

**DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL:
TORTURA, TRATO DEGRADANTE, ACOSO LABORAL,
MALTRATO FAMILIAR, TRATA DE SERES HUMANOS¹**

MIGUEL POLAINO-ORTS²
UNIVERSIDAD DE SEVILLA-ESPAÑA

RESUMEN:

Analizar el bien jurídico protegido en algunos delitos contra la integridad moral recogidos en el Código Penal español.

PALABRAS CLAVE:

Integridad moral, tortura, trato degradante, acoso laboral, maltrato familiar, trata de seres humanos.

¹ Artículo presentado por el autor el 28 de abril de 2020 y aprobado para su publicación el 26 de junio de 2020.

² Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla
orcid.org/0000-0002-7634-813X

ABSTRACT:

Analyze the legal asset protected in some crimes against moral integrity included in the Criminal Code in Spain.

KEYWORDS:

Moral integrity, torture, degrading treatment, workplace harassment, family abuse, human trafficking.

I. SISTEMÁTICA LEGISLATIVA

Dos títulos del libro II del CP se ocupan de incriminar los tipos penales que afectan al bien jurídico de la dignidad personal, que el legislador cataloga como integridad moral (como concepto complementario al de la integridad física): el título VII y el título VII bis:

- El título VII lleva por rúbrica «*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*» y abarca los artículos del 173 al 177 CP. La intitulación legislativa, combinación de rúbrica descriptiva y de fijación del objeto de tutela, cita en lugar primero y preferente al delito de tortura, relegando las restantes figuras a un lugar secundario y derivado bajo la mención de «*otros delitos*» contra la integridad moral. El desacierto del legislador es notorio, porque el contenido lesivo de injusto de esas «*otras*» figuras (alguna heredera de las antiguas faltas contra las personas de maltrato de obra o de vejación injusta, pero otras, como el acoso laboral o el maltrato familiar, de entidad delictiva incuestionable) es de tal magnitud que no se las pueden considerar tipos *asegurados* al tipo «*principal*» de la tortura. Los tipos penales contra la integridad moral que incrimina el legislador son, esquemáticamente, los siguientes:
 1. Tipo común de delito contra la integridad moral (art. 173.1, primer párrafo).
 2. Acoso laboral (art. 173.1, segundo párrafo).

3. Acoso de morada o asedio inmobiliario (art. 173.1, tercer párrafo).
 4. Maltrato familiar habitual (art. 173.2 y 3).
 5. Injuria o vejación injusta leve en el ámbito familiar (art. 173.4)
 6. Tortura, donde se prevén varios tipos penales:
 - a) Tortura funcional en el ámbito policial (art. 174.1)
 - b) Tortura funcional en el ámbito penitenciario (art. 174.2)
 - c) Tipo atenuado de tortura funcional (art. 175)
 - d) Tipo omisivo de tortura (art. 176)
 - e) además de una cláusula de penalidad concursal (art. 177).
- El título VII bis, introducido en el texto del Código por la LO 5/2010, de 22 de junio, lleva por rúbrica *De la trata de seres humanos* y se integra de un único (largo y farragoso) precepto, el artículo 177 bis, reformado últimamente por la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de 2015).

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La rúbrica del título VII menciona, como objeto de tutela penal, la integridad moral, que, ante la ausencia de una definición legal, la doctrina define como la estimación y dignidad que a toda persona es debida por el mero hecho de serlo (BLANCO LOZANO). Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que este bien jurídico abarca diversas facetas y manifestaciones de la

personalidad, como el reconocimiento de la propia identidad, el respeto, la autoestima e incluso el equilibrio psicológico. De este modo, se confiere relevancia y tutela penales a una institución de largo reconocimiento constitucional (art. 15 CE) e internacional (artículos, 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950). Según el artículo 15 CE:

«Todos tienen derecho (...) a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes».

El legislador español parece configurar el bien jurídico de la integridad moral (en el sentido de psíquica) como algo diferente y complementario respecto de la integridad corporal (en el sentido de física). Pero ni esos dos bienes jurídicos ni las conductas que los lesionan pueden delimitarse tan claramente, como si fueran compartimentos estancos nítidamente entre sí: un ejemplo de ello es que el legislador, en esta misma sede de los delitos contra la integridad moral, incrimina en el artículo 173.2, el delito de maltrato familiar habitual, castigando a quien *«habitualmente ejerza violencia física o psíquica»* en el ámbito familiar, de manera que se incorporan aquí actos de violencia física que seguramente hubieran encontrado mejor acomodo entre los delitos contra la integridad física.

Según la STC 120/1990, de 27 de junio, la integridad moral se identifica con la dignidad y la inviolabilidad de la persona, y abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento

de su titular. Además, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido (así, STS de 8 de mayo de 2002).

III. TRATO DEGRADANTE

A) Tipo común

Según el artículo 173.1, párrafo 1.º, del 173 CP:

«El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

El Tribunal Constitucional define trato degradante como la humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado (STC 65/1986, de 22 de mayo, ponente: Latorre Segura). Por su parte, el Tribunal Supremo lo define como: *Aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar [...] su resistencia física o moral* (STS de 29 de septiembre de 1998, ponente: Ramos Gancedo).

Estas definiciones jurisprudenciales no logran superar la ambigüedad y vaguedad terminológica del concepto de trato degradante, cuya definición se remite tautológicamente a conceptos (como humillación, sensación de envilecimiento, terror, angustia, etc.) que son carentes, a su vez, de un contenido claro y delimitado.

La conducta típica gira en torno a dos elementos: la propia acción delictiva (infligir un trato degradante) y un resultado material (menoscabar la integridad moral de manera considerable o grave). Entre uno y otro componente existe una relación causal o, mejor, medial (PÉREZ CEPEDA) La acción típica consiste, entonces, en infligir a otra persona un trato degradante de forma idónea para que produzca el resultado del grave menoscabo de su integridad moral.

Esos dos componentes típicos deben ser entendidos en sentido normativo. Ello quiere decir que el tipo penal no prejuzga el modo en que deba llevarse a cabo dicho trato humillante ni la forma en que deba producirse el atentado contra la integridad moral. Tales actos pueden ser realizados, pues, de muy diversas formas fenomenológicas, siendo indiferente cuáles sean, así como que consistan en una acción o en una omisión.

El verbo típico consiste en infligir un trato degradante y no meramente en degradar a otro. Ello ha llevado a un sector doctrinal a exigir que exista una cierta permanencia o duración en el tiempo o, al menos, una repetición del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría trato sino simplemente ataque. La jurisprudencia, por el contrario, ha estimado también que concurre el tipo penal en casos consistentes en una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad personal suficiente: en otras palabras, un solo acto aislado puede ser calificado, por su brutalidad, crueldad o capacidad de humillación, como degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

Antiguamente se delimitaba la gravedad del menoscabo a la integridad moral en función de la naturaleza, entidad y

duración del acto humillante, de manera que el comportamiento particularmente cruel integraba el delito, relegándose otros supuestos de menor intensidad para la falta de vejaciones injustas leves del antiguo 620.1 CP. Desaparecidas las faltas, sería impune la conducta que originara un menoscabo leve de la integridad moral, salvo que sea subsumible en el tipo de injuria o vejación injusta leve en el ámbito familiar del artículo 177.4 CP. El problema estriba, precisamente, en valorar si concurren los elementos típicos de manera fehaciente y bastante.

Así, la jurisprudencia ha estimado como trato degradante de suficiente entidad delictiva las siguientes conductas: guardia civil que rasura las axilas de un detenido para analizar el vello y someterlo a un test de drogadicción (STS de 16 de diciembre de 1996); propinar golpes e introducir la cabeza de la pareja en el inodoro (SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000); pintar el cuerpo con pintura rosa y cortar drásticamente el pelo a otro antes de abandonar desnudo en medio del monte (STS de 8 de mayo de 2002); desnudar, rasurar el vello púbico, cortar el pelo, obligarle a estar presente mientras otro hacía sus necesidades (SAP de Alicante de 23 de mayo de 2001).

En cambio, la jurisprudencia ha negado la existencia del delito en los actos de sumergir dos veces a otro en el agua de la piscina (SAP de Baleares de 29 de septiembre de 1998); escupir, agarrar por los brazos, empujar contra la pared, dar un fuerte tirón de la mochila (STS de 10 de febrero de 2015); profesora que, en el marco de una actividad de juego, ata a los alumnos a la silla (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de mayo de 2004), etc.

El tipo subjetivo es eminentemente doloso, si bien no incorpora expresamente ningún elemento subjetivo del injusto.

El dolo eventual, por tanto, es técnicamente admisible, aunque, como observa TAMARIT SUMALLA, difícilmente aplicable dada la propia dinámica de la conducta. En tanto delito de resultado es apreciable la tentativa.

En cuanto a la diferencia ontológica entre trato degradante y tortura, nuestra jurisprudencia parece acoger (por todas, véase la STS de 8 de mayo de 2002, ponente: Sánchez Melgar) la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para el cual el trato degradante implica una conducta menos intensa que la tortura, aunque generalmente caracterizada por la nota de la habitualidad (*cf.* SS TEDH de 28 de enero de 1979 y de 25 de febrero de 1982).

B) Acoso laboral

El artículo 173.1, 2.º párrafo, tipifica el delito de acoso laboral, introducido en nuestra legislación por la LO 5/2010, de 22 de junio, y conocido también con los anglicismos de *mobbing*, *bossing* o *bullying*:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

A efectos de penalidad, el texto legal se remite a la fijada para el tipo común de trato degradante del párrafo anterior del mismo precepto. Pero, en cambio, se delimita de

él al circunscribirse esta modalidad de acoso al ámbito laboral o funcional y, además, por no llegar el acoso, a pesar de su reiteración de actos, a la categoría de trato degradante. Con ello, en puridad, el legislador está, si cabe, rizando aún más el rizo de los conceptos jurídicos, al introducir distinciones no fácilmente delimitables en la práctica entre figuras que, en realidad, se superponen en muchas ocasiones entre sí.

Veamos los elementos esenciales en torno a los cuales gira la figura de acoso laboral:

- La conducta típica consiste en la realización reiterada de actos de humillación que no constituyan un trato degradante pero sí un grave acoso a la víctima. Lo más problemático será, a este respecto, determinar cuándo existe trato degradante (y, por tanto, concurre el delito del párrafo primero del artículo 173.1) y cuándo no, y entonces concurriría acoso laboral: la configuración del tipo impediría prácticamente la apreciación de acoso laboral porque, en puridad, toda realización reiterada de actos de humillación produciendo un grave acoso a la víctima tendrían que ser valorados inexorablemente como un trato degradante. Hubiera sido preferible que el legislador se olvidara de delimitar los dos tipos cuantitativamente y lo hubiera hecho sólo competencial o materialmente: todo acoso en el ámbito laboral entraría dentro de este tipo y fuera del ámbito laboral, en primero de ellos.

- Existencia de una relación laboral o funcional en la conducta que media entre sujeto activo y sujeto pasivo.

- Prevalimiento de una relación de superioridad, de manera que el sujeto activo ha de mantener una relación jerárquicamente sobre ordenada a la del sujeto pasivo.
- La ejecución de actos hostiles o humillantes, que ha de ser, en este caso, reiterada, no bastando en este caso con un único acto aislado.
- Sobre la conveniencia político-criminal de este tipo delictivo, el legislador, en el Preámbulo de la LO 5/2010, justificaba de esta manera la introducción del acoso laboral:

«[...] dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiéndose por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas».

En cualquier caso, la inclusión del delito en esta sede nos parece desafortunada, por cuanto hubiese sido deseable, desde una perspectiva técnica y sistemática, su inclusión en el marco del título XV del Libro II, esto es, de los delitos contra los derechos de los trabajadores, pues eso es precisamente lo que es el acoso laboral: un comportamiento contra el trabajador o empleado público en su entorno laboral o administrativo.

C) Acoso de morada o asedio inmobiliario

Junto al acoso laboral, la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo otro nuevo delito de acoso o asedio, esta vez en el ámbito inmobiliario, que es tipificado en el párrafo 3.º y último del artículo 173.1:

«Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda».

La incorporación del asedio inmobiliario o acoso de la morada pretendía responder al fenómeno social, criminológico y victimológico de los llamados *asustaviejas*: especuladores que inciden contra inquilinos, por regla general de avanzada edad y residentes en inmuebles de renta antigua, realizando actos (cortes de luz u otros suministros, conminaciones amenazantes) tendentes a lograr un expedito abandono del hogar en que se residen (HERRERA MORENO).

Las características típicas esenciales del asedio inmobiliario pueden resumirse en los siguientes puntos:

- La conducta típica consiste en la realización de actos hostiles o humillantes no llegan a constituir trato degradante. Esta delimitación es, como en el caso anterior, criticable. En lugar de la diferenciación cuantitativa, hubiera sido preferible la distinción puramente material o de especialización: no aludir a que el acto constituya o no trato degradante sino

reconducir a este delito todos los actos de ese género que se realicen en el ámbito inmobiliario, constituyan o no trato degradante.

- La exigencia de reiteración delictiva excluye del tipo la realización aislada de una conducta hostil en el ámbito inmobiliario.
- El elemento tener por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda, más que un elemento subjetivo del injusto (como lo parece configurar el legislador) debe ser entendido, en sentido objetivo, como la delimitación material del contexto en que se ha de llevar a cabo el asedio inmobiliario con fines especulativos.
- Finalmente, con relación a la conveniencia político-criminal de la figura, el Preámbulo de dicha LO 5/2010 explicaba que:

«al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el acoso inmobiliario. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se

derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno».

La razón de ser de este precepto resulta, en nuestra opinión, harto discutible, máxime cuando el legislador ya había introducido, a través de la misma LO 5/2010, un tipo agravado de coacciones en el artículo 172.1 párrafo tercero, para el caso de que las mismas tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Teniendo en cuenta ese precepto, resulta de todo punto innecesaria la figura de acoso inmobiliario, que -además- carecería de campo de aplicación al ser el delito de coacción inmobiliaria *lex specialis* y, por ende, de preferente aplicación. En aquellos casos en que no se consiga impedir dicho disfrute, se estaría en presencia de tentativa del citado 172.1. 3.º.

IV. Maltrato familiar habitual

La reforma que, en su día, operó en el texto punitivo la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, incurrió en el incomprensible contrasentido técnico y sistemático de duplicar la regulación del maltrato familiar en dos sedes diversas, cuyos contenidos se superponen entre sí, al margen de la descripción confusa, farragosa y reiterativa de los tipos penales en sede de delitos contra la integridad moral y contra la integridad física.

En efecto, el delito de maltrato familiar habitual, anteriormente a dicha Ley Orgánica tipificado en sede de lesiones (concretamente en el antiguo art. 153 CP), fue trasvasado por la citada LO 11/2003 a la esfera de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, esto

es, al artículo 173 CP, con lo que la regulación del delito de violencia intrafamiliar, en vez de resultar homogénea y coherente, queda diezmada, desestructurada, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica y, por ende, de eficacia en su aplicación. El criterio técnico y sistemático correcto no hubiese sido otro que el de mantenerlo en sede de las lesiones, junto al adyacente tipo, básico y genérico, de maltrato familiar del artículo 153.

Las razones que, en todo caso, esgrimió el legislador para llevar a cabo la incomprensible escisión de un mismo delito, simultáneamente, en dos sedes diversas y con bienes jurídicos diferentes, no fueron otras que las de -increíble y paradójicamente- *una mejor sistemática*, según consta en la Exposición de Motivos de la citada LO 11/2003, de 29 de septiembre:

«El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se han incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido. [...].

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento».

El delito de maltrato familiar habitual, en la redacción ofrecida por la última ley de reforma en esta materia: la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigencia desde el 1 de julio de 2015), se configura en los apartados 2 y 3 del artículo 173 CP con este tenor:

Art. 173.2.: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la

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

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

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

Art. 173.3: *«Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos*

violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Entendemos que este delito de maltrato familiar habitual (al igual que el básico y genérico del art. 153 CP) integra una tipología pluriofensiva, de manera que son objetos tutelados a través de la norma penal los siguientes:

- La integridad moral y la dignidad no sólo de la víctima directa de los actos violentos, sino de todos los miembros de la unidad familiar, afectiva o de convivencia.
- La salud física y psíquica de los miembros de la unidad familiar, afectiva o de convivencia.
- La seguridad de los miembros de la unidad familiar o análoga.
- El desarrollo de la personalidad de tales miembros en un entorno de afecto, protección, respeto y libertad.
- La educación, desarrollo y formación de los menores de edad que integran la unidad familiar o análoga.
- La paz familiar y los vínculos de afecto y sana convivencia.

El delito es de carácter especial, ya que el sujeto activo tiene que estar relacionado con el pasivo por alguno de los lazos familiares, afectivos o de convivencia referenciados en la norma. A nuestro modo de ver, y tal y como se desprende del análisis

del objeto tutelado, sujeto pasivo del delito lo será no solo la víctima inmediata de la violencia, sino también, mediatamente y por el ataque a la dignidad, seguridad, respeto y paz familiar y en la convivencia, toda la unidad familiar o análoga, y muy especialmente los menores de edad.

Conforme al texto del precepto, el delito puede cometerse también, verbigracia, después de disuelto el matrimonio entre ofensor y ofendido, o extinguida ya la relación afectiva, exigiéndose entonces que las violencias tengan como causa o motivo tales relaciones pasadas.

La conducta típica queda nucleada en torno a la acción de ejercer habitualmente violencia física o psíquica sobre las personas del núcleo familiar o análogo. Varios son los elementos que deben destacarse en la configuración del tipo penal:

- De un lado, la existencia alternativa de violencia física o psíquica:
 - Por violencia física debe interpretarse aquí, nuevamente, el acometimiento físico agresivo directamente aplicado sobre las personas.
 - En cuanto a la violencia psíquica, no es un concepto fácil de definir ni de precisar, dada la amplitud y diversidad de connotaciones y matices en él presentes. En todo caso, parece claro que la misma implica acciones tales como vejaciones, agravios, desconsideraciones, insultos, opresión, coerción, descalificaciones, humillaciones, etc.

- De otro, el elemento de la habitualidad delictiva que se viene entendiendo, interpretando y aplicando por nuestra jurisprudencia mayoritaria, en aras de la protección del bien jurídico, en un sentido fáctico, material y flexible, tal y como se desprende del propio texto del artículo 173.3 CP, no sujeto por tanto a excesivas o rígidas exigencias formales.
- Un interesante análisis jurisprudencial de este delito lo encontramos, verbigracia, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 2 de mayo de mayo de 2006 (Ponente: Martínez Abad):

«El delito de maltrato familiar del art. 173.2 es un 'aliud' y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal de 1995. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral

con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15- y en el derecho a la seguridad -art. 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39 . En definitiva, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes».

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unida a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 173 es lo que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito -se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas-, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como

ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la LO 14/1999, de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 7-7-2000 razona, en su sexto fundamento jurídico, que la «*habitualidad*» que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del artículo 153 del Código Penal (actual art. 173.2 y 3) es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. Inicialmente se consideraba que tales exigencias se satisfacían a partir de la tercera acción violenta: criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Sin embargo, la más moderna línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.

Por violencia psíquica cabe entender, tal y como puede extraerse de la STS de 21 de diciembre de 2001, la creación de una situación estresante y destructiva cargada de inestabilidad que

no permite a la persona sometida a la misma el libre desarrollo de su personalidad, en definitiva, el acoso, la tensión y el temor creados deliberadamente por un miembro del entorno familiar o afectivo sobre aquél que percibe más débil.

En este caso la sola lectura del relato histórico de la sentencia pone de relieve que no estamos ante determinadas acciones individuales de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante unas concretas agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia física y psíquica permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como «*habitual*».

En atención a lo expuesto en el anterior fundamento jurídico de esta resolución y habida cuenta de los hechos declarados probados en la sentencia apelada en cuya valoración no es de apreciar error de ningún tipo, la conducta enjuiciada ha de subsumirse en el tipo penal del artículo 173.2 del CP , para cuya apreciación no es necesaria siquiera la existencia de previas denuncias y previos partes de lesiones, bastando que con el adecuado material probatorio existente se acredite esa permanente situación de menosprecio, vejación o amenaza, en definitiva, ese continuado estado de agresión física o psíquica, o de ambas, evidentemente atentatorio tanto al derecho a la dignidad personal como a lo que constituye el normal desarrollo de la vida familiar.

V. **Injuria o vejación injusta familiar leve**

La supresión en 2015 del libro III del CP, que incriminaba las faltas, enmascaró en diversas ocasiones el curioso expediente de elevar dichas faltas a delitos leves: eso ocurrió con la falta

de vejaciones injustas leves del antiguo artículo 620.1 CP que pasa a ser, ahora, delito leve de injuria o vejación injusta leve en el ámbito familiar, incriminado en el nuevo artículo 173.4, introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de ese año):

Art. 173.4: «Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

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

El tipo en cuestión gira en torno al elemento distintivo de la levedad de la conducta, esto es: de la menor intensidad, entidad, circunstancias, afección de la víctima, duración y naturaleza de la conducta injuriosa o vejatoria. Por regla general, se tratará de paralizar, tipificando la presente conducta, la continuidad delictiva posterior de una violencia en espiral que suele principiar con conductas más leves que luego van adquiriendo mayor intensidad, crueldad y frecuencia (PÉREZ CEPEDA). Desde ese punto de vista, se configura el tipo como un delito obstáculo, en la medida en que reprime penalmente el primer eslabón de

una cadena que, si no existiera esta sanción normativa, seguiría inexorablemente intensificándose de manera exponencial.

Por lo demás, los sujetos activo y pasivo del delito son especiales, en tanto que han de estar unidos por una relación de familiaridad o análoga. De ese modo, la conducta ha de realizarse en el seno de relaciones de pareja (esto es: dirigirse contra quien sea o haya sido cónyuge o persona ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia); o sobre miembros del grupo familiar (descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente) o afines a ese grupo (por hallarse integrado en el núcleo de su convivencia familiar); o en casos de especial vulnerabilidad (por ser menores o discapacitados que requieran una especial protección siempre que convivan en el mismo hogar o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente).

La diversa penalidad prevista en este precepto (localización permanente, alejamiento del domicilio familiar, trabajos en beneficio de la comunidad, multa) compatibiliza, de un lado, el combate del autor como sujeto particularmente peligroso, asemejándose el tratamiento al que se confiere a quien no aporta el mínimo grado de confianza para ofrecer un comportamiento respetuoso de los derechos de las personas de su entorno sino que, antes bien, es tratado como foco de peligro normativo (según la calificación del Derecho penal del enemigo).

Las vejaciones injustas leves serán perseguibles de oficio. En cambio, las injurias en esta materia únicamente lo serán a instancia de parte, esto es: mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

VI. DELITO DE TORTURA

A) Tipología delictiva

Varias son las modalidades de tortura previstas por el legislador español:

- De un lado, el tipo básico y propio de tortura (art. 174), cuya descripción la divide el legislador en dos subtipos:
 - El primero, cuando se realice por funcionario público o autoridad para obtener una información o una confesión, lo que prácticamente circunscribe el tipo al contexto policial (art. 174.1), modalidad ésta que, en realidad, esconde dos submodalidades (cuando el atentado sea grave y cuando no lo sea); y,
 - Cuando tiene lugar en el ámbito penitenciario por parte de autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores respecto de detenidos, internos o presos (art. 174.2).
- De otro, un tipo atenuado de trato degradante funcional (art. 175).
- Además, incorpora el legislador una cláusula legal específica de comisión por omisión en esta materia (art. 176). Y,
- Finalmente, una cláusula de penalidad concursal (art. 177).

Veamos cada figura por separado.

B) Tipo básico de tortura policial y penitenciaria

El delito de tortura se incrimina en el artículo 174, que divide el tipo en dos modalidades básicas (policial y penitenciaria):

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

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

La segregación del tipo en dos modalidades es completamente superflua: también el funcionario de instituciones penitenciarias mencionado en el apartado 2.º se hallaría comprendido en el apartado 1.º, de manera que no se alcanza a comprender por qué el legislador, inútilmente, incluyó este segundo apartado, máxime cuando sanciona la conducta con la misma pena prevista para el primero de ellos. Pero el legislador ha querido distinguir el tipo propio de tortura policial (del apartado 1.º) del tipo asimilado de tortura penitenciaria (del apartado 2.º) quizá para dar una mayor autonomía al caso prototípico de tortura, que es el regulado en el apartado inicial.

La definición legal de tortura que contiene en el primer apartado del precepto es prácticamente un calco de la que ofrece el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984 y en vigor en nuestro país desde el día 20 de noviembre de 1987 (conocida abreviadamente como *Convención contra la Tortura*). Según el artículo 1 de la mencionada Convención:

«[...] se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

Dicho precepto contiene, asimismo, una delimitación *ex negativo* de tortura, que siempre presupone infligir actos ilegítimos, quedando al margen de dicha definición «*los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas*».

El tipo propio de tortura gira en torno a varios elementos normativos fundamentales (que son comunes a los dos subtipos del art. 174 CP):

- De un lado, la conducta típica consistente en someter a alguien a condiciones o procedimientos que atenten contra su integridad moral: tal sometimiento ha de producir en la víctima, a modo de resultado, bien sufrimientos físicos o mentales, o bien la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, de modo que de algún modo limiten su capacidad y su libertad de declaración.
- De otro lado, se trata de un delito doblemente especial:
 - En el que el sujeto activo no es indiferenciado sino un sujeto revestido de una específica cualidad fundante, la de ser funcionario público o autoridad. El CP español contiene una definición doméstica, propia y específica de funcionario público y de autoridad a efectos penales (arts. 29 y 30), que no tienen por qué coincidir -y de hecho no coinciden- con el concepto administrativo de funcionario y de autoridad. Pero aquí, además, no se trata de cualquier funcionario o autoridad: sino

de uno que actúa en el ámbito de una declaración, lo que generalmente situará el precepto en el contexto policial; mientras que la modalidad del apartado 2.º quedará circunscrita al ámbito de la ejecución penitenciaria de adultos o de menores;

- Mientras que el sujeto pasivo será, precisamente, el sometido a esa declaración, y -en el segundo caso- el detenido, interno o preso.

- El tipo es subjetivamente configurado y exige un elemento subjetivo del injusto que convierte al delito en un tipo intencional mutilado de dos actos (POLAINO NAVARRETE), en tanto que la acción dolosa es realizada por el sujeto activo como medio ejecutivo para pretender alcanzar un fin subjetivo que se constituye una ulterior actuación del propio autor (POLAINO NAVARRETE). El delito se consuma realizando la conducta básica (aquí: el sometimiento del declarante a tales condiciones) siempre que sea realizada con la finalidad de esa obtención y sin necesidad de que realmente se llegue a obtener la confesión ni la información.

La introducción en el tipo de estas finalidades alternativas es producto de traspolar a nuestra legislación las definiciones contenidas en instrumentos internacionales, lo cual es censurable porque abre peligrosas brechas de impunidad (BLANCO LOZANO).

Así, verbigracia, cuando el sujeto activo ejecute el tipo objetivo con el fin de divertirse sádicamente a costa del

sufrimiento de la víctima, el hecho, lamentablemente, sería atípico por torturas, ya que no se concretará entonces el elemento subjetivo del tipo.

- Ha de existir, además, abuso del cargo, esto es: una extralimitación objetiva por parte del funcionario o autoridad de los cometidos propios de su función, de modo que incurre en actuaciones ilegítimas, desproporcionadas o espurias. Si el elemento subjetivo era problemático (con la lógica dificultad probatoria que entraña todo elemento de carácter subjetivo: el juez no puede meterse en la cabeza del autor para averiguar qué intención perseguía al realizar la conducta), no menos lo es el elemento objetivo del abuso del cargo, especialmente en las situaciones en las que el funcionario o autoridad policial persigue la finalidad de descubrir dónde se halla la víctima, o dónde se encuentra la bomba en los casos de colocación de explosivos con una cuenta regresiva (*ticking-time-bomb*), esto es: una loable finalidad de evitar víctimas y salvaguardar los derechos de los ciudadanos, para lo que presionan al declarante para obtener, no ya una confesión, sino al menos una información que les permita evitar una masacre.

Paradigmático es, a este respecto, un caso de la jurisprudencia alemana, muy controvertido: el caso Daschner (también conocido como caso von Metzler): el 27 de septiembre de 2002 el estudiante de Derecho Magnus Gäfgen secuestra, a la vuelta del colegio, al niño Jakob von Metzler, hijo de un conocido banquero y mecenas. Dos días después recibe un rescate de un millón de euros. La policía controla la entrega del dinero el 29

de septiembre. A la vista de que el sujeto se dispone a reservar un viaje al extranjero, la policía de Frankfurt detiene a Gäfgen el día 30. El 1 de octubre Gäfgen da pistas falsas a la policía, para pretender su confusión. A la vista de que las horas pasan, el vicepresidente de la Policía Daschner amenaza a Gäfgen con causarle males si no informa al respecto. Finalmente, Gäfgen confiesa que mató al niño la noche del secuestro porque «*lloraba mucho*».

Con independencia de la responsabilidad del asesino por la muerte, se planteó en ese caso los límites de la actuación del Estado en la conducta policial de inquirir la información que, en el caso concreto y en ese momento, se requería: averiguar el paradero del menor que se halla en peligro manifiesto y grave. Daschner y otro policía terminaron siendo condenados por tortura, como reclamaba la doctrina (por todos, ROXIN; información al respecto en CANO PAÑOS), esgrimiendo ante todo la prohibición de la tortura como derecho absoluto. Sin embargo, dicha resolución no es incontrovertible: primero, porque todos los derechos fundamentales (hasta el derecho a la vida) son, en situaciones extremas de estado de necesidad, relativos, de manera que puede actuarse frente a ellos si es para salvaguardar un bien de mayor o de igual entidad (como lo era, aquí, la vida del menor); y, segundo, porque no se pedía en este caso una confesión de culpabilidad del declarante («*he sido yo*», como después se produjo), sino la información necesaria para que el Estado cumpla la obligación de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas en peligro de muerte (en este caso, el menor).

- El tipo configura el delito como uno de resultado, que en cuanto tal admite la tentativa y también la comisión por omisión, si bien esta última será reconducible,

por expresa previsión legal, al tipo específicamente previsto en el artículo 176 CP.

- Tampoco acierta el legislador, nuevamente, con la previsión de dos subtipos en el apartado 1 del precepto: uno de carácter cualificado y otro privilegiado. El primero, consistente en que la tortura sea «grave», se ve castigado con pena de prisión de dos a seis años, además de con la inhabilitación absoluta prevista en el inciso final. El segundo, si la tortura «no lo es» (grave) se sanciona con pena de prisión de uno a tres años más dicha inhabilitación absoluta. Críticamente cabe preguntarse, a tenor del tipo que no prevé precisamente ataques livianos al bien jurídico, si cabe una tortura «no grave» y, en caso afirmativo, qué diferenciaría, entonces, la tortura «no grave» del mero trato degradante funcional previsto en el artículo siguiente, esto es, en el 175.

C) Tipo atenuado de atentado funcional contra la integridad moral

El artículo 175 incrimina un tipo atenuado de atentado contra la integridad moral cometido por funcionario público o autoridad:

«La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si

no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años».

Esta figura constituye un tipo residual respecto del delito de torturas tipificado en el artículo 174 CP, en la medida en que se construye ex negativo del tipo precedente («*fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior*») aunque comparten algunos elementos esenciales: sujeto especial, bien jurídico, abuso de cargo, atentado contra la integridad moral.

- Desde el punto de vista del sujeto activo, se trata de un delito especial, que sólo puede ser cometido por autoridad o funcionario público.
- La conducta típica, redactada nuevamente con defectuosidad técnica por su vaguedad e indeterminación, consiste en atentar contra la integridad moral de la víctima, gravemente o no. Con esta última disyuntiva típica, relativa a la intensidad del atentado a la integridad moral, el legislador parece establecer, aunque de un modo poco claro, una importante diferencia en estas tipologías, y ello según el sujeto activo sea particular o funcionario público:
 - Si el sujeto activo fuera un sujeto indiferenciado (común o particular), sería aplicable el delito de trato degradante del artículo 173.1.
 - Si, por el contrario, fuese autoridad o funcionario público que actuase abusando de su cargo, el

atentado a la integridad moral (no constitutivo de torturas, pues entonces sería de aplicación el artículo 174 CP) sería sancionado conforme a este tipo privilegiado del artículo 175 CP, ya aplicando la modalidad de atentado leve (castigado con pena de prisión de seis meses a dos años, además de la inhabilitación especial para empleo o cargo público) o grave (sancionado con pena de prisión de dos a cuatro años más la inhabilitación).

D) Tipo omisivo

El artículo 176 CP contiene un tipo omisivo de delito contra la integridad moral:

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

En puridad, el precepto contiene cláusula específica de comisión por omisión, una suerte de especificación en este ámbito de la cláusula general de equivalencia de la acción y la omisión del artículo 11 (comisión por omisión). Se trata, nuevamente, de una figura especial, de sujeto activo funcional. En cuanto a su estructura, parece ser de omisión pura o propia, dada la propia dinámica de lo que es permitir, faltando a los deberes del cargo funcional, consistente, por lo general, en que el funcionario o autoridad responsable desatienda su deber, derivado de las atribuciones de su cargo, de evitar (o si no le fuera posible, denunciar ante quien proceda) la tortura o el trato degradante.

Puesto que no se prevé expresamente la imprudencia, el comportamiento ha de ser doloso, bien a título directo, bien a título eventual.

Ejemplos:

- «A», director de un centro penitenciario, es conocedor de que determinados funcionarios torturan a algunos internos, mas no hace nada al respecto.
- «B», director de un colegio público, tiene conocimiento de que un alumno es víctima de trato degradante por parte de otros alumnos, pero no hace nada al respecto.

VI. Cláusula concursal

Finalmente, se establece que, si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley (art. 177 CP).

De este modo, se dispone expresamente el castigo independiente de las infracciones, esto es, la apreciación del concurso real de delitos, en los supuestos aludidos. No podía ser de otro modo atendiendo a la diversidad de hechos, resultados típicos y bienes jurídicos lesionados.

Acertadamente, doctrina y jurisprudencia convienen que otros supuestos no comprendidos en la citada cláusula,

verbigracia injurias, quedarían absorbidos por la propia conducta típica contra la integridad moral, por lo que no procedería su separada punición.

VII. Trata de seres humanos

A) Regulación legal

La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo, a continuación de los delitos contra la integridad moral, el nuevo Título VII bis, al cual lleva por rúbrica «*De la trata de seres humanos*» y se compone de un único precepto, el artículo 177 bis, que -en la redacción última ofrecida por la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de 2015), y que afectó a los apartados 1 y 4 del precepto- reza lo que sigue:

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

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares*

a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.*
- d) La extracción de sus órganos corporales.*
- e) La celebración de matrimonios forzados.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá

elevarse a la inmediateamente superior en grado. Entodo caso se elevará la pena a la inmediateamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

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

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

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

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

B) Conveniencia político-criminal

Ya en el Preámbulo de la LO 5/2010, el legislador justificó en los siguientes términos la oportunidad de la inclusión de este nuevo Título legal y del citado precepto:

«El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos».

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado De la trata de seres humanos. Así, el artículo 177 bis, tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no

estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1. y 318 bis.2.

Nuestra opinión, sin embargo, es la contraria: no era necesaria la creación de este nuevo Título, pues por razones de homogeneidad del bien jurídico protegido, el lugar oportuno para el tratamiento de la mayor parte de estas conductas hubiese sido el Título XV bis, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, con algún retoque al artículo 318 bis o la inclusión de un tipo concomitante a éste. Los restantes casos podrían haberse incluido, del mismo modo, en sede de los delitos de lesiones (tráfico de órganos), contra la libertad e indemnidad sexuales, y contra los derechos de los trabajadores. En todo caso, el legislador, en el apartado 9 del artículo 177 bis, sostiene que: *«Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación».*

C) Tipos penales de trata: contenido de injusto

El artículo 177 bis regula varias modalidades de trata de seres humanos, aunque todas ellas giran en torno a unos mismos elementos comunes, a los que se añaden otros específicos. Esquemáticamente podemos señalar los siguientes tipos delictivos:

- a) Tipo básico (art. 177 bis.1)
- b) Tipo agravado en atención a las víctimas: por poner en peligro su vida o integridad física o psíquica o por tratarse de víctimas especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o por ser menor de edad. (art. 177 bis.4)
- c) Tipo agravado en atención al autor: funcionario público o autoridad (art. 177 bis.5)
- d) Tipos agravado por pertenencia a organización criminal (art. 177 bis.6)

En cuanto a los elementos comunes del tipo de injusto:

La conducta típica se describe aludiendo a una pluralidad de verbos delictivos: captar, transportar, trasladar, acoger, recibir, incluyendo en la reforma de 2015 los actos de intercambiar y transferir el control sobre las personas objeto de trata (aunque en esa última reforma se eliminó la conducta típica: alojar). Todos estos verbos típicos responden, en puridad, a una lógica

muy diversa temporal y significativamente, y -sin embargo- el legislador los mete a todos ellos bajo el mismo paraguas del concepto de trata de seres humanos. Ello quiere decir que el legislador alarga o extiende superlativamente el concepto normativo de trata haciendo abarcar momentos temporales muy distintos entre sí.

Así, por ejemplo, el verbo captar responde a una lógica preconsumativa en la que, en puridad, la trata *aún no ha empezado*, mientras que los verbos típicos acoger o recibir responden a una lógica postconsumativa en la que, en puridad, la trata *ya se ha producido*. Desde un punto de vista técnico, sólo los verbos transportar o trasladar se corresponderían con el concepto de trata *stricto sensu*. Sin embargo, para el legislador todo es trata, desde los momentos previos hasta los momentos posteriores, incluyendo las conductas añadidas en la reforma de 2015 de intercambiar o transferir el control sobre las personas con las que se trafica. Y, además, cualquiera de esas conductas aisladamente considerada daría lugar, por sí sola, al tipo consumado de trata, sin necesidad de que se lleve a cabo la cadena completa.

Ello supone, en realidad, una desnaturalización del concepto de trata, pues se tiene un tanto artificialmente por consumado el delito aun cuando se realicen actos que, técnicamente, sólo serían actos preparatorios (como captar), configurándose un tipo de consumación anticipada (delito de empresa, de emprendimiento o de emprender) y, además, porque se imputaría como autores consumados de trata a los que, en realidad, realizan adhesiones postejecutivas (como acoger o recibir a los sujetos con los que ya se ha traficado). Llama la atención, además, que se sancionen los actos preparatorios de la trata: provocación, conspiración y proposición para cometer el

delito de trata de seres humanos, que son castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente (art. 177 bis. 8). Pero ¿Cuál es el acto preparatorio del acto de captar a eventuales víctimas? La anticipación de la punibilidad se aleja ya escandalosamente de la lesión del bien jurídico, vaciando en la práctica la figura de contenido de injusto y comprometiendo la legalidad de la incriminación legal, lo cual no puede salvarse ni siquiera aludiendo al carácter fundamental del bien jurídico como ha pretendido, sin acierto en mi opinión, la doctrina (así, por ejemplo, PÉREZ CEPEDA).

- Se trata de un delito común, de sujetos indiferenciados (salvo en los tipos agravados de los apartados 5 y 6: funcionario y organización delictiva). Es indiferente que los autores sean nacionales o extranjeros.
- La propia dinámica delictiva impone un contexto cibernético de movimiento o de tránsito, propio de la naturaleza transnacional de la figura. Por ello, se incurre en el delito tanto si se realiza la conducta en territorio español como desde España, en tránsito o con destino a ella.
- Propios de la conducta de trata es el empleo de un medio viciante de violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o bien con artificios fraudulentos para lograr el consentimiento quien posea el control sobre la víctima. El legislador penal, en la reforma de 2015, introdujo en el tipo la cláusula según la cual: *«Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa,*

real o aceptable, que someterse al abuso». (art. 177 bis.1, *in fine*).

- Las conductas típicas han de estar encaminadas, en caso de trata de adultos, a la consecución de alguna finalidad que el legislador configura como elemento subjetivo del injusto: fines de imposición laboral, trabajos forzados, esclavitud, servidumbre, mendicidad, explotación sexual, pornografía, extracción de órganos corporales, a los que en 2015 se añadieron otras finalidades como la explotación para realizar actividades delictivas o la celebración de matrimonios forzados. Estos fines deben estar presentes en el ánimo del autor al momento de realizar la conducta típica, pero, en tanto elementos subjetivos del injusto, no forman parte del resultado típico, no siendo por ello necesario que se alcancen tales fines para que el tipo se vea consumado. En caso de tráfico de menores con fines de explotación ni siquiera se requiere que se verifique alguna de esas finalidades adicionales en la conducta del autor, de manera que la conducta es delictiva *per se* (art. 177 bis. 2).
- Irrelevancia del consentimiento de la víctima: mediando, como media en la conducta típica, un medio intimidatorio, violento o defraudatorio, es lógico que el consentimiento de la víctima, caso de que se hubiera recabado, sería inválido o irrelevante, dejando pues intacto el delito de trato y la responsabilidad de los traficantes.
- Los tipos agravados deben su agravación a diversos motivos:

- En primer lugar, a motivos que tienen que ver con la propia víctima: bien porque se hubiera puesto en riesgo su vida o su integridad física o psíquica, o porque sea alguien especialmente ya sea por razón de su enfermedad, por hallarse embarazada, por ser discapacitado, menor de edad u otra situación personal (art. 177 bis. 4, que prevé la pena superior e grado a la del tipo básico y si concurre más de una de esas circunstancias agravantes, la superior en grado en su mitad superior).
- En segundo lugar, se agrava también por la cualidad funcional, de autoridad o de agente de la autoridad en el sujeto activo, esto es: por tratarse de sujetos que tienen una especial obligación de velar por la incolumidad de los derechos fundamentales. (art. 177 bis. 5, que prevé además pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años).
- En tercer lugar, por la pertenencia del autor a una organización o asociación, permanente o transitoria, constituida por al menos tres personas, que se dedique a estas actividades, distinguiéndose con pena mayor al autor que tenga el estatus de jefe, administrador o encargado de dicha organización o asociación (art. 177 bis. 6). Además, al apartado 7 del artículo 177 bis contiene la previsión de si el autor es una persona jurídica, como lo es, sin duda, una organización o una asociación, entes dotados de una personalidad jurídica propia que, por su dedicación, resulta socialmente devastadora.

- Equiparación de las condenas extranjeras a las nacionales, a efecto de reincidencia, como resulta acorde a la naturaleza supraestatal del delito y tal y como sucede en otras figuras delictivas, como la falsificación de moneda (art. 177 bis. 10).

- Excusa absolutoria, según la cual: *«La víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado»*. (art.177 bis.11).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCO LOZANO, Carlos. «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos». *Lecciones de Derecho penal: parte especial*. Miguel Polaino Navarrete. (Coord.) Vol. 1, 2010.
ISBN 978-84-309-5187-1

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. «Los delitos de rebelión y sedición en el ordenamiento jurídico español y su eventual aplicación al proceso independentista catalán». *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, N.º 5. 2019.
ISSN-e 2531-1565

HERRERA MORENO, Myriam (Dir.). (2018). «La víctima en sus espejos. Variaciones sobre víctima y cultura». Barcelona: Bosch. Manuel Rodríguez Monserrat. *Revista de Victimología*. N.º 9. 2019. (Ejemplar dedicado a: Revista de Victimología / Journal of Victimology).
ISSN-e 2385-779X

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos». *Revista penal*. N.º 44, 2019.
ISSN 1138-9168.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Lección 8.ª Detención ilegal y secuestro”. En *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial* / Miguel Polaino Navarrete (dir.). Juan Antonio, Martos Núñez; Myriam Herrera, Moreno; Antonia, Monge Fernández; Carmen, Requejo Conde; Miguel, Polaino-Orts; y, Edgar Iván, Colina Ramírez (autores). 2019.
ISBN 9788430972043

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La concepción de la víctima de violencia de género por una política sin base empírica. Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI.* Luis Roca de Agapito (dir.). 2019.
ISBN 9788413133287.