
Els delictes contra la salut, la integritat corporal i la integritat moral

PID_00280995

Josep M. Tamarit Sumalla

Temps mínim de dedicació recomanat: 4 hores



Josep M. Tamarit Sumalla

L'encàrrec i la creació d'aquest recurs d'aprenentatge UOC han estat coordinats pel professor: Josep M. Tamarit Sumalla

Primera edició: febrer 2021

© d'aquesta edició, Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC)

Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona

Autoria: Josep M. Tamarit Sumalla

Producció: FUOC

Tots els drets reservats



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència Creative Commons de tipus Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Els delictes de lesions	7
1.1. Aspectes generals	7
1.2. Tipus bàsic	8
1.3. Els delictes lleus de lesions i maltractaments	11
1.4. Tipus qualificats	11
1.5. Lesions imprudents	17
1.6. Els maltractaments en l'àmbit domèstic	18
1.7. Participació en la baralla amb mitjans perillosos	21
1.8. Rellevància del consentiment de la víctima	21
1.9. Tràfic d'òrgans humans	23
2. El delicte de lesions al fetus	26
3. Els delictes contra la integritat moral	28
3.1. Aspectes generals	28
3.2. El delicte de tracte degradant	29
3.3. Assetjament laboral	30
3.4. Assetjament immobiliari	31
3.5. Violència domèstica habitual	32
3.5.1. Evolució legislativa i bé jurídic	32
3.5.2. La conducta típica	33
3.6. Delicte de tortura	35
3.7. Exigències especials d'autoria	37
3.8. Problemàtica concursal	38
4. El delicte de tràfic d'éssers humans	39
5. Els delictes relatius a la manipulació genètica	43
5.1. Introducció i fonamentació constitucional	43
5.2. Evolució de la legislació extrapenal	43
5.3. El recurs al dret penal, la identificació dels béns jurídics i els diversos tipus delictius	45
Resum	47
Exercicis d'autoavaluació	49

Solucionari	50
Glossari	51
Bibliografia	52

Introducció

Aquest mòdul didàctic aborda el contingut dels títols III, IV, V, VII i VII *bis* del llibre II del Codi penal espanyol. El primer d'ells, dedicat als delictes de lesions, té una llarga tradició en el catàleg de tipus delictius, encara que va experimentar una profunda transformació en el Codi penal de 1995, ja anticipada en els seus aspectes fonamentals mitjançant una reforma parcial de 1989. Els tres següents, dedicats a les lesions al fetus, els delictes relatius a la manipulació genètica i els delictes contra la integritat moral, van ser incorporats de bell nou en el CP 1995. Finalment, el títol VII *bis* ha estat introduït en la reforma de juny de 2010, la qual cosa traça una perceptible continuïtat entre el nou tipus delictiu, el tràfic d'éssers humans, amb els delictes contra la integritat moral.

Els cinc títols no constitueixen una unitat temàtica, encara que presenten diverses qüestions comunes. Els delictes de lesions i les infraccions contra la integritat moral han estat objecte d'importantes reformes posteriors a l'aprovació del Codi penal de 1995. Probablement la més rellevant de totes té a veure amb l'expansió i intensificació punitiva produïda en els delictes relacionats amb la violència domèstica, que s'ha manifestat en les successives reformes de 1999, 2003 i 2004. Una conseqüència d'aquest procés és el desdoblament d'aquests delictes en dues figures, els articles 153 i 173.II, situats, respectivament, en els títols III i VII. D'altra banda, la reforma de juny de 2010 ha introduït nous tipus delictius, com el tràfic d'òrgans (art. 156 *bis*), l'assetjament laboral i immobiliari (art. 173.I, 2 i 3) i el tràfic de persones (art. 177 *bis*), i la LO 1/2015 ha afegit diverses modificacions en la regulació d'alguns dels delictes que aquí estudiem.

Objectius

En els materials didàctics d'aquest mòdul, trobareu les eines bàsiques per a assolir els objectius següents:

- 1.** Conèixer els principis inspiradors i el contingut del tractament legal dels delictes de lesions i de lesions al fetus.
- 2.** Conèixer els principis inspiradors i la regulació legal dels delictes relatius a la manipulació genètica.
- 3.** Conèixer els principis inspiradors i el contingut de la regulació legal dels delictes contra la integritat moral.
- 4.** Conèixer els principis inspiradors i la regulació legal del delicte de tràfic d'éssers humans i el sentit de la seva reforma.
- 5.** Comprendre l'evolució experimentada pel Codi penal espanyol en el tractament dels delictes relacionats amb la violència domèstica i la denominada violència de gènere.
- 6.** Disposar d'eines per a resoldre els problemes que planteja l'aplicació dels diversos tipus delictius amb el mètode propi de la dogmàtica juridicopenal.

1. Els delictes de lesions

1.1. Aspectes generals

Els delictes de lesions estan regulats en el títol III del llibre II del Codi penal espanyol. El contingut del títol procedeix en bona mesura de la reforma parcial de 21 juny de 1989.

Aquesta reforma va representar una transformació radical respecte del tractament legal secular de les lesions, que s'havia caracteritzat, entre altres defectes, per un desmesurat casuisme i per un objectivisme incompatible amb les exigències del principi de responsabilitat subjectiva.

El CP1995 va suposar la consolidació d'aquest procés de modernització legislativa.

Sobre el bé jurídic protegit en aquests delictes no hi ha un criteri unànim en la doctrina espanyola i comparada. L'article 147 sembla optar per una posició dualista, ja que defineix la lesió com a menyscapte de la **integritat corporal** o de la **salut física o mental**. Tanmateix, això no impedeix continuar mantenint la tesi monista dominant en la doctrina, que considera que en realitat som davant dues manifestacions d'un bé jurídic únic. El plantejament monista imperant en la doctrina espanyola atén la salut física o mental com a bé jurídic protegit comú a les diverses hipòtesis delictives i relega la integritat corporal a una posició subordinada, ja que entén que en cap cas constitueix un objecte de protecció autònom. Així es pot explicar de manera satisfactòria el caràcter atípic de determinades intervencions quirúrgiques curatives que incideixen negativament en la integritat corporal, com amputacions o extirpacions de membres o òrgans.

En la doctrina comparada s'ha imposat sovint una configuració més àmplia del bé jurídic protegit, entorn de conceptes com els d'**incolumitat corporal** o **incolumitat personal**. Aquesta major abstracció de l'objecte jurídic de tutela es correspon normalment amb ordenaments que contenen una regulació conjunta de les lesions i de les agressions físiques sense resultats lesius.

En el cas espanyol, la reacció penal enfront de la violència havia estat tradicionalment escassa, encara que això ha començat a canviar en les reformes de 1989, 1995 i posteriors, per les quals s'eleva a la condició de delicte certes formes de violència, a més dels atemptats a la integritat moral, que s'aborden

en el títol VII. Malgrat els canvis, els maltractaments d'obra no seguits de lesió han estat relegats fins a l'aprovació de la Llei 1/2015 a l'àmbit de les faltes i a partir d'aquesta reforma tenen la consideració de delictes lleus.

Així doncs, es pot sostenir que les diverses formes delictives agrupades en el títol III tenen en comú la seva afectació a la incolumitat corporal. L'atac a aquest bé jurídic troba la seva manifestació més simple i primària en el delictes lleus de **maltractaments** i la resposta penal s'agreuja en la mesura que es produeixi una afectació en la salut (**lesions**) o el fet assoleixi una gravetat suficient per a considerar que s'atempta contra la **integritat moral**.

Els delictes de lesions són de resultat material. Per a la seva consumació, es requereix la producció d'una lesió que reuneixi les característiques previstes en el corresponent tipus. Un cas diferent són els delictes de violències en l'àmbit familiar (art. 153) i de participació en la baralla amb perill per a les persones (art. 154), a més del delictes lleus de maltractament (art. 147-3), que només per extensió i en un sentit impropri caldria qualificar com a lesions.

Amb caràcter general els delictes de lesions admeten la comissió per omissió, segons el que es desprèn de la seva estructura com a tipus prohibitius de causar. Això és aplicable tant als tipus que incorporen una al·lusió a "qualsevol mitjà o procediment" (així, en els art. 147 i 149), com als que no la incorporen (art. 150 i 152). Tan sols en els supòsits que preveuen els articles 148.1 i 2, 153 i 154 el sentit del text de la Llei impedeix l'equiparació entre la no-evitació del resultat i la seva causació.

1.2. Tipus bàsic

La redacció de l'art. 147 procedeix en l'essencial de la reforma de 1989, encara que ha estat objecte de diverses modificacions en el CP 1995 i en successives reformes. La LO 1/2015 ha modificat el precepte essencialment en tres aspectes. D'una banda, s'han tipificat com a delictes dos supòsits anteriorment constitutius de falta i que passen a integrar dos nous nombres: en l'art. 147-2 s'inclou la causació d'una lesió que no assoleixi la gravetat necessària per a ser subsumida en l'art. 147-1 i en l'art. 147-3 es tipifica l'acció de colpejar o maltractar un altre sense causar-li lesió. Per a tots dos casos es preveuen penes lleus de multa. La tercera modificació afecta a la penalitat disposada per a les lesions de l'art. 147-1, que passa a ser pena alternativa de presó o multa. En realitat aquest últim canvi té escassa rellevància, doncs ve a substituir el tipus privilegiat de l'anterior art. 147-2, que disposava pena de multa per als casos en què el tribunal apreciés menor gravetat atesos el mitjà utilitzat i el resultat produït.

L'article 147.1 configura el tipus bàsic de lesions. A més d'aportar el concepte general de *lesió*, ja examinat en l'apartat anterior, estableix la delimitació típica entre l'àmbit del delicte greu i menys greu i el del delicte lleu (art. 147.2) i, per tant, els requisits mínims comuns a totes les formes de lesió, tant les que reben la pena que preveu l'article 147.1 com les dels articles 148, 149 i 150.

D'acord amb el que disposa l'article 147.1, les lesions són delicte greu o menys greu si per a la seva curació és necessari objectivament un tractament mèdic o quirúrgic, a més d'una primera assistència facultativa.

Per tractament quirúrgic s'ha d'entendre, segons reiterada jurisprudència, "qualsevol acte quirúrgic, de cirurgia major o menor, que sigui necessari per a guarir en el seu sentit més ampli" (STS 3 de novembre de 1992; vegeu com a exemple de cirurgia menor, consistent en una sutura tendinosa o tenorràfia, la STS 1 de juliol de 1992, així com el "tractament reparador del cos per a estroncar o corregir qualsevol alteració funcional o orgànica produïda com a conseqüència de la lesió" (STS 28 de febrer de 1992). Així, aclareix la STS 3 de juny de 1994 que "qualsevol operació que necessiti cirurgia reparadora i que comporti la necessitat d'aplicar punts de sutura és i constitueix un tractament quirúrgic". En aquesta direcció, la STS 28 de febrer de 1997 precisa l'abast juridicopenal de la sutura de ferides i dels dispositius mèdics destinats a immobilitzar amb finalitats curatives els elements ossis del cos humà i conclou apreciand la concurrència del delicte de lesions amb base en la "sutura quirúrgica i la fèrula de contenció, juntament amb la prescripció de fàrmacs, reveladors d'un tractament reparador; sense que obsti a aquestes apreciacions el fet que, al final de la curació, pugui ser el mateix lesionat qui, per indicació facultativa, pugui retirar els punts o extreure la fèrula". Així mateix, la S 30 abril 1998 (RJ 1998) estableix que, amb caràcter general, mereixen la consideració de tractament quirúrgic "la sutura o costura dels teixits que han quedat oberts com a conseqüència d'una ferida i que cal aproximar perquè aquesta es tanqui i quedi la zona afectada, en la mesura que sigui possible, tal com estava abans de la lesió".

El CP 1995 va aclarir que la mera vigilància o seguiment facultatiu del curs de la lesió no es considera tractament mèdic. A més va confirmar legalment la posició dominant en la doctrina i la jurisprudència respecte al caràcter "objectiu" de l'exigència de tractament. Això comporta que som davant un criteri legal per a la valoració de la gravetat de la lesió que obliga a tenir en compte quin és el procediment curatiu convencional d'acord amb l'evolució de la ciència mèdica. El Tribunal Suprem havia establert ja abans del CP 1995 que es complirà el requisit típic (STS 4 de maig de 1993 [RJ 1993, 3828]):

“[...] tant si el tractament s’ha prestat realment i efectivament com si ho ha hagut de ser dins de la causalitat eficaç per a la sanitat del lesionat”; “el que cal determinar *a posteriori* és si aquesta activitat sanitària, si aquesta assistència ulterior, afegida o diferenciada de la primera, era necessària en consideració a les lesions causades i si s’ha d’estimar causalment necessària per a obtenir la sanitat, encara que el guariment s’hagi assolit sense aquesta”.

En aquesta mateixa direcció, les sentències del TS de 20 de març de 2002, 22 d’octubre de 2004, 23 d’octubre de 2008 i 17 de desembre de 2008 han mantingut el criteri segons el qual no és el tractament efectivament rebut el que converteix la lesió en delicte sinó l’efectiva necessitat de rebre’l per a la seva sanitat, i per a això caldrà tenir en compte la *lex artis* i no el fet que l’hagi dispensat un facultatiu o la pròpia víctima.

La redacció de l’article 147 permet acollir una concepció àmplia de malaltia entesa com qualsevol alteració, més o menys greu, en la salut de les persones.

Exemple

La STS 18 de novembre de 1991 (RJ 1991, 9448), en la qual es confirma la condemna a diversos responsables de la realització de transfusions de sang infectada pel virus de la sida, invoca aquesta concepció àmplia per a considerar com a malaltia el fet de ser portador d’anticossos, sense necessitat del seu desenvolupament posterior. Això es fonamenta en l’alteració que la infecció provoca en la salut de l’individu, amb efectes com la limitació de la capacitat de procreació o les crisis depressives o d’ansietat associades.

El **menyscapte a la salut psíquica** és un dels elements que plantegen més dificultat de concreció pràctica. La inclusió de les lesions psíquiques en el tipus obliga a examinar amb més atenció la problemàtica concursal, atès que l’aparició de seqüeles de caràcter psíquic pot aparèixer en molts casos associada a altres delictes, com les **agressions** o els **abusos sexuals**.

Hi ha sentències, com la STS 15 de desembre de 1997 (RJ 1997, 8748), que aprecien una lesió típica de l’article 147 CP en un supòsit de depressió reactiva, mentre que altres resolucions, com la STS 18 de novembre de 1997 [RJ 1997, 7988], opten per considerar les lesions inherents a la violència pròpia de l’agressió sexual.

La LO 11/2003, de 29 de setembre, va elevar la reiteració de lesions o maltractaments constitutius de falta a la categoria de delicte. Aquesta reforma va suposar un notable increment de la desvaloració del fet i de la consegüent reacció punitiva. La LO 1/2015 ha suprimit aquesta clàusula, ja que en tot cas les lesions que no arriben a complir amb totes les condicions de l’art. 147-1 han passat a ser constitutives de delicte lleu.

Lesions psíquiques

La jurisprudència ha anat acceptant progressivament l’apreciació de lesions psíquiques en supòsits sobre els quals es manifesta una creixent sensibilitat social, com l’assetjament escolar o l’assetjament laboral.

1.3. Els delictes lleus de lesions i maltractaments

La LO 1/2015 ha suprimit el tipus privilegiat anteriorment previst en l'art. 147-2 i ha introduït una pena de multa com a alternativa a la de presó en el tipus bàsic, tècnica que no resulta nova en el Codi, atès que tal alternativa punitiva (presó o multa) està prevista també en altres tipus delictius, com els abusos sexuals o les coaccions.

L'art. 147-2 redactat segons la LO 1/2015 conté el delictes lleu de lesió, que requereix la constatació d'un element positiu, l'existència de lesió, en el sentit establert anteriorment i que permet delimitar aquesta figura de la de maltractaments de l'art. 147-3, i un element negatiu, la no-necessitat de tractament mèdic o quirúrgic en els termes assenyalats respecte a l'art. 147-1.

En l'art. 147-3 es tipifica el delictes lleu de maltractaments. El legislador espanyol havia mantingut sempre com a falta les conductes consistents en agressions físiques no seguides de lesions, de manera contrària al que succeeix en altres sistemes jurídics en els quals aquests comportaments, definits com *assault* en diversos països anglosaxons, *misshandlung* en el Codi penal alemany o *percosse* en l'italià, han estat objecte d'un tractament més sever. La laxitud de la llei penal espanyola davant la mera violència ha propiciat que mitjançant diverses reformes s'han introduït supòsits excepcionals en els quals s'elevaven certes formes de maltractaments a la categoria de delictes, singularment la violència en l'àmbit domèstic, en un primer moment la violència habitual (art. 153 en les versions de 1989, 1995 i 1999) i posteriorment fins i tot la violència ocasional (art. 153 després de la reforma de 2003).

En tot cas, la supressió de les faltes operada a la reforma de 2015 no ha significat un canvi substancial de model, de manera que la mera agressió corporal és tractada com a delictes lleu. S'ha de tenir en compte a més que l'anterior falta de vexació injusta de caràcter lleu (art. 620-2) ha estat transformada en un nou delictes lleu tipificat en l'art. 173-4. Els jutges podran optar per qualificar aquestes conductes conforme a aquest tipus delictiu, que no exigeix la concurrència de violència física, o com a maltractaments d'obra i per tant constitutives d'un delictes lleu de l'art. 147-3, per a això el tipus requereix merament que existeixi una agressió de caràcter corporal, sense que la mateixa hagi de tenir caràcter greu.

1.4. Tipus qualificats

El Codi penal inclou dues classes de tipus qualificats:

- d'una banda, els de l'article 148, que contenen supòsits de naturalesa molt heterogènia i pels quals es preveu una pena d'entre dos i cinc anys de presó, i,

Nota

Així mateix aquesta laxitud ha propiciat una evolució cap a una aplicació del tipus delictiu de tracte degradant (art. 173-1) en casos en els quals una agressió física, pel seu caràcter gratuït o contenir un missatge discriminatori o d'odi, té entitat suficient a per considerar-ho com un atemptat greu contra la integritat moral, tal com va a desenvolupar-se posteriorment.

- d'altra banda, els dels articles 149 i 150, estructurats en dos nivells de gradació punitiva i fonamentats en la gravetat del resultat.

Tots ells operen com a tipus qualificats per a l'aplicació dels quals és exigible la concurrència dels requisits del tipus bàsic.

L'article 148 estableix cinc supòsits agreujats de lesions. Respecte a tots, el jutge ha de ponderar les dues dimensions del fet: el resultat causat i el risc produït. La jurisprudència constitucional produïda arran de les qüestions de constitucionalitat suscitées per l'aplicació de la LO 1/2004, de violència de gènere, ha establert una interpretació de l'article 148, segons la qual els tipus qualificats d'aquest precepte no són d'imposició obligatòria. La paraula *poden* estaria així referida no a la possibilitat de fixar la pena en més o menys extensió segons el resultat o el risc de les lesions, sinó a la decisió respecte a si aplicar la pena de l'article 148 o la del tipus bàsic, en cas que, malgrat que hi concorren un o diversos dels cinc supòsits previstos, ni el resultat ni el risc tinguin prou gravetat segons el criteri del Tribunal. Examinem a continuació els cinc supòsits.

1) Lesions amb mitjans perillosos

L'article 148.1 descriu un delictes de perill concret. Per a la seva aplicació es requereix una valoració per part del jutge de l'existència efectiva d'un risc per a la vida o la salut d'una persona concreta en el cas concret. És una qüestió pacífica que cal qualificar com a **armes** tant les de foc com "les denominades armes blanques", entre les quals figuren els ganivets, les navalles i els punyals (vegeu STS 22 de desembre de 1994 i 12 de novembre de 1990). La STS 24 d'octubre de 1994 ha aplicat el tipus agreujat a la utilització d'un matxet i la STS 31 de gener de 1995 a un escarpell de cuina. Com a instruments o objectes perillosos, cal esmentar martells, cadenes, barres de ferro, ampolles, bats de beisbol, botes amb puntes de ferro o semblants. També s'ha apreciat el tipus qualificat de l'art. 148-1 en un cas en què els acusats van llançar sobre la víctima, a una distància d'entre tres i cinc metres, ampolles de cristall i pedres de gran grandària, una part de les quals van impactar a la víctima a la cara (STS de 19 de maig de 2015).

L'expressió redundat *mitjans, mètodes o formes* permet incloure totes les particularitats de l'acció comissiva (per exemple, intensitat i repetició dels cops, o la part del cos a la qual es dirigeixen tenint en compte les condicions personals de la víctima) que provoquin la situació típicament perillosa.

En cas de concurs amb el delictes de robatori amb violència de l'article 242, l'apreciació del tipus qualificat és compatible amb l'agreujament per ús d'armes o mitjans igualment perillosos del paràgraf segon d'aquest precepte, sempre que, a més de la posada en perill de la vida o la salut del lesionat, hi concorri un perill potencial enfront d'altres persones.

En l'aspecte subjectiu ha de concórrer dol (almenys eventual) respecte a la utilització del mitjà perillós i respecte al perill efectiu per a la vida o la salut del lesionat. S'ha de cridar l'atenció, per la seva transcendència pràctica, sobre la necessitat de delimitar aquests supòsits dels d'homicidi en grau de temptativa, delictes amb el qual l'article 148.1 pot concursar idealment.

2) Lesions amb acarnissament

El concepte d'*acarnissament* l'aporta l'article 22.5 CP i té el mateix sentit que el del delictes d'assassinat. En la seva interpretació, la jurisprudència ha concedit a aquest agreujant un contingut preferentment subjectiu, que ha suscitat certes objeccions. L'article 22.5 CP no introdueix cap component subjectiu més enllà de l'exigència de dol directe respecte a la causació del dolor addicional. La idea d'actuar inhumà, propera a la de tracte degradant, encara que comporta un plus respecte a aquesta (vegeu infra art. 173), s'ha d'entendre en sentit objectiu, com a referida a la forma de procedir del subjecte.

L'acarnissament és compatible amb els altres dos supòsits qualificats de l'article 148, per la qual cosa, com que es tracta d'un tipus mixt alternatiu, la concurrència amb un d'ells podria portar a la seva aplicació com a circumstància agreujant genèrica. No obstant això, es tracta d'una hipòtesi difícil, atès que la realització d'aquesta circumstància comporta la comissió del delictes de tracte degradant de l'article 173, per la qual cosa caldria acudir al concurs de delictes en els termes que preveu l'article 177. Evidentment aquest concurs no és procedent quan el fet hagi estat qualificat directament d'acord amb l'article 148.2.

3) Víctima menor de dotze anys o persona amb discapacitat necessitada de protecció

Amb caràcter general es planteja l'interrogant de si no n'hi hauria hagut prou amb les agreujants genèriques de traïdoria (aplicada per la jurisprudència amb l'oposició d'un sector de la doctrina) o abús de superioritat. També sorprèn la fixació del límit dels dotze anys, quan en altres delictes una disposició d'aquest caràcter inclou tota la minoria d'edat, tendència que s'imposa en nombroses normes internacionals i de la Unió Europea que defineixen el nen com tot menor de divuit anys (vegeu entre les últimes, la Decisió marc 2004/68, relativa a la lluita contra l'explotació sexual dels nens i la pornografia infantil). Amb tot, no es pot negar el fonament que fa que es desvalorin més les agressions contra menors i incapaços, no solament per la seva major indefensió, sinó també per les conseqüències psíquiques sobre aquests. En cas de ser els pares els autors de les lesions, s'han de tenir en compte a més els efectes agreujadors de l'article 23 CP.

En virtut de l'art. 258 de la LO 1/2015, la referència al concepte *incapaç* ha estat substituïda per l'expressió *persona amb discapacitat necessitada d'especial protecció*. Es tracta d'un concepte normatiu que ha de ser interpretat en els

termes establerts en l'art. 25-2 CP. La definició al·ludeix a la persona que, tingui modificada o no la seva capacitat d'obrar per resolució judicial, requereixi d'assistència o suport per a l'exercici de la seva capacitat jurídica i per a la presa de decisions respecte de la seva persona, dels seus drets o interessos a causa de les seves deficiències intel·lectuals o mentals de caràcter permanent.

4) Lesions “de gènere”

La LO 1/2004, de violència de gènere, va introduir un nou supòsit agreujat, consistent en què la víctima sigui o hagi estat esposa o dona que estigui o hagi estat lligada a l'autor per una relació anàloga d'afectivitat, fins i tot sense convivència. Aquesta és la més transcendent de les diverses manifestacions de la qüestionada “discriminació positiva” produïda en l'àmbit penal, ja que la diferència punitiva que s'estableix en comparació amb els supòsits no agreujats (lesions de dona contra home o en què autor i la víctima són del mateix sexe o no i concorren les circumstàncies que preveu l'article 148.4t.) és molt significativa.

5) Víctima especialment vulnerable

També aquest és un tipus qualificat introduït en la Llei de violència de gènere, que es va afegir al projecte amb el propòsit de no limitar la major reacció penal enfront de les lesions a les dones que l'hagin sofert en el context d'una conducta caracteritzada com a violència de gènere. El tipus exigeix l'existència d'una “especial vulnerabilitat” de la víctima, a més del fet convivencial. Per a la interpretació d'aquesta vulnerabilitat cal establir una analogia pel que fa als supòsits del menor de dotze anys o incapac, la qual cosa pot portar a considerar casos de persones que, per la seva avançada edat o perquè pateixen una disminució física important, estan en situació de dependència respecte a l'autor, o menors amb una edat superior als dotze anys en els quals concorre aquesta dependència.

Vegeu també

A la problemàtica de la interpretació i la constitucionalitat d'aquest tipus qualificat i d'altres manifestacions del que s'ha denominat com a “dret penal sexual”, ens referim posteriorment en relació amb el tipus delictiu de l'article 153.

D'altra banda, els articles 149 i 150 inclouen tipus qualificats en els quals l'agreuament es fonamenta en la gravetat del resultat lesiu. Malgrat que en certa manera són una reminiscència de tipus anteriors al CP 1995 que exigien una intensificació subjectiva en l'acció, no presenten en l'actualitat exigències subjectives especials, i n'hi ha prou que el resultat estigui cobert pel dol de l'autor. Com a element comú als diversos supòsits agreujats podem assenyalar la nota de permanència de la lesió, de manera que no es pot guarir amb el mer pas del temps o amb remeis terapèutics ordinaris.

En l'article 149 s'inclouen els supòsits següents:

- a) Pèrdua o inutilitat d'un òrgan o membre principal o d'un sentit.
- b) Impotència o esterilitat.
- c) Deformitat greu.
- d) Malaltia somàtica o psíquica greu.
- e) Mutilació genital.

En l'article 149 es tipifiquen els supòsits més greus de lesions. En no distingir la norma, són subsumibles en el tipus tant els supòsits de dol directe com els de dol eventual. S'ha de precisar que no ens trobem davant de delictes qualificats pel resultat, en els quals sigui necessària la mera constatació de la relació de causalitat i imputació objectiva entre la lesió i l'acció o omissió de què deriva –i un dol genèric de lesionar. El dol ha d'abastar la concreta entitat de la lesió qualificada, la qual cosa en la pràctica pot resultar problemàtica, com després s'examinarà. D'altra banda, resulta criticable la previsió de les clàusules agreujatòries amb rígides diferències punitives, quan les diferències entre els elements típics objectius entre una i una altra figura delictiva es determinen mitjançant conceptes poc compatibles amb la seguretat jurídica, com el de membre principal o la gravetat de la deformitat.

Els supòsits de lesions consistents en un menyscapte de la integritat corporal inclosos en l'article 149, així com els de l'article 150, tenen com a element comú la nota de permanència, això és, la impossibilitat de guariment o el manteniment d'una seqüela física rellevant un cop s'ha guarit la lesió, sense perjudici d'una possible intervenció reparadora extraordinària. Així, la recuperació de l'òrgan o membre perdut mitjançant trasplantament o cirurgia estètica correctora d'una deformitat no constitueixen cap obstacle a la qualificació (per contra, sí impediria l'aplicació del tipus qualificat, almenys com a delictes consumats, la reimplantació del mateix membre mutilat). Alguna cosa diferent succeeix amb la causació d'una greu malaltia somàtica o psíquica. En aquest cas, l'únic element típic definidor de la qualificació respecte al tipus bàsic és la idea de "gravetat".

Exemple

En casos de preterintencionalitat homogènia (lesions doloses amb resultat de lesions agreujades imprudents), cal acudir al concurs ideal de delictes. Un exemple n'és la STS núm. 366/2020, de 2 de juliol, que condemna per un delictes de lesions de l'article 147 en concurs amb un de l'article 152, 1.2, l'autor d'una agressió que provoca a la víctima el resultat següent: "traumatismo ocular izquierdo con estallido de globo ocular, desprendimiento de retina y ausencia del cristalino, así como fractura de la cabeza del radio izquierdo, esta última provocada por su caída al suelo". El criteri ja es troba en altres sentències: per exemple, STS, núm. 718/2019, de 5 de març.

Els supòsits inclosos en l'article 150 són:

- Pèrdua o inutilitat d'un membre no principal.
- Deformitat.

Membre principal

Es tracta d'un concepte valoratiu, la interpretació del qual no pot resultar condicionada a les circumstàncies personals del subjecte passiu, encara que la consideració com a més o menys principal d'un o un altre òrgan dependrà de les creences i valors dominants en cada societat concreta, la qual cosa planteja problemes complexos en el si d'una societat pluralista. Mostra d'això és que el legislador hagi optat per deixar clar el caràcter principal de les mutilacions genitals.

La jurisprudència qualifica com a membres principals aquells que tenen autonomia funcional, i considera com a no principals "els que manquen d'aquesta autonomia, i serveixen només per a facilitar el funcionament dels principals" (STS de 16 de febrer de 1990). Així, la mà és membre principal, mentre que un dit o una de les seves falanges sempre serien no principal. També tenen caràcter principal una cama, un braç, un peu, l'estómac, el fetge, un ronyó o un ovari, segons assumeix la doctrina dominant. Per contra, els lòbuls de les orelles i la melsa han estat qualificats per la jurisprudència com no principals.

Deformitat

La jurisprudència interpreta la deformitat com a irregularitat física, visible i permanent, amb prou entitat qualitativa per a modificar l'aspecte físic de l'afectat, sense que ho exclouï la possibilitat d'eliminació per mitjà d'una operació de cirurgia reparadora (STS de 10 de setembre de 1991), i sense que les circumstàncies subjectives de la víctima com l'edat, el sexe o la professió disminueixin el desvalor de resultat del fet, atès que el dret a la pròpia imatge no depèn de l'ús que el subjecte en vulgui fer; per la qual cosa tals matisos subjectius poden ser valorats a l'hora de determinar la responsabilitat civil, però no en la graduació de l'injust penal (STS de 24 de novembre de 1999).

També s'ha apreciat l'existència de deformitat en casos de cicatrius en el cuir cabellut i en el front, malgrat estar ocultes, si concorren les notes d'irregularitat física, permanència i visibilitat. La STS núm. 302/2015, de 19 de maig, fonamenta aquest criteri en què suposen una càrrega per a la víctima "si desitja excloure la lletjor". Quant a les peces dentàries, en una reunió de ple no jurisdiccional de la Sala Segona, de 19 d'abril de 2002, sobre l'aplicació de la "deformitat" a la pèrdua de dents es va acordar que

“[...] la pèrdua d’incisius o altres peces dentàries ocasionada per dol directe o eventual és ordinàriament subsumible en l’art. 150 CP. Aquest criteri admet modulacions en supòsits de menor entitat, en atenció a la rellevància de l’afectació o a les circumstàncies de la víctima, així com a la possibilitat de reparació accessible amb caràcter general sense risc ni especials dificultats per al lesionat”.

Es tracta d’un criteri flexible, atès que l’accent es posa en la valoració de les circumstàncies del cas i en l’acceptació que la possibilitat de reparació aconsellaria excloure l’aplicació del tipus agreujat, la qual cosa ha d’entendre’s en el context d’una facilitat d’accés d’una part rellevant de la població a tècniques reparadores consolidades en la pràctica odontològica i que suposen un baix risc.

Així, la STS 359/2015, de 5 de juny, exclou la subsumpció dels fets en l’art. 150, amb l’argument que “es tracta de la mera mobilitat de dues peces dentàries, no de pèrdua, valorant la possibilitat de reparació accessible sense risc per al lesionat”.

La LO 11/2003 ha introduït explícitament en l’article 149.2 les **mutilacions genitals**, com a supòsit assimilat a la pèrdua d’un membre o òrgan principal.

Segons declarava l’exposició de motius, amb aquesta reforma es tractava de combatre certes pràctiques arrelades en certes comunitats, i es llançava el missatge que aquestes no poden estar justificades en raons religioses o culturals.

En aquests casos, es preveu la facultat d’imposar, a més de la pena de presó, la d’inhabilitació especial per a l’exercici de la pàtria potestat o altres drets si el jutge ho considera adequat a l’interès del menor o incapaç.

1.5. Lesions imprudents

L’article 152 tipifica com a delicte les diverses modalitats de lesions culposes mitjançant la remissió expressa als corresponents tipus dolosos.

La supressió de les faltes produïda mitjançant la LO 1/2015 va reduir l’àmbit de les lesions imprudents a l’art. 152 CP, la qual cosa ha portat la despenalització dels supòsits típics de lesions causades per imprudència lleu. En la versió reformada de l’art. 152 s’hi van afegir als supòsits d’imprudència greu, els d’imprudència menys greu. El tractament jurídic de les lesions culposes consistents en imprudència greu i menys greu es diferencia, a més de les seves diferents conseqüències en els ordres sancionatori i processal, en el règim de perseguibilitat, que en el segon supòsit és de caràcter semipúblic.

La LO 2/2019 ha introduït diverses modificacions a l’article 152:

- a) Presumpció *ex lege* de gravetat de la imprudència causada en les circumstàncies previstes a l'article 379 (art. 152-1).
- b) Presumpció *ex lege* d'imprudència menys greu quan el fet sigui conseqüència d'una infracció greu de la normativa de trànsit (art. 152-2).
- c) Incriminació de la causació de les lesions de l'article 147-1 per imprudència menys greu (art. 152-2).
- d) Qualificació de la pena en cas de múltiples víctimes causades per imprudència greu (art. 152 bis).

Amb aquestes reformes, s'han pretès pal·liar els efectes de la despenalització de les faltes produïda a la reforma de 2015, i, a més, s'ha incorregut en una escalada punitiva respecte a les infraccions relacionades amb el trànsit viari. L'impacte de la clàusula d'exasperació punitiva de l'article 152 bis, molt criticada per la major part dels comentaristes, és molt remarcable.

Les lesions culposes han de reunir les característiques pròpies de tot delictes imprudent, el contingut d'injust del qual està integrat per:

- 1) La part objectiva del tipus, constituïda per la infracció, mitjançant acció o omisió, de la norma de cura exigible en el tràfic (desvalor d'acció), formada per un doble deure de preveure el perill i d'ajustar la conducta a aquesta previsió.
- 2) La part subjectiva, concretada en el dol referit merament a la conducta perillosa, però que no afecta el resultat típic, sense que sigui necessària la concurrència efectiva de la previsió aproximada del perill. Segons que es produeixi o no serem davant una culpa conscient o inconscient.
- 3) La causació d'un resultat típic imputable objectivament a la conducta perillosa (desvalor de resultat), sense el qual el fet romandrà impune (no escauen les formes imperfectes d'execució).

1.6. Els maltractaments en l'àmbit domèstic

EL CP 1995 va tipificar com a delictes en l'article 153 la **violència domèstica habitual**. Posteriorment, mitjançant la LO 11/2003, de 29 de setembre, es van elevar a la categoria de delictes els **maltractaments no habituals** produïts en el context domèstic o familiar, i el supòsit típic de violència domèstica habitual es va passar a allotjar en l'article 173.II, amb una penalitat més greu. La LO 1/2004 va establir un agreujament específic per als supòsits de violència de gènere.

El tipus delictiu s'estructura entorn de les conductes de maltractaments, lesions o certes amenaces, amb la condició que es produeixin en el si del grup familiar o de l'àmbit de relacions legalment definit. A això s'hi afegeix la tipificació com a delictes de la causació d'un menyscapse psíquic. Aquest és també un dels aspectes criticats de l'ampliació que s'ha produït en l'àmbit de les conductes típiques a través de les successives reformes. La versió de 2003 s'inscriu en la tendència a valorar més la dimensió psíquica d'aquests delictes, ja apuntada en el Codi penal de 1995 (amb la introducció de les lesions psíquiques en el tipus bàsic de l'art. 147) i accentuada molt substancialment en la reforma de 1999 (mitjançant l'assimilació de la violència psíquica a la física habitual).

Pel que fa a l'àmbit de relacions personals que s'hi inclouen, ens remetem al que exposa posteriorment respecte a l'article 173.2.

El segon paràgraf de l'article preveu diversos supòsits qualificats:

- 1) Efectuar el fet en presència de menors.
- 2) Utilització d'armes.
- 3) Executar el fet en el domicili comú o de la víctima.
- 4) Trencar una mesura de protecció.

El Tribunal Constitucional s'ha pronunciat mitjançant diverses sentències sobre les qüestions de constitucionalitat acumulades respecte als diversos preceptes del Codi penal modificats per la Llei 1/2004 de violència de gènere. En totes ha desestimat les qüestions i ha confirmat la constitucionalitat dels articles impugnats (art. 148-4 i 153, entre d'altres), encara que en tots els casos amb diversos vots discrepants d'alguns magistrats i amb significatius matisos en la fonamentació de les sentències.

En les sentències 59/2008, de 14 de maig, i 81/2008, de 17 de juliol, referides a la constitucionalitat de l'article 153.1 CP, el TC afirma que la diferenciació punitiva

"[...] la sustenta el legislador en la seva voluntat de sancionar més unes agressions que entén que són més greus i més reprotxables socialment a partir del context relacional en què es produeixen i a partir també del fet que aquestes conductes no són una altra cosa que el transsumpte d'una desigualtat en l'àmbit de les relacions de parella de gravíssimes conseqüències per qui d'una manera constitucionalment intolerable hi té una posició subordinada".

Segons el TC, la norma diferenciadora no és contrària al principi constitucional d'igualtat. En la mesura que el legislador persegueix una finalitat legítima, el tractament diferenciat és adequat per a aconseguir aquesta finalitat i les conseqüències que es deriven de la diferència superen el control de proporcionalitat.

En les sentències 41/2010, de 22 de juliol, i 45/2010, de 28 de juliol, el Tribunal ha hagut d'esquivar un escull més gran, atès l'important salt punitiu que representa passar de la pena de l'article 147.1 a la del 148.4. Aquestes sentències consideren que això no representa "un desequilibri palès i excessiu o desraonat", atès que l'agreujament de l'article 148.4 és d'apreciació facultativa, la qual cosa exigeix la comprovació per part de l'òrgan sentenciador, a més del fet de ser la víctima dona la parella o exparella de l'ofensor, que els fets expressin un injust qualificat, de manera que el jutge podria optar, malgrat ser davant un supòsit de violència de gènere, per no imposar l'agreujament si no s'aprecia aquesta particular intensitat lesiva en el risc i en el resultat.

Malgrat que les sentències del TC refusen expressar-se amb la claredat necessària, confirmen les posicions doctrinals que salven la constitucionalitat dels tipus penals diferenciadors per raó de gènere i reconeixen que l'òrgan sentenciador ha d'examinar si concorren en el cas concret les condicions que permetin qualificar el fet com de violència de gènere, de manera que només en aquest cas hauran d'optar per l'aplicació del tipus agreujat i no en aquells altres en què l'agressió, lesió, coacció o amenaça, segons quin sigui el cas, de l'home sobre la seva parella o exparella femenina s'expliqui per una altra classe de raons.

La necessitat de diferenciar en quins casos és aplicable la qualificació "de gènere" exigeix dels jutges una atenció a les circumstàncies del cas concret, la qual cosa no resulta precisament una posició còmoda. De tota manera, tot i que alguns tribunals ho han entès així, en la pràctica judicial s'ha anat imposant una posició majoritària a favor d'una aplicació generalitzada del tipus qualificat. Així, per exemple, la STS de 27 de maig de 2015, en un cas d'agressions i lesions mútues, cassa la sentència de l'Audiència i s'imposa a l'home una pena de dos anys de presó, amb aplicació del tipus agreujat de l'art. 148-4, i a la dona una pena de nou mesos de presó, rebutjant l'aplicació de l'eximent incompleta de legítima defensa que havia apreciat l'Audiència per haver estat la dona qui li havia agredit en primer lloc. Aquesta línia jurisprudencial es consolida amb l'Acord del Ple de la Sala Segona del TS plasmat a la sentència 677/2018, de 20 de desembre, segons la qual els tribunals no poden fer distincions que el legislador no ha fet. Quatre vots particulars discrepen del parer de la majoria, amb l'argument que "la concurrència d'un context de dominació no es pot presumir en contra del reu".

1.7. Participació en la baralla amb mitjans perillosos

L'actual delictes de participació en la baralla amb mitjans perillosos té com a remot precedent legislatiu els delictes d'homicidi i lesions en una baralla tumultuària, suprimits el 1989 a causa de la seva incompatibilitat amb la seguretat jurídica i el principi de culpabilitat i substituïts per un nou tipus delictiu, en què se sanciona la provocació d'un perill per a la vida i la integritat en les persones.

L'actual article 154 configura un **delicte de perill**. La conducta típica requereix la presència de dues característiques:

a) L'existència de diverses persones que facin accions d'escomesa física. Això comporta alhora dues exigències: la reciprocitat de l'escomesa, imposada per l'expressió *entre si*, i el seu caràcter tumultuari, que obliga a constatar la intervenció de més de dues persones. Com que es tracta d'una acció d'escomesa física, resulten absorbits pel tipus els simples cops o maltractaments d'obra de l'article 147-3.

b) Un resultat de perill, consistent no solament en la utilització de mitjans o instruments objectivament perillosos en abstracte, sinó en la posada en perill concreta de la vida o la integritat d'una o més persones. Cal entendre el perill per a la integritat com el risc de provocació d'una lesió de les de l'article 147.1.

1.8. Rellevància del consentiment de la víctima

La rellevància del consentiment en els delictes de lesions és una de les qüestions que sempre han despertat més interès per part de la doctrina i que han estat més mal resoltes en totes les reformes penals que hi ha hagut fins ara. Els diversos projectes i esborranys del Codi penal elaborats des de 1980 han optat majoritàriament per substituir el contingut de l'anterior article 428 per una clàusula que declarava, amb certs límits, la rellevància eximent del consentiment. No obstant això, la redacció definitiva de l'article 155 adopta una fórmula sense precedents en el dret comparat, que confereix al consentiment del lesionat un valor merament atenuant.

L'efecte atenuant del consentiment en les lesions es pot fonamentar en la naturalesa pluridimensional del bé jurídic incolumitat, integrat per una part que constitueix una emanació directa de la dignitat humana (que en la nova sistemàtica s'ha denominat "integritat moral") i resulta en conseqüència disponible, i pel substrat material concretat en la **salut i integritat corporal**, dimensió aquesta que mitjançant l'article 155 es declara indisponible.

En conseqüència, el consentiment del subjecte passiu implica la negació de la tipicitat en els delictes contra la integritat moral (així com en els atacs a la incolumitat no constitutius de lesions, com els tipificats en els articles 147-3 i 154, a més del 153), mentre que tan sols disminueix l'injust en els delictes de lesions, de naturalesa pluriofensiva.

Això no obsta per a afirmar el **caràcter atípic** del tractament medicocuratiu, atesa l'absència d'afecció al bé jurídic salut. Estant subjectes aquestes actuacions al requisit del consentiment (art. 8 i 9 de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica); la realització d'aquestes incomplint aquest requisit no constitueix delictes de lesions, sinó un supòsit de tractament mèdic arbitrari, que s'ha de qualificar com a coaccions (art. 172) o, si hi concorren altres circumstàncies addicionals, com a pràctica de reproducció assistida no consentida (art. 162) o tracte degradant (art. 173). El mateix cal dir respecte de l'atipicitat de les intervencions que no tenen un efecte immediat de millora de la salut física, com la cirurgia estètica, però que, en tot cas, no causen un menyscapte en aquesta i fins i tot poden contribuir positivament a la salut psíquica de l'individu.

L'article 156 CP preveu tres supòsits en què, a manera d'excepció, es declara la rellevància eximent del consentiment de la víctima. Aquests supòsits són:

- Transplantament d'òrgans.
- Cirurgia transsexual.
- Esterilització.

El Codi exclou la validesa del consentiment obtingut viciadament. Com a vicis rellevants s'han de considerar bàsicament la por insuperable i l'error, també quan aquest recau sobre els motius o sobre el coneixement de la transcendència real de la intervenció. La necessitat d'una informació suficient es confirma per l'exigència de consciència, que no es pot interpretar merament com la comprovació que el subjecte no es troba en estat de son, sinó com a expressió del principi del "consentiment informat", que es concreta en la normativa de transplantaments i la legislació sanitària.

La invalidesa del consentiment s'estén, a més, als supòsits en què s'hagi obtingut mitjançant preu o recompensa, amb la qual cosa es tracta d'evitar sobretot pràctiques indesitjables d'experimentació mèdica amb cobais humans i de tràfic d'òrgans i situacions contràries a la dignitat humana en què una persona es veu impulsada a vendre els seus òrgans per a poder fer front a una precarietat econòmica angoixant.

Esterilització de persones amb discapacitat

El CP 1995 desenvolupa el règim d'excepcions en extreure, de la regla que declara la invalidesa del consentiment prestat pels menors d'edat i incapaços o pels seus representants legals, els supòsits d'esterilització d'incapaços. El CP s'adapta a la STC núm. 215/1994, de 14 juliol, que va buidar els interrogants existents sobre la constitucionalitat de l'esterilització de les persones al fet que al·ludeix el segon paràgraf de l'article 156. L'autorització és una qüestió civil que es pot acordar en un expedient de jurisdicció voluntària dels articles 1812 i següents de la Llei d'enjudiciament civil o en el mateix procediment d'incapacitació. Cal recordar que la LO 1/2015 ha substituït l'expressió "incapaç" per la de "persona amb discapacitat necessitada de protecció especial". A més, en la reforma de 2015 s'ha regulat en termes més estrictes l'admissibilitat de l'esterilització d'aquestes persones. L'autorització judicial només podrà acordar-se quan es tracti de "supòsits excepcionals en els quals es produeixi greu conflicte de béns jurídics protegits, a fi de salvaguardar el major interès de l'afectat". Pel que fa al procediment, se suprimeixen les exigències que hi hagi hagut petició del representant legal, exploració de l'incapaç i audiència del Ministeri Fiscal i dictamen de dos especialistes i es remet a allò establert en la legislació civil. Segons l'Exposició de motius, amb això es pretén donar un millor tractament a l'esterilització acordada judicialment, de manera que aquesta quedi circumscrita als supòsits excepcionals als quals al·ludeix el text reformat de la Llei.

1.9. Tràfic d'òrgans humans

La LO 5/2010 va introduir en l'article 156 *bis* CP un tipus delictiu de **tràfic d'òrgans humans**. Aquesta figura típica es va justificar en l'exposició de motius, al·ludint al fenomen "cada vegada més estès de la compravenda d'òrgans humans i a la crida de diversos fòrums internacionals a abordar la seva punició".

Segons la **Declaració d'Istanbul** de 2008, aquestes pràctiques violen els principis d'igualtat, justícia i respecte a la dignitat humana. D'altra banda, una referència fonamental és la Directiva 2010/45/UE, de 7 de juliol, sobre normes de qualitat i seguretat dels òrgans humans destinats al trasplantament, que té com a objectiu erradicar el tràfic d'òrgans i el turisme de trasplantaments, per la qual cosa els estats han de garantir que les donacions siguin voluntàries i no retribuïdes. Finalment, cal destacar el Conveni del Consell d'Europa sobre la lluita contra el tràfic d'òrgans humans, aprovat a Santiago de Compostel·la el 25 de març de 2015.

El tràfic d'òrgans constitueix un problema fonamentalment **transnacional** que afecta sobretot països en via de desenvolupament, amb sistemes de salut inequitatius i poc transparents. Convé distingir tres fenòmens:

- **El tràfic d'òrgans** en sentit estricte.
- **El comerç de trasplantaments** (o comerç d'òrgans), que comprèn qualsevol conducta que, amb ànim de lucre, tingui per objecte un òrgan humà.
- **El turisme de trasplantaments**, que pot arribar a comprendre no solament el trasllat de receptors, sinó també d'òrgans, donants o professionals, fora de les fronteres jurisdiccionals d'un país per a fer un trasplantament.

La LO 1/2015 ha reformat el Codi penal per adaptar-lo al Conveni de Santiago del mateix any. En lloc de la versió anterior, el legislador ha optat per una definició normativa del concepte de tràfic d'òrgans humans, amb l'extracció o obtenció il·lícita de l'òrgan com a element central. Segons la nova descripció de la conducta, es considera tràfic d'òrgans:

- a) L'extracció o obtenció il·lícita d'òrgans humans aliens, definint taxativament el concepte d'il·licitud.
- b) La preparació, preservació, emmagatzematge, transport, trasllat, recepció, importació o exportació d'òrgans extrets il·lícitament.
- c) L'ús d'òrgans il·lícitament extrets amb la finalitat del seu trasplantament o per a altres finalitats.

A més, a l'article 156 bis-2 es tipifica, amb la mateixa penalitat, la conducta dels qui:

- a) Sol·licitin o rebin, per si mateixos o per persona interposada, un obsequi o retribució o acceptin un oferiment o promesa per proposar o captar un donant o un receptor d'òrgans.
- b) Ofereixin o lliurin, per si mateixos o per persona interposada, un obsequi o retribució a personal facultatiu, funcionari públic o particular en ocasió de l'exercici de la seva professió o càrrec en clíniques, establiments o consultoris, públics o privats, per tal que es dugui a terme o es faciliti l'extracció o obtenció il·lícita o la implantació d'òrgans extrets il·lícitament.

La reforma de 2019 ha incriminat, a més de l'anterior conducta de corrupció activa, la corrupció passiva de professionals vinculats al sistema sanitari (art. 156 bis-5).

Les diverses modalitats delictives mostren un bé jurídic protegit multidimensional. D'una banda, es protegeix la vida i la salut i integritat física de la persona afectada. De l'altra, hi ha una dimensió supraindividual, en la mesura que es protegeixen els principis d'altruisme i solidaritat en la donació i l'equitat en l'accés a teràpies de trasplantaments, i en la seva varietat de turisme, la capacitat del sistema sanitari de determinats països per oferir serveis a la seva pròpia població, atemptant contra l'equitat en l'accés a les prestacions sanitàries.

L'article 156 *bis* CP limita la punició a conductes que tenen per objecte els òrgans humans. Per òrgan cal entendre, segons la Directiva de 2010, "una part diferenciada i vital del cos humà, formada per diferents teixits, que manté la seva estructura, vascularització i capacitat per a exercir funcions fisiològiques amb un nivell d'autonomia important" (art. 2.7). Queden exclosos d'aquest tipus la sang i els seus components, les cèl·lules i els teixits humans, i també els òrgans, els teixits i les cèl·lules d'origen animal. La sang i els components

sanguinis estan actualment regulats per les directives 2002/98/CE, 2004/33/CE, 2005/61/CE i 2005/62/CE, mentre que les cèl·lules i els teixits humans ho estan pel Reial decret 1301/2006 i les directives 2004/23/CE, 2006/17/CE i 2006/86/CE.

En el número tercer, l'article 156 *bis* conté una extensió de l'àmbit del que és típic, i incrimina la conducta del receptor de l'òrgan que consent el trasplantament coneixent-ne l'origen il·lícit, amb una disminució facultativa de la pena.

Les conductes tipificades en l'article 156 *bis* només estan previstes en la seva forma dolosa. En el cas de la conducta del receptor, s'exigeix expressament el coneixement de l'origen il·lícit, la qual cosa planteja el dubte de si comprèn totes les classes i graus del dol, fins i tot el dol eventual, encara que és difícil excloure la tipicitat d'aquests supòsits en un sistema, com l'espanyol, en què es tendeix a assimilar el dol eventual a les altres formes de dol. Si hi falta el coneixement, no hi ha la possibilitat de qualificar els fets com a lesions imprudents de l'article 152, que exigeix la causació de lesió, que, a més, ha de ser en una de les modalitats indicades, entre les quals no figura l'article 156 *bis*.

La versió resultant de la reforma de 2019 ha ampliat l'àmbit d'incriminació del tipus delictiu i això ha permès superar algunes llacunes de la versió de 2010, com la diferenciació punitiva entre el tràfic d'òrgans entre vius i el procedent de cadàvers i la previsió dels efectes de la reincidència internacional. Amb tot, ha estat considerada com una oportunitat perduda d'aconseguir una bona regulació (García Alberó) i se n'han posat en evidència dos problemes. D'una banda, un punitivisme exacerbada, que troba la seva principal expressió en els tipus qualificats d'aplicació obligatòria (art. 156 bis-4), i, de l'altra, la dificultat de delimitar aquesta nova figura delictiva, de perfils tan amplis, respecte de la de tràfic de persones (art. 177 bis), amb la complexa problemàtica concursal que això planteja.

2. El delicte de lesions al fetus

La protecció penal dels béns jurídics del *nasciturus* quedava reduïda, abans de l'aprovació del CP 1995, a la resposta penal prevista per als supòsits d'avortament. Així com la vida del no nascut era considerada digna de protecció, no existia una forma de tutela penal de la seva salut, malgrat que el desenvolupament de tècniques de detecció i intervenció sobre el fetus ha comportat alhora més riscos per a la salut derivats de conductes doloses o imprudents i més possibilitats de prevenció i reacció davant aquests riscos.

El CP 1995 va tipificar el delicte de **lesions al fetus**, amb una modalitat dolosa i una d'imprudent. L'article 157 descriu la conducta típica consistent a causar a un fetus, per qualsevol mitjà o procediment, una lesió o malaltia que perjudiqui el seu desenvolupament normal o hi provoqui una tara física o psíquica greu.

El **bé jurídic protegit** és la salut del *nasciturus*. La seva protecció es justifica en el fet que, des del moment de la gestació, l'embrió adquireix un valor jurídic autònom que reclama la resposta penal. Aquesta autonomia es manifesta, tal com apareix configurat el tipus penal, en el fet que l'atac al bé jurídic es materialitza tant si la lesió o malaltia perdura més enllà del naixement com si desapareix durant el procés de gestació.

Una qüestió fonamental és la delimitació de l'**objecte material**. El Codi penal al·ludeix al *fetus*, terme que en l'àmbit mèdic està referit a l'última fase del desenvolupament embrionari, a partir dels tres mesos aproximadament. En fases anteriors s'al·ludeix al preembrió, que és el grup de cèl·lules resultants de la divisió progressiva de l'òvul fecundat fins que es produeix la seva implantació en l'úter matern (aproximadament fins als catorze dies), i a l'embrió, que és la fase que s'inicia amb la implantació, catorze dies després de la concepció, i acaba cap als tres mesos, i es caracteritza per l'origen i desenvolupament de la formació dels òrgans humans. La legislació de tècniques de reproducció assistida s'ha basat en aquesta distinció conceptual.

No obstant això, des del punt de vista penal, la doctrina dominant entén que la protecció penal s'inicia en el moment de la implantació. La consideració del preembrió com a possible objecte material del delicte de lesions al fetus seria incongruent amb la legislació que autoritza la intervenció sobre aquests. A més, atès que fins a la implantació no es produeix la individualització definitiva del *nasciturus* i prop de la meitat dels òvuls fecundats no arriben a niar,

la pretensió d'estendre fins a una fase tan incipient la protecció penal seria contrària als principis de mínima intervenció i protecció fragmentària del bé jurídic.

El tipus descriu un delictes de resultat, la consumació del qual es pot produir en dues formes alternatives:

- 1) La causació d'una lesió o malaltia que perjudiqui greument el normal desenvolupament del fetus.
- 2) La provocació d'una tara física o psíquica greu.

La distinció entre lesió o malaltia, d'una banda, i tara física o psíquica, sembla expressar la voluntat de comprendre tant els casos en què es produeix una tara persistent, que es manté més enllà del naixement, com els supòsits en què la lesió o malaltia no transcendeixen a la fase fetal, ja sigui perquè el fetus ha aconseguit superar-les de manera natural o per una intervenció mèdica curativa. La inclusió de les tares psíquiques, que només tenen sentit mentre es concebin com a permanents, confirma aquesta interpretació. També és coherent amb aquesta el fet que es compensi la no-necessitat de persistència en el primer cas amb l'exigència d'un perjudici greu en el desenvolupament fetal. En tots dos casos la rellevància penal del fet es condiciona a un concepte jurídic indeterminat, com és la gravetat, la qual cosa traça una distinció entre els supòsits de caràcter delictiu i els que no aconsegueixen rellevància penal.

Les lesions al fetus es configuren com un delictes comú, amb subjecte actiu indiferenciat. Això permet considerar com a autora la mateixa dona embarassada, tal com s'infereix, a *contrario sensu*, de l'article 158, que exclou la punibilitat d'aquesta només respecte de la modalitat imprudent. La previsió d'una pena d'inhabilitació especial per a exercir qualsevol professió sanitària o per a prestar serveis en clíniques, establiments o consultoris ginecològics, a més de la pena privativa de llibertat, representa un increment de l'amenaça punitiva enfront del personal sanitari.

L'article 158 preveu la sanció penal de la comissió de les lesions al fetus per imprudent greu, amb un agreujament punitiu en els casos d'imprudència professional.

3. Els delictes contra la integritat moral

3.1. Aspectes generals

El CP 1995 va introduir, per primera vegada en la història legislativa espanyola, un títol dedicat a la **tortura** i els delictes contra la **integritat moral**. El sentit politicocriminal del títol s'explica, d'una banda, per la necessitat d'omplir un buit de protecció enfront de les agressions físiques o maltractaments greus que no vagin acompanyats de lesió, la qualificació dels quals com a falta de vegades era insuficient. D'altra banda, s'ha de tenir en compte la necessitat d'oferir una resposta penal adequada davant la tortura, d'acord amb l'evolució produïda en el dret internacional. Finalment, el legislador va voler reclamar l'atenció del dret penal respecte de la protecció d'un dret fonamental: el dret a la integritat moral.

Malgrat això, s'ha de constatar la dificultat de respondre a aquestes necessitats amb una fórmula adequada que respongui a lògiques exigències de taxativitat. Davant aquesta dificultat, la llei ha definit amb poca precisió els pressupòsits de la reacció punitiva, i es limita pràcticament en l'article 173 a formular de manera negativa el contingut de l'article 15 de la Constitució, no obstant la indeterminació inherent al concepte d'*integritat moral* i l'escassetat de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre aquest.

El bé jurídic comú a les diverses figures delictives del títol, la **integritat moral**, constitueix una manifestació directa de la dignitat humana. En l'acostament doctrinal al bé jurídic s'ha tendit en general a destacar aquest aspecte.

La integritat moral seria així, en paraules de Muñoz Conde, "el dret de la persona a ser tractada d'acord amb la seva dignitat, sense ser humiliada ni vexada, siguin quines siguin les circumstàncies en què es trobi i la relació que tingui amb altres persones".

Tal com passa amb la integritat física i la salut, l'atemptat contra la integritat moral intensifica l'injust produït per l'agressió al bé jurídic genèric incolumitat corporal. En tant que dret fonamental i conseqüència directa de la dignitat humana, aquest bé jurídic és disponible, per la qual cosa el consentiment del subjecte passiu actua com a causa d'exclusió de la tipicitat.

3.2. El delicte de tracte degradant

Segons l'article 173.1 CP,

“qui infligeix a una altra persona un tracte degradant, i menyscaba greument la seva integritat moral, ha de ser castigat amb la pena de presó de sis mesos a dos anys”.

En la versió de 1995, el contingut del precepte s'exhauria en aquesta concisa descripció de la conducta típica. Posteriorment, per mitjà de reformes successives, s'han anat incorporant nous continguts assimilats, d'una manera o una altra, al tracte degradant, relacionats amb noves necessitats de tutela penal vinculades a l'evolució de les sensibilitats socials. El 2003 s'introdueix el número segon de l'article 173, en què s'integren els supòsits de violència domèstica habitual, i el 2010 es creen dos nous supòsits, l'assetjament laboral i l'assetjament immobiliari, que guarden analogia amb aquests pel que fa a la nota de reiteració. Aquestes diverses noves formes de tracte degradant són supòsits en què la gravetat que els fa assimilables a la forma bàsica i primigènica del delicte procedeix no de cadascun dels actes aïlladament considerats sinó de la instauració, més o menys repetitiva, d'una certa pauta de conducta en un determinat context.

Segons la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, el tracte degradant constitueix l'última baula d'una escala d'atemptats a la integritat moral la manifestació més greu dels quals és la tortura i el tracte inhumà, la modalitat intermèdia.

El CP espanyol respecta aquesta graduació, de manera que el tracte degradant exerceix un paper de tipus bàsic respecte de la tortura, encara que no es pot oblidar que, atès el caràcter de delicte especial que té aquest, el tracte degradant apareix més aviat com a delicte comú en relació amb la tortura.

No obstant això, el tracte degradant no s'ha d'entendre com el llinard mínim de l'atac a la dignitat humana, ja que no hem d'oblidar l'existència del delicte d'injúries, que rep una desvaloració menor en el Codi penal. També ha d'anar més enllà del mer atac físic o la coacció, que també reben una resposta punitiva de menys gravetat.

La idea de tracte degradant suggereix la necessitat d'una actuació de l'autor sobre el cos de la víctima o la coacció o intimidació perquè aquesta faci una conducta que la **cosifiqui** o l'envileixi de manera greu.

La configuració típica de l'article 173.1 CP configura el tracte degradant com un delicte de mera activitat. La temptativa és admissible només en la seva modalitat inacabada. El menyscapte greu a la integritat moral no ha de ser interpretat com a resultat separat de l'acció, atès que la referència legal a la

lesió del bé jurídic té com a única funció restringir l'esfera del que és típic a les conductes que, des de la perspectiva de l'objecte jurídic de tutela, mereixin la qualificació de greus. Aquí es reproduïen, per tant, els problemes d'indeterminació habituals quan la llei opta per delegar absolutament en els tribunals la valoració de la gravetat del fet típic.

Exemples judicials

Com a exemples d'aplicació de l'article 173.1 CP cal esmentar els supòsits següents: abandonar nu a la muntanya un company al qual havien pintat el cos de rosa i el cabell (SAP Guipúscoa S 3a. de 25-5-2000 [ARP 2000, 1731] i STS de 8 de maig de 2002 [RJ 2002, 6709]), agent policial que copeja desmesuradament amb la defensa la víctima quan la reduïa (SAP Balears de 21 de juny de 2001 [ARP 2001, 699]), copejar i introduir el cap de la parella al vàter (SAP S 3a. Barcelona de 17 d'abril de 2000 [ARP 2000, 157]), deixar en calçotets una persona detinguda, donar-li cops de puny, bufetades i copejar-li les mans amb una vara (STS de 7 d'octubre de 2002 [RJ 2002, 9972]). També s'ha qualificat com a tracte degradant la molt comentada agressió brutal contra una jove que viatjava en un tren, mitjançant cops i pessics humiliants en diferents parts del cos (Sentència del Jutjat núm. 16 penal de Barcelona de 16 de març de 2009). La jurisprudència ha evolucionat en el sentit d'acollir supòsits com l'assetjament escolar. Així, per exemple, en el molt comentat cas "Jokin", l'AP Guipúscoa, en la sentència de 15 de juny de 2005, va confirmar la sentència del jutge de menors que va condemnar per tracte degradant els adolescents que de manera reiterada van sotmetre un company d'escola a un tracte cruel i humiliant i a una pressió psicològica que va acabar amb el suïcidi de l'assetjat.

Casos discutits

- La Sentència de 17 de març de 2008 del TSJ del País Basc qualifica com a tracte degradant la conducta de l'imputat respecte d'una companya de treball. Aprofitant que aquesta estava absent del seu domicili, va agafar distretament les claus del seu cotxe, va entrar al seu dormitori i, després d'esquinçar els llençols del llit, es va masturbar i hi va deixar restes de fluid seminal.
- Segons la Sentència de l'AP de la Corunya de 10 de setembre de 2009, hi ha tracte degradant en el comportament de l'exnuvi rebutjat que va omplir la ciutat de pintades en què titllava de "puta" la dona, amb indicació dels seus senyals i del preu pels serveis de prostituta que falsament li atribuïa.

Aquests pronunciaments han suscitat crítiques en què es denuncia un excés de laxitud a l'hora d'apreciar tracte degradant en lloc d'injúries, la qual cosa implica una pena més greu. Per a evitar l'excés se suggereix l'exigència de reiteració dels actes, la qual cosa no és acceptable, ja que no es desprèn en cap cas de la descripció típica i, a més, és desmentit per la reforma de 2010, que implícitament reconeix la viabilitat de considerar com a greus fets no reiterats.

3.3. Assetjament laboral

La LO 5/2010, de 22 de juny, va introduir un nou supòsit típic assimilat al tracte degradant, consistent en l'assetjament laboral. D'aquesta manera es porta al pla legislatiu el fenomen de l'assetjament psicològic o *mobbing*, una de les formes d'assetjament que més atenció han rebut els últims temps. La llei penal reflecteix l'evolució de la sensibilitat social respecte de diverses formes de fustigació o assetjament psicològic. Ja ho havia fet amb la tipificació de l'assetjament sexual el 1995 i la posterior ampliació produïda el 1999 a supòsits d'assetjament horitzontal, i ara ho fa amb l'assetjament laboral, i també amb el setge immobiliari, recollit en el tercer paràgraf del mateix precepte. Aquestes decisions d'incriminació de conductes fins ara desproveïdes de rellevància juridicopenal responen a demandes d'intervenció enfront de formes de victimització generadores d'un important impacte psíquic, respecte a les

quals un nombre cada vegada més gran d'agents socials planteja la necessitat del recurs al dret penal, a mesura que les circumstàncies i els efectes d'aquestes situacions són més estudiades, conegudes i difoses.

La conducta típica es descriu en termes força restrictius i, segons el que preveu el paràgraf segon de l'article 173.1, es configura entorn de quatre elements:

- 1) S'incrimina només l'assetjament vertical, ja que s'exigeix que l'autor actui prevalent-se d'una relació de superioritat en l'àmbit d'una relació laboral o funcional.
- 2) Els actes han de ser hostils o humiliants.
- 3) S'exigeix reiteració, la qual cosa implica la necessitat de constatar l'existència d'una certa pauta de conducta en l'assetjador.
- 4) El fet ha de representar un assetjament greu per a la víctima.

Respecte a l'últim element, el tipus té cura de precisar que no han d'arribar a constituir tracte degradant, la qual cosa es correspon amb el sentit de l'opció incriminadora, de manera que s'elevi a la condició de delictes i s'assimiliïn al tracte degradant actes que no mereixerien aquesta consideració si no s'haguessin produït en el context laboral o funcional i en les condicions de superioritat i reiteració esmentades.

3.4. Assetjament immobiliari

La LO 5/2010, de 22 de juny, va introduir en el paràgraf tercer de l'article 173.1 CP un nou tipus delictiu, pel qual se sanciona amb la mateixa pena que la del delictes de tracte degradant a qui:

“[...] de forma reiterada porti a terme actes hostils o humiliants que, sense arribar a constituir tracte degradant, tinguin per objecte impedir el legítim gaudi de l'habitatge”.

La incriminació d'aquesta conducta dona resposta a la problemàtica de l'assetjament o setge immobiliari, també sovint denominat *assetjament* o *mobbing immobiliari*. Segons l'exposició de motius, amb això:

“[...] es pretén tutelar el dret al gaudi de l'habitatge per part de propietaris o inquilins enfront dels atacs dirigits a obligar uns o altres a abandonar-lo per a aconseguir així, en la majoria dels casos, objectius especuladors”.

La conducta típica objectiva consisteix a dur a terme de forma reiterada actes hostils o humiliants. Es tracta d'un delictes de mera activitat, que no exigeix la producció d'un resultat separat de l'acció.

Respecte a la reiteració i al caràcter hostil o humiliant dels actes, val el que hem comentat anteriorment a propòsit de l'assetjament laboral. L'estructura de la infracció és idèntica a l'anterior pel que fa a la tipificació d'actes que, aïlladament considerats, no aconseguirien la gravetat mínima per a ser considerats com a tracte degradant. És la reiteració en un determinat context la que els confereix dimensió delictiva. No obstant això, hi ha importants diferències entre el tipus d'assetjament immobiliari i el d'assetjament laboral. En el supòsit que estem comentant, el context relacional dels subjectes actiu i passiu no està perfilat. Som davant un delictes comú, que pot cometre qualsevol persona, tant si és el propietari de l'immoble com un administrador, un veí o qualsevol persona que, per les raons que sigui, incorre en la conducta objectivament descrita. No és necessari, si més no, una relació prèvia entre autor i víctima. D'altra banda, no s'exigeix gravetat en els fets. Com a únic element de tancament del tipus es recorre a la dimensió subjectiva del fet, definida, d'altra banda, en termes amplis, i a la qual ens referim a continuació.

3.5. Violència domèstica habitual

3.5.1. Evolució legislativa i bé jurídic

La LO 11/2003, de 29 setembre, va disposar una nova ubicació sistemàtica del delictes de **violència habitual intrafamiliar**, que va passar a diferenciar-se sistemàticament de la violència no habitual elevada a la condició de delictes i tipificada en l'article 153.

La violència habitual en el context domèstic o familiar és ara un delictes contra la integritat moral, tipificat en l'article 173.II, pel qual es preveu una resposta legal més greu que la del delictes de tracte degradant.

El bé jurídic protegit no és la salut o la integritat corporal, sinó la integritat moral o el dret a no ser sotmès a tracte inhumà o degradant (art. 15 CE) com a manifestació del principi de dignitat humana, sense perjudici de la vinculació dels esmentats béns jurídics a l'espai comú dels delictes contra la incolumitat corporal.

Observació

A més, malgrat les seves semblances i la unitat del bé jurídic protegit, el tracte degradant i la violència domèstica habitual són formes delictives diferents que tenen un tractament legal diferent.

L'elevació a la categoria de delictes de supòsits inicialment constitutius de falta i la consideració que aquests assoleixin en atemptar contra la integritat moral del subjecte passiu es fonamenta en les notes d'habitualitat i convivència (encara que no ben resolta en la configuració típica dels pressupòsits del delictes) o vinculació personal persistent. Com que la lesió no és un element del tipus, si aquesta acompanya l'exercici de la violència es produeix el corresponent concurs de delictes, segons el que preveu ara expressament l'últim incís del precepte.

El tractament de l'habitualitat introduït en la reforma de 1999 obliga a replantejar el bé jurídic protegit en aquesta figura delictiva, ja que, com que aquest element del tipus ja no apareix vinculat a la identitat del subjecte passiu, sembla més aviat que la Llei opta per protegir mitjançant aquesta relacions familiars, la qual cosa és discutible en el pla politicriminal. Així s'apunta en la STS 24 de juny de 2000 (RJ 2000, 5792), en la qual s'afirma que el bé jurídic protegit és "**la pau familiar**".

Des del primer antecedent d'aquesta figura delictiva (1989) s'han produït tres modificacions substancials. La versió del CP 1995 va agreujar substancialment la pena, va corregir algunes deficiències de la versió anterior i va estendre la protecció als ascendents o incapaços convivents i als fills de pares la pàtria potestat dels quals ha estat privada. La LO 14/1999, de 9 de juny, va incriminar la violència psíquica i va definir l'element típic d'habitualitat. Les dues reformes esmentades resumeixen una tendència expansiva del dret penal en aquest sector.

La LO 11/2003, de 29 setembre, a més d'incriminar com a delicte en l'article 153 CP comportaments sense la nota d'habitualitat va continuar ampliant l'àmbit de les relacions personals compreses en el tipus de violència habitual i va introduir noves penes privatives de drets i un tipus qualificat.

3.5.2. La conducta típica

Quant a les condicions d'autoria, es tracta d'un delicte especial impropï, el subjecte actiu del qual ha de mantenir amb el subjecte passiu una de les relacions indicades en el tipus. Si hi manca aquesta condició, els fets no passen de ser un delicte lleu de maltractament d'obra de l'art. 147-3, tret que, per la seva gravetat o les seves conseqüències, es puguin qualificar com a tracte degradant, lesions, coacció, amenaça o injúries. Amb la LO 1/2015 ha desaparegut la possibilitat de qualificar-los com una falta de vexació injusta de caràcter lleu, que ha estat destipificada.

L'acció típica es defineix substancialment amb l'expressió *exercir violència física o psíquica*.

L'extensió a la violència psíquica efectuada mitjançant la reforma de 1999 planteja seriosos problemes. Es pot compartir l'opinió que determinades formes dels anomenats *maltractaments psíquics* poden arribar a tenir sobre la víctima, en certes circumstàncies, efectes comparables als maltractaments físics. Però d'aquesta consideració no es deriva automàticament la necessitat d'eleva-los a la categoria de delicte sense cap tipus de matisos i prescindint de si els efectes perversos de l'extensió del tipus penal són superiors als eventuals avantatges que raonablement es poden esperar, atenent les possibilitats reals de conèixer, perseguir i castigar les infraccions. Tot això ha de portar a

una actitud cautelosa i, per tant, a una interpretació restrictiva que exigeix la pràctica d'actes d'una gravetat comparable a la violència física, que vagin més enllà dels mers insults o atacs verbals (que tradicionalment han estat objecte de tractament per una altra via punitiva). Encara que sense que s'hagi d'exigir la materialització d'amenaques constitutives de delictes, les conseqüències de l'extensió als actes de violència psíquica es poden manifestar sobretot en els supòsits en què es presentin combinats amb violències físiques, cosa que facilita la concurrència d'habitualitat.

Exemple

Com a exemples de violència psíquica apreciada pels tribunals cal esmentar la remissió de tres cartes a l'exesposa que produeixen atemoriment i desestabilització d'autoestima amb l'amenaça d'un assetjament constant per aconseguir l'abatiment moral perseguit (SAP Cantàbria, de 31 maig 2002 [ARP 2002, 580]); o atemorir en repetides ocasions el cònjuge usant expressions o insults amb clara actitud intimidadora i vexatòria (SAP Sevilla, de 13 març 2000 [JUR 2001, 102486]).

Pel que fa a les relacions incloses, el tipus comprèn, a més dels supòsits de violència entre cònjuges o parella convivent i contra descendents o germans, les violències exercides contra els fills per part dels pares privats de la pàtria potestat, sobre els fills del cònjuge o convivent i sobre els ascendents. La LO 11/2003 va desvincular la relació de parella de la convivència, de manera que aquesta es pot apreciar fins i tot sense aquesta, i hi queden incloses les **relacions de festeig**. A més, es desborda l'àmbit familiar al qual quedaven referides aquestes conductes, ja que s'hi inclouen persones vulnerables que es troben en centres públics o privats (menors, incapaços o ancians) o persones integrades en el nucli de convivència familiar en virtut d'altres relacions. La referència típica a "una altra relació" s'ha d'interpretar en termes restrictius d'analogia amb les relacions previstes expressament, sense que calgui una nova convivència de fet. La LO 1/2004, de violència de gènere, completa l'extensió de l'àmbit de relacions més enllà de l'àmbit purament familiar i domèstic, ja que també inclou la violència contra l'exparella.

El segon element fonamental del tipus el constitueix l'habitualitat, que s'ha d'interpretar en un sentit diferent del concepte de *reus habituals* que defineix l'article 94. Com a criteris que s'han de tenir en compte per a apreciar l'habitualitat, l'article 173.II assenyala:

- El nombre d'actes de violència.
- La proximitat temporal entre aquests.
- La irrellevància de la identitat del subjecte passiu dels diversos actes, i que aquests hagin estat ja objecte d'enjudiciament en processos anteriors.

Sobre aquests criteris sorgeixen alguns interrogants. En primer lloc, crida l'atenció que el legislador hagi optat per no precisar el nombre d'actes violents, la qual cosa ha portat a la jurisprudència a cedir per força de la inèrcia exigint, com a requisit general, un mínim de tres. En segon lloc, el requisit processal

sobre l'enjudiciament previ dels actes violents s'ha d'entendre (per imperatiu del principi *non bis in idem*) referit als actes individuals que puguin haver estat objecte d'un procés com a delicte o falta de lesions o maltractaments, però no formant part integrant d'un altre delicte de l'article 153 CP.

3.6. Delicte de tortura

La referència expressa a la tortura es correspon amb el concepte encunyat en l'àmbit internacional, concretament per mitjà de la **Convenció contra la tortura i altres tractes o penes cruels, inhumans o degradants** de 10 desembre 1984 (amb data d'entrada en vigor a Espanya el 20 de novembre de 1987), completada a Europa pel Conveni de 26 de novembre de 1987 per a la prevenció de la tortura i de les penes o tractes inhumans o degradants (ratificat per l'Instrument de 28 d'abril de 1989 i amb data d'entrada en vigor a Espanya l'1 de setembre de 1989).

La tortura, inclosa per la doctrina internacionalista en la categoria de **crim internacional**, és la forma més greu dels atemptats contra la integritat moral que preveu l'article 15 CE, per la qual cosa el Tribunal Europeu de Drets Humans ha tendit a qualificar com a tracte inhumà o degradant supòsits que, segons el seu parer, no revestien prou gravetat per a merèixer la consideració de tortura. Això es tradueix en la major gravetat de la pena, en comparació dels altres atemptats a la integritat moral comesos per una autoritat o funcionari tipificats en l'article 175.

La intensificació de la reacció respon a la gravetat dels patiments infligits o a l'afectació d'altres béns jurídics, concretament la llibertat personal, en la mesura que es dóna un constrenyiment per a aconseguir una informació o confessió o un acte de represàlia.

Segons l'article 174 CP, l'existència de tortura requereix la presència dels elements següents:

- 1) El subjecte actiu ha de ser una autoritat o un funcionari que abusa del seu càrrec.
- 2) La conducta objectivament consisteix a sotmetre una persona a condicions o procediments que, per la seva naturalesa, durada o circumstàncies, li comportin patiments físics o mentals, la supressió o disminució de les seves facultats de coneixement, discerniment o decisió o que, de qualsevol altra manera, atempten contra la seva integritat moral.
- 3) L'autor ha d'actuar amb la finalitat d'obtenir una confessió o informació o d'infligir un càstig per un fet que hagi comès o se sospiti que hagi comès, o per qualsevol raó basada en algun tipus de discriminació, la qual cosa constitueix un element subjectiu de l'injust que va més enllà de l'exigència de dol respecte a la dimensió objectiva del fet delictiu.

Respecte al primer dels elements esmentats, la tortura constitueix un **delicte especial impropí**. L'àmbit dels subjectes actius es troba reduït a l'autoritat o funcionari públic. Segons el que s'ha dit, el caràcter de **crim d'Estat** és essencial en la definició d'aquest delicte, de manera que una conducta de similars característiques objectives no atribuïble a una autoritat o un funcionari a títol d'autor no mereix el qualificatiu de tortura i ha de rebre un tractament separat. La consideració com a impropí d'aquest delicte especial ve donada per l'existència d'un tipus comú aplicable als qui fan la mateixa conducta sense tenir la condició personal exigida en el tipus especial.

Quant a la conducta típica, l'article 174 és conseqüent amb la inclusió dins del concepte de *tortura* de la convenció dels patiments morals.

Exemple

Exemples de la provocació intencionada d'aquests patiments es poden trobar en la jurisprudència, en casos com la simulació d'un afusellament o la col·locació d'un objecte lligat al cos fent creure a la víctima que es tractava d'una bomba. En la doctrina internacionalista s'ha considerat que el concepte de *patiment mental* permetia incloure els moderns mètodes psicològics i tecnològicament més refinats, i els que es basen en la desorientació sensorial. El Codi espanyol és molt més explícit, ja que al·ludeix a la "supressió o disminució de les facultats de coneixement, discerniment o decisió".

Encara que els termes en què la doctrina ha comentat la configuració del tipus de tortura són elogiosos, perquè han aconseguit trencar amb la llarga història d'impunitat que ha existit respecte d'aquesta xacra social, alguns autors han criticat l'excessiva indeterminació derivada del recurs excessiu a la integritat moral i a la gravetat de l'atemptat a aquesta com a criteris dels quals es fa dependre el caràcter delictiu del fet i la penalitat aplicable.

L'article 175 tipifica, a manera de figura residual respecte de la tortura i amb una penalitat inferior, els atemptats contra la integritat moral comesos per autoritats i funcionaris públics en abús del seu càrrec en els quals no concorrin els requisits necessaris per a la seva qualificació com a tortura.

3.7. Exigències especials d'autoria

En relació amb la tortura (art. 174) i amb els altres atemptats contra la integritat moral comesos per autoritats o funcionaris en abús del seu càrrec (art. 175), el CP 1995 ha volgut donar una resposta adequada a la problemàtica plantejada per la intervenció de diverses persones en els fets, atès que la tortura i altres formes afins amb freqüència es cometen en el si d'una estructura organitzada de poder en què el fet es veu afavorit per l'aprovació o aquiescència d'altres membres de l'organització i particularment dels superiors.

L'article 176 CP dóna resposta a aquesta realitat mitjançant la creació d'un supòsit típic específic de **comissió per omissió**. No es castiga la mera infracció d'un deure genèric, sinó la cooperació omissiva en un fet típic amb infracció d'un deure específic. Aquesta conclusió es veu confirmada per la conseqüència punitiva prevista, que no és una pena autònoma sinó la mateixa establerta en el corresponent tipus de delictes, d'acord amb el criteri adoptat amb caràcter general en l'article 11.

Atès que el sentit politicocriminal del tipus està orientat especialment al superior jeràrquic de l'autor material dels abusos, la norma que conté l'article 176 ens situa davant la figura dogmàtica de l'autor després de l'autor, atès que, encara que el Codi només al·ludeix al fet de "permetre", la condició de superior implica que el mer coneixement anterior o simultani del fet comès per l'inferior implica l'existència d'un "condomini funcional del fet".

L'exigència de superioritat s'ha d'entendre com un element implícit del tipus, atès que, respecte d'un executor material que tingui la condició de funcionari, només pot permetre i afrontar les mateixes conseqüències punitives que l'executor qui té competència per a autoritzar o impedir els fets comesos per un altre en virtut del principi de jerarquia que regeix en l'Administració.

Actors no estatals

Un aspecte controvertit i de gran complexitat és si l'article 176 permet donar resposta als casos en què els fets siguin executats per no funcionaris sota instigació o amb l'aquiescència de les autoritats. Això implica enfrontar-se a la problemàtica dels actors no estatals que actuen en connivència amb les autoritats o a l'empara de la tolerància oficial. Des del punt de vista dogmàtic, si l'autoritat o funcionari exerceix efectivament el domini del fet, ens remet al problema de l'autoria mediata amb instrument dolós no qualificat.

En aquest cas, si no s'accepta la tesi que sosté la possibilitat que el subjecte qualificat pugui respondre com a autor de tortura, l'autoritat o funcionari seria castigat, per la via de l'article 176, amb la pena prevista per al delictes de tracte degradant (art. 173.1), únic pel qual poden respondre els qui no tinguin la condició de subjecte actiu que exigeixen els articles 174 i 175.

3.8. Problemàtica concursal

L'article 177 CP conté una clàusula concursal, que en general ha estat considerada supèrflua, atès que sense aquesta haurien estat aplicables, amb les mateixes conseqüències, les regles concursals dels articles 73 i 76 CP, conclusió que és certament dubtosa. Davant el que preveu aquesta norma concursal específica, cal distingir diverses situacions:

1) Els supòsits en què l'atemptat a la integritat moral ja es troba comprès en un altre tipus delictiu, la qual cosa impedeix l'existència d'un concurs de delictes. Aquests serien els supòsits d'assassinat (art. 139.3), lesions amb la circumstància d'acarnissament (art. 148.2) o agressió sexual qualificada pel fet que la violència o intimidació té un caràcter particularment degradant o vexatori (art. 180.1), en què quedaria absorbit el delictes de tracte degradant (principi de consumpció de l'art. 8.3 CP).

2) El cas invers, que l'atemptat a altres béns jurídics queda absorbit en l'atemptat contra la integritat moral, com en les injúries, que no són sancionades, també segons el principi de consumpció.

3) Els supòsits en què hi hauria concurs de delictes, com els delictes de detenció il·legal o segrest acompanyats de tracte degradant o tortura. L'afiliació al fet que els fets es castigaran separadament amb la pena que correspongui a cada delictes suggereix la necessitat d'aplicar les regles pròpies del concurs real (art. 76 CP).

4) Més complexos poden resultar els casos de coaccions o amenaces, sense les quals resulta difícilment imaginable el tracte degradant o la tortura i que caldrà resoldre, la major part de vegades segons el principi d'alternativitat, en el sentit d'aplicar el tipus que tingui prevista una pena més greu (art. 8.4).

4. El delicte de tràfic d'éssers humans

Mitjançant la LO 5/2010, de 22 de juny, es va incorporar al CP el títol VII *bis* amb un únic precepte, l'article 177 *bis*, en què s'incrimina el tràfic d'éssers humans com a delicte autònom.

La creació d'aquest nou tipus delictiu respon a compromisos internacionals d'Espanya i implica el reconeixement de l'autonomia i substantivitat d'aquesta figura delictiva, que es diferencia amb gran claredat del tràfic il·legal de migrants, tipificat en l'article 318 *bis*, en el títol dedicat als delictes contra els drets dels ciutadans estrangers.

Se supera amb això la regulació adoptada el 2003, en què es confonien els dos fenòmens esmentats, la qual cosa havia estat doctrinalment molt criticada, perquè no permetia una resposta diferenciada davant els fenòmens de la migració irregular i de les víctimes de greus formes d'explotació.

L'autonomia conceptual del tràfic de persones es consolida en el dret internacional a partir de la Convenció de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional de 15 de novembre de 2000 i el Protocol addicional per a prevenir, reprimir i sancionar el tràfic de persones, especialment **dones i infants**, que va entrar en vigor el 25 de desembre de 2003 (Protocol de Palerm).

Es fonamenta en el reconeixement d'una forma greu de victimització, consistent a reduir la persona a la condició de **mercaderia**.

És un fenomen que els últims temps ha adquirit una dimensió transnacional propiciada per les dinàmiques econòmiques i migratòries pròpies de la globalització, però que en realitat té aspectes comuns amb formes antigues d'explotació de les persones. La lluita contra el tràfic d'éssers humà presenta una continuïtat respecte al combat contra l'esclavitud, la qual cosa s'expressa en les freqüents apel·lacions a la necessitat d'eradicar les modernes formes de servitud. Per això la doctrina dominant sosté que el bé jurídic protegit és la dignitat de les persones explotades o "traficades".

L'article 3 del Protocol de Palerm defineix el tràfic de persones com la captació, el transport, el trasllat, l'acolliment o la recepció de persones, recurrent a l'amenaça o a l'ús de la força o altres formes de coacció, al rapte, al frau, a l'engany, a l'abús de poder o d'una situació de vulnerabilitat o a la concessió o recepció de pagaments o beneficis per a obtenir el consentiment d'una persona que tingui autoritat sobre una altra, amb finalitats d'explotació.

S'entendrà inclosa en aquesta situació, com a mínim, l'explotació de la **prostitució** aliena o altres formes d'explotació sexual, els **treballs o serveis forçats**, l'esclavitud o pràctiques anàlogues a l'esclavitud, la **servitud** o l'**extracció d'òrgans**.

En l'àmbit europeu, la Decisió marc de 19 de juliol de 2002 parteix del concepte de *tràfic de persones* del **Protocol de Palerm**, al qual introdueix petites variacions, i imposa als estats membres l'obligació de castigar amb penes greus les conductes de tràfic comeses per persones físiques i jurídiques, i la inducció, la complicitat i la temptativa. També preveu la necessitat de **mesures de protecció i assistència a les víctimes**.

La regulació del tràfic de persones en el CP espanyol s'estructura en un tipus bàsic i diversos tipus qualificats, amb tres diversos nivells agreujadors. En el tipus bàsic la conducta típica es descriu en l'article 177 *bis*, en termes molt semblants als del dit Protocol internacional, i configura un tipus mutilat de dos actes, en què la realització del tipus delictiu es produeix quan el tractant comet alguna de les conductes descrites i hi concorre alguna de les finalitats previstes en el tipus, sense que sigui necessari que objectivament s'arribi a materialitzar alguna d'aquestes formes d'explotació.

Les conductes són: captar, transportar, traslladar, acollir o rebre. La LO 1/2015 ha especificat que en aquestes conductes s'ha de considerar inclòs l'intercanvi o transferència de control sobre les persones traficades. Aquestes conductes, per poder tenir caràcter típic, han de ser efectuades amb algun dels següents mitjans comissius: violència, intimidació, engany o abús d'una situació de superioritat, necessitat o vulnerabilitat de la víctima. La LO 1/2015 afegeix a aquests mitjans el que consisteix a lliurar o rebre pagaments o beneficis per aconseguir el consentiment de la persona que tingui el control de fet sobre la víctima.

Les finalitats previstes són:

- La imposició de treball o serveis forçats, l'esclavitud o pràctiques similars a l'esclavitud o a la servitud o a la mendicitat.
- L'explotació sexual, inclosa la pornografia.
- L'extracció d'òrgans corporals.
- L'explotació per a portar a terme activitats delictives.
- La celebració de matrimonis forçats.

Les dues darreres han estat afegides per la LO 1/2015, en coherència amb altres modificacions del Codi, com per exemple la creació del delictes de matrimonis forçats (art. 172 *bis*).

L'article 177 *bis*.3 disposa la irrellevància del consentiment de la víctima en els casos en què per a obtenir-lo l'autor s'hagi servit d'alguns dels mitjans comisius descrits en el tipus. Aquests són la violència, intimidació, engany, abús d'una situació de necessitat o de vulnerabilitat de la víctima, amb la qual cosa la llei capta les situacions a través de les quals el subjecte actiu cospa la voluntat de la víctima i la sotmet al seu poder. La concurrència d'alguns d'aquests mitjans d'anul·lació de la voluntat de la víctima no és necessària quan aquesta sigui menor d'edat. En aquest cas el delictes es consuma amb la mera execució d'alguna de les conductes típiques acompanyada d'alguna de les finalitats d'explotació.

L'article 177 *bis* inclou un ampli sistema de tipus qualificats, que permeten arribar a elevats nivells punitius. En un primer nivell d'agreujament, es preveu la imposició de la pena superior en grau en els casos en què:

- es posi en greu perill la víctima;
- la víctima sigui menor d'edat;
- la víctima sigui especialment vulnerable per raó de malaltia, discapacitat o situació;
- el subjecte actiu actui prevalent-se de la seva condició d'autoritat, agent d'aquesta o funcionari públic;
- el culpable pertanyi a una organització o associació de més de dues persones.

En els dos últims supòsits indicats, es preveu un segon nivell d'agreujament i la pena encara es pot agreujar més respecte dels caps, administradors o encarregats de les organitzacions o associacions.

El número 7 de l'article 177 CP preveu la imposició de penes a les persones jurídiques que siguin responsables dels delictes de tràfic.

Víctima delinqüent

El Codi (art. 177 bis.11) preveu una solució per al problema dels que són víctimes de tràfic de persones i es veuen induïts a cometre fets delictius com a conseqüència del fet que s'han vist atrapats en la xarxa de l'organització criminal o per la vulnerabilitat que es deriva de la seva situació d'il·legalitat o de la pròpia victimització. Haver participat en fets delictius incrementa la fragilitat de les víctimes d'aquest delictes davant els seus explotadors i un remei per a neutralitzar-la de què disposa la política criminal és l'adopció d'una clàusula d'exempció de pena. L'excusa absolutòria comprèn les infraccions penals comeses en la situació d'explotació soferta, sempre que la participació en aquestes hagi estat conseqüència directa de la situació de violència, intimidació, engany o abús a què hagi estat sotmesa. En tot cas, el Codi condiciona l'exempció al fet que el jutge o tribunal sentenciador entenguin que hi ha una "proporcionalitat adequada entre aquesta situació i el fet criminal efectuat".

5. Els delictes relatius a la manipulació genètica

5.1. Introducció i fonamentació constitucional

El títol V del llibre II, dedicat als delictes relatius a la **manipulació genètica**, va ser introduït en el CP 1995, la qual cosa va representar la primera intervenció del legislador penal en un àmbit en què l'evolució tecnològica i social ha plantejat la necessitat d'acudir al dret penal. La creació d'aquests nous tipus delictius va estar, no obstant això, precedida a Espanya per l'aprovació de lleis extrapenals que van fixar el marc jurídic de la biotecnologia, com la primera Llei de tècniques de reproducció assistida de 1988.

La denominació legal d'aquest grup de delictes al·ludeix, com a element comú de les diverses infraccions, al sector de l'activitat humana en què es produeixen riscos per a béns jurídics. L'agrupació d'aquestes infraccions no es fonamenta en la unitat del bé jurídic protegit, sinó en la seva relació amb la biotecnologia.

La biogenètica es pot desenvolupar a l'empara del que preveu l'article 20.1.b) CE, que estableix el **dret fonamental** a la producció i creació científica. Les tècniques de reproducció assistida, atesa la seva vinculació amb la voluntat d'oferir resposta a l'esterilitat humana, podrien trobar cobertura en el dret al matrimoni i la protecció de la família (art. 32 i 39.1r. CE), la protecció de la salut (art. 43.1 CE) i el deure dels poders públics de promoure la ciència i la investigació científica i tècnica en benefici de l'interès general (art. 44.2 CE). En tot cas, és dubtós que es pugui fonamentar constitucionalment l'existència d'un "dret a la reproducció", la qual cosa no impedeix reconèixer que es tracta d'una aspiració humana legítima per a la realització de la qual els poders públics no han de posar cap més obstacle que els derivats de la necessitat de protegir els drets individuals o l'ordre públic.

5.2. Evolució de la legislació extrapenal

La regulació jurídica de la matèria es troba constituïda bàsicament per la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida (que ha substituït la Llei 35/1988, de 22 novembre, de reproducció assistida humana), i la Llei 14/2007, de recerca biomèdica, que ha derogat la Llei 42/1988, de 28 desembre, de donació i utilització d'embrions i fetus humans o de les seves cèl·lules, teixits o òrgans.

Anteriorment la Llei 35/1988 havia estat declarada parcialment inconstitucional, per part de la STC 116/1999, de 17 juny, que va afectar a una part del règim de sancions, i una reforma el novembre de 2003. La 42/1988 va ser així mateix objecte d'una declaració d'inconstitucionalitat per la STC 212/1996, de

19 desembre (RTC 1996, 212), també en el règim sancionador, i per pronunciaments de signe “interpretatiu” en relació amb les actuacions sobre l’embrió o el fetus viu a l’úter. La Llei va ser modificada per la Llei 45/2003, de 21 novembre, amb l’objectiu de resoldre el problema de l’acumulació de preembrions humans sobrants i d’evitar la generació i acumulació de preembrions supernombrosos, a més de reduir la taxa d’embarassos múltiples.

La **Llei de tècniques de reproducció assistida** de 2006 distingeix entre *preembrió*, *embrió* i *fetus*, encara que s’ocupa de la regulació dels gàmetes i dels preembrions.

La Llei permet la manipulació i el sacrifici de preembrions i, sota certes condicions, que es pugui dur a terme la recerca en preembrions *in vitro* viables.

La Llei preveu que els preembrions sobrants de l’aplicació de les tècniques de fecundació *in vitro* que no siguin transferits a la dona en un cicle reproductiu poden ser crioconservats (art. 11). S’estableix així mateix que la crioconservació dels ovòcits, del teixit ovàric i dels preembrions sobrants es pot perllongar fins al moment en què es consideri que la receptora no reuneix els requisits clínicament adequats per a la pràctica de la tècnica de reproducció assistida. La Llei ha fet un pas endavant en l’acceptació de la investigació o experimentació amb preembrions sobrants. La seva autorització està subjecta a una sèrie de requisits (art. 15).

A més, la Llei de 2006 prohibeix la **clonació humana** amb finalitats reproductives (art. 1.3), però no prohibeix de manera explícita la creació de preembrions humans amb finalitats de recerca, com tampoc la clonació amb els mateixos propòsits (art. 26).

La Llei 14/2007, de recerca biomèdica, seguint el que prescriu el Conveni sobre drets humans i biomedicina de 4 d’abril de 1997, ratificat per Espanya el 1999 (art. 18), prohibeix la creació de preembrions o embrions humans exclusivament amb finalitats d’experimentació (art. 33.1), però permet la utilització de tècniques d’obtenció de cèl·lules troncales embrionàries amb finalitats terapèutiques o de recerca que no comporti la creació d’un preembrió o embrió exclusivament a aquest efecte (art. 33.2). La inobservança d’aquestes prescripcions es considera una infracció molt greu (art. 77.C.g). La Llei desenvolupa les condicions de la investigació amb mostres biològiques de naturalesa embrionària, els elements que han de contenir i les funcions d’una comissió de garantia. Es regulen així mateix les anàlisis genètiques i el seu ús per a la investigació, els deures d’informació, la necessitat de consentiment exprés i el règim de protecció sobre les dades genètiques.

5.3. El recurs al dret penal, la identificació dels béns jurídics i els diversos tipus delictius

El sentit politicocriminal dels delictes relatius a la manipulació genètica no està en la necessitat de protegir la vida humana en formació o la salut o integritat del fetus, béns jurídics que ja gaudeixen de protecció penal a través dels tipus penals d'avortament i lesions al fetus, respectivament. Així mateix hi ha un ampli consens doctrinal davant la no-necessitat d'estendre la protecció penal fins al preembrió, l'expectativa de vida humana anterior a la implantació. No són, doncs, aquests els béns jurídics la tutela dels quals pot justificar l'existència dels tipus delictius relatius a la manipulació genètica.

La doctrina ha definit com a béns jurídics, susceptibles de veure's afectats com a conseqüència de les tècniques genètiques, la identitat genètica, el dret a la individualitat, el dret a la diferència genètica, el dret a la inalterabilitat i intangibilitat del patrimoni genètic humà, i fins i tot la necessitat de protecció de la supervivència de l'espècie humana.

En tot cas, el contingut del títol no exhaurix totes les vies mitjançant les quals el dret penal ofereix protecció davant els riscos derivats de la biotecnologia. Així, algunes conductes contràries als deures de confidencialitat legalment establerts poden ser vistes com a atemptats contra la intimitat constitutius d'una altra classe de delictes, de la mateixa manera que alguns comportaments poden arribar a ser qualificats com a lesions o homicidi si la seva repercussió en la persona nascuda arriba al punt d'afectar la vida o salut.

La doctrina s'ha mostrat crítica en general amb la regulació d'aquests delictes. A més de la seva denominació genèrica, s'ha qüestionat la defectuosa estructura sistemàtica del títol, la deficient tipificació de les conductes prohibides i l'escàs encert en la fixació de les penes. Malgrat això, la LO 5/2010, de reforma del Codi penal, no ha efectuat cap modificació en els delictes relatius a la manipulació genètica.

Les conductes tipificades com a delicte són:

- 1) La manipulació de gens humans amb una finalitat diferent de l'eliminació de tares o malalties greus, de manera que s'alteri el genotip (art. 159). Aquesta és la conducta que respon en sentit més pur a la idea de manipulació genètica, per la qual es preveu el càstig tant enfront de la seva forma dolosa com de la realització imprudent.
- 2) La utilització d'enginyeria genètica per a produir armes biològiques o exterminadores de l'espècie humana (art. 160.1).

- 3) La fecundació d'òvuls humans amb qualsevol finalitat diferent de la procreació humana (art. 160.2).
- 4) La creació d'éssers humans idèntics per clonació o altres procediments dirigits a la selecció de la raça (art. 160.3).
- 5) La reproducció assistida d'una dona, sense el seu consentiment (art. 161).

Resum

Aquest mòdul ens ha permès conèixer els aspectes fonamentals de diversos títols de la part especial del Codi penal espanyol, en què es tipifiquen delictes contra béns jurídics vinculats directament o indirectament a drets fonamentals, com la salut i integritat física i la integritat moral de les persones, la dignitat humana, la salut del fetus o la intangibilitat del patrimoni genètic humà. Els cinc títols examinats no constitueixen pròpiament una unitat temàtica, encara que presenten diverses qüestions comunes. Els delictes de lesions i les infraccions contra la integritat moral han estat objecte d'importants reformes posteriors a l'aprovació del Codi penal de 1995. Probablement la més rellevant de totes té a veure amb els processos incriminadors i la intensificació punitiva produïda en els delictes relacionats amb la violència domèstica, que s'ha manifestat en les successives reformes de 1999, 2003 i 2004. D'altra banda, la reforma de juny de 2010 ha introduït nous tipus delictius, com el tràfic d'òrgans (art. 156 *bis*), l'assetjament laboral i immobiliari (art. 173.I, 2 i 3) i el tràfic de persones (art. 177 *bis*) i la LO 1/2015 ha modificat la regulació del delictes d'assassinat, ha adaptat la de les lesions a la supressió de les faltes i ha introduït modificacions a la definició del delictes de tràfic de persones. Encara, la de 2019 ha incidit en aspectes com la nova regulació del tràfic d'òrgans o el tractament de les lesions imprudents.

Totes aquestes reformes posen de manifest el fenomen de l'expansió del dret penal que ha caracteritzat l'evolució de la legislació penal, que s'ha mostrat molt menys estable del que seria desitjable, especialment en un àmbit que afecta valors fonamentals d'una societat democràtica. Les aportacions que s'han fet en aquest mòdul han establert una estructura bàsica per a l'anàlisi dogmàtica dels diversos tipus delictius, que l'estudiant pot complementar mitjançant obres generals en forma de manuals o comentaris sistemàtics del Codi penal, suport imprescindible per a una comprensió i un coneixement més profunds de les diverses qüestions politicocriminals i dogmàtiques plantejades en aquest sector de la criminalitat.

Exercicis d'autoavaluació

Responeu breument les qüestions següents, amb l'estudi previ del mòdul, una lectura atenta del Codi penal i la consulta d'una de les obres complementàries recomanades a la bibliografia:

1. Segons la tesi monista dominant, la integritat corporal pot ser entesa com a bé jurídic protegit en els delictes de lesions diferenciat de la salut?
2. Quin dels supòsits de lesions qualificades de l'article 148 CP té exclusivament com a contingut fonamentador de l'injust diferencial la perillositat de l'acció?
3. Quina és la resposta penal prevista legalment per a la realització per imprudència greu del tipus privilegiat de l'article 147.2 CP?
4. La transfusió dolosa d'anticossos de la sida sense que es desenvolupi posteriorment la malaltia pot ser constitutiva de delictes de lesions?
5. Com hem de qualificar el comportament de qui, sense intenció de provocar lesions més greus que les constitutives d'un delictes lleus de l'article 147-2 CP, colpeja un altre i li causa imprudentment lesions de les previstes en l'article 149 CP?
6. Quin dels delictes relatius a la manipulació genètica està configurat com un delictes semi-públic?
7. Esmenteu alguns supòsits que la jurisprudència del Tribunal Suprem ha considerat com a "membre principal".
8. Com hem de qualificar els casos de concurrència de lesions en diversos subjectes passius imputables a una única acció imprudent?
9. El concepte *persona amb discapacitat necessitada de protecció especial* és normatiu, valoratiu o descriptiu?
10. En el transcurs d'una baralla tumultuària l'acusat duu a terme diverses accions en les quals fa servir mitjans que posen en perill la vida o la integritat de dues persones, una de les quals resulta amb lesions doloses que poden ser qualificades d'acord amb l'article 148.1. Quina és la qualificació escaient?
11. Es pot autoritzar judicialment l'esterilització consentida de menors d'edat?
12. Quina conseqüència es deriva del fet que en el delictes de tracte degradant (art. 173) no s'exigeixi la presència d'un element subjectiu de l'injust?
13. Quin és el fonament de la restricció de l'esfera de subjectes actius en el delictes de tortura?
14. Quina responsabilitat penal preveu el Codi per al superior que té coneixement d'un delictes de tortura per part d'un subordinat, sense haver-hi intervingut directament com a co-operador o inductor?
15. Per què s'ha criticat la reforma dels delictes relacionats amb el tràfic d'òrgans de la LO 1/2019?

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. No. La integritat corporal, tot i estar explicitada en el Codi penal, no es pot considerar un objecte jurídic de protecció per si sola, sinó com a manifestació de la idea de salut.

2. El primer.

3. Des de la LO 1/2015 aquesta conducta és atípica i no té cap resposta penal.

4. Sí. De fet, així ho ha entès el Tribunal Suprem en la Sentència de 18 de novembre de 1991, en la qual considera que la infecció provoca ja una alteració en la salut, si més no mental, del subjecte.

5. Concurs ideal (art. 77 CP) del delictes lleus de l'article 647-3 i el delictes de lesions imprudents de l'article 152.2, tots dos del Codi penal.

6. La reproducció assistida sense el consentiment de la dona, per al qual s'exigeix la denúncia de la persona agreujada o del seu representant legal (art. 161).

7. Per exemple, la mà, la cama, el braç, el peu, l'estómac o el fetge.

8. Es tracta d'un concurs ideal dels diferents delictes de lesions concurrents.

9. És un concepte normatiu, definit amb caràcter general en l'article 25 CP.

10. Concurs real d'un delictes de lesions de l'article 148.1 CP i d'un delictes de baralla de l'article 154 CP.

11. L'article 156 del Codi penal prohibeix tota possibilitat d'esterilització de menors d'edat, fins i tot en cas que hi hagi consentiment dels seus representants legals. L'única excepció seria quan el menor estigui incapacitat, en què, malgrat el silenci del Codi, hem d'entendre que hi concorren les mateixes condicions que en els majors d'edat i, per tant, hi és aplicable el que preveu l'últim paràgraf de l'article 156 CP.

12. Que el dol pot conviure amb mòbils diversos, com els de revenja, càstig, divertiment o provocació, sense que, per tant, l'existència d'alguna d'aquestes motivacions afecti la tipicitat de la conducta.

13. La tortura té una naturalesa de crim d'estat que fa que només pugui ser qualificada com a tal si la protagonitzen funcionaris o servidors de l'Estat.

14. El Codi penal conté un tipus d'omissió que inclou la conducta del funcionari o l'autoritat que permeti la realització d'un delictes de tortura per part d'un inferior, amb la mateixa pena prevista per a l'autor material.

15. La nova versió del delictes de tràfic d'òrgans (art. 156 bis), tot i que té aspectes positius, ha incorregut en la desmesura punitiva per les penes previstes i planteja el problema de la diferenciació amb el delictes de tràfic de persones, amb la problemàtica concursal consegüent.

Glossari

baralla *(f)* Atac tumultuari mutu entre almenys tres persones, en què alguna d'elles intervé utilitzant mitjans o instruments que posen en perill la vida o la integritat de les persones.

CE *(f)* Constitució espanyola.

CP *(m)* Codi penal espanyol.

deformatat *(f)* Modificació de l'aspecte exterior del cos humà de caràcter permanent i no susceptible de reparació per mitjans ordinaris.

embrió *(m)* Fase del desenvolupament embrionari humà compresa entre la implantació en l'úter matern i els tres mesos posteriors a la concepció.

fetus *(m)* Fase del desenvolupament embrionari humà compresa entre els tres mesos i el naixement.

habitualitat *(f)* Realització d'un fet típic almenys tres vegades en una certa unitat temporal.

lesió *(f)* Menyscapte en la integritat corporal o en la salut física o mental d'una persona.

STS *(f)* Sentència del Tribunal Suprem espanyol.

STC *(f)* Sentència del Tribunal Constitucional espanyol.

tortura *(f)* Provocació a una persona per part d'una autoritat o funcionari públic de patiments físics o mentals, amb la finalitat d'obtenir una confessió o informació o com a represàlia o discriminació.

tràfic de persones *(m)* Captació, transport, trasllat, allotjament o recepció de persones per mitjans violents, abusius o fraudulents amb finalitats d'explotació.

tractament mèdic *(m)* Actuació o conjunt d'actuacions de caràcter terapèutic dutes a terme o dirigides per un professional mèdic que tendeixen a la curació d'una lesió o malaltia i no impliquen la mera vigilància o seguiment facultatiu de la seva evolució.

violència *(f)* Comportament agressiu produït sobre el cos humà, al qual s'arriben a assimilar, en certes formulacions legals, conductes intimidatòries o altres processos interpersonals de caràcter psíquic.

Bibliografia

Castelló Nicas, N. (2002). "El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del art. 159 del Código penal español". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (núm. 4).

Díez Ripollés; Gracia Martín; Laurenzo Copello (1997). *Comentarios al Código penal. Parte especial*. València: Tirant lo Blanch.

Guardiola Lago, M. J. (2007). *Tráfico de personas en el Derecho penal español*. Pamplona: Aranzadi.

Herrera Moreno, M. (2007). *Asedio inmobiliario de ancianos en el contexto de la especulación urbanística*. Granada: Librería Jurídica Intercodex.

Lafont Nicuesa, L. (2008). *El delito de acoso moral en el trabajo*. València: Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial* (22a ed.). València: Tirant lo Blanch.

Pérez Machío, A. (2006). *Mobbing y Derecho penal*. València: Tirant lo Blanch.

Quintero Olivares, G. (dir.) (2015). *Comentarios al Código penal español*. Zizur Menor: Aranzadi.

Quintero Olivares, G.; Morales Prats, F.; Tamarit Sumalla, J. i Garcia Albero, R. (2019). *Las reformas penales de 2019*. Zizur Menor: Aranzadi.

Ramon Ribas, E. (2002). *El delito de lesiones al feto*. Granada: Comares.

Rodríguez Mesa, M. J. (2000). *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Granada: Comares.

Romeo Casabona, C. (2001). "Genética y Derecho penal". Bilbao-Granada.

Tamarit Sumalla, J. i Pereda Beltran, N. (coord.) (2020). *Violencia y género en las relaciones de pareja*. Madrid: Marcial Pons.

Urruela Mora (2008). "La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España". *Revista penal* (núm. 21).

Villacampa Estiarte, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho internacional*. Pamplona: Aranzadi.