAE el término difundir equivale a extender, esparcir, propagar físicamente algo, mientras que revelar equivale a descubrir o manifestar lo ignorado o secreto y ceder implica dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho, de donde se deduce (Colás Turégano⁸) que, en principio, parece tener una mayor potencialidad lesiva la primera, ya que es el propio sujeto activo el que divulga o propaga el material obtenido a un número indeterminado de personas, y el sujeto activo pierde todo control sobre las imágenes o grabaciones descubiertas o cedidas y se multiplica la capacidad ofensiva para el bien jurídico.

No obstante, como apunta Rodríguez Fernández⁹, al prever el tipo una horquilla de pena el juzgador puede castigar más gravemente la difusión a un gran público frente al castigo menor que ha de reservar a una revelación puntual.

⁸ Colás Turégano, Asunción, op. cit, pág. 669.

⁹ Rodríguez Fernández, Ignacio, op. cit, pág. 15.

Capítulo 5

TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. TRATA DE SERES HUMANOS: MODALIDADES. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Sumario: I. TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. 1. Estructura. 2. Evolución legislativa. 3. Bien jurídico protegido. La integridad moral. 4. Conductas típicas. 4.1. Delitos contra la integridad moral cometidos por particular. 4.1.1. Trato degradante (artículo 173.1 párrafo 1º CP). 4.1.2. Acoso laboral (artículo 173.1 párrafo 2º CP). 4.1.3. Acoso inmobiliario (artículo 173.1 párrafo 3º CP). 4.1.4. Violencia doméstica habitual (artículo 173.2 y 3 CP). 4.1.5. Delitos leves de injuria y de vejación injusta (artículo 173.4 CP). 4.2. Delitos contra la integridad moral cometidos por autoridad o funcionario público. 4.2.1. Tortura (artículo 174 CP). 4.2.2. Tipo residual (artículo 175 CP). 4.2.3. Comisión por omisión (artículo 176 CP). 4.3. Regla concursal (artículo 177 CP). II. TRATA DE SERES HUMANOS: MODALIDADES. 1. Trata de seres humanos. 1.1. Estructura. 1.2. Concepto de trata de seres humanos. 1.3. Evolución legislativa. 1.4. Bien jurídico protegido. 1.5. Regulación (artículo 177 bis CP). 2. Modalidades. 2.1. Supuestos de dominación del hombre por el hombre. 2.2. Extracción de órganos Corporales. 2.3. Trata con fines de explotación sexual. III. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL. 1. Trata con fines de explotación sexual. 2. Su protección internacional. 2.1. El Protocolo de Palermo. 2.2. La Directiva 2011/36/UE.

I. TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

1. Estructura

Los delitos contra la integridad moral se encuentran regulados en el Código Penal, en su *Libro II Delitos y sus penas, Título VII*, bajo la rúbrica *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*, que comprende los artículos 173 a 177 y se estructura del siguiente modo:

Artículo 173.1 párrafo 1. Trato degradante.

Artículo 173.1 párrafo 2º. Acoso laboral.

Artículo 173.1 párrafo 3º. Acoso inmobiliario.

Artículo 173.2. Delito de violencia doméstica habitual.

Artículo 173.3. Concepto legal de habitualidad.

Artículo 173.4. Delito leve de injuria y calumnia contra las personas a que se refiere el apartado segundo del mismo artículo.

Artículo 174. Tortura.

Artículo 175. Tipo residual.

Artículo 176. Comisión por omisión.

Artículo 177. Norma concursal.

En este capítulo se examinarán cada una de las diferentes conductas referidas, si bien, respecto del delito de violencia doméstica habitual (artículo 173.2), se realizará también el necesario análisis de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

2. Evolución legislativa

La LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, reguló, de forma sistemática y con pretensión absoluta, los delitos que atentan contra la integridad moral de las personas en los referidos artículos 173 a 177 en virtud de los cuales se concedió al ciudadano una amplia protección

de su integridad moral, no solo frente a las conductas constitutivas de tortura, sino frente a otros ataques más leves atentatorios de su dignidad.¹

La regulación original fue objeto de desarrollo legislativo por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal que introdujo los delitos de acoso laboral (artículo 173.1 párrafo segundo CP) y de acoso inmobiliario (artículo 173.1 párrafo tercero CP).

La Exposición de Motivos de la mencionada Ley Orgánica 5/2010, de un lado, justificó la introducción del delito de acoso inmobiliario en la necesidad de sancionar “todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones **jurídico privadas, como en el de las relaciones jurídico-públicas**” y, de otro lado, razonó la incorporación del delito de acoso inmobiliario en la “necesidad de tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores”.

Finalmente, el mencionado Título VII, ha sido objeto de reforma por LO 1/2015 de 30 de marzo, en la que destacan, como novedades, la concesión al Juzgador de la potestad de imponer la medida de libertad vigilada al autor del delito previsto en el artículo 173.2 CP (violencia habitual en el ámbito de doméstico); la incorporación de un nuevo apartado cuarto al artículo 173 a fin de sancionar, como delito leve, las injurias y vejaciones leves cometidas sobre las personas a que se refiere el mismo apartado segundo del artículo 173; y, por último, la introducción de alguna corrección de carácter técnico con el propósito de suprimir toda referencia a las extintas faltas.

3. Bien jurídico protegido común. La integridad moral

El bien jurídico protegido común de estos delitos es la integridad moral cuyo reconocimiento como derecho fundamental se proclama en el artículo 15 de la Constitución Española, que dispone que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

El derecho a la integridad física y moral es definido doctrinalmente como “el derecho a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes;

¹ Señala, la referida exposición de Motivos, que se pretende dar “especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales” mediante el uso del “instrumento punitivo allí donde está en juego el ejercicio de cualquiera de ellos: sirva de ejemplo la tutela específica de la integridad moral (por la que) se otorga al ciudadano una protección más fuerte frente a la tortura”.

y el derecho a no ser objeto de intervenciones en la esfera física o psíquica sin el propio consentimiento”². En concreto, la integridad moral ha sido definida como “el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. La integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona”.

Por su parte, el Tribunal Supremo, ha declarado reiteradamente que “con el castigo de las conductas atentatorias a la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es siempre fin en sí mismo, sin que quepa cosificarlo, circunstancia que obliga a distinguir los simples ataques a la integridad física o psíquica de aquellos otros con repercusión directa en la dignidad humana.

La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor 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 de 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 los artículos 173 y 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes y las producidas a la integridad moral” (STSS 255/2012, de 29 de marzo y 420/2016, de 18 de mayo, entre otras).

El fundamento de esta amplia protección se encuentra en la voluntad del Legislador de “dar respuesta a la necesidad de evitar tratamientos inhumanos o degradantes, no sólo por parte del funcionario público o el que tiene autoridad (torturas), sino también por parte de los particulares cuando usan su situación de prepotencia o superioridad para degradar la moral de una persona, humillándola, deshonrándola, despreciándola o envileciéndola” (STS 889/2005).

4. Conductas típicas

Se examinarán las diferentes conductas típicas partiendo de la distinción entre los delitos contra la integridad moral cometidos por particular (173 CP) y los cometidos por autoridad o funcionario público (174 a 177 CP). A saber:

² Díez-Picazo Giménez, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Editorial CIVITAS THOMSON REUTERS, 4ª edición, pág. 217.

4.1. Delitos contra la integridad moral cometidos por particular

4.1.1. Trato degradante

Artículo 173.1 párrafo 1º: *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

Solamente pueden cometer estos delitos los particulares puesto que, según hemos apuntado, si el delito fuere cometido por un funcionario público o autoridad estaríamos ante uno de los delitos de los artículos 174 a 177 del Código Penal.

En cuanto al sujeto pasivo, que puede serlo cualquiera, la conducta típica exige que no sea consentida por quien la padece.

Los elementos que conforman el tipo de atentado contra la integridad moral según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son los siguientes:

“a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo (actividad);

b) la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico (resultado);

c) que el comportamiento sea degradante humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima (intencional);

d) todo ello, unido a modo de hilo conductor con la nota de gravedad, lo que permitirá afirmar la existencia en cada caso concreto del delito del artículo 173.1 CP” (STSS 294/2003, de 16 de abril y 429/2016, de 8 de junio, entre otras).

De lo expuesto, resulta que el delito de atentado contra la integridad moral es un delito de resultado (ya que el tipo requiere que se produzca un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, que no requiere que sea constitutivo de delito de lesiones físicas o psíquicas) y esencialmente doloso.

La referida conducta típica (infligir un trato degradante) precisa de una doble aclaración:

a) De un lado, que por trato degradante habrá de entenderse “el que pueda crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión trato degradante, que –en cierta opinión doctrinal– parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del

comportamiento degradante pues en otro caso no habría trato sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello” (STS 429/2016, de 8 de junio, entre otras).

b) De otro lado, se requiere que el atentado a la integridad moral sea grave. El Código Penal no especifica qué debe entenderse por “grave” por lo que corresponderá determinar la intensidad del atentado al Tribunal sentenciador en cada caso concreto, en atención a diferentes parámetros tales como las circunstancias del mismo, la intensidad del atentado, su eventual reiteración, las circunstancias personales del atacante y de la víctima y, en particular, las circunstancias históricas, geográficas sociales y culturales del lugar y tiempo en que se produce el ataque.

Si el atentado contra la integridad moral no fuera grave nos encontraríamos ante una conducta bien constitutiva de delito leve de vejación injusta (artículo 173.4 del Código Penal), siempre que la víctima fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2; bien ante una conducta atípica, cuando la víctima fuera una persona distinta de aquellas (ya que la falta de vejaciones cometida sobre cualquier persona, regulada anteriormente en el artículo 620.2 del Código Penal, fue objeto de despenalización tras la reforma operada por LO 1/2015).

c) Que no es posible apreciar la continuidad delictiva en los delitos contra la integridad moral por cuanto el trato degradante, de ordinario, aparece integrado por una reiteración o pluralidad de actos que conforman una única acción punible.

d) Que cabe la comisión por omisión cuando “se descuida gravemente o se incumplen de la misma forma cuidados o atenciones que tienen como consecuencia el mismo efecto que las acciones, por cuanto infligir significa causar daño o imponer un castigo, por ejemplo, en el caso de los menores sujetos a la guarda de hecho de los acusados en su propio domicilio” (STS 420/2016, de 18 de mayo).

En cuanto a los concursos, el artículo 177 del Código Penal establece una regla concursal especial y común a todos los delitos de tortura y contra la integridad moral, por la que se impone el castigo separado de cualquiera de las conductas previstas en los artículos 173 a 176 (incluido el delito de trato degradante que examinamos) respecto de las concretas lesiones o daños

producidos sobre la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero³.

A título de ejemplo, se ha considerado la existencia del concurso real de delitos en supuestos de trato degradante y detención ilegal.

“El delito de detención ilegal no requiere para su consumación la existencia de torturas ni el trato degradante de la víctima, de forma que si estos actos existen, habrá una nueva figura delictiva que se acumule al anterior y no cabe duda de que episodios como, el denominado por los tripulantes del barco de simulacro de fusilamiento colectivo (...) o la obligación de llamar a sus familiares para despedirse de ellos (...) les convierten en autores además de 36 delitos contra la integridad moral” (STS 1387/2011, de 12 de diciembre).

Finalmente, respecto de la responsabilidad civil, debe destacarse que la comisión de un hecho constitutivo de delito de trato degradante da lugar, como cualquier otro delito, a la obligación de reparar los daños y perjuicios causados, de conformidad con lo previsto en los artículos 109 y siguientes del Código Penal. En particular, junto con la existencia de probables daños materiales, en estos delitos suelen producirse daños morales entendidos como “el precio del dolor, esto es, el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede originar a la víctima o a sus allegados”.

La apreciación y extensión del daño moral dependerá “del prudente arbitrio judicial, que ponderará la gravedad y persistencia de las mismas, el contexto en que se produjeron, sus efectos en casos especiales de recibir tratamiento psíquico o psicológico, y, en definitiva, el alcance cuantitativo que en casos similares suelen otorgar los tribunales. Por ello el daño moral resultará de la gravedad del delito y del menoscabo moral que el mismo produce a las víctimas o sea de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente. No se deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima” (STS 63/2015 de 18 de febrero, entre otras).

4.1.2. *Acoso laboral*

Artículo 173.1 párrafo 2: *Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada*

³ Tanto el artículo 173 y el 177 CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes 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.

actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

El bien jurídico protegido del delito de “acoso laboral” es la integridad moral a la que nos hemos referido anteriormente, si bien limitada al ámbito laboral, por tanto, lo que se viene a proteger es el derecho de todo trabajador a no ser vejado o humillado en el marco laboral.

Sujeto activo de este delito puede ser quien, en el marco laboral o funcional, se encuentre en una situación de “superioridad” respecto del sujeto pasivo.

No será necesario que la relación de superioridad se encuentre reflejada dentro de la estructura orgánica de la empresa o institución pública en la que se produzca, bastará con que se dé una situación material, reconocida y patente de superioridad laboral.

La apreciación de este delito requiere la concurrencia cumulativa de tres elementos:

a) Como elemento objetivo, la realización de actos hostiles o humillantes de forma reiterada en el tiempo.

b) Como elemento subjetivo, que tales actos se realicen de forma intencionada.

c) Que tales actos sean graves (pero sin que sean tan intensos como para ser calificados de trato degradante).

Este delito se sitúa, desde el punto de vista de su gravedad o intensidad, en una posición intermedia entre el delito de “trato degradante grave” (artículo 173.1 CP) y las conductas atentatorias contra la integridad moral del trabajador, aisladas o de escasa entidad, cuya protección deberá otorgarse en el marco del derecho laboral, de conformidad con los principios de tipicidad penal, proporcionalidad e intervención mínima.

d) Como elemento negativo, no es necesaria la producción de un menoscabo en la integridad moral de la víctima.

De conformidad con lo expuesto, nos encontramos ante un delito especial (por cuanto es necesario que el sujeto activo ostente, respecto del sujeto pasivo, una situación de superioridad en el ámbito laboral), de actividad o riesgo (pues no exige la producción de menoscabo alguno en la integridad moral de la víctima) y esencialmente doloso, que se consuma con la realización reiterada de la conducta típica.

En cuanto a la participación, cabe apreciar la coautoría, siempre que diferentes sujetos activos del delito tengan una relación de superioridad

respecto de la víctima (aun cuando entre ambos sujetos activos exista otra relación de dependencia profesional). Por contra, todo aquel que no ostente esa relación de superioridad y participe del delito responderá bien a título de cooperador necesario, bien a título de inductor.

4.1.3. *Acoso inmobiliario*

Artículo 173.1 párrafo 3: *Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.*

El bien jurídico protegido del delito de “acoso inmobiliario” se integra por una manifestación mediata de la dignidad de la persona consistente en el derecho al disfrute de la vivienda libre de injerencias.

La Constitución Española dispone en su artículo 47 que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (...)”.

El tipo requiere la concurrencia cumulativa de cuatro elementos:

a) Como elemento objetivo, la realización reiterada de actos hostiles o humillantes.

b) Como elemento intencional, que tales actos persigan “impedir el legítimo disfrute de la vivienda”, lo que implica que el disfrute de la vivienda debe encontrarse debidamente justificado en algún título o situación de hecho con relevancia jurídica.

c) Que tales actos sean graves (pero sin que sean tan intensos como para ser calificados de trato degradante).

Este delito se sitúa, desde el punto de vista de su gravedad o intensidad, por debajo de los delitos de “trato degradante grave” (artículo 173.1 CP) y del subtipo agravado del delito de “coacción inmobiliaria” previsto en el artículo 172.1 párrafo tercero, que requiere que la conducta realizada sea violenta.

Al igual que en el delito de acoso laboral, nos encontramos ante un delito de actividad que sólo puede ser realizado mediante dolo directo que se consuma con la realización de la conducta típica.

4.1.4. *Violencia doméstica habitual*

Artículo 173.2: *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 por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

En este delito el bien jurídico protegido es “la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo” (SSTS 828/2010, de 23 de octubre y 66/2013, de 25 de enero, entre otras).

“En el delito de violencia doméstica habitual el bien jurídico protegido consiste en la paz familiar, sancionándose aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar que la relación asimétrica de dominio de una persona sobre los familiares o convivientes. Por ello, la violencia física o psíquica que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que la mera integridad física o psíquica, quedando afectados valores fundamentales de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad que es el núcleo familiar. Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a situación de habitualidad que se describe en el artículo 173 del Código Penal es la que permite con claridad afirmar la sustantividad este tipo penal” (STS 9/2011, de 31 de enero).

Por tanto, este delito puede ser configurado como un delito pluriofensivo ya que el bien jurídico protegido es doble, de un lado la dignidad de la persona y, de otro, la paz familiar.

En cuanto al sujeto activo, es necesario que entre él y la víctima exista una relación de parentesco en los términos expresados en el tipo o de situación asimilada o de integración en el núcleo familiar.

El plural sujeto pasivo de este delito presenta múltiples especialidades, entre las que caben señalar las siguientes:

a) En cuanto al sujeto pasivo que sea una “persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad (al matrimonio) aun sin convivencia”.

Se asimilan con el matrimonio las relaciones afectivas e íntimas relativamente estables y consolidadas sin que pueda limitarse tal concepto al convencional de noviazgo. En todo caso, con independencia de la denominación que se dé a la relación, lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista cierto grado de estabilidad y compromiso entre autor y víctima.

“Una de las razones por las que, precisamente, se extendió el círculo de los sujetos pasivos que podrían quedar afectados por los hechos previstos en los artículos 153, 171.4 y 173.2 CP, no fue otra que la de extender la especial protección del tipo a aquellas relaciones que, conforme a la legislación anterior, estaban excluidas por no concurrir el requisito de la convivencia y estabilidad en la redacción de análoga afectividad a la del matrimonio. Con ello tienen cabida no sólo las relaciones de estricto noviazgo (término no empleado en el precepto penal que examinaremos) esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de

hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio, que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre los componentes de la pareja, cualquiera que sea la denominación precisa con la que quiera designarse)” (STS 1376/2011, de 23 de diciembre).

Además de tal relación, el artículo 153.1 CP presupone un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer, lo que excluye las relaciones homosexuales.

En este sentido, señala el Tribunal Supremo que si: “La relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres (...) escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo” (STS 1068/2009, de 4 de noviembre).

Por último, en relación con las parejas formadas por transexuales o en las que uno de sus miembros es transexual, cabe apreciar la existencia de este delito cuando el agresor es el varón y la víctima la mujer.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, declara la aplicabilidad del tipo tanto respecto de personas transexuales que hayan procedido a la rectificación de la mención registral del sexo en el Registro Civil, como de aquellas mujeres transexuales que no han llevado a cabo tal rectificación “si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino”.

b) Y, en cuanto a las víctimas que sean “descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”, debe resaltarse que es precisa la convivencia entre autor y víctima⁴.

Este delito exige para su apreciación la cumulativa concurrencia de los siguientes elementos:

“a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física o psíquica.

b) Que se ejerza habitualmente, con lo que, a pesar de no integrar tales acciones individualmente consideradas, más que ante una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual estaríamos ante un delito.

⁴ La Consulta 1/2008, de 28 de julio, de la Fiscalía General del Estado, refiere que es “requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima”. En el mismo sentido SSTS 201/2007, de 16 de marzo y 288/2012 de 19 de abril entre otras.

c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin”⁵.

d) Que entre sujeto activo y pasivo exista alguna de las relaciones expresadas en el tipo.

De lo expuesto, resulta que se trata de un delito de mera actividad, esencialmente doloso, que se consuma desde que se realiza la conducta típica de forma “habitual”.

“El resultado es ajeno a la acción típica, por lo que, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo, existirá un concurso real” (STS 321/2004, de 11 de marzo, entre otras).

El examen de este delito exige realizar las siguientes precisiones:

a) En cuanto a la acción típica, se integra una pluralidad de actos de violencia física o psíquica.

La violencia, de carácter material, requiere el empleo de fuerza física, y se ha equiparado al acometimiento o coacción material; la intimidación, es considerada como violencia psíquica, y supone la realización de actos de amenaza, amedrentamiento o coacción que afecte a la psique del sujeto pasivo.

b) En cuanto a la habitualidad, el Legislador ofrece en el apartado 3 del artículo 173, el concepto legal del mismo y atiende a cuatro circunstancias que permitirán ponderar, en cada caso concreto, la efectiva concurrencia de la misma. A saber: la pluralidad de actos de violencia física o psíquica; la proximidad temporal de los mismos; la pluralidad eventual de sujetos pasivos; con independencia de que los actos violentos necesarios para integrar la habitualidad hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Lo relevante para apreciar la habitualidad no es, por tanto, la necesidad de probar cada acto de violencia concreto, sino que se acredite el estado de terror, agresión permanente y dominación que se produce entre sujeto activo y la víctima.

El Tribunal Supremo señala que “la habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en el que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador” (STS 1044/2009, de 3 de marzo, entre otras).

⁵ SSTS, 662/2002, de 18 de marzo y 38/2007, de 31 de enero.

En cuanto a los concursos, el Código Penal establece una norma concurral en el artículo 173.2 párrafo primero *in fine* que establece que el delito de violencia habitual será castigado “*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*”.

El artículo 173.2 párrafo segundo agrava las penas previstas en el párrafo primero cuando los actos se perpetren en presencia de menores, o mediante el uso de armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

Son comunes a estas agravaciones los elementos antes referidos para el delito de violencia doméstica habitual, si bien, la apreciación de cualquiera de las mismas requiere que estén abarcadas por el dolo, directo o eventual.

4.1.5. *Delitos leves de injuria y de vejación injusta*

Artículo 173.4: *Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado dos del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a 30 días, siempre en domicilio diferente y alejado de la víctima, o multa de uno a cuatro meses en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado dos del artículo 84.*

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

El Código Penal, tras la reforma operada por Ley 1/2015, ha suprimido alguna de las anteriores faltas y transformado en delito leve otras entre las que se encuentran las injurias y vejaciones injustas de carácter leve cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

Por injuria leve, en relación con el artículo 208 CP, debe entenderse toda acción o expresión que lesione levemente la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Por vejación injusta leve, en relación con el artículo 173.1 párrafo primero, debe entenderse todo trato degradante que menoscabe de forma leve la integridad moral de otra persona.

La subsunción de la conducta en alguno de estos delitos dependerá de la gravedad o intensidad de la misma y deberá concretarse por los Tribunales

en cada caso, en atención a los actos realizados, eventual empleo de violencia, circunstancias personales de sujeto activo y víctima, situación de la vivienda, y circunstancias de espacio y tiempo.

Finalmente, el Código Penal realiza un distinto tratamiento para la persecución del delito de injuria leve o de vejación injusta de carácter leve, por cuanto el primero requiere necesariamente, como requisito de perseguibilidad, la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (por lo que se configura como un delito leve de carácter semipúblico), mientras que el delito leve de vejación injusta deberá ser perseguido en todo caso (delito leve público).

4.2. *Delitos contra la integridad moral cometidos por autoridad o funcionario público*

4.2.1. *Tortura*

Artículo 174.1: *Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.*

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

La tortura supone el más grave ataque contra la integridad moral de las personas pues conlleva la reducción de la misma a un mero objeto que actúa, no por su propia voluntad, sino a voluntad de lo querido por otros. Conlleva, en definitiva, la conversión de la persona en un objeto.

La nota característica del delito de tortura es que solamente puede ser cometido por las autoridades o funcionarios públicos que actúen fuera de los

cauces legales permitidos, es decir, bien abusando de su cargo, bien faltando los deberes del mismo.

Aunque puede ser autor de este delito cualquier funcionario público o autoridad, los supuestos en los que se ha apreciado este delito evidencian que sujetos activos del mismo son, de ordinario, quienes realicen funciones de seguridad pública e inteligencia policial o quienes los dirigen (agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y sus jefes y responsables).

Sujeto pasivo del delito puede ser cualquiera persona, sin que se requiera que, en ella, concorra circunstancia especial alguna, ni ostente una posición específica en el marco de unas diligencias policiales o de un procedimiento judicial. Es decir, no es necesario que la misma esté siendo investigada o guarde algún tipo de relación con una conducta ilícita (como puede ser tener la condición de testigo).

El apartado segundo sanciona la tortura cometida en el marco de los centros establecimientos penitenciarios o de corrección de menores, por lo que sujetos activos solo podrán ser las autoridades o funcionarios que desempeñen sus funciones al servicio de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias y sólo podrán ser sujetos pasivos los “detenidos, internos o presos”, en definitiva, toda persona que se encuentre, en alguno de los referidos centros, privada de libertad, temporal o definitivamente, por resolución judicial.

La apreciación de este delito exige la concurrencia cumulativa de los siguientes elementos:

“a) El elemento material constituido por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral.

b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido” (STS 601/2013, de 11 de julio, entre otras).

De conformidad con lo expuesto, el delito se configura como un tipo de resultado (pues requiere la efectiva producción de alguno de los sufrimientos o limitaciones exigidas por el mismo), esencialmente doloso, que se consuma con la producción del resultado y, por tanto, admite la tentativa cuando no llegue a producirse.

Acreditados los requisitos expuestos, será la intensidad del ataque al bien jurídico protegido lo que permitirá calificarlo como grave o no.

De nuevo, ha optado el Legislador por dejar al prudente arbitrio judicial la determinación de cuándo una conducta pueda ser calificada como grave, lo que obligará, en cada caso concreto, a examinar las circunstancias concurrentes de tiempo y lugar y, en especial, la finalidad perseguida, las condiciones o procedimientos utilizados, los efectivos sufrimientos físicos o mentales padecidos por la víctima, o la supresión o disminución de sus facultades.

4.2.2. *Tipo residual*

Artículo 175: *La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.*

Los elementos referidos en el estudio del delito previsto en el artículo 174 habrán de concurrir en este tipo residual, a excepción del especial elemento teleológico que caracteriza a aquel. Por tanto, la conducta, castigada en el artículo 175 solo exige, como elemento intencional, que la conducta típica se realice con abuso del cargo, lo que produce una cierta intimidación a la víctima para la consecución de sus fines y una sensación de impunidad en su comportamiento.

4.2.3. *Comisión por omisión*

Artículo 176: *Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.*

Nos encontramos ante un delito de omisión propia ya que castiga, no la mera infracción de un deber genérico, sino la cooperación omisiva en un hecho típico efectuado por otro fundado en la infracción de un deber específico, de ahí que la pena prevista sea la misma que al autor material dada su condición de garante.

En cuanto al sujeto activo, serán, de ordinario, los superiores jerárquicos de quienes realizan la acción típica y consienten lo efectuado por sus subordinados, encontrándose aquéllos en situación de especiales garantes dado el deber de vigilancia y la superioridad jerárquica.

No obstante, cabe que pueda ser sujeto activo de este delito, quienes tenga una posición de igualdad o subordinación con quien realiza la conducta típica “si bien en estos casos (...), hay que analizar si, en concreto, el omitente se encontraba en condiciones reales de impedir y no permitir lo que efectuaba su superior jerárquico” (STS 19/2015, de 22 de enero).

4.3. *Regla concursal*

Artículo 177: *Si en los delitos descritos en los artículos precedentes (173 a 176) además del atentado a la integridad moral se produce de lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquélla se halle especialmente castigada por la ley.*

II. TRATA DE SERES HUMANOS: MODALIDADES

1. Trata de seres humanos

1.1. *Estructura*

Los delitos de trata de seres humanos se encuentran regulados en el Código Penal, en su *Libro II Delitos y sus penas, Título VII bis* bajo la rúbrica de *De la trata de seres humanos* que comprende el solo **artículo 177 bis**.

El artículo 177 bis, se estructura en 11 apartados en los que se regulan la totalidad de las cuestiones atinentes a la trata de seres humanos. A saber:

Apartados 1º y 2º. Tipo básico. La acción típica se configura a través de “tres elementos que necesariamente deben concurrir para que el delito se produzca. Dos son de carácter objetivo –las conductas alternativas y los medios comisivos que relaciona–; y otro subjetivo, la finalidad perseguida –la explotación o dominación en sus tres modalidades–”.

Apartado 3º. Ineficacia del consentimiento. Declara la ineficacia del consentimiento de la víctima cuando se cometa la acción típica por alguno de los medios previstos en el apartado 1º.

Apartados 4º, 5º y 6º. Tipos agravados. Regula diferentes figuras agravadas del delito en atención a diferentes circunstancias tales como la condición del sujeto activo (funcionario público, autoridad o agente de la misma) o de su pertenencia a una organización criminal.

Apartado 7º. Personas jurídicas. Establece la responsabilidad criminal de las personas jurídicas que cometan cualquiera de las conductas reflejadas en los apartados precedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 bis CP.

Apartado 8º. Formas imperfectas. Castiga las formas imperfectas de comisión.

Apartado 9º. Norma concursal especial.

Apartado 10º. Reincidencia internacional.

Apartado 11º. Exención de responsabilidad criminal. Regula la exención de la responsabilidad criminal y las condiciones para su concesión, de las víctimas del delito de trata de seres humanos que hayan participado en los mismos.

1.2. Concepto de trata de seres humanos

La trata de personas es definida en el artículo 2.2 del Protocolo de Palermo sobre trata⁶ como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

En términos semejantes se pronuncia el artículo 4. a) del Convenio de Varsovia⁷.

⁶ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, hecho en Palermo el día 13 de diciembre de 2000 (Protocolo de Palermo).

⁷ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (convenio 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

1.3. Evolución legislativa

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, la regulación de las conductas susceptibles de ser calificadas como trata de seres humanos encontraban su cobertura legal en el artículo 318 bis del Código Penal (por el que se sancionaban las conductas de inmigración ilegal –*smuggling*– y de inmigración ilegal con fines de explotación sexual –*trafficking*–)⁸, y en el artículo 313.1 del referido Código (donde se sancionaba la inmigración ilegal con fines de explotación laboral)⁹.

El legislador, consciente de que “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba, a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos”, a través de la LO 5/2010, introdujo una regulación autónoma del delito de trata de seres humanos mediante la inclusión del artículo 177 bis del Código Penal.

Finalmente, el artículo 177 bis ha sido objeto de modificación por LO 1/2015, de 30 de marzo, en la que destacan las siguientes novedades:

a) Se introducen nuevas formas delictivas (así, se sanciona específicamente la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzados y la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores).

b) Se concreta el concepto de “vulnerabilidad”.

c) Se introducen nuevas formas agravadas de comisión.

⁸ El Tribunal Supremo distingue el delito de inmigración ilegal del delito de trata de seres humanos y afirma que “el delito de inmigración ilegal o clandestina (artículo 318 bis) se basa en todo caso en la contravención de la legislación de extranjería porque tutela la política de inmigración, aunque sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo colateral, mientras que la trata de seres humanos (177 bis) es ajena dicha contravención porque los elementos relevantes del tipo penal se refiere a la afectación de la libertad o consentimiento de la víctima y a la finalidad de su explotación” (SSTS 188/2016, de 4 de marzo y 420/2016, de 18 de mayo).

⁹ En concreto, la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación en materia de extranjería e inmigración afirma que “la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, realizó una reforma del artículo 318 bis CP al margen no solo de los instrumentos internacionales de Naciones Unidas (en concreto, el Protocolo de Palermo) vinculantes para España sino también de la normativa comunitaria europea sobre la materia entonces en vigor (Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo). En la referida reforma se confundieron las distintas “modalidades delictivas concernientes a los desplazamientos territoriales o movimientos ilegales de personas previstos por el derecho internacional en una entidad de difícil conceptualización”.

d) Y, se establece una nueva penalidad para las diferentes conductas de inmigración clandestina y se declara que “en todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias”.

1.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido común de tales preceptos viene constituido, como señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la “dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”.

De conformidad con lo expuesto, nos encontramos con un bien jurídico protegido de carácter mixto que afecta tanto a la dignidad la persona, es decir su integridad moral, como a su libertad y seguridad.

1.5. Regulación típica

Artículo 177 bis: 1. *Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:*

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.*
- d) La extracción de sus órganos corporales.*
- e) La celebración de matrimonios forzados.*

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

2. *Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.*

3. *El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.*

4. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:*

a) *se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;*

b) *la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.*

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.*

6. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.*

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y*

tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

1.5.1. Elementos del tipo básico

El tipo básico previsto en el artículo 177 bis (apartados uno y dos), fija los requisitos comunes a todo delito de trata de seres humanos. A saber:

a) Como hemos dicho, la acción típica se configura por “tres elementos que necesariamente deben concurrir para que el delito se produzca. Dos son de carácter objetivo –las conductas alternativas y los medios comisivos que relaciona–; y otro subjetivo, la finalidad perseguida –la explotación o dominación en sus tres modalidades–”¹⁰.

a.1) Que el autor realice alguna de las conductas típicas descritas (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir).

a.2) Que el sujeto activo se sirva de alguno de los medios comisivos descritos (empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación

¹⁰ Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación en materia de extranjería e inmigración.

de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima).

Si la víctima fuere menor de edad, el delito de trata de seres humanos se considerará cometido aun cuando la conducta típica se realice sin que se lleve a cabo a través de los medios comisivos referidos.

a.3) Que con la conducta típica se persiga alguna de las finalidades expresamente prevenidas en el tipo (la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; la explotación sexual, incluyendo la pornografía; la explotación para realizar actividades delictivas; la extracción de sus órganos corporales; la celebración de matrimonios forzados).

b) Que la víctima del delito no haya prestado su consentimiento. A tal efecto, se establece la irrelevancia del consentimiento si en la conducta típica concurriere alguno de los medios comisivos señalados anteriormente.

De conformidad con lo expuesto, el delito de trata de seres humanos es de mera actividad puesto que “cualquiera de los fines que el apartado 1º del artículo 177 bis enumera, no precisa que llegue a tener realidad. Basta realizar la acción descrita con un dolo preordenado a alguno de aquellos fines para la consumación del delito” (STS 298/2015, de 13 de mayo).

El examen de este tipo merece abordar el estudio de los apartados 9º y 11º del mismo. A saber:

Apartado 9º. Norma concursal especial. En este apartado se impone el concurso de delitos entre las conductas constitutivas de trata de seres humanos y el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, la Circular 5/2011 que señala que “muchos son los supuestos concursales que pueden originarse con ocasión del delito de trata de seres humanos. Así cuando concurren con otros delitos que integren en sí mismos los medios comisivos utilizados para lograr vencer la resistencia de la víctima (ejemplo, el delito de amenazas o coacciones) habrá que estar a las normas generales conforme a las cuales quedarán consumidos en la acción típica de trata, o, como ocurre con el delito de detención ilegal, cuando no queden subsumidos entrarán en concurso real o medial según cada caso, en atención a que concurra o no la necesidad instrumental”.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en sentencia 861/2015, de 20 de diciembre, la dificultad práctica en materia concursal que entraña este delito ya

que “esa habitual cláusula concursal –uso de la expresión sin perjuicio– abarca hipótesis diferentes (...) el caso de concurso real; otro de concurso ideal; y finalmente otros (especialmente los ubicados en el tercer grupo: se consolida la actividad delictiva que en la atipicidad del artículo 177 bis aparece como un solo fin) de concurso medial; sin descartar radicalmente hipótesis de concurso de normas (la intimidación utilizada como medio comisivo absorberá habitualmente las amenazas y coacciones inherentes)”.

Apartado 11°. Exención de responsabilidad criminal. Finalmente, el apartado 11° del artículo 177 bis, establece una exención de responsabilidad criminal cuya naturaleza jurídica es difícil de precisar.

En efecto, señala la Fiscalía General del Estado, en su Circular 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación en materia de extranjería e inmigración, que “si acudimos a la justificación que proporciona la exposición de motivos de la Directiva de la Unión Europea (36/2011/CE) –el objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores– parece que participa de la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias por haberse fundado en razones de política criminal. Sin embargo, al exigirse que se hayan visto obligadas a cometer (el delito) como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2, parece definir un supuesto relacionado con el principio de no exigibilidad de otra conducta, tal y como reconoce la Circular 3/2010 de la FGE”.

En cualquier caso, en atención a la redacción del precepto y las amplias posibilidades que ofrece, la exención de responsabilidad criminal de las personas referidas en el precepto deberá determinarse en cada caso concreto en atención a la “conurrencia de las condiciones determinantes de la situación de dominación y del hecho criminal realizado, siguiendo un criterio de proporcionalidad”¹¹.

2. Modalidades

El artículo 177 bis apartado 1 del Código Penal distingue las 3 modalidades de trata de seres humanos reconocidas en los diferentes instrumentos internacionales (entre otros, el Protocolo de Palermo sobre Trata), es decir: (i) Los supuestos de dominación del hombre por el hombre; (ii) La extracción de órganos corporales; y (iii) La explotación sexual. Examinaremos todos ellos de forma separada.

¹¹ Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación en materia de extranjería e inmigración.

2.1. Primera modalidad. Supuestos de dominación del hombre por el hombre

Comprende las conductas prevenidas en el **artículo 177 bis 1, apartados a), c) y e)**, es decir, (i) la imposición de trabajo o servicios forzados; (ii) la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o (iii) a la servidumbre o (iv) a la mendicidad.

2.1.1. La imposición de trabajos o servicios forzados

Por trabajos o servicios forzados debe entenderse “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”¹².

2.1.2. La esclavitud o prácticas similares a la esclavitud

“La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.¹³

2.1.3. La servidumbre

Pueden distinguirse las siguientes modalidades: a) La servidumbre por deudas; b) De la gleba; c) La promesa de matrimonio; y d) Cuando persiga la venta o transmisión de un niño, joven o menor con el propósito de explotarle a través del trabajo¹⁴.

¹² Artículo 2.1 del Convenio sobre el Trabajo Forzoso, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. El apartado 2 del referido precepto establece, no obstante, que determinados trabajos no pueden ser entendidos como forzosos pese a ser obligatorios tales como el servicio militar o servicios de colaboración ciudadana o en supuestos de fuerza mayor.

¹³ Artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926. Otros instrumentos relevantes son la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 30 de abril de 1956 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

¹⁴ Artículo 1 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 30 de abril de 1956. El referido precepto considera prácticas análogas a la esclavitud, las siguientes: “a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si

2.1.4. La mendicidad

Además de la práctica de la mendicidad propiamente dicha, en “esta modalidad, (...) debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica. Nada impide comprender esta modalidad en el concepto más amplio de servicios forzados”.¹⁵

2.2. Segunda modalidad. La extracción de órganos corporales. Artículo 177 bis 1, apartado d)

Esta modalidad comprende la trata de seres humanos con el fin extraerles sus órganos corporales para ser posteriormente traficados o trasplantados. No obstante, “la redacción del artículo 177 bis CP no excluye otras posibilidades, como, por ejemplo, que la extracción forme parte integrante de una ceremonia o rito aberrante (satánico)”¹⁶.

2.3. Tercera modalidad. La trata con fines de explotación sexual

La misma es objeto de estudio en el siguiente epígrafe del tema que exponemos a continuación.

los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición; c) Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”.

¹⁵ Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación en materia de extranjería e inmigración, con referencia a la Exposición de Motivos de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

¹⁶ Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación en materia de extranjería e inmigración.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL

1. Especial referencia a la trata con fines de explotación sexual

La misma queda regulada en el apartado **177 bis.1, apartado b)** del Código Penal que califica y sanciona la trata de seres humanos cuando tenga por *finalidad “la explotación sexual, incluyendo la pornografía”*.

El concepto de explotación sexual comprende cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva, entre otras, el alterne¹⁷; los masajes eróticos (salones de masajes); los espectáculos exhibicionistas (locales de estriptis); o la pornografía (en cualquiera de sus modalidades).

2. Su protección internacional

En este punto debe realizarse una doble advertencia:

De un lado, que el enunciado del epígrafe es erróneo dado que se refiere a la “protección internacional” de la trata con fines de explotación sexual, cuando debería referirse a la regulación internacional de la referida trata y los mecanismos de protección de sus víctimas (no es la “trata” lo que se protege, sino a sus víctimas).

Y, de otro lado, que los instrumentos internacionales no dan un trato específico o privilegiado a las víctimas de las diferentes modalidades de trata, sin perjuicio de apreciar, en algún caso, particularidades por razón del sexo o la minoría de edad de aquellas.

La sanción de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la protección de las víctimas de tales conductas se encuentran reguladas, principalmente, en los siguientes instrumentos internacionales.

2.1. *En el marco del derecho internacional*

El principal instrumento lo constituye el denominado **Protocolo de Palermo sobre Trata, de 13 de diciembre de 2000**¹⁸.

¹⁷ STS 396/2019, de 24 de julio.

¹⁸ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

El referido protocolo dispone en su artículo 2 que: “Los fines del presente Protocolo son: a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

En concreto, el artículo 6 del referido Protocolo dispone, bajo la rúbrica, asistencia y protección de las víctimas de la trata de personas, que:

“1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.

2. Cada Estado Parte velará porque su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda: a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes; b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de: a) Alojamiento adecuado; b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) Asistencia médica, psicológica y material; y d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

5. Cada Estado Parte se esforzará por prever la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.

6. Cada Estado Parte velará porque su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos”.

Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, hecho en Palermo el día 13 de diciembre de 2000. Ratificado por el Reino de España mediante instrumento de fecha 21 de febrero de 2002.

2.2. En el marco del derecho de la Unión Europea

El principal instrumento de prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de sus víctimas, en especial, de la trata con fines de explotación sexual, se integra por la **Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas** por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

La misma, dispone en su Exposición de Motivos que “la presente Directiva reconoce la especificidad del fenómeno de la trata en función del sexo y el hecho de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de trata con diferentes fines. Por este motivo, las medidas de asistencia y apoyo deben ser también diferentes según el sexo, en su caso. Los factores de «disuasión» y «atracción» pueden ser diferentes según los sectores afectados, como la trata de seres humanos en la industria del sexo”.

En concreto, en su artículo 11 se regulan las medidas de asistencia y apoyo a las víctimas “antes, durante y por un periodo adecuado después de la conclusión del proceso penal” en los términos expresados en la Decisión marco del Consejo relativa al Estatuto de la Víctima, de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI). En su artículo 12 se regulan nuevas medidas de protección en las investigaciones y procesos penales (tales como asistencia jurídica, información y evitación de actuaciones que puedan conducir a la doble victimización). En sus artículos 13 a 16 se establecen normas concretas de protección a víctimas menores de edad. Y, en su artículo 17, se reconoce el derecho de las víctimas a acceder “a los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos cometidos intencionadamente”.

Capítulo 12

LAS DEFRAUDACIONES

Página 374: sustutir el párrafo 5

Iter criminis: la estafa procesal experimentó en la reforma operada por la LO 5/2010 una transformación más profunda de la que aparentaba inicialmente, pues la agravación por “fraude procesal” del art. 250.1.2º CP anterior se ve sustituida, ya con un nomen propio, por “la estafa procesal” del vigente art. 250.1.7º CP, que se nos presenta como un subtipo con perfil propio diferenciado de la estafa común en algunos aspectos estructurales, entre ellos el relativo a su perfección comisiva, que ya no demanda un acto positivo de desplazamiento patrimonial, como el tipo básico de estafa, sino el pronunciamiento de una resolución judicial de fondo que al dirimir la cuestión litigiosa perjudique ilegítimamente los intereses de una parte o un tercero (SSTS 76/2012, de 15 de febrero y 232/2016, de 17 de marzo). La ejecución de la resolución –que en el orden civil exigiría ser instada precisamente por la parte responsable del fraude– se adentraría en la fase de agotamiento del delito.

Capítulo 14

DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELLECTUAL E INDUSTRIAL, AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Página 467: sustituir el epígrafe 3.2.

3.2. *Operaciones para alterar los precios y manipulación del mercado*

Artículo 284: 1. *Se impondrá la pena de prisión de 6 meses a 6 años, multa de 2 a 5 años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido, o de los perjuicios evitados, si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de 2 a 5 años, a los que:*

1.º Empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2.º Por sí, de manera directa o indirecta o a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) *que dicho beneficio fuera superior a 250.000 euros o se causara un perjuicio de idéntica cantidad;*
- b) *que el importe de los fondos empleados fuera superior a 2.000.000 euros;*
- c) *que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.*

3.º Realizaren transacciones, transmitieren señales falsas o engañosas, o dieren órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o índices de referencia, o se aseguraren, utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos instrumentos o contratos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) *que como consecuencia de su conducta obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio superior a 250.000 euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;*
- b) *que el importe de los fondos empleados fuera superior a 2.000.000 euros;*
- c) *que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.*

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.ª Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas abusivas.*
- 2.ª Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.*

3. Si el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación, las penas se impondrán en su mitad superior.

Este artículo protege la libre formación de los precios según las reglas del mercado y la libre competencia (STS 575/2004, de 11 de mayo) así como la manipulación informativa y operativa del mercado de valores. El objeto material sólo puede afectar a los precios libres en cuya fijación no interviene la administración

aunque pueda ser todo tipo de precio y de cualquier tipo de producto o mercancía que no se encuentre fuera del comercio y que sea objeto de contratación.

Este precepto ha experimentado ya tres reformas que han modificado la redacción originaria que dio la LO 10/1995: la primera de ellas operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, que simplemente eleva la pena de multa que pasa de ser de 6 a 18 meses, a serlo de 12 a 24 meses; la segunda, la operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, que incrimina específicamente la manipulación informativa (*information based manipulation*) y operativa (*market based manipulation*) del mercado de valores y elimina en la enumeración de medios para la consecución del propósito delictivo del apartado primero, la difusión de noticias falsas y el empleo de información privilegiada; y la tercera operada por la LO 1/2019, 20 de febrero y que entró en vigor el pasado 13 de marzo que transpone al Derecho español la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado.

El artículo incluye tres conductas típicas:

La prevista en el apartado primero incluye el empleo de violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio que alterasen los precios.

El apartado segundo se refiere a la manipulación informativa del mercado de valores ofreciendo datos total o parcialmente falsos así como la producción de un resultado (previsto en las letras a, b y c).

El apartado tercero contiene la manipulación operativa del mercado de valores que comprende los que realizaren transacciones, transmitieren señales falsas o engañosas, o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o índices de referencia, o se aseguraren, utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos instrumentos o contratos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales. Esta reforma elimina el uso de información privilegiada y se vinculan a la concurrencia de tres circunstancias.

Por último, se introducen en los artículos 284.2 y 3 agravantes específicas para los tres supuestos de manipulación del artículo 284.1 siguiendo lo marcado por la Directiva de abuso de mercado.

Página 467: sustituir el epígrafe 3.3.

3.3. *Abuso de información privilegiada*

Artículo 285: 1. *Quien de forma directa o indirecta o por persona interpuesta realizare actos de adquisición, transmisión o cesión de un instrumento financiero, o de cancelación o modificación de una orden relativa a un instrumento financiero, utilizando información privilegiada a la que hubiera tenido acceso reservado en los términos del apartado 4, o recomendare a un tercero el uso de dicha información privilegiada para alguno de esos actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) que, como consecuencia de su conducta obtuviera, para sí o para tercero, un beneficio superior a quinientos mil euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;*
- b) que el valor de los instrumentos financieros empleados fuera superior a dos millones de euros;*
- c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.*

2. *Se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:*

- 1.ª Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas de operaciones con información privilegiada.*
- 2.ª Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.*

3. *Las penas previstas en este artículo se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior si el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidades rectoras de mercados regulados o centros de negociación.*

4. *A los efectos de este artículo, se entiende que tiene acceso reservado a la información privilegiada quien sea miembro de los órganos de admi-*

nistración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien participe en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien la conozca con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o en el desempeño de sus funciones, y quien la obtenga a través de una actividad delictiva.

5. Las penas previstas en este artículo se rebajarán en un grado cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada.

Artículo 285 bis: *Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, quien poseyera información privilegiada y la revelare fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, poniendo en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores, será sancionado con pena de prisión de 6 meses a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de 1 a 3 años.*

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se incluirá la revelación de información privilegiada en una prospección de mercado cuando se haya realizado sin observar los requisitos previstos en la normativa europea en materia de mercados e instrumentos financieros.

Artículo 285 ter: *Las previsiones de los tres artículos precedentes se extenderán a los instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstos en la normativa europea y española en materia de mercado e instrumentos financieros.*

Artículo 285 quáter: *La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 284 a 285 bis se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.*

Estos tipos delictivos cierran, junto con la manipulación de mercado (alteración de precios, manipulación informativa y manipulación operativa), el círculo de los delitos que integran el abuso de mercado (*market abuse*).

El bien jurídico protegido es asegurar el correcto funcionamiento de los mercados financieros así como la protección de los inversores a efecto de que tengan igualdad de información y oportunidad (STS 21-12-2010), que deriva del propio tenor de la Directiva 89/592/CEE de 13 de noviembre del 1989.

El objeto material del delito ha de ir referida a una información privilegiada¹⁹ que para poder considerarla como privilegiada precisa de la concurrencia de las cuatro características tradicionales que exigía la doctrina y la jurisprudencia: concreta; relación directa o indirecta con uno o varios emisores o con uno o varios instrumentos; no pública; y susceptible de influencia apreciable (STS 491/2015, de 23 de julio; SAN 4.^a, 44/2014, de 23 de diciembre; SAN 2.^a, 1/2014, de 15 de enero; STS 1136/2010, de 21 de diciembre; SAP Madrid, 7.^a; y 486/2013, de 27 de mayo).

- a) Que la información deba ser concreta supone que quedan excluidos los simples rumores, las hipótesis, las suposiciones, las estimaciones realizadas con datos públicos, la información demasiado genérica y supuestos semejantes.
- b) Relación directa o indirecta con uno o varios emisores o con uno o varios instrumentos.
- c) Información no pública.
- d) Susceptibilidad de influencia apreciable.

La reforma operada por la LO 1/2019 ha creado un nuevo tipo cuya redacción exige, para la existencia de delito, la concurrencia en un sujeto de una conducta típica recogida en la descripción general, consistente en la realización de operaciones en los mercados valiéndose de información privilegiada, la cual ha de completarse con alguna de las tres circunstancias descritas que darán lugar a modalidades comisivas de resultado, en los supuestos primero y tercero, y a una modalidad comisiva de mera actividad en el supuesto segundo.

El tipo agravado se construye sobre la habitualidad en el ejercicio de las prácticas abusivas (art. 285.2.1.^a), la notoria importancia del perjuicio ocasionado (art. 285.2.2.^a) y la condición, en el autor del hecho, de trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación (art. 285.3), mantenimiento de la de delincente habitual (art. 285.2.1.^a), eliminación de la de causación de grave daño a los intereses generales (antiguo art. 285.2.3.^a); modificación de la de notoria importancia del beneficio (art. 285.2.2.^a) introduciendo los conceptos de pérdida evitada o perjuicio causado; introducción de la de autor del hecho que es trabajador o empleado de una empresa

¹⁹ Art. 226.1 LMV. Conforme a este precepto, “Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación”.

de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación (art. 285.3);

La LO 1/2019, ha introducido un tipo atenuado para todas las conductas consistentes en la obtención y uso de información privilegiada, siempre que no se dispusiera de acceso reservado a ella, lo cual, a priori y a la espera de jurisprudencia sobre esta materia, podría incluso llegar a incluir supuestos de robo o compra de información privilegiada.

Además se ha introducido un nuevo art. 285 bis en el que se regula la comunicación ilícita de información privilegiada como un delito de peligro abstracto consistente en la mera revelación de información privilegiada fuera del normal ejercicio profesional o durante la realización de una prospección de mercado sin observar los requisitos de la normativa europea, que ponga en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores.

Por último, el art.285 ter lleva a cabo una extensión a esos tres delitos de los contenidos conceptuales previstos en la normativa europea (art.1 de la Directiva 2014/57/UE) y española en materia de mercado e instrumentos financieros (instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes).

Mientras tanto, el art. 285 quáter prevé la punición expresa y atenuada de los actos preparatorios (proposición, conspiración y provocación) relativos a esos tres tipos penales.

V. CORRUPCIÓN EN LOS NEGOCIOS

Página 470: añadir al final del párrafo 2

Este artículo ha sido modificado por la LO 1/2019 ampliado en su conducta el ofrecimiento o promesa de obtener el beneficio o ventaja no justificados.

1. Corrupción entre particulares

Página 470: se modifica la redacción del artículo 286 bis.1

Artículo 286 bis: 1. *El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí*

o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva. A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.

VI. DISPOSICIONES COMUNES

Página 473: se modifica la redacción de los artículos 287 y 288

Artículo 287: 1. *Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3.^a de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Artículo 288: *En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.*

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 y 286:

- a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 2 años.*
- b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.*

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater:

- a) Multa de 2 a 5 años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de 2 años de privación de libertad.*
- b) Multa de 6 meses a 2 años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.*

3.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Capítulo 16

DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

II. DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Página 516: sustituir el epígrafe 3 del artículo 305

3. Las mismas penas se impondrán a quien cometa las conductas descritas en el apartado 1 y a quien eluda el pago de cualquier cantidad que deba ingresar o disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente, cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de cien mil euros en el plazo de un año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado.

Si la cuantía defraudada no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.

Página 518: añadir al final de la página

La primera regulación del delito fiscal en España se produjo en el Código Penal de 1973 en su artículo 319 en el Título dedicado a las falsedades por la Ley de medidas urgentes de reforma fiscal 50/1977. Posteriormente la reforma de la LO 2/1985 introdujo

en el Código Penal un Título específico de delitos contra la Hacienda Pública, incorporando también el fraude de subvenciones y el delito contable. Por último la LO 6/1995 amplió el Título de los delitos contra la Hacienda Pública a los delitos contra la Seguridad Social. El Código Penal del 1995 reguló esta conducta en el artículo 305 que ha sufrido como reformas las operadas por la LO 15/2003, que elevó a 120.000 euros la cuantía de la defraudación constitutiva de delito, la LO 5/2010 que modificó el apartado primero del artículo 305 y añadió el párrafo 5, también así como se introdujo el artículo 310 bis; y la LO 7/2012 que realiza cambios en la redacción del 305, incorpora el artículo 305 bis y deroga el artículo 309 CP. La LO 1/2019 ha modificado tanto el apartado 3 del art. 305 (delitos contra la Hacienda Comunitaria) como el art. 308 CP para acompañar la regulación con las previsiones de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal. Se eleva el límite mínimo de la cuota defraudada a 10.000 euros. Hasta los 100.000 euros se dibuja un tipo atenuado (antes el arco de este subtipo se movía entre los 4.000 y los 50.000 euros). El resto del precepto subiste en sus propios términos²⁰.

Página 521: añadir en la línea 10 tras el punto y seguido

No obstante el TC cambió esta interpretación en la STC 129/2008 de 28 de octubre al transformar el fraude de ley en un supuesto de simulación y por tanto de delito fiscal.

Página 521: añadir al final del párrafo 1

Otra cuestión diferente es la economía de opción en la que existen dos supuestos permitidos por la norma (como por ejemplo en el IRPF el matrimonio presentar una declaración conjunta o individual).

²⁰ Del Moral, Antonio, *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Comares, Granada 2019, pág. 62: “Las penas de este nuevo subtipo atenuado suscitan un problema de concordancia con el art. 310 bis: cuando conforme a este precepto es exigible responsabilidad penal a una persona jurídica carecemos de previsión penológica, en tanto que tal precepto no contempla delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a 2 años”.

Página 528: añadir al final del segundo párrafo

Posteriormente la STS 277/2018 de 8 junio matiza la anterior sentencia requiriendo para apreciar el blanqueo de capitales la concurrencia de dos requisitos uno que se trate de operaciones en las que sea detectable una finalidad específica de encubrimiento del origen ilícito y otro, que se pueda establecer una ligazón clara entre el flujo de dinero manejado y la cuota defraudada.

Página 531: añadir al final de la página

Llama la atención que, pese a lo expresado en la Exposición de Motivos de la LO 1/2019, se mantenga formalmente el art. 306 con las viejas cuantías, cuando su contenido material ha pasado a acrecer el art. 308. Al no haberse derogado este artículo para solventar los problemas de doble tipicidad se tendría que acudir al art. 8 CP. Desde esta perspectiva tendríamos:

- a) los fraudes a los presupuestos europeos en cuantía comprendida entre 4.000 y 10.000 euros siguen siendo conducta penalmente relevante. Deben sancionarse conforme al art. 306 CP, sin perjuicio de la conveniencia de instar el indulto total (art. 4.3 CP);
- b) los fraudes comprendidos entre 50.000 y 100.000 euros deberán sancionarse también conforme al art. 306 CP, aunque resultará procedente instar el indulto parcial para reducir la pena determinada conforme al párrafo primero de tal norma de forma que no se supere la penalidad que establece para esos casos el actual art. 308;
- c) para los fraudes superiores a 100.000 euros y los comprendidos entre 10.000 y 50.000 euros se producirá entre los arts. 306 y 308 una relación de alternatividad pura: es indiferente aplicar uno u otro precepto. No obstante, en el caso de regularización temporánea o pago pronto, o se considera norma especial el art. 308 (art. 8) y se le dota en virtud de ello de preferencia sobre el art. 306, determinando la exoneración o en su caso la atenuación cualificada; o habrá de acudirse otra vez al mecanismo del indulto para borrar el dislate legislativo;
- d) si las cuantías establecidas como frontera entre lo punible y lo no punible se obtienen solo mediante la suma de diversas subvenciones o ayudas será de aplicación el art. 308. Antes la conducta en fraudes comunitarios no sería típica (según la lectura más estricta del art. 306 que, en todo caso, no puede considerarse segura).

Página 536: añadir al final del segundo párrafo

La STS 3891/2018 de 19 de noviembre señala que el ánimo de defraudar se desprende de los actos de ocultación o falsedad de las declaraciones

Páginas 538 a 542: sustituir el epígrafe IV

IV. DELITO DE FRAUDE DE SUBVENCIONES

Artículo 308: 1. *El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.*

2. *Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad superior a cien mil euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.*

3. *Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.*

4. *Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.*

5. *A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado,*

con independencia de si procede de una o de varias Administraciones Públicas conjuntamente.

6. Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

7. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1, 2 y 4 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiere prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

8. Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando

colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.

Este delito es introducido en el Código Penal por la reforma del 1985. Es regulado por la LO 10/1995 del Código Penal, de 23 de noviembre siendo posteriormente modificado por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. La LO 1/2019 ha reducido la cuantía a 100.000 euros, estableciendo un tipo atenuado que comprende de los 10.000 euros hasta los 100.000 euros (párrafo 4.º). A partir de esa cifra mantiene la penalidad originaria. Se consigue así una plena asimilación entre los fraudes nacionales con los fraudes a la UE que han sido reconducidos a este precepto lo que en concordancia con la Exposición de Motivos conllevaría a tener como desaparecido el contenido del art. 306 o intentar resolver los problemas que se plantean entre ambos artículos con arreglo al principio de especialidad como se expuso anteriormente. En cualquier caso, como hechos más relevantes de la reforma ha llevado a disminuir las cuantías ampliando por debajo la tipicidad de los fraudes en el ámbito puramente nacional (ahora reducidas a 10.000 euros). Por otra parte extiende la eficacia exoneradora del reintegro a los fraudes comunitarios en estas modalidades típicas, así como la atenuación extraordinaria por pronto reintegro.

1. El bien jurídico protegido

La mayoría de la doctrina considera que se trata del patrimonio de la Administración Pública de igual forma que ocurre con el fraude fiscal, si bien aquí se concreta en la función que deben realizar las Administraciones Públicas (incluida la Unión Europea) para canalizar los recursos y planificar los fines a los que se deben aplicar. Las subvenciones son un instrumento público de una política de equilibrio mediante la adopción de medidas de orientación económica y consisten en una disposición dineraria de la correspondiente Administración, según prevé el artículo 2.1 de la Ley 38/2003 General de Subvenciones de ahí que su concesión siempre esté orientada a la afectación de un fin. El beneficiario de la subvención deberá cumplir las cargas materiales y formales que se hubiesen establecido.

2. Comportamientos típicos

El comportamiento típico incluye dos conductas:

- a) Fraude de subvenciones en sentido estricto, es decir, la obtención fraudulenta de subvenciones, desgravaciones o ayudas públicas de las Administraciones Públicas (artículo 3 de Ley 38/2003). La modalidad defraudatoria comprende el falseamiento de las condiciones requeridas para la obtención de la ayuda o la ocultación de datos que la hubiesen impedido. Habrá de tratarse de circunstancias esenciales y no accesorias. A diferencia de la subvención que se define en la ley, las ayudas públicas no tienen tal definición si bien bajo esa categoría se tienen que incluir un número de supuestos con los que guardan semejanza²¹ como son las medidas de fomento de actividades que no tengan un contenido o finalidad económica. La doctrina entiende que la desgravación contemplada en este artículo no debe tener carácter tributario y conllevar una disposición patrimonial por parte de la Administración Pública a favor del administrado, en el caso de ser una desgravación que implique una deducción y falta de ingreso a la Hacienda Pública quedará subsumido en el delito de fraude fiscal del artículo 305. Quedan excluidas de la “ratio” del precepto los trasvases o traslaciones de fondos de una Administración Pública a otra. Por otra parte, también quedarán fuera las ayudas, subvenciones o premios concedidos por entidades privadas. Las prestaciones de la Seguridad Social se ubicarán en el artículo 307 ter (STS 28-11-2013). Al tratarse de una norma penal en blanco se deberá acudir a la normativa sectorial correspondiente para determinar el régimen de concesión de subvenciones, desgravaciones y ayudas públicas.
- b) Malversación de subvenciones, incumplimiento de las condiciones de la subvención alterando substancialmente sus fines. Se afectará en este caso el disfrute de la subvención al infringir el deber de realizar la actividad que fundamenta su concesión. Aun cuando no se haga referencia a las desgravaciones y ayudas públicas se deben entender comprendidas. Esta conducta se asienta sobre el presupuesto de la previa concesión de la subvención o ayuda y el efectivo pago de 100.000 euros para el tipo ordinario y entre 10.000 y 100.000 euros para el atenuado.

En ambos supuestos de modalidad el montante de las subvenciones, desgravaciones o ayudas debe alcanzar una cuantía superior a 100.000 euros. La jurisprudencia entiende tal requisito como condición objetiva de punibilidad (STS 20-6-2001, 1-3-2001 y STS 3-6-2018).

²¹ VVAA, *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Comares, 2016, pág. 502: “1) Consistir en un beneficio económico para el destinatario, otorgado por una administración sin contraprestación; 2) Con la obligación de su aplicación a un objetivo determinado; 3) Que dicho objetivo sea destinado a un interés social”.

El tipo subjetivo del injusto implica que sólo cabe su modalidad dolosa.

El apartado nº 5 del artículo 308 establece el criterio de determinación de la cuantía al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado (sustituyendo el anterior criterio del año natural) y aunque procedan de una o varias administraciones públicas conjuntamente.

El artículo 308.6 del CP contempla una excusa absolutoria al regular el reintegro que deberá sumar las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas incrementando el interés de demora aplicable desde el momento que fueron percibidas.

El artículo 308.8 prevé como subtipo atenuado con pena inferior en uno o dos grados los casos reintegro cuando esta se produzca antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial y reconozca judicialmente los hechos.

Capítulo 17

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

Página 553: sustituir el último párrafo del epígrafe 1.3.

El tipo se realiza tan pronto como los trabajadores incorporados a la plantilla de manera irregular representen el porcentaje determinado en la norma en función de la importancia de la empresa. Se entiende que cuando se excede dicha proporción de plantilla, las ventajas competitivas que indebidamente asume el empresario merecen reproche penal.

Página 561: añadir antes del epígrafe 7

Para la **consumación del delito** no es necesario que se consiga el propósito pretendido, bastando por el contrario que se produzcan los actos coactivos relevantes tendentes a impedir al trabajador continuar su trabajo o a compelerle a unirse a la huelga aunque efectivamente no lo consigan [SAP Granada (sección 1ª) nº 280/2014, de 20 de mayo, (rec. 292/2013) FD 4º].

Página 570: añadir antes del párrafo 1

La STS 396/2019, de 24 de julio, enfatiza la amplitud que puede alcanzar el tipo objetivo al afirmar que el concepto de inmigración ilegal abarca no solo la que se produce con infracción e la normativa reguladora del tema, sino también “cuando la entrada se produce con una falsa apariencia de legalidad, pues debe acudir a un concepto amplio de ilegalidad acorde con la normativa europea sobre la materia (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de

noviembre de 2002), concepto que no ha de limitarse por tanto al carácter oculto o subrepticio de la entrada ni a la utilización de documentación falsificada” añadiendo que no procede identificar inmigración ilegal con entrada ilegal en el país.

Página 570: sustituir el texto de la nota a pie de página

² Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

Capítulo 21

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL. CLASES. LA NORMA CONCURSAL DEL ARTÍCULO 382

Página 680: añadir al final del párrafo 1

La LO 2/2019 de 1 de marzo ha introducido un segundo párrafo a la norma concursal del artículo 382 y un nuevo artículo 382 bis delito de abandono del lugar del accidente.

Página 696: se modifica la redacción del artículo 382

Artículo 382 CP: *Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.*

Cuando el resultado lesivo concorra con un delito del artículo 381, se impondrá en todo caso la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores prevista en este precepto en su mitad superior.

Página 696: añadir al final de la página

La LO 1/2019 añade un segundo párrafo al art. 382 que asegura, en supuestos muy específicos, la imposición de un mayor tiempo de duración de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, únicamente atendible en caso de ejecución de cualquiera de las modalidades delictivas que prevé el art. 381 CP.

Página 699: se añade un nuevo epígrafe

3 bis. Delito de abandono del lugar del accidente (artículo 382 bis)

Artículo 382 bis: 1. *El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieron una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.*

2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años.

La LO 2/2019, 1 de marzo, añade una figura delictiva al capítulo IV denominada por el propio precepto “delito de abandono del lugar del accidente”, también conocido como “delito de fuga”. El art. 382 bis es subsidiario respecto del previsto en el art. 195 por lo que en modo alguno podrán conformar, uno y otro, un concurso de delitos. Frente a la infracción de un deber de solidaridad humana que se predica del delito de omisión del deber de socorro, el art. 382 bis, reclama al conductor del vehículo de motor o ciclomotor causante del accidente el cumplimiento del deber de permanecer en el lugar del mismo.

Se trata de un delito de mera actividad distinguiendo a efecto de penalidad entre los hechos que tuvieran su origen en una acción imprudente o fortuito.

El sujeto activo sólo puede serlo el conductor del vehículo a motor o ciclomotor causante del accidente. El sujeto pasivo no puede considerarse a la persona fallecida aun cuando esos casos queden contemplados en el tipo penal. Por lo demás el sujeto pasivo será la persona o personas que en el accidente sufra las lesiones a las que se refiere el artículo 152.2, es decir, las especificadas en los artículos 147.1, 149 o 150 CP.

Nos encontraremos ante un único delito de abandono del lugar con independencia del número de víctimas en cuyo caso si hay más de una sí se podría tener en cuenta para moverse a lo largo de la extensión de la pena.

Los elementos del nuevo delito son: 1.º) que el sujeto activo sea causante de un accidente; 2.º) que en dicho accidente fallezcan una o varias personas o se causen lesiones a las que se refiere el art. 152.2 CP; 3.º) como elemento subjetivo, que el sujeto causante abandone voluntariamente el lugar de los hechos sin que exista riesgo propio o de tercero; 4.º) el supuesto no ha de estar previsto en el art. 195 CP²².

²² Escobar Jiménez, R., *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Comares, Granada 2019, pág. 78: “La aplicación del art. 382 bis se impone aunque la víctima del accidente no se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave o en cualquiera de las tres situaciones. Se castiga el abandono del lugar. Sin embargo, no se olvide que el art. 382 bis está en relación de subsidiaridad respecto del art. 195 por lo que, dándose los supuestos que exige este último precepto (véase el comentario al art. 195 CP), deberá ser el aplicado. No obstante, hipótesis que la jurisprudencia de la Sala II entiende que no contempla el art. 195 (muerte instantánea de la víctima que impide afirmar un estado de desamparo y, con matices, presencia de personas que prestan auxilio –cfr. SSTS 42/2000, de 19 de enero y 706/2012, de 24 de septiembre–), determinan ahora la aplicación del art. 382 bis CP”.

Capítulo 22

LAS FALSEDADES: FALSIFICACIÓN DE MONEDAS Y EFECTOS TIMBRADOS. FALSEDADES DOCUMENTALES. USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL. INTRUSISMO

Página 707: añadir antes del epígrafe 1.3.

- c) Los artículos 386 y 387 del Código Penal han sido modificados por la *Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional*, cuyo **Preámbulo** dispone al respecto que:

“(v) Resulta necesario perfeccionar la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación.

En este sentido, se hace preciso, por un lado, ampliar el abanico de sanciones que se pueden imponer a las personas jurídicas cuando éstas sean responsables penales de este tipo de hechos delictivos. Asimismo, es conveniente mejorar la redacción del artículo 387 del Código Penal para aquellos casos en los que se anticipa la protección penal de la moneda a las fases previas a su puesta oficial en circulación, y ello con la finalidad de otorgar a la redacción del precepto una mayor concreción técnica y obtener así una mayor seguridad jurídica. Y, finalmente, también es recomendable ampliar la protección penal del euro y de cualquier moneda extranjera cuando la falsificación afecte en general a las fronteras de la Unión Europea y no solo a las de nuestro país”.

Página 709: añadir al final de la página

El vigente **artículo 387**, tras la reforma operada por la LO 1/2019, mejora y amplía la definición de moneda a que se refiere el párrafo primero del artículo 386 del Código Penal, al disponer que: *se entiende por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal y aquella que no ha sido todavía emitida o puesta en circulación oficialmente pero que está destinada a su circulación como moneda de curso legal.*

La redacción precedente disponía que “*se entiende por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal y aquella que previsiblemente será puesta en curso legal*”. Conforme a la redacción precedente, el último de los supuestos asimilados (*aquella que previsiblemente sería puesta en curso legal*) parecía restringir la conducta típica a los supuestos de emisión efectiva del papel moneda que todavía no se hubiese introducido en el curso legal, con exclusión de las conductas preparatorias previas a la emisión y puesta en circulación de ese papel moneda.

A través de la nueva redacción se asume el mandato contenido en el apartado 3º del artículo 3 de la Directiva 2014/62/UE que expresamente reclama la sanción de las conductas típicas sancionadas en el artículo 386 respecto del papel moneda aún no emitido, pero que, si llegase a emitirse, estaría destinado a la circulación como moneda de curso legal²³.

Página 711: añadir al final de la página

La nueva redacción del número 2º, del apartado 1º del artículo 386 introducida por LO 1/2019 dispone: **2.º El que exporte moneda falsa o alterada o la importe a España o a cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.**

La redacción precedente disponía “*2.º. El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada*”.

Con la nueva redacción se sanciona la exportación y la importación de moneda falsa no solo a España, sino también (y en esto radica la novedad) a otros países de la Unión Europea, siempre que, lógicamente, tal conducta

²³ En este sentido, el referido artículo 3.3 dispone que “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que también sean castigadas las conductas mencionadas en los apartados 1 y 2 en el caso de billetes y monedas no emitidos todavía pero que están destinados a la circulación como moneda de curso legal*”.

pueda ser investigada y enjuiciada conforme a las normas de atribución jurisdiccional vigentes en nuestro ordenamiento jurídico procesal (v.gr. que el delito haya sido cometido por un español o que parte de su ejecución haya sido realizada en España)²⁴.

Página 712: añadir al final de la página

La LO 1/2019 modifica el apartado 5º del artículo 386, en el que se introduce una última frase por la que se agravan las penas impondibles a las personas jurídicas responsables de alguno de los delitos de falsificación de monedas sancionados en los apartados precedentes. En concreto, se adiciona la siguiente frase: ***Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.***

²⁴ En este sentido, el Preámbulo de la Directiva antes mencionada señala que “(22) *Los Estados miembros deberían determinar su jurisdicción en consonancia con el Convenio de Ginebra y las disposiciones sobre determinación de la jurisdicción incluidas en otras normas de Derecho penal de la Unión, esto es, con relación a los delitos cometidos en su territorio y a los delitos cometidos por sus nacionales, habida cuenta de que, por lo general, es mejor que los delitos sean enjuiciados por la jurisdicción penal del país en el que se producen.*

(23) *El destacado papel del euro para la economía y la sociedad de la Unión, así como la amenaza específica que se cierne sobre él como moneda de importancia mundial, evidenciada por el considerable número de imprentas situadas en terceros países, exigen una medida de protección adicional. Por lo tanto, debe determinarse la jurisdicción para conocer de los delitos relacionados con el euro cometidos fuera del territorio de un Estado miembro determinado, para el caso de que el delincuente se encuentre en el territorio de ese Estado miembro y no sea extraditado o en el caso de que los billetes o monedas de euro relacionados con el delito sean detectados en dicho Estado miembro. Dada la situación objetivamente diferente de los Estados miembros cuya moneda es el euro, lo propio es que la obligación de determinar esa jurisdicción se aplique solamente a esos Estados miembros (...). Al ejercer dicha competencia, los Estados miembros deberían tener en cuenta si la jurisdicción penal del país donde se cometieron tales delitos los persigue y respetar el principio de proporcionalidad, en particular con relación a las condenas impuestas por un tercer país por la misma conducta”.*

Capítulo 24

COHECHO. TRÁFICO DE INFLUENCIAS. MALVERSACIÓN

Página 764: añadir al final del párrafo 2

La LO 1/2019 ha reformado el Código Penal ampliando el concepto de funcionario público que debe tenerse en cuenta en los delitos de cohecho y malversación. La nueva definición es más expansiva que la anterior y excede del concepto que se preveía en el artículo 427 del Código Penal, que precisamente establecía la definición de los funcionarios extranjeros y de la Unión Europea para los delitos de cohecho. Además se introduce un nuevo artículo 435 bis que sirve como base para extender la responsabilidad de estos funcionarios en el ámbito de la directiva 2017/1371 sobre la lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión, también en relación con el delito de malversación, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 4 de la norma europea de manera completa.

Por último, la nueva redacción del artículo 435 con su apartado 5º permite que sea punible cualquiera de los delitos previstos en su capítulo, incluido el delito de malversación, cuando sea cometido por una persona jurídica sin perjuicio de las excepciones del artículo 31 quinquies del Código Penal, que por cualquier motivo gestionen recursos públicos o de cualquier otro modo estén encargados del erario público.

Página 766: sustituir el final del párrafo 5

...De esta forma el **artículo 423**, con la redacción dada por LO 1/2019, extiende el concepto de autoridad o funcionario público a “los jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como a mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Página 767: sustituir a partir del párrafo 3

Además la LO 5/2010, como consecuencia de las obligaciones internacionales asumidas por España incorporó a los funcionarios de la Unión Europea y a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión en el artículo 427, fue también afectado por la LO 1/2015 y por último la LO 1/2019 que ha dejado la redacción de la siguiente manera:

Artículo 427: *“Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a:*

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses”.

En cuanto a los funcionarios públicos extranjeros, los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, se contienen a raíz de la reforma por LO 1/2015 en el artículo 286 ter junto al resto de delitos de corrupción en los negocios.

Página 772: añadir después del párrafo 1 y antes del epígrafe 3

Artículo 423: *Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como a mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.*

Página 777: añadir después del artículo 430

Artículo 431: *A los efectos de este capítulo se entenderán funcionarios públicos los determinados por los artículos 24 y 427.*

Página 777: añadir en el último párrafo la siguiente nota y su texto a pie de página

Por último, será precisa una resolución* que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio.

* La finalidad de conseguir de los funcionarios influidos una resolución que genere directa o indirectamente un beneficio económico, para el sujeto activo o para un tercero entendiendo el concepto de resolución en sentido técnico-jurídico. Como recuerda la STS 300/2012, avala esta conclusión la comparación de la descripción de los tipos de tráfico de influencia y los de cohecho. Si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar, en donde se hace referencia a cualquier acto contrario a los deberes inherentes a la función pública del influido. Quedan por ello fuera del ámbito de este tipo delictivo aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc., que no constituyen resolución en sentido técnico, aun cuando se trate de conductas moralmente reprochables y que pueden constituir infracciones disciplinarias u otros tipos delictivos (STS 7-6-2016).

Página 785: añadir un nuevo ordinal 5.º en el artículo 435

5.º *A las personas jurídicas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo. En estos casos se impondrán las siguientes penas:*

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona

física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Página 785: se añade un nuevo artículo 435 bis

Artículo 435 bis: A los efectos de este capítulo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.

Capítulo 34

ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES. ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS. DELITOS DE TERRORISMO

Página 1021: añadir como último párrafo

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/2019 de 20 de febrero, por el que se modifica la LO 10/1995, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y terrorismo, dice que la transposición de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, requiere ajustar la legislación penal a las previsiones de aquella norma, dado que desde la LO 2/2015 , de 30 de marzo, se adelantó notablemente el contenido de aquella directiva, lo que obligaba a realizar algunos ajustes.

Ello ha dado lugar a diversas modificaciones, así, impone una pena máxima a los dirigentes de una organización o grupo terrorista superior a la que estaba prevista hasta esta modificación.

Página 1022: se modifica la redacción del artículo 572

“1. Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a quince años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2. Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena”.

Página 1029: se modifica la redacción del artículo

Igualmente se incluye entre los delitos terroristas la falsedad documental que anteriormente no estaba prevista (art. 573 CP), cuyo tenor literal ahora es el siguiente: *1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: 1ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2ª Alterar gravemente la paz pública. 3ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.*

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los arts. 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.

Página 1036: se modifica la redacción del epígrafe 3 del artículo 575

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero (Modificado por LO 1/2019).

De esta manera, se ha modificado el artículo 573 para incluir, entre los delitos de terrorismo, la falsedad documental.

Por otro lado, el viaje con fines terroristas, castigado por el artículo 575.3, tiene ahora una regulación mucho más amplia, al no exigir que el viaje tenga por destino un territorio controlado por terroristas.

Página 1051: añadir al final de la página

Se incorpora un nuevo **artículo 580 bis**, que extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la comisión de cualquier tipo de delito de terrorismo, que sólo se preveía hasta ahora para los delitos de financiación del terrorismo del artículo 576.

Así reza: *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:*

a) Multa de dos a cinco años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Queda por lo tanto patente que la tendencia actual se inclina, en materia legislativa, por una ampliación del régimen de responsabilidad penal para la persona jurídica y, en materia jurisprudencial, por la imposición de multas cada vez más elevadas.