



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LOS DELITOS DE LESIONES CON VÍCTIMAS
MENORES DE EDAD**

Autor: Cristina Arroyo Joga

5º E3-Analytics

Derecho Penal

Tutor: María Concepción Molina Blázquez

Madrid

Abril 2022

Resumen:

El trabajo se resume en el análisis de los delitos de lesiones cuando las víctimas sean menores de edad, así como la diversificación que el Código Penal hace dentro de ellos para cada figura delictiva, y las sucesivas reformas que se han llevado a cabo con el fin de otorgar una mayor protección a este colectivo. El desarrollo se ha iniciado con el tipo básico del artículo 147 y las agravantes del 148 del Código Penal, continuando posteriormente con los tipos más específicos y novedosos incluidos en los últimos años: mutilación genital femenina del artículo 150 CP, lesiones en el ámbito familiar del artículo 153 CP, tráfico de órganos del artículo 156 bis CP e inducción a la autolesión del artículo 156 ter. Además, se analiza si era estrictamente necesaria la inclusión de estas nuevas figuras delictivas en el Código Penal para no dejar impunes las conductas que tipifican, o por el contrario eran subsumibles previamente en otros tipos penales.

Palabras clave:

Lesiones, lesión, menor de edad, menores de edad, salud, integridad física, víctima, protección, violencia.

Abstract:

The work is summarized in the analysis of the crimes of injury when the victims are minors, as well as the diversification that the Criminal Code makes within them for each criminal figure, and the successive reforms that have been carried out in order to grant greater protection to this group. The development has begun with the basic type of article 147 and the aggravating factors of article 148 of the Criminal Code, subsequently continuing with the more specific and innovative types included in recent years: female genital mutilation of article 150 CP, injuries in the family environment of article 153 CP, trafficking in organs of article 156 bis CP and induction to self-harm of article 156 ter. In addition, it is analyzed whether it was strictly necessary to include these new criminal figures in the Criminal Code in order not to leave unpunished the behaviors they typify, or on the contrary were previously subsumable in other criminal types.

Key words:

Injury, minor, minors, health, physical integrity, victim, protection, violence.

Índice

OBJETIVO	6
CAPÍTULO I. DÉLITOS DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL.	6
CAPÍTULO II. MENORES DE EDAD	10
1. TIPOS CUALIFICADOS DE LESIONES POR LA MINORÍA DE EDAD DE LA VÍCTIMA	11
1.1 Genérico, artículo 148.3º CP	11
1.2 Mutilación genital, artículo 149.2 CP	14
<i>1.2.1. Concepto y tipología.</i>	14
<i>1.2.2. Razones y consecuencias.</i>	15
<i>1.2.3. Ámbito Internacional</i>	16
<i>1.2.4. Ámbito Comunitario</i>	17
<i>1.2.5. Ordenamiento Jurídico Español.</i>	18
<i>1.2.6. Conducta Típica.</i>	21
<i>1.2.7. Error de prohibición.</i>	23
<i>1.2.8. Penalidad.</i>	24
1.3 Lesiones y maltratos en el ámbito familiar, artículo 153 CP	26
1.4 Tráfico de órganos, artículo 156 bis 4. b) CP	31
2. LA INDUCCIÓN A LA AUTOLESIÓN DE LOS MENORES DE EDAD, ARTÍCULO 154 TER CP.....	38
3. PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS DELITOS DE LESIONES.	43
3.1 Inaplicabilidad de la atenuación para las lesiones consentidas, artículo 155.2º CP	43

3.2 Nulidad del consentimiento del menor en los trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización, artículo 156 CP.....	47
CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	53

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CE	Consejo de Europa / Constitución Española
CP	Código Penal
CDN	Convención de Derechos del Niño
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
DH	Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
IVC	Instituto Vasco de Criminología
LO	Ley Orgánica
LOAI	Ley Orgánica de Adopción Internacional
LOMPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPIAV	Ley Orgánica de de Protección integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LORPM	Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
MGF	Mutilación Genital Femenina
MS	Ministerio de Sanidad
PE	Parlamento Europeo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
RAE	Real Academia Española
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UNFPA	United Nations Population Fund / Fondo de población de las Naciones Unidas
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund / Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia

OBJETIVO

Análisis del delito de lesiones cuando la víctima sea menor de edad. Desde mi punto de vista, es el estudio de una de las figuras delictivas más trascendentes del Código Penal, por atentar contra uno bien jurídico tan importante como es la salud; y sobre un colectivo que junto con las personas discapacitadas se consideran, sujetos necesitados de mayor protección. En la mayoría de casos los menores de edad son personas más vulnerables, cuyas posibilidades de defensa son menores y que en muchos casos aún no han desarrollado las capacidades suficientes para comprender la peligrosidad y la transgresión de las actuaciones que se están llevando a cabo sobre ellos mismos. Además, dado que son sujetos que están en época de desarrollo las consecuencias físicas y psíquicas derivadas de las lesiones pueden tener un mayor impacto sobre ellos. Por todo esto, quería centrar mi objeto de estudio en este colectivo como víctima, ya que considero que en muchos casos requieren una regulación específica que les otorgue una mayor protección. Sin embargo, el rango que establece la minoría de edad es muy amplio y esto provoca que no todos los menores se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias, ni con las mismas capacidades y por tanto con diferentes necesidades de protección por parte del ordenamiento. Por esto el Código Penal en ciertos supuestos hace distinciones dentro de la minoría de edad, estableciendo así otros límites complementarios a los dieciocho años, que también será objeto de estudio.

CAPÍTULO I. DÉLITOS DE LESIONES EN EL CÓDIGO PENAL.

En primer lugar, deberemos delimitar el concepto de lesión. Conforme a la Real Academia Española (“RAE”) de la Lengua se entiende por lesión: “*daño o detrimento causado por una herida, golpe o enfermedad*” o “*perturbación de la situación física y/o psíquica de una persona*”. Sin embargo, el concepto jurídico exige algo más, debe haber sido producida por una persona a otra, existiendo así una relación de causalidad entre la acción humana que es el hecho nocivo y el resultado delictivo, la lesión.

La afección a la integridad y a la salud de una persona, por la acción u omisión de un tercero, constituye una lesión.¹ Inicialmente solo se consideraban delitos, aquellas lesiones que para ser sanadas requerían un tratamiento médico o quirúrgico², y el resto se consideraban únicamente faltas y por tanto eran sancionadas con una pena leve. Sin embargo, con la Ley Orgánica 1/2015 (“LO”) aquellas que no requerían tratamiento pasaron a la categoría de delito leve. Por tanto, actualmente se considera típica cualquier acción u omisión que cause un daño en la salud o en la integridad de una persona. Dado que para su consumación es necesario que se haga efectivo el daño se trata de un delito de resultado material³, y por ello puede ser cometido no solo por acción sino también por omisión, cuando la lesión tiene lugar indirectamente por el sujeto que pudiendo haberla evitado no lo ha hecho. Parte de la doctrina, entre ellos Boix Reig, no admiten la comisión de lesiones por omisión, puesto que, partiendo del propio precepto, “*las lesiones pueden producirse por cualquier medio o procedimiento*”, consideran que si no hay actuación no se está empleando ningún medio ni procedimiento y por tanto la omisión es atípica.⁴ Sin embargo, otros autores conscientes de que con la omisión no se causa ningún resultado, sí que la admiten considerando de forma figurada que el procedimiento por el que se comete la lesión es la propia omisión.⁵

¹ Liñan Lafuente, A. (2017). Lesiones. *Trazos de Derecho penal Parte Especial*, p. 62. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/40913/1/Trazos%20de%20Derecho%20penal.%20Parte%20especial.pdf>.

² Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 153/2013 de 6 de marzo, Rec. 665/2012, FJ Undécimo: “*El tratamiento médico es aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable. Debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o de la propia víctima. Además, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico separado, y no se integra por la dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos*”.

³ Tamarit Sumalla, J.M. (2016). Artículo 147. En F. Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal* 10ª Edición. Aranzadi: Pamplona. S.P. Consultado en Proview: “*los delitos de lesiones son de resultado material, para cuya consumación se requiere la producción de una lesión que reúna las características previstas en el correspondiente tipo*”

⁴ Carbonell Mateu, J.C. (2019). Lesiones. En J.L. González Cussac (coord.), *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: tirant lo blanch. p.107.

⁵ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 31 de octubre de 1991, Rec. 3158/1989, FJ Tercero: “*La coprocesada, aunque no haya maltratado personalmente a su hija, no ha impedido dicho maltrato por parte de su esposo. Tal actitud omisiva, la constituye coautora del delito de lesiones, porque con su intervención, con la actuación omisiva hubiera evitado el resultado lesivo para la menor*”.

Tamarit Sumalla, J.M. (2016). Artículo 147..., *op. cit.*, S.P. “*los delitos de lesiones admiten la comisión por omisión, según se desprende de su estructura*”.

Podemos afirmar que el bien jurídico protegido en estos delitos es la salud e integridad de las personas, es decir el derecho de toda persona a poder vivir de forma sana y sin interferencias del exterior que puedan afectarle de un modo perjudicial. ⁶Es importante enfatizar que no toda alteración de este bien jurídico se engloba dentro del delito de lesiones, sino únicamente aquellas que tienen carácter negativo, dejando así fuera todas aquellas intervenciones médicas que por el contrario tengan un fin beneficioso para la salud del sujeto. Además, al tratarse de bienes jurídicos indisponibles, aunque haya consentimiento por parte del sujeto pasivo, no se eliminará la antijuridicidad de los hechos.

El tipo básico se encuentra regulado en el artículo 147.1 del Código Penal (“CP”): *“lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental [...] y requiera objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”*.⁷ Definido así, podemos afirmar que para poder apreciar el tipo básico es necesario una intervención curativa por parte del personal sanitario no siendo suficiente la primera asistencia, ni la simple vigilancia o seguimiento facultativo. ⁸La valoración deberá realizarse atendiendo a criterios objetivos, siendo únicamente necesario que las lesiones precisen intervención independientemente de si esta se ha suministrado o no. ⁹Sin embargo, no siempre las lesiones requieren tratamiento y aun así la conducta esta tipifica en el artículo 147.2 del CP, considerándose un delito leve.

Por otro lado, el Código Penal en su artículo 148 regula aquellos supuestos en los que el aumento del desvalor de la acción incrementa la penalidad. La agravación se justifica en la

⁶ Liñan Lafuente, A. (2017) Lesiones..., *op. cit.*, p.62

⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE – 24 de noviembre de 1995). Artículo 174 apartado 1º. (en adelante Código Penal)

⁸ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1531/1998, de 9 de diciembre, Rec. 1308/1998, FJ Tercero: *“deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica [...] «necesaria actuación», porque las simples medidas de prevención no serán tratamiento médico propiamente dicho. De lo contrario quedaría en manos del facultativo, más o menos exigente, la presencia de un delito o de una falta”*

⁹ Liñan Lafuente, A. (2017) Lesiones..., *op. cit.*, p.65

mayor gravedad de la lesión o en el peligro especialmente producido al bien jurídico.¹⁰ Se trata de una serie de supuestos, que en sí mismos no son motivos para la agravación por lo que no cabe su aplicación automática; pero sí que son requisitos para que el Tribunal pueda incrementar la pena atendiendo al riesgo o resultado producido.¹¹ En primer lugar, el uso de medios peligrosos para la vida del lesionado, que generen un peligro complementario para el bien jurídico protegido atendiendo a un doble criterio: objetivo que se refiere a la naturaleza, forma y composición del instrumento; y subjetivo que es el modo en el que se utilizó el mismo¹². En segundo lugar, si hubiera mediado alevosía o ensañamiento.¹³ En tercer lugar, cuando la víctima sea incapaz o menor, por estar en una situación de indefensión. Y por último, los apartados cuarto y quinto que se introdujeron con la Ley Orgánica 1/2004, de 18 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG): cuando la víctima sea esposa o mujer ligada actualmente o en el pasado por análoga relación de afectividad con el autor, ya sea con o sin convivencia; y si la víctima es una persona especialmente vulnerable que convive con el autor.

¹⁰ Carbonell Mateu, J.C. (2019). Lesiones..., *op. cit.*, p.110

¹¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 898/2002, de 22 de mayo, Rec. 3743/2000, FJ Segundo: *“Aunque somos conscientes del carácter potestativo o facultativo en la aplicación de la agravatoria (el art. 148 nos dice: «podrán ser castigados...»), las circunstancias concurrentes apuntan a la apreciación de la cualificativa en cuanto que el instrumento empleado (una escopeta) disparado al cuerpo del afectado supone un plus de peligrosidad, derivado del indudable riesgo de mayor daño que supuso el «modus operandi»”*

¹² Audiencia Provincial de la Coruña, Sección 2ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012, Rec. 821/2012, FJ Tercero: No se aplicó la agravante, aunque el instrumento utilizado era especialmente peligroso puesto el modo en el que se usó no lo era. Se utilizó un atizador del fuego de hierro, pero el golpe fue con poca intensidad y solo causó una lesión leve.

¹³ El ensañamiento tendrá lugar cuando se causen sufrimientos que no son necesarios para ejecutar el delito, mientras que la alevosía cuando se empleen formas que impidan la defensa por parte de la víctima. En ocasiones, pueden surgir dudas respecto de este supuesto y el anterior que recoge también la utilización de *“métodos o formas concretamente peligrosas”* ya que podemos incardinar un mismo hecho ante los dos supuestos. Sin embargo el Tribunal Supremo en su sentencia 1812/2001 de 11 de octubre señala: *“a diferencia del ensañamiento del número 2º, fundamentado en la mayor desvaloración de la perversidad del agente que conscientemente aumenta inhumanamente el dolor o sufrimiento del ofendido, obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana del método o forma de agresión, englobando así los supuestos anteriores de la acusada brutalidad cuando en ella no prima la perversidad subjetiva de la búsqueda de un mayor dolor o sufrimiento sino el incremento objetivo del riesgo que para la vida o la salud representa la forma o método de la agresión”*

Por otro lado, aquellos supuestos en los que se causan daños que son especialmente graves, es decir hay un mayor desvalor en el resultado de la acción, se encuentran regulados en los artículos 149 y 150 del CP.

CAPÍTULO II. MENORES DE EDAD

En primer lugar, deberemos aclarar que se entiende por menor de edad. El artículo 12 de la Constitución Española (“CE”) señala que *“Los españoles son mayores de edad a los 18 años”* y por igual se refleja en el artículo 315 del Código Civil (“CC”) que dice que *“La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”*, y así mismo el artículo 1 de Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (“LOPJM”) dice que *“La presente ley se aplicará a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español”*. El Código Penal en el artículo 19 mantiene que: *“los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”*, pero exige que se apruebe una ley que regule expresamente la responsabilidad penal de los menores, y así se aprobó la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.¹⁴ En el artículo 1 apartado 1º establece otro límite dentro de los dieciocho, que establece el Código penal, para poder exigir responsabilidad penal: *“Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”*. El legislador ha considerado que son irrelevantes las infracciones cometidas por menores de catorce años y en caso extraño de que estas sí supongan una alarma social será suficiente la respuesta familiar y la asistencial civil.

Desde los principios rectores de la política social y económica recogidos en la Constitución Española, que defienden con carácter singular la protección de los menores, hasta los diferentes Tratados Internacionales ratificados por España, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño (“CDN”), de Naciones Unidas (“NU”), de 31 de diciembre de 1990 pusieron de manifiesto la necesidad de incrementar la protección dispensada para este

¹⁴ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE – 13 de enero de 2000). Exposición de Motivos I 4º: *“El artículo 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente. También para responder a esta exigencia se aprueba la presente Ley Orgánica”*

colectivo. Así el Código Penal de 1995 en su nueva redacción pretendía otorgar una mayor protección a los menores como víctimas de delitos y faltas.¹⁵

Con carácter general no hay ningún artículo en el que se señale que siempre que la víctima sea menor de edad se incrementará la pena, sino que por el contrario habrá que atender al delito en concreto para ver en cada caso las consecuencias que implican esa superioridad del autor sobre la víctima.¹⁶ Sin embargo, sí que es cierto que de forma más genérica se podrá hacer referencia a la circunstancia agravante del artículo 22. 2º abuso de superioridad, así como la del artículo 22. 1º alevosía puesto que en la mayor parte de los casos el menor por su vulnerabilidad se encontrará en una situación de indefensión.¹⁷

1. TIPOS CUALIFICADOS DE LESIONES POR LA MINORÍA DE EDAD DE LA VÍCTIMA

1.1 Genérico, artículo 148.3º CP

Como he mencionado anteriormente el artículo 148 del CP establece una agravación facultativa de las penas del apartado 1 del artículo 147, en atención a una serie de supuestos. En aquellos casos en los que concurra alguno de los supuestos anteriores, cabra aplicar la agravante, pero en ningún caso de forma automática, sino que habrá que atender al riesgo o

¹⁵ García Villaluenga, L. (1997). Protección al menor en el nuevo Código Penal. *Cuadernos de Trabajo Social* 10, p. 196.

¹⁶ González Rus, J.J. (2010). El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias, en L. Morillas Cueva (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Madrid: Dykinson. p. 131 citado en Cabrera Martín, M. (2021). Modificaciones de la parte especial del Derecho Penal tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En C. García Martínez (coord.) de la obra, *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*. Navarra: Aranzadi. Consultado en Proview. "la mejor manera de dar un trato penal homogéneo a la protección de los menores es sustituyendo los tipos cualificados actualmente existentes por una agravación general, aplicable en principio a todos los delitos"

¹⁷ Serrano Gómez, A. (2008). *XIX Seminario "Duque de ahumada". Hacia una protección integral del menor*. Ministerio de Interior: Secretaría General Técnica.

resultado producido.¹⁸ Estas agravaciones se limitan exclusivamente a las lesiones del artículo 147, sin que sean aplicables de forma general a todos los tipos de lesiones regulados en el Código Penal.

El apartado tercero del artículo se refiere a que “*la víctima fuere menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección*”. Al igual que en el resto de supuestos se trata de una condición para poder aplicar la agravante tras haber realizado un análisis del resultado producido; y no de una circunstancia que dé lugar a su aplicación automática.¹⁹ En este caso, sí que es cierto que el simple hecho de que sea un menor o incapaz ya genera una especial situación de indefensión en la víctima, pero aun así sigue siendo necesario que se produzca un mayor peligro para su integridad física. El fundamento de esta agravante radica en el mayor desvalor de la acción por la superior situación de indefensión en la que se encuentra el menor, y por las futuras consecuencias psíquicas que le pueden causar estos actos.

Parte de la doctrina no entiende la necesidad de que haya una agravación de las penas cuando la víctima es menor de edad, puesto que consideran que esto solo estaría justificado en los casos en los que haya una situación de indefensión y aun así tampoco haría falta ya que podrían cubrirse con la agravante de alevosía.²⁰ Por otro lado, se ha planteado la duda de si en estos casos de víctimas menores de edad o incapaces, cabe aplicar junto con la agravante de este apartado la de alevosía.²¹ Inicialmente el Tribunal Supremo (“TS”) en una de sus

¹⁸ Tamarit Sumalla, J.M. (2016) Artículo 148..., *op. cit.*, S.P. “*requiere del juzgador atender <<al resultado causado o riesgo producido >>, exigencia que se superpone a la concurrencia de los elementos propios de los diversos supuestos de hecho que sirven de base a la agravación*”

¹⁹ *Ibid.*, S.P. “*pese a concurrir uno o varios de los cinco supuestos previstos, ni el resultado ni el riesgo tengan suficiente gravedad al criterio del Tribunal*”

²⁰ Cabrera Martín, M. (2021). Modificaciones de la parte especial del Derecho Penal tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En C. García Martínez (coord.), *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*. Navarra: Aranzadi. S.P. Consultado en Proview
Tamarit Sumalla, J.M. (2016) Artículo 148..., *op. cit.*, S.P.: “*argumento de si no hubiera bastado con las agravantes de alevosía o abuso de superioridad*”.

²¹ Código Penal. Artículo 148 apartado 3º: “*Si hubiera mediado ensañamiento o alevosía*”

sentencias señaló que acumular la agravante de edad a la de alevosía supondría una vulneración del principio *non bis in idem*,²² Sin embargo, más tarde respecto del delito de asesinato, en una de sus sentencias el Tribunal Supremo señaló que cabía la hiperagravación del artículo 140 al considerar que se había causado la muerte a otro con una de las circunstancias del artículo 139.1 CP (alevosía por edad de la víctima) y con una circunstancia del artículo 140.1 CP (víctima menor de 16 años)²³. Por tanto, considero que era compatible aplicar edad como circunstancia de vulnerabilidad con la alevosía por edad.

La única modificación que se ha realizado respecto de este apartado fue con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia (“LOPIAV”), que por su disposición final 6.13 elevó la edad del menor de 12 a 14 años.²⁴ Se ha ampliado el abanico de edades, puesto que la modificación no fue para ampliar la edad a los 16, que es la establecida en los delitos de homicidio y sexuales, sino para establecer un nuevo rango hasta los 14, edad a partir de la cual ya cabe exigir responsabilidad penal a los menores de edad. En el preámbulo no se señala ninguna justificación específica al respecto, pero partiendo de que el fundamento de esta Ley era otorgar una mayor protección a los menores frente a la violencia, el objetivo específico de la modificación del

²² Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 283/2004 de 2 de marzo, Rec. 616/2003, FJ Segundo: *“en la conducta de la acusada concurre la agravante de alevosía en base a la corta edad de la víctima (párrafo final del Fundamento de Derecho Primero). En estas condiciones parece oportuno respetar el criterio del Tribunal de instancia expresamente manifestado, sin forzar interpretaciones que nos conducirían a la necesidad de suprimir esa circunstancia de agravación de la responsabilidad criminal en aplicación del principio non bis in idem”*.

²³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 960/2020, de 5 de mayo. *“haberse valorado al mismo tiempo la alevosía por indefensión en la muerte de los dos niños y la especial vulnerabilidad de la víctima”*

²⁴ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (BOE – 5 de junio de 2021). Disposición final 6.13 (en adelante LO 8/2021): *“La lucha contra la violencia en la infancia es un imperativo de derechos humanos. Para promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño es esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia”. Se modifica el apartado 3.º del artículo 148, que queda redactado como sigue: «3.º Si la víctima fuere menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.»*

rango de edad fue aumentar la esfera de protección, puesto que se considero que los menores entre 12 y 14 años seguían siendo vulnerables.²⁵

1.2 Mutilación genital, artículo 149.2 CPç

1.2.1. Concepto y tipología.

Conforme a la Organización Mundial de la Salud (“OMS”), la Mutilación Genital Femenina (“MGF”) se considera a nivel internacional una violación de los derechos humanos de las mujeres y niñas; y es signo de la desigualdad arraigada existente entre ambos sexos y de una discriminación de la mujer²⁶. Se define como *“todos los procedimientos consistentes en la resección total o parcial de los genitales externos femeninos, así como otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos”*²⁷

El procedimiento que se sigue puede variar en función de diversos factores. A nivel internacional, se sigue la clasificación realizada conjuntamente por la OMS, UNICEF, UNFIEM y UNFPA. El tipo I es la Clitoridectomía: Resección del prepucio del clítoris únicamente o acompañada con la del clítoris²⁸. El tipo II es la Ablación o Escisión: Se añade al tipo anterior, el corte completo o parcial de los labios menores, sin afectar en ningún caso a los mayores. El tipo III es la Infibulación: Los dos tipos anteriores, añadiendo el corte de los labios mayores con el objetivo de estrechar la abertura vaginal a un mínimo orificio que permita únicamente la expulsión de la orina y de la menstruación. Y por último el tipo IV

²⁵ LO 8/2021. Preámbulo: *“Se incrementa la edad a partir de la que se aplicará el subtipo agravado del delito de lesiones del artículo 148.3, de los doce a los catorce años, puesto que resulta una esfera de protección más apropiada en atención a la vulnerabilidad que se manifiesta en la señalada franja vital”*

²⁶ La Organización Mundial de la Salud estima que entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres de todo el mundo han sido sometidas a mutilación genital femenina.

²⁷ (2020, 3 de febrero). Mutilación genital femenina. Organización Mundial de la Salud. Obtenida el 5/03/2022 de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>

²⁸ Se denomina también sunna y equivale en el islam a la circuncisión.

hace referencia a cualquier procedimiento sin fines médicos que sea lesivo para los genitales femeninos.

Se trata de una práctica vinculada a ciertas creencias, costumbres y tradiciones que se extiende principalmente por el continente africano, asiático, y ciertos países de Oriente Próximo; y que únicamente está presente en Occidente como consecuencia de la población inmigrante²⁹. Los inmigrantes con el objetivo de mantener las tradiciones e identidad cultural de su lugar de origen, llevan a cabo esta práctica ya sea en su país de residencia, en el de nacimiento o en zonas fronterizas durante su periodo de vacaciones.

1.2.2. Razones y consecuencias.

Las razones por las cuales estas prácticas se siguen realizando en la actualidad y que han llevado a que sea necesario adoptar medidas legales para erradicarlas son principalmente de carácter social o tradicional: inclusión de la mujer en la vida social, sometimiento y obediencia en el matrimonio al reducir la posibilidad de infidelidad o promiscuidad asegurándose que no tenga hijos con otro hombre; y al limitar su libertad sexual disminuyendo el placer, con el objetivo de que así llegue virgen al matrimonio puesto que si no será rechazada.³⁰ En definitiva, se tratan de cuestiones ideológicas, culturales y religiosas, que unidas a la migración conllevan un conflicto entre la ley del país de acogida y esas creencias y concepciones derivadas de su origen.³¹ Sin embargo, no cabe aceptar estas actuaciones amparándose en la tradición o costumbre, ni en la libertad de conciencia, puesto

²⁹España es un país de emigración e inmigración. En 2012 conforme al mapa de la Mutilación Genital Femenina existían 16.869 niñas menores de edad que procedían de aquellos países de los que se derivan estas costumbres y tradiciones y que por ello estaban en riesgo de sufrir mutilación genital.

³⁰ Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1ª, Sentencia 26/2011, de 15 de noviembre de 2011, Rec. 12/2011, FJ Primero: *“La ablación del clítoris persigue controlar la sexualidad de la mujer [...] impidiendo todo tipo de gozo sexual. [...] evitar sentir placer sexual, con la finalidad de que pueda llegar virgen al matrimonio, pues que, si no es de este modo, la mujer puede ser rechazada”*

³¹ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, Resolución 42/2013 de 13 de mayo de 2013, Rec. 3/2012, FJ Primero: *“Se suscita una tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida, y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre”*.

que eso supondría una desprotección de bien jurídicos de gran importancia como son en este caso, la integridad física e indemnidad sexual.

Respecto de las consecuencias que se derivan de estas prácticas debemos mencionar por un lado en el ámbito físico: dolor, hemorragias, retenciones de orina, dificultades en el parto, infecciones... Se derivan principalmente de las condiciones en las que se llevan a cabo estas prácticas: sin el instrumental necesario ni esterilizado (con cuchillos, vidrio, hojas de afeitar), en lugares no óptimos (en el suelo o camastros) y sin el personal cualificado. Por otro lado, en el plano psicológico: trastornos, depresiones, ansiedad, miedo, humillación... Consecuencia principalmente de la sociedad y cultura a la que pertenecen que no acepta a mujeres que no hayan sido sometidas a estas prácticas.³²

1.2.3. Ámbito Internacional

Las corrientes migratorias son la explicación principal de porque la Mutilación Genital Femenina no solo afecta al país de origen donde se llevan a cabo estas prácticas, sino que se extiende hacia Europa y el resto de continentes, provocando así una preocupación a nivel internacional.³³ A lo largo de los años, la comunidad internacional ha intentado poner fin a estas prácticas inicialmente con políticas de sensibilización, acciones preventivas y más tarde mediante sanciones, de forma que como afirma Falcao su evolución ha estado marcada por *“los marcos de interpretación a través de los cuales ha sido analizada y percibida y de los instrumentos legales disponibles para combatirla”*.³⁴

Entre los números instrumentos legales que se han aprobado a nivel internacional cabe destacar los siguientes: En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (“DUDH”) que en su artículo 6 declara que: *“nadie será sometido a torturas ni a penas o*

³² Nota descriptiva núm. 241 de la OMS: “No aporta ningún beneficio a la salud, solo daño”

³³ Silva Cuesta, A. (2017). *La mutilación genital femenina. Aspectos jurídico-penales*. [Tesis de Doctorado, Universidad de Granada]. Repositorio Documental - Universidad de Granada. p. 49

³⁴ Falcão, R. (2017). Historicidad de la MGF de las agendas ANTI-MGF, en A. Kaplan Marcusan y L. Nuño Gómez (Dir.), *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*. Madrid: Dykinson. pp. 34-35

tratos inhumanos o degradantes”. En segundo lugar, la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (“CEDAW”) que en su artículo 5 obliga a todos los Estados a adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar cualquier tipo de práctica o prejuicio que se fundamente en la superioridad de uno de los sexos sobre el otro, o en estereotipos³⁵. En tercer lugar, la Convención de los Derechos del Niño, que tiene gran importancia dado que estas prácticas se desarrollan principalmente en niñas menores de edad, obliga en su artículo 24 a los Estados que sean parte a eliminar cualquier tipo de práctica tradicional que sea perjudicial para ellos³⁶. En cuarto lugar, la Declaración de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o convicciones que pretende proteger a los niños frente a los abusos que se cometan contra ellos en base a tradiciones o creencias.³⁷ Y por último la Resolución de la Asamblea general 56/128, sobre Prácticas Tradicionales o Consuetudinarias que afectan a la salud de la Mujer o la Niña que manifiesta la necesidad de otorgar una mayor protección a los Derechos Humanos (“DH”) de las mujeres.

1.2.4. *Ámbito Comunitario*

En el ámbito comunitario, el primer instrumento normativo fue la Resolución del Parlamento Europeo (PE) de 11 de junio de 1986 sobre Agresiones a la Mujer que en su párrafo 47 pedía a las naciones que aprobasen la legislación necesaria para prohibir estas practicas y enseñaran

³⁵ Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer del 18 de diciembre de 1979. Artículo 5: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas [...] con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;”*

³⁶ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 24.3: *“Los Estados Parte adoptarán las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”.*

³⁷ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 36/55 del 25 de noviembre de 1981. Declaración sobre la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. *“Preocupada por las manifestaciones de intolerancia y por la existencia de discriminación en las esferas de la religión o las convicciones que aún se advierten en algunos lugares del mundo, Decidida a adoptar todas las medidas necesarias para la rápida eliminación de dicha intolerancia en todas sus formas y manifestaciones y para prevenir y combatir la discriminación por motivos de religión o convicciones”*

a las mujeres las consecuencias que implicarían sobre ellas estos actos.³⁸ A continuación, como consecuencia de lo ocurrido en Egipto el 10 de julio de 1997, se dictó otra Resolución sobre la Mutilación Genital Femenina en la que se pedía a los Estados Miembros que persiguiesen estas prácticas y otorgasen ayuda a aquellas mujeres que la solicitasen por esta causa.³⁹ Posteriormente en 2001 el Parlamento Europeo aprobó de nuevo dos resoluciones, la primera el 20 de septiembre en la que señala que la mutilación atenta contra los Derechos Humanos al ser un acto de violencia contra la dignidad de las mujeres. Y la segunda el 25 de octubre en la que expresa que no cabe la violación de los derechos humanos basándose en creencias ni tradiciones.⁴⁰ El Parlamento Europeo ha seguido aprobando numerosas resoluciones a lo largo de los años, en 2004 la Resolución sobre la Situación Actual en la Lucha Contra la Violencia Ejercida contra las Mujeres y Futuras Acciones⁴¹; y en 2009 la Resolución sobre la Lucha contra la Mutilación Genital Femenina, en la que se condenó por ir en contra de las mujeres y de los Derechos Humanos.

1.2.5. Ordenamiento Jurídico Español

En nuestro país, independientemente de la tipificación de estas actuaciones, se han llevado a cabo numerosas medidas para prevenir y evitar que tuviesen lugar en los inmigrantes que llegaban provenientes de aquellos países en lo que se seguían estas tradiciones. Además,

³⁸ Resolución del Parlamento Europeo sobre las Agresiones a la Mujer, de 11 de junio de 1986, párrafo 47: *“lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos inmigrantes residentes de los Estados miembros; pide urgentemente a las autoridades nacionales de estos países que adopten y apliquen enérgicamente la legislación que prohíba estas prácticas y, muy especialmente, que eduquen a las mujeres de estos grupos respecto a las consecuencias nefastas de esta cruel práctica”*

³⁹ El Tribunal Administrativo de El Cairo anuló una Orden del Ministerio de Sanidad de Egipto de 1986, en la que se prohibió que se realizase en los hospitales públicos la ablación del clítoris, y el Consejo de Estado del país concluyó al respecto que esa práctica era lícita.

⁴⁰ Resolución del Parlamento Europeo sobre las Mujeres y el Fundamentalismo de 25 de octubre de 2001. Considerando 3º: *“no se admitirá bajo pretexto de creencias religiosas, prácticas culturales o consuetudinarias, se violen los derechos humanos”*

⁴¹ Resolución del Parlamento Europeo sobre la Situación Actual en la Lucha Contra la Violencia Ejercida contra las Mujeres y Futuras Acciones, Párrafo 4: *“Pide a los Estados miembros que adopten medidas adecuadas para poner fin a la mutilación genital femenina; (...) señala que los inmigrantes residentes en la Comunidad deberían saber que la mutilación genital femenina es una grave agresión contra la salud de las mujeres y una violación de los derechos humanos”*

debemos aclarar que en nuestro código nunca ha existido laguna legal que conllevara la impunidad de estas actuaciones, puesto que la práctica de la ablación inicialmente se castigaba por medio de la figura de lesiones del artículo 149 o 150 del Código Penal de 1995.

⁴² La mayor parte de la doctrina consideraba la mutilación genital femenina dentro del artículo 149 CP, considerándose así órganos principales a los miembros genitales femeninos.

⁴³ Sin embargo, aunque no se considerase que era subsumible dentro de este tipo, quedaba aún la alternativa del artículo 150 del CP, considerándose en este caso lesiones menos graves. Por tanto, la única duda que ha existido era determinar si se trataba de lesiones graves (artículo 149) o menos graves (artículo 150), y si esto era suficiente; o por el contrario era necesario llevar a cabo una reforma del Código Penal que tipificase expresamente la mutilación genital. ⁴⁴

Finalmente, el tipo penal de la Mutilación Genital Femenina se introdujo expresamente en nuestro Código Penal en el artículo 149.2º ⁴⁵ con la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros. El objetivo como se señala en la Exposición de Motivos⁴⁶ era

⁴² Código Penal. Artículo 149: “*El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años*”. Código Penal. Artículo 150: “*El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años*”.

⁴³ Ropero Carrasco, J. (2001) El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina, *La Ley*, 6, p.1398, defiende la inclusión de la mutilación genital femenina dentro del tipo del artículo 149, pero también abre el debate a una posible reforma penal en aquellos casos en los que no se considere que los órganos genitales femeninos son órganos principales, o no se considere que estas actuaciones causan una grave deformidad.

⁴⁴ *Id.*: “*es preciso decidir si sería conveniente una reforma legal que incluyera el tipo de la Mutilación lesiones a Genital Femenina, o si por el contrario resulta preferible prescindir de esta especificación, dejando en manos de los jueces la interpretación sobre si el tipo a aplicar es el más grave del artículo 149 o el menos graves del artículo 150*”

⁴⁵ Código Penal. Artículo 149.2º: “*El que causará a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección*”.

⁴⁶ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. (BOE – 30 de septiembre de 2003). Exposición de Motivos: “*la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como*

que el ordenamiento jurídico diese respuesta a la nueva realidad que había aparecido como consecuencia de la inmigración en España: la mutilación genital en niñas y mujeres por razones religiosas y culturales.⁴⁷ Las costumbres y tradiciones religiosas o culturales de cada país deben ser respetadas, pero siempre con el límite infranqueable de que no den lugar a comportamientos inaceptables o aberrantes y de ahí la tipificación de estas conductas.

La tipificación de la mutilación genital provocó que quienes querían realizarla, huían de forma temporal de España para poder llevarla a cabo y posteriormente regresaban.⁴⁸ Esta situación causó la necesidad de perseguir la mutilación genital más allá del territorio español, respecto de aquellas personas responsables, que independientemente de donde hubiesen realizado la práctica, ahora se encontrarán en territorio español. La Ley Orgánica 3/2005 de 8 de julio por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, basándose en el principio de justicia universal, introdujo la persecución extraterritorial de la mutilación genital femenina.⁴⁹ La Ley introdujo al artículo 23 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“LOPJ”) un nuevo epígrafe⁵⁰: “g) *Los relativos a la mutilación genital femenina siempre que los responsables se encuentren en España* “

novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”.

⁴⁷ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª, Sentencia 735/2013 de 14 de junio, Rec. 32/2012. Señala que las prácticas de mutilación genital únicamente serán castigadas por el artículo 149.2 cuando se realicen por motivos religiosos o culturales.

⁴⁸ Rioja Andueza, I. (2015, 21 de agosto). Cuatro hermanas sufren una ablación al ir de vacaciones a Mali. *El Mundo*. Obtenido el 05/03/2022 de: <https://www.elmundo.es/paisvasco/2015/08/21/55d625d0e2704e87148b4591.html>

⁴⁹ Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. (BOE – 9 de julio de 2005). Exposición de motivos: “*el hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los Derechos Humanos*”. “*presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país*”.

⁵⁰ LO 6/1985. Artículo 23 apartado 4º: “*Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española como alguno de los siguientes delitos:*”

Por otro lado, en 2015 se aprobó por parte del Ministerio de Sanidad (“MS”) un Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina con el objetivo por un lado de ayudar a aquellas mujeres y niñas que ya hubiesen sido víctimas de estas prácticas en su país de origen, y por otro lado evitar que se ejerciesen sobre aquellas que aún no habían sido víctimas, pero se encontraban en situación de vulnerabilidad por su situación familiar.⁵¹

1.2.6. Conducta Típica.

La conducta típica se ha definió como “*el que causara a otro...*”, sin determinar el género del sujeto pasivo, por lo que en principio podría ser tanto hombre como mujer.⁵² Sin embargo, esto puede resultar contrario al fundamento de la tipificación de estas conductas, que como he señalado anteriormente, en la exposición de motivos se indicaba que era la protección de las niñas y mujeres sobre las que se ejercía la mutilación genital.⁵³ Por lo tanto, independientemente de que no se haya incluido el adjetivo “*femenina*” y se desconozcan los motivos de tal omisión, conforme a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003 se aplicará únicamente a aquellos casos en los que la mutilación se produzca como consecuencia del ritual de ablación, del cual solo pueden ser víctimas mujeres o niñas.

Por otro lado, llama la atención la expresión que aparece en el tipo: “*en cualquiera de sus manifestaciones*”, puesto que el legislador conociendo las diferentes modalidades que hay y las consecuencias o efectos que cada una de ellas tienen sobre la víctima, ha optado por tratar a todas por igual sin tener en cuenta la gravedad de cada una.

⁵¹ Silva Cuesta, A. (2017). *La mutilación genital femenina...*, op. cit., pp. 57-58.

⁵²El nuevo tipo penal ha omitido la referencia a la mujer, que por el contrario sí figuraba en la redacción inicial del precepto. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm 136-1, de 21 de marzo de 2003, p.5: “*el que causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital (...)*”.

⁵³Maqueda Abreu, M.^a L (2007). ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 4, 13-14. “*pese a la indeterminación de los sujetos, se sabía pensado para reprimir los casos de mutilación genital femenina, como detallaba explícitamente su exposición de motivos*”

El problema que se plantea desde mi punto de vista en estas prácticas es que generalmente quien las realiza no es quien tiene el interés en dar cumplimiento a ese ritual o tradición, sino que únicamente lo realiza como respuesta al pago de sus servicios. Las menores carecen de capacidad suficiente para consentir tales prácticas, por tanto, la decisión proviene por parte de los representantes legales, que son quienes buscan dar cumplimiento a esa tradición social o cultural. Por ello, cabe la duda si se les puede exigir responsabilidad independientemente de que no sea quienes realicen directamente el acto. La mutilación genital al tratarse de una lesión, es un delito de resultado, y por lo tanto al que se le puede aplicar la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal.⁵⁴

El artículo 11 CP hace una equiparación entre la acción y la omisión siempre y cuando se cumplan los requisitos que exige: posición de garante por parte del omitente y la consiguiente vulneración de su deber de garantía; e identidad estructural entre la omisión y la acción.⁵⁵ Los padres como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, recogido en el artículo 154 del Código Civil, tienen la responsabilidad de salvaguardar y proteger los bienes jurídicos de sus hijos, por tanto, se cumple el primer requisito. Además, del segundo se deriva para los padres, que han encargado a una experta que lleve a cabo la ablación sobre su hija, el deber de injerir para evitar que ese riesgo que han creado se materialice en lesión. Por lo tanto, podemos concluir que, si los padres no impiden que se realice la mutilación genital sobre sus hijas, podrán responder por el resultado que se derive de estas actuaciones en calidad de autores en comisión por omisión.⁵⁶ El Tribunal Supremo castiga como autores a los padres que acudan a las actuaciones que terceros llevan sobre sus hijos y que lesionan sus bienes jurídicos,

⁵⁴ Vallejo Peña, C. (2014). Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España. *Revista Estudios Jurídicos* 14, p.9 “*puede encuadrarse la conducta en la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal cuando concurren los parámetros que el artículo exige*”.

⁵⁵ Código Penal. Artículo 11: “*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*”.

⁵⁶ Silva Cuesta, A. (2017). *La mutilación genital femenina...*, op. cit., pp. 204-208

siempre que no hayan hecho nada para evitarlo, puesto que tienen un deber de garante que no están ejerciendo.⁵⁷

1.2.7. Error de prohibición.

La culpabilidad se fundamenta en la capacidad de motivación del sujeto activo, la cual no está presente en aquellos casos en los que el sujeto no conoce la antijuricidad de sus actuaciones, puesto que quien tiene desconocimiento de una norma no puede quedar motivado por la misma.

Para los casos de mutilación genital femenina, en el ámbito de la culpabilidad es muy recurrido el argumento del error de prohibición del artículo 14 del CP.⁵⁸ El sujeto cree que ha actuado de forma lícita y esa creencia de licitud puede ser porque el sujeto desconozca la prohibición penal (*error de prohibición directo*) o porque base su actuación en una causa de justificación errónea (*error de prohibición indirecto*).⁵⁹ En ambos supuestos si se trata de un error invencible se excluirá la responsabilidad penal, pero si por el contrario es un error vencible, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.⁶⁰

⁵⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1107/1999 de 28 de junio, Rec. 2287/1998, FJ Tercero “*En el relato fáctico se indica que la madre "con pleno conocimiento del carácter de su compañero y de la forma en que trataba a la niña, no hacía nada efectivo para evitarlo". Ello revela que la recurrente, durante los hechos acaecidos, pudo y debió evitar causalmente las agresiones. Muchas maneras a su alcance había para lograrlo. Al no haber sido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones. La doctrina de la Sala Segunda es concluyente. De una parte, es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante*”.

⁵⁸ En estos casos se rechaza la imposición al sujeto de una pena por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 835/2012 de 31 de octubre, Rec. 3/2012, FJ Tercero: “*debemos recordar que se produce el error de prohibición cuando el autor se cree que actúa lícitamente. El error de prohibición, se constituye como el reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento de culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho o, de modo que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente con la consecuencia de excluir la responsabilidad y extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco al desconocimiento de la norma concreta infringida*”.

⁶⁰ Código Penal. Artículo 14 Apartado 3º: “*El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados*”.

El hecho de que las personas que suelen realizar estas prácticas generalmente pertenezcan a etnias o grupos, en los que existe una falta de integración social y de conocimiento de la cultura de la sociedad europea, exige un exhaustivo análisis de la culpabilidad ponderando el carácter injustificable de estas conductas aludido en la Exposición de Motivos de la norma con la posibilidad de aplicar el artículo 14 Código Penal en aquellos casos en los que se manifieste un claro aislamiento social y cultural.⁶¹

En la mayoría de los casos no ha sido eficaz el error de prohibición alegado por los autores para eximir su responsabilidad penal. Esto se deriva del argumento alegado por el sujeto activo para no ser sancionado: *“los tribunales españoles no tienen competencia para sancionarme puesto que la actuación se llevó acabo fuera de las fronteras”*. Sin embargo, de esta forma está poniendo de manifiesto que tiene conocimiento de la antijuricidad de la conducta en España y que por eso se ha ido a otro país para poder realizarla de forma clandestina. Por tanto, se elimina la justificación de la conducta basándose en el error de prohibición y sobre todo como señala la Audiencia Provincial (“AP”) *“cuando el infractor no es un inmigrante recién llegado del país de origen, sino un ciudadano extranjero que responde a un perfil de adecuado test de integración pro su prolongada permanencia en territorio español y grado de adaptación social y cultural del país de acogida”*⁶²

1.2.8. Penalidad.

La penalidad prevista para este delito puede desglosarse en dos: *“la pena de prisión de seis a doce años”* y *“la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor”*.⁶³

⁶¹ García Sedano, T. (2017). Mutilación Genital. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 13, p. 303.

⁶² Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, Sentencia 4991/2013 de 13 de mayo, Rec. 3/2012. En referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2012, de 31 de octubre en la que sí se aprecia para la madre el error de prohibición, pero no para el padre que por haber residido desde hace 10 años en España debía conocer tal prohibición.

⁶³ Código Penal. Artículo 149, apartado 2º.

En primer lugar, respecto de la pena de prisión de seis a doce años se plantea si esta resulta excesiva y no cumple el principio de proporcionalidad de las penas. Parte de la doctrina considera que el objetivo de establecer una pena elevada era prevenir y concienciar a la sociedad de que estas actuaciones constituyen una grave lesión para bien jurídicos esenciales.

⁶⁴ Otra parte de la doctrina considera que al imponer esta pena a los progenitores se está causando a la víctima un daño superior al que se deriva las propias actuaciones: la separación de sus padres en un entorno que no es el suyo de origen y en el que por ello puede tener numerosas dificultades de integración. ⁶⁵

En segundo lugar, respecto de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela guarda o acogimiento, tiene carácter potestativo al señalar el legislador “*si el juez lo estima adecuado para el interés del menor*”. Por tanto, no se impone de forma automática cuando se llevan a cabo estas actuaciones sino solo cuando, tras haber hecho un análisis del caso concreto, se determine qué es lo más idóneo en atención al interés del menor que es el que prevalece y hay que proteger. Desde mi punto de vista esta pena podría ser una solución para los casos anteriormente mencionados en los que la pena de prisión genere un mayor daño al menor por separarse de su vínculo familiar, puesto que así se le estaría protegiendo, pero sin que se produzca la separación.

En ambos supuestos a la hora de determinar la imposición de una pena o ambas, tenemos que tener en cuenta que el fundamento de los padres para ejercer tales prácticas sobre sus hijas, en ningún caso es para ellos negativo. No buscan dejar de cumplir sus deberes ni causar daño a las menores, sino que únicamente quieren dar cumplimiento a una tradición o costumbre

⁶⁴ Roper Carrasco, J. (2001) “El Derecho Penal ante la Mutilación..., *op. cit.* p. 1399, “*la pena en estos casos está plenamente justificada desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial, pues es preciso establecer en la sociedad (y especialmente en los grupos que la practican) la certeza de que dichas mutilaciones constituyen una grave lesión de bienes jurídicos esenciales, cuya protección ha de prevalecer por encima de un mal entendido respecto a una determinada manifestación cultural*”

⁶⁵ Llabrés Fuster, A. (2006). El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico español”, en De Lucas Martín, J. *Europa: derechos, culturas*, Valencia: Tirant lo Blanch. p.70. “*La imposición de penas de prisión a los progenitores implicados comportaría la destrucción del núcleo familiar que podría dejar a las menores en una situación de grave desprotección*”

social que consideran buena para ellas, aunque estén equivocados y se trate realmente de una violación de los derechos humanos.

1.3 Lesiones y maltratos en el ámbito familiar, artículo 153 CP

Originariamente los malos tratos ejercidos en el ámbito familiar de padres a hijos estaban exentos de responsabilidad criminal, y se justificaban en el derecho de corrección regulado en el artículo 154 del Código Civil.⁶⁶ De esta forma conforme al artículo 625 del Código Penal de 1822 si un padre causaba la muerte a su hijo se consideraba que su actuación era un exceso de este derecho y por ello homicidio imprudente; o conforme al artículo 431 del Código Penal de 1870 no consideraban dentro de la agravante de lesiones causadas por parentesco las que fuesen entre padre e hijo en exceso de este derecho. Sin embargo, la Ley Orgánica 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (“LOAI”) derogó el artículo 154 del Código Civil para dar cumplimiento al artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁶⁷ No se puede justificar en el derecho de corrección el maltrato ejercido por los padres sobre los hijos, puesto que las facultades derivadas de la patria potestad deben ejercerse siempre y únicamente con fines educativos.

En los años 90 en una sociedad en la que existía el derecho de corrección en las relaciones paterno-filiales, este delito empezó a generar un mayor interés como consecuencia del elevado número de casos que se estaban produciendo; y por la escasa legislación que había al respecto.⁶⁸ La Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, introdujo este delito en el anterior artículo 425, señalando en el preámbulo que el propósito era responder “*a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos*

⁶⁶ Cervelló Donderis, V. (2001). Seminario de Violencia contra las mujeres: El delito de malos tratos en el ámbito familiar. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 15, p. 76. Pp. 75-98

⁶⁷ Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Artículo 19 apartado 1º: “*Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*”.

⁶⁸ Cervelló Donderis, V. (2001). Seminario de Violencia contra las mujeres..., *op. cit.*, p.76.

tratos ejercidos sobre menores e incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual". Es decir, el objetivo era castigar todo tipo de agresión que fuese violenta y tuviese lugar en el ámbito familiar, para así abandonar el vacío legal existente respecto de este tipo de violencia, que había incrementado en los últimos años.

Sin embargo, el precepto desde el inicio adolecía varias imperfecciones y por ello ha sido objeto de diferentes reformas.⁶⁹ En primer lugar, con la Ley Orgánica 10/1995 se empezó a regular el maltrato habitual en el ámbito familiar en el artículo 153 del Código Penal, y se introdujeron diversas reformas referidas a los sujetos pasivos y a las penas. Los sujetos pasivos se extendieron a los hijos del cónyuge o conviviente y a los ascendientes, previamente no recogidos. Y la pena se elevó a la prisión de seis meses a tres años. En segundo lugar, con la Ley Orgánica 14/1999 se tipificó junto con la violencia física, la psíquica que se ejerciese de forma habitual. En tercer lugar, con la Ley Orgánica 11/2003 se trasladó a los delitos contra la integridad moral, específicamente al artículo 173 apartado 2, el maltrato violento que se ejerciese de forma habitual en el ámbito familiar, de forma que la habitualidad que previamente era un elemento esencial del tipo dejó de ser necesaria para el tipo del 153. En cuarto lugar, con la Ley Orgánica 1/2004 tuvo lugar una distinción de las penas en función de la víctima, por un lado pena de prisión de seis meses a un año para *"esposa o mujer que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aún si convivencia"* y *"persona especialmente vulnerable que conviva con el autor"*; y por otro lado de tres meses a un año para *"personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior"*. Por último, con la Ley Orgánica 1/2015 únicamente se modifica el apartado primero que pasa a especificar que la lesión debe ser una de las de menor gravedad que están previstas en el apartado 2 del artículo 147.

⁶⁹ Cuadrado Ruiz, M.A. y Requejo, C. (2000). El delito de malos tratos en el ámbito familiar: Artículo 153 del Código Penal. *La Ley*, 4, pp. 1560-1566. *"El delito fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, de actualización del Código Penal. No se contenía en el Proyecto de dicha Ley, por lo que su incorporación se produjo en el trámite parlamentario en el Congreso. Las razones por las que a <<última hora>> entra este delito en el Código Penal se expresan en el Preámbulo de dicha Ley Orgánica [...]. Y como todo lo que se hace precipitadamente, este precepto adolecía de imperfecciones, que se tradujeron en la práctica inaplicación del precepto por jueces y Tribunales desde su introducción de 1898"*

En la actualidad se mantiene esa distinción de penas en función de la víctima que se introdujo con la reforma de 2004. Respecto del apartado primero: *“ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”*. Parte de la doctrina considera que la expresión ofendida hace referencia a todo el párrafo, no solo es necesario que sea mujer en la primera parte sino también en el caso de especial vulnerabilidad, por lo que se excluirían todos aquellos casos en los que la víctima sea hombre.⁷⁰ Esto podría considerarse contrario al principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española y por tanto inconstitucional, pero el pleno del Tribunal Constitucional (“TC”) concluyó que las agresiones en las que la víctima era mujer se consideraban más graves porque correspondían a un tipo arraigado de violencia que como afirma el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004 es *“manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*. Por tanto, como consecuencia de las relaciones de dominación social que la mujer ha sufrido a lo largo de la historia, no puede considerarse la mayor penalidad contraria al principio de igualdad. Sin embargo, esta especial vulnerabilidad de las mujeres frente a los hombres se trata de una presunción iuris tantum y por tanto admite prueba en contrario, así que no todos los supuestos de agresión de hombre a mujer se abarcan en la modalidad cualificada,⁷¹ En cambio, otra parte de la doctrina realiza un planteamiento contrario, al señalar que la especial vulnerabilidad permite la aplicación de la modalidad cualificada no solo a mujeres, sino también a cualquier persona que sea vulnerable, siempre y cuando conviva con el autor.⁷² Por tanto, desde este planteamiento se abandonan las críticas

⁷⁰ Carbonell Mateu, J.C. (2019). Lesiones..., *op. cit.*, p.121

⁷¹ *Ibid.*, pp. 120-122

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, Sentencia 387/2008 de 10 abril, Rec. 451/2008. Se hace referencia a la STS de 19 de julio de 2005: *“no pueden aceptarse decisiones de los Tribunales relativas a la determinación de los hechos que no encuentren base alguna en las pruebas practicadas, pues lo impide el principio general de proscripción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución”*

⁷² Pérez Machío, A. (2010) La perspectiva de género en el Código Penal: Especial consideración del artículo 153 de Código Penal. Estudios Penales y Criminológicos. XXX. p.339 : *“Con ello, el Derecho Penal no excluye de la tutela a los hombres víctimas de los actos de violencia de sus parejas; es más, los propios tipos introducidos a partir de la Ley Orgánica 1/2004 aceptan la equivalencia del maltrato de personas especialmente vulnerables, donde puede tener cabida la agresión de la mujer a su pareja hombre”* *“Mientras en los supuestos de personas especialmente vulnerables, el colectivo de víctimas se puede hacer extensivo, incluso, a los casos de hombres víctimas de violencia doméstica por parte de su mujer o ex - mujer, siempre*

vertidas sobre el hecho de imponer una mayor penalidad por el sexo de la víctima, y únicamente se diferencia de los supuestos en los que la víctima sea mujer, en que se exige convivencia, como garantía de la situación de superioridad del autor y de dependencia de la víctima.

Una de las dudas principales que se plantean frente al artículo 153 es quienes pueden abarcarse dentro del concepto de especial vulnerabilidad puesto que en ningún caso se determinan las circunstancias que son necesarias. Pérez Machío, profesora de Derecho Penal en el Instituto Vasco de Criminología (IVC) en su artículo *La perspectiva de género en el Código Penal*, señala que no pueden abarcarse en ese concepto de especial vulnerabilidad ni los menores ni los incapaces puesto que su tutela penal tiene una pena autónoma recogida en el apartado siguiente⁷³. El apartado 2 se aplica cuando: *la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP*”, esto es “*descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela*”. Por tanto, al haber un marco penal diferente para los supuestos en los que la víctima es persona vulnerable que convive con el autor, frente a aquellos en los que es menor, se impide hacer una equiparación de ambos.

Además, tanto en los casos en los que la víctima sea menor como en los que no lo sea, cuando se haga en presencia de menores de edad, conforme al apartado tercero, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

Uno de los problemas que surge con esta figura delictiva es que se considera que el Derecho Penal ha ocupado la vida de los ciudadanos normalizando que estos cometan delitos al penar conductas poco significativas y que ocurren con gran frecuencia. Sin embargo, la inclusión

que convivan con ella, el Código Penal prescinde de dicho requisito —convivencia— en los casos de mujeres víctimas”.

⁷³*Id.:* “*atendida la propia descripción típica de este precepto, está no puede equipararse ni a menor, ni a incapaces, puesto que la tutela penal de los mismos comporta, en estos supuestos, una penalidad autónoma a la que genera el amparo de la mujer o de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*”

de este tipo en el Código Penal no ha conseguido frenar estas conductas que siguen teniendo lugar dado el fuerte arraigo social que tiene esta delincuencia en ciertos ámbitos. Por tanto, en estos casos la solución no está tanto en el Derecho Penal, que juega únicamente un papel de llamada de atención sino en medidas educativas.⁷⁴

En la actualidad, existe la duda de si sigue existiendo el derecho de corrección de los padres sobre los hijos y en caso afirmativo como se ajusta con los principios del sistema educativo para evitar la violencia en el ámbito familiar. Acudimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para resolver esta cuestión. En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 654/2019 de 8 de enero se resolvieron principalmente tres cuestiones: en primer lugar, se niega la inaplicación del artículo 153 porque la voluntad del autor hubiese sido corregir y no atentar contra la integridad física, puesto que el fin con el que se realice la conducta no excluye el tipo.⁷⁵ En segundo lugar, se descarta dejar de sancionar conductas simplemente porque se consideren menores o inocuas, sin que hayan sido previamente matizadas.⁷⁶ Y por último se afirma la existencia de un derecho de corrección de los padres sobre los hijos como facultad inherente a la patria potestad.⁷⁷ Además, se señaló como debía ejercerse esa facultad correctora, que en ningún caso debe sobrepasar el límite de la violencia física.⁷⁸ Más

⁷⁴ Carbonell Mateu, J.C. (2019) *Lesiones...*, *op. cit.*, pp.120 -122.

⁷⁵ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 654/2019 de 8 de enero, FJ 3º: “*El simple hecho de golpear a un menor ya incardina la conducta del acusado en el tipo penal. [...] Sin que desde luego deba aquí cuestionarse la existencia de dolo, al ser evidente que el acto del acusado fue intencionado y no imprudente o falta de cuidado por más que su objetivo fuera el de reprender o corregir al menor en conducta, constituyendo un acto de agresión física al darle una bofetada en la cara*”.

⁷⁶ *Id.*: “*Es cierto que en algunos supuestos como una simple e inocua bofetada, un cachete, un azote, un estirón de pelo, realizados en un determinado contexto, en una situación aislada y puntual, un sector de Audiencias Provinciales consideran que no debieran tener relevancia penal. [...] Postura ésta que debe ser matizada.*”

⁷⁷ *Ibid.*, FJ 5º: “*Por lo tanto, tras la reforma del art. 154.2 C.Civil (LEG 1889, 27), el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites tras la supresión formal del mismo.*”

⁷⁸ *Ibid.*, FJ 4º: “*En consecuencia, siempre esa posibilidad de corregir está supeditada a la proporcionalidad, razonabilidad y moderación. Por tanto debe descartarse como línea de principio que ese mencionado derecho a corregir a los hijos implique siempre que pueda golpearles y aplicarles castigos físicos. [...] deberá estar siempre orientada al propio interés del menor desde el punto de vista de su educación o formación personal [...] no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos*”

adelante, en la sentencia núm. 47/2020 del Tribunal Supremo se reafirmó toda la doctrina de la sentencia anterior, y se añadió una cuestión no analizada previamente: la posibilidad de sancionar aquellos actos que sin requerir primera asistencia médica, sí que eran lesivos para el menor, y se habían realizado sin ninguna necesidad ni justificación.⁷⁹ En conclusión, independientemente de que el derecho de corrección hubiese sido derogado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue admitiendo su existencia, pero sin en ningún caso se puede llegar a legitimar la violencia física en ejercicio de este derecho.

1.4 Tráfico de órganos, artículo 156 bis 4. b) CP

La demanda de trasplantes de órganos humanos ha incrementado en las últimas décadas como consecuencia de la existencia de enfermedades que no pueden ser sanadas por mecánicos médicos, sino que requieren la sustitución en su totalidad del órgano afectado.⁸⁰

La población tiene una confianza plena en este tipo de prácticas ya que, como consecuencia de los grandes avances de la medicina, la mayoría de ellas han resultado fructosas, existiendo un elevado porcentaje de éxito en los pacientes. Sin embargo, el crecimiento de la demanda es excesivo respecto de los límites de la Administración, lo que ha provocado la existencia del tráfico de órganos. Las personas que están gravemente enfermas y a las que no se les puede asignar un donante de forma inmediata como consecuencia del colapso en la demanda, en algunos casos si disponen de recursos económicos suficientes se plantean buscar una persona dispuesta a realizar tal donación a cambio de una compensación económica.⁸¹ Y por el otro lado, personas con necesidades económicas, no dudan en ceder alguno de sus órganos

⁷⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 47/2020, de 11 de febrero. FJ 3º: “*La bofetada no origina la necesidad de asistencia médica de la menor; pero en modo alguno puede considerarse atípica, cuando se contempla desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad; sino como mera reacción ante un comentario que no fue del agrado del recurrente. Deviene cuestionable, el derecho de corrección que comporta violencia sobre el menor por mínima que sea; y aún cuando en determinadas circunstancias la de muy liviano carácter no conlleve sanción penal, si integra mero maltrato por simple discrepancia con el menor; en modo alguno escapa a su condición típica acreedora de reproche penal.*”

⁸⁰ Mendoza Calderón, S. (2014). El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al artículo 156 bis del Código Penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, p.43

⁸¹ Mendoza Calderón, S. (2014). El delito de tráfico de órganos..., *op. cit.*, p. 43.

no esenciales a cambio de dinero.⁸² Según la Organización Mundial de la Salud, el 10% de los órganos que se trasplantan en el mundo proceden del tráfico ilegal.⁸³

España es líder mundial en trasplantes con una cifra según el Registro Mundial de Trasplantes de treinta y dos donantes renales por millón de habitantes, pero aun así la cifra se queda corta puesto que la lista de espera alcanza las cinco mil personas. La consecuencia de esta insuficiencia de donantes, ha provocado que en España se hayan denunciado dos mil nueve anuncios de españoles dispuestos a donar sus riñones a cambio de una compensación económica, valorada entre 15.000 y 100.00 euros.⁸⁴

Los trasplantes de órganos para ser considerados legales deben basarse en los principios de gratuidad y altruismo, sin que en ningún caso haya onerosidad ni ánimo de lucro, puesto que en tal caso no esteremos ante una donación sino ante compraventa y nos habremos alejado del marco de la legalidad.⁸⁵ Las donaciones voluntarias y no retribuidas garantizan la calidad y seguridad de los órganos y de los programas de trasplante de los mismos, ya que en el momento en el que haya fines lucrativos el objetivo principal ya no será mejorar la calidad

⁸² (2013, 27 de junio). El 10% de los órganos que se trasplantan en el mundo proceden del tráfico ilegal. *ABC*. Obtenido el 13/03/2022 de <https://www.abc.es/sociedad/20130627/abci-organos-trasplante-trafico-ilegal-201306271638.html> José Ramón Núñez, responsable de trasplantes de la OMS, durante un encuentro en Madrid organizado por la Comisión Europea y la Organización Nacional de Trasplantes (ONT): *“Los beneficiarios son personas con recursos de países ricos, como Israel, Estados Unidos, China o La India, que, ante su situación personal o la de un familiar próximo, hacen cualquier cosa como irse a otro país a comprar órganos. Se aprovechan de la desgracia de ciudadanos de países más pobres, como Pakistán, Costa Rica o Perú, que se ven obligados por sus circunstancias personales a vender uno de sus órganos para subsistir ellos y sus familias”*

⁸³ *Id.*: *“Cada año se realizan en el mundo unos 112.000 trasplantes y el 10 por ciento de los órganos que se utilizan proceden del tráfico ilegal”*.

⁸⁴ Informe Organ Trafficking de la Organización Mundial de la Salud.

⁸⁵ Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. (BOE – 29 de diciembre de 2012) Artículo 4 apartado 1º y 2º: *“en la obtención y la utilización de órganos humanos se deberá respetar los derechos fundamentales de la persona y los postulados éticos que se aplican a la práctica clínica y a la investigación biomédica. Se respetarán los principios de voluntariedad, altruismo, confidencialidad, ausencia de ánimo de lucro y gratuidad, de forma que no sea posible obtener compensación económica ni de ningún otro tipo por la donación de ninguna parte del cuerpo humano”*

de vida de una persona ni salvarla.⁸⁶ Uno de los principales riesgos de los trasplantes es la transmisión de enfermedades, que está más presente en aquellos casos en los que existe un fin económico o cualquier forma de coerción, ya que dado que el fin no es la salud del sujeto pasivo, puede que se haya ocultado información relevante de la historia clínica del donante para evitar posibles interferencias a la donación.⁸⁷

Las donaciones de órganos pueden ser inter vivos o por el contrario por parte de una persona fallecida. En el primero de los casos se requerirá por un lado respecto del donante que sea mayor de edad con una salud adecuada y plenas facultades, que haya sido informado de las consecuencias y posibles riesgos inherentes a la donación, y por último que preste consentimiento de forma expresa, consciente, libre, y desinteresadamente; y por otro lado respecto del órgano que se va a donar, su extracción debe ser compatible con la vida, que la función que este cumple sea igualada de forma segura y adecuada por el organismo del donante.⁸⁸ En el caso de los menores de edad, no podrán realizar donaciones ni con el consentimiento de sus padres o tutores, puesto que este carecerá de validez.⁸⁹ En el segundo de los casos, será necesario primero extensión del certificado de defunción por parte de un médico distinto del que realizará el trasplante y posteriormente que la persona fallecida no haya manifestado de forma expresa en ningún momento su oposición a donar sus órganos

⁸⁶ Mendoza Calderón, S. (2014). El delito de tráfico de órganos..., *op. cit.*, p. 152.

⁸⁷ Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante. (DOUE – 7 de julio de 2010) Considerando 2º: “No obstante, la utilización de órganos en trasplantes conlleva riesgos. El uso terapéutico generalizado de órganos para el trasplante exige una calidad y seguridad que permitan minimizar el riesgo de transmisión de enfermedades. Una buena organización de los sistemas nacionales e internacionales de trasplante y la utilización de los mejores conocimientos, tecnologías y tratamientos médicos innovadores disponibles pueden reducir significativamente para los receptores los riesgos asociados a los órganos trasplantados”. “El donante vivo debe ser evaluado adecuadamente para determinar su idoneidad para la donación y minimizar el riesgo de transmisión de enfermedades al receptor”.

⁸⁸ Carrasco Andrino, M del M. (2021). A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 23, 12. pp. 29-31.

⁸⁹ Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. Artículo 8: “Requisitos para la obtención de órganos de donante vivo”.

tras su muerte. En este caso para los menores de edad, la oposición podrá ser manifestada por quienes hubiesen sido sus representantes legales durante su vida.⁹⁰

El tráfico de órganos se define conforme a la Declaración de Estambul como: “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el control sobre el donante potencial, con fines de explotación mediante la extracción de órganos para trasplante*”⁹¹Declaración, ratificada por los representantes de setenta y ocho países y en la que se afirma la contrariedad de tales prácticas con los principios de igualdad, justicia y respeto a la dignidad humana.⁹²Además, en ella se establecen diferentes pautas y planes de actuación para guiar, a los países parte en la declaración, en la eliminación del tráfico de órganos.

Como he señalado previamente, la confianza en este tipo de prácticas había provocado un crecimiento exponencial de la demanda de donaciones que no se podía satisfacer y por ello la gente acudía a estas prácticas ilegales. Las instituciones internacionales habían aprobado diversos instrumentos para poner fin a estas prácticas⁹³; y por consiguiente los Estados también dictaron normas para evitar la aparición de un mercado ilegal de compraventa de órganos a cambio de dinero. En conclusión, como consecuencia de la escasez de órganos para satisfacer la demanda, así como de los números instrumentos aprobados en el ámbito

⁹⁰ *Ibid.*, Artículo 9: “*Requisitos para la obtención de órganos de donante fallecido*”.

⁹¹ Declaración de Estambul de 2 de mayo de 2008, sobre el tráfico de órganos.

⁹² González Barnadas, O. (2017): El delito de tráfico de órganos humanos en el ordenamiento jurídico español. *Derecho y Salud*, 27(2), p. 43.

⁹³ 63ª Asamblea de la Organización Mundial de la Salud sobre los Principios rectores del trasplante de células, tejidos y órganos humanos de 21 de mayo: Se condeno el tráfico de órganos. Directiva 2004/23/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004: Se establecen normas relativas a garantizar la calidad y seguridad en todo el proceso de la donación. Directiva 2006/17/CE, de la Comisión, de 8 de febrero de 2006 relativa a los requisitos necesarios para la donación. Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006. En todas estas directivas, el objetivo principal era perseguir toda aquella conducta en la que se pretendiese comercializar con órganos humanos a cambio de compensación económica.

internacional era indiscutible la aprobación de una figura delictiva que castigase estas prácticas.

En España se introdujo por primera vez en el Código Penal el tráfico de órganos con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio a través del nuevo artículo 156 bis como consecuencia del “fenómeno cada vez mas extendido de la compraventa de órganos humanos” y por el “llamamiento de diversos foros internacionales a abordar su punición”.⁹⁴ La conducta tipificada era muy genérica, con un amplio margen para castigar no solo la ejecución del tráfico que finaliza con la lesión sino también a quienes, sin ejecutarla, “la promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten”.⁹⁵

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo ha sido una cuestión difícil de determinar. Dada la ubicación del precepto, así como la determinación de las penas en función de si el órgano es principal o no, y por tanto de esa forma en correspondencia con los delitos de lesiones de los artículos 149 y 150 CP, parte de la doctrina defiende que se trata de un bien jurídico individual.⁹⁶ Se protege por un lado la salud e integridad física del donante, frente a la conducta en sí por las condiciones en las que esta se realice y por la falta de controles y cuidados sanitarios; y por otro lado la dignidad y libertad del donante que es tratado como una simple mercancía para el receptor. Sin embargo, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 si considerásemos que ese es el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de órganos, sería incoherente que el legislador hubiese querido introducir en el Código Penal una nueva figura delictiva que únicamente es redundante con la protección ya dispensada por los delitos de lesiones. Por tanto, otra parte de la doctrina defiende que se protege un bien jurídico de dimensión colectiva que va más allá de la

⁹⁴ LO 5/2010. Exposición de Motivos.

⁹⁵ *Ibid.*, Artículo 36, apartado 1º: “Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal”.

⁹⁶ García Albero, R. (2010) El nuevo delito de tráfico de órganos, en F.J. Álvarez García y J.L. González Cussac (Dir.) *Comentarios a la Reforma de Código Penal de 2010*. Tirant lo Blanch: Valencia, pp.186-187.
Carbonell Mateu, J.C. (2019). Lesiones..., *op. cit.*, p.159

protección individual de los sujetos afectados.⁹⁷ Se protege la salud pública⁹⁸ y el sistema de nacional trasplantes, que se lesionan con estas prácticas al violarse los principios de gratuidad y altruismo⁹⁹, así como la igualdad en el acceso y selección al trasplante.¹⁰⁰ Además, si el bien jurídico fuese únicamente la salud de los sujetos afectados, en aquellos casos en los que no se llega a ejecutar la acción, sino que solo se promociona o publicita, esas conductas no podrían ser sancionadas conforme a este tipo al no haber daño concreto en los sujetos. Sin embargo, de esta forma al ser un bien jurídico supraindividual, sí se puede castigar la promoción y publicidad recogida en el tipo, puesto que a pesar de que finalmente no se realicen las actuaciones con el simple hecho ya se está lesionando la salud pública.¹⁰¹ Los casos en los que se realice efectivamente la extracción, es decir culmine la donación ilegal, se apreciará un concurso de delitos con el delito de lesiones y esto es posible gracias a la naturaleza pluriofensiva del delito de tráfico de órganos, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*.¹⁰²

⁹⁷ Muñon Conde, F. (2013). Delitos contra la salud y la integridad corporal: Lesiones. En C. López Peregrín (col.), *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 123

⁹⁸ Guillem Moya, C. (2018). *La Protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*. Madrid: Marcial Pons. p. 255.

⁹⁹ Alastuey Dobón, C. (2013). Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órgano. *Revista Penal*, 32, p.11.

¹⁰⁰ Gómez Tomillo, M. (2011) Artículo 156 bis CP. En M. Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Valladolid: Lex Nova. p. 617

González Barnadas, O. (2017): El delito de tráfico de órganos humanos..., *op. cit.*, p. 47 “*Se lesiona la salud pública en base a que lo que comporta el tráfico ilícito de órganos humanos es un abrumante e insalubre descontrol médico en todas las intervenciones de trasplante clandestinas que se llevan a cabo. Eso comporta un grave riesgo para la salud de la sociedad plural debido a que se están ya no extrayendo sino introduciendo dentro de los organismos de la ciudadanía, a menudo con apariencia de legitimidad y buena praxis, elementos foráneos que no pasan control alguno y pueden fácilmente ser completamente lesivos para su receptor*”.

¹⁰¹ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, Sentencia 793/2016, de 13 de octubre, Rec. 147/2016 confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 710/2017, de 27 de octubre “*temeroso de las consecuencias que para su salud podría tener la extracción del riñón, se negó a continuar*”. “*Tres de los acusados fueron castigados como coautores de tráfico de órganos a seis años de prisión*” Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2ª, Sentencia 482/2019, de 7 de octubre: “*Sin embargo, no llegó a realizarse la extracción ilegal*”. “*Se dictó sentencia de conformidad, en la que se condenó a tres de los acusados*”.

¹⁰² González Barnadas, O. (2017): El delito de tráfico de órganos humanos..., *op. cit.*, p. 48

Por otro lado, el precepto exige que se trate de órganos humanos ajenos.¹⁰³ Esto pone de manifiesto que estarán exentos de responsabilidad penal aquellos casos en los que el órgano sea propio, y por tanto que no se castigara nunca al propietario del órgano independientemente que hubiese prestado libremente su consentimiento.¹⁰⁴ Sin embargo, conforme al apartado dos del artículo sí que se castiga al receptor del órgano que conociendo su origen ilícito hubiese aceptado la realización de la intervención.¹⁰⁵ Se podrá atenuar la pena en función de las circunstancias del caso en concreto, teniendo así en cuenta la posibilidad de un estado de necesidad por parte del receptor.¹⁰⁶

Tras la firma por España del Convenio del Consejo de Europa (“CE”) sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos de 25 de marzo de 2015, se puso de manifiesto la necesidad de una reforma del Código Penal. Conviene aclarar que realmente no era necesaria para adaptarnos a los preceptos del convenio, puesto que las conductas que en él se obligaban a castigar a los Estados firmantes, eran subsumible en el originario artículo 156 bis, pero aun así se aprovecho la oportunidad para poner fin a las imperfecciones que adolecía el tipo inicial. Por tanto, el artículo 156 bis quedó modificado por el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2019 de 20 de febrero.

¹⁰³ Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. (BOE – 4 de enero de 2000). Artículo 3.1, párr. I: Por órgano humano se entiende: *“aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia”*

¹⁰⁴ Muñoz Conde, F. (2013) Derecho Penal: Parte Especial. Valencia: Tirant Lo Blanch: *“Su consentimiento, viciado por la contraprestación económica carece de efectos eximentes para terceros, tratándose de un supuesto de autolesión o auto puesta en peligro en el que la víctima queda exenta de pena, pero no así el tercero que actúa contando con su consentimiento”*

¹⁰⁵ LO 5/2010. Artículo 36, apartado 2º: *“Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable”.*

¹⁰⁶ González Barnadas, O. (2017): El delito de tráfico de órganos humanos..., *op. cit.*, p.51 *“Esta reserva legal va claramente referida a aquellas situaciones de excepcionalidad en que el receptor autoriza el trasplante aún a sabiendas de su ilegalidad con la finalidad de impedir un mal propio mayor en una situación de “vital necesidad”, como último mecanismo para salvar su vida, como receptor-enfermo”*

Entre los cambios introducidos por esta reforma debemos destacar el nuevo apartado 4 del artículo 154 bis CP, en que se establecen las circunstancias que conllevarán la aplicación de los tipos agravados. Se impondrán las penas superiores en grado cuando la víctima sea menor de edad o sea especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación; y en el caso de concurren ambas situaciones en su mitad superior.¹⁰⁷ El trasplante de órganos en menores de edad es un tema muy conflictivo, y por ello la respuesta que se debe dar a estos casos tiene que ser más cautelosa, de ahí que con el nuevo artículo se haya previsto una agravante específica para esta circunstancia. Las donaciones *intervivos* son peligrosas para el donante en cualquiera de los casos, pero para los menores de edad que están en plena fase de desarrollo se pone aún más en peligro su fisiología e integridad física.¹⁰⁸ Además, como ya he indicado previamente en el caso de que se causen lesiones derivadas de estas actuaciones, el hecho de que el menor o sus representantes hubiesen prestado consentimiento no exime de responsabilidad penal.

2. LA INDUCCIÓN A LA AUTOLESIÓN DE LOS MENORES DE EDAD, ARTÍCULO 154 TER CP.

En 2017 hubo una gran alarma social ante un juego online llamado “La Ballena Azul” que comenzó en Rusia, pero empezó a desarrollarse también en España en adolescentes entre 12 y 16 años causándoles lesiones e incluso la hospitalización a uno de ellos.¹⁰⁹ El juego consistía en 50 pruebas, para desarrollar durante 50 días, que los jóvenes recibían a través de mensajes de texto o por sus perfiles de Facebook. Las pruebas consistían en autolesionarse mediante marcas en el brazo, agujeros en la mano o tatuajes con el símbolo de la ballena realizados con una lámina; permanecer un día entero sin dormir viendo películas de terror;

¹⁰⁷ Apartado 4 del artículo 156 bis del Código Penal: “*Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el apartado 1 cuando: a) se hubiera puesto en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima del delito. b) la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación. Si concurrieren ambas circunstancias, se impondrá la pena en su mitad superior*”

¹⁰⁸ González Barnadas, O. (2017): El delito de tráfico de órganos humanos..., op. cit., p.45.

¹⁰⁹ Rodríguez Vidales, Y. (2017, 13 de mayo). Los Mossos investigan 6 denuncias por el peligroso juego de “la ballena azul”. *Conflegal*. Obtenido el 15/02/2022 de <https://conflegal.com/20170513-los-mossos-investigan-6-denuncias-por-el-peligroso-juego-de-la-ballena-azul/>

sentarse en sitios donde expusiesen parte de su cuerpo al vacío; y el objetivo final era una propuesta de suicidio.

Los jugadores se encontraban en una situación de abuso, puesto que quienes habían desarrollado el juego eran expertos en ingeniería social que utilizaban la información que habían recogido previamente sobre ellos para manipularles. Además, tanto la invitación al juego como los posibles abandonos al mismo una vez ya lo habían comenzado iban acompañados de amenazas.

A lo largo del juego, cada participante tenía que ir mandando fotos y videos como prueba de que iba superando las distintas fases a una persona, que se le denominaba “el curador”. Por tanto, podemos afirmar que él era el responsable de los daños que los jugadores se estaban causando así mismos a través de las distintas pruebas, pero ¿se le podría exigir responsabilidad? El curador con sus actuaciones se estaba exponiendo a la comisión de diversos delitos: el delito de amenaza del artículo 171.1 CP si amenazó con algún daño al participante en caso de abandono del juego, el delito de acoso del artículo 172 ter CP al someter al participante a situaciones que le privaban de su libertad y seguridad, el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 CP si se divulgaban videos o fotos privados del participante, el delito de inducción al suicidio o de homicidio imprudente del artículo 143 con la prueba final, y por último el delito de lesiones.

Respecto del delito de lesiones cuando tuvieron lugar estos hechos no estaba penada la inducción a la autolesión, por ello como las lesiones venían causadas por la propia víctima y no por el curador, independientemente de que hubiese sido este quien le hubiese animado a realizarlas, dándole incluso las pautas que debía seguir, no cabía aplicar este tipo delictivo. Sin embargo, el 25 de junio de 2021 entró en vigor la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio por la que se modificaba el CP y en la disposición final 6.14 se modificó el artículo 156 ter, recogiendo: “*la distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar la autolesión de personas menores de edad*”. Por lo tanto, en la actualidad conforme al artículo 156 ter CP los autores

de este juego podrían haber sido castigados con la pena prisión de seis meses a tres años y las autoridades judiciales podrían haber adoptado las medidas que considerasen necesarias para eliminar estos contenidos, así como interrumpir los servicios a través de los cuales se ofreciesen los mismos.

La alarma social generada a través de los medios de comunicación¹¹⁰, como consecuencia de los fatales resultados que estaban causando estos retos publicados y difundidos por redes sociales provocó la inclusión del artículo 156 ter al CP por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la Violencia. El objetivo era sancionar aquellas conductas que causasen un peligro para la integridad o vida de los menores de edad y que se llevasen a cabo por medios tecnológicos o de comunicación¹¹¹. Se excluyen así todas aquellas actuaciones que no se realicen por estos medios, y por tanto podemos afirmar que existe un agravio comparativo en relación con el medio que se utilice.¹¹² En el preámbulo de la LOPIAV únicamente se alega como razón la repercusión pública, pero tomando como referencia los delitos *de online child grooming*, podemos señalar que las razones por las cuales estas actuaciones solo se castigan cuando tienen lugar por medio de la tecnología son: el anonimato, la facilidad de acceder al contenido, la escasa supervisión, la rápida y eficaz difusión, y la permanencia en el tiempo.

113

¹¹⁰ Esteban López, P. (2021, 25 de agosto). El peligro de los retos virales de TikTok y sus límites legales. El País. Obtenido el 31/03/2022 de <https://elpais.com/economia/2021-08-25/el-peligro-de-los-retos-virales-de-tiktok-y-sus-limites-legales.html>

¹¹¹ LO 8/2021. Preámbulo II: “*Por último, se crean nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad, así como una gran alarma social*”.

¹¹² Cabrera Martín, M. (2021). Modificaciones de la parte especial del Derecho Penal..., *op. cit.*, S.P.

¹¹³ Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal. (BOE – 31 de marzo de 2015) Preámbulo: “*La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan*”
Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. (DOUE – 17 de diciembre de 2011) Considerando 19: “*características específicas en el contexto de Internet, ya que este medio ofrece un anonimato sin precedentes a los usuarios puesto que pueden ocultar su identidad y sus circunstancias personales, tales como la edad*”.

La conducta típica es difundir o distribuir públicamente por los medios de comunicación contenidos dirigidos específicamente a incitar, promover o fomentar en los menores de edad la autolesión.¹¹⁴ La terminología usada para definir el tipo, puede parecer inicialmente contradictoria ya que la distribución permite que los contenidos vayan dirigidos directamente a personas concretas; mientras que la difusión exige su puesta a disposición de una pluralidad indeterminada de personas. Sin embargo, el uso del adjetivo “pública” ha resuelto esta cuestión, al imponer la exigencia de publicidad a ambas situaciones. Además, que la forma en la que el tipo se refiera al sujeto pasivo sea en plural, y que una de las razones de inclusión del delito, referidas en el preámbulo, sea la alarma social, reafirma que estamos ante un delito de peligro abstracto. En cualquier caso, serán los Tribunales quienes concluyan sobre la exigencia de publicidad en este precepto, y de ello dependerá si el envío de estos contenidos a una persona determinada o a un grupo concreto queda excluido del marco penal.¹¹⁵ Los supuestos que sí son subsumibles en el tipo son aquellos en los que los sujetos ponen los contenidos a disposición de los usuarios en archivos compartidos, denominados *redes peer-to-peer*, independientemente de que no haya envío directo.¹¹⁶ Sin embargo, el Tribunal Supremo en una de sus sentencias ha señalado que hay que evitar caer en el automatismo de apreciar la conducta típica por el simple hecho de que se use el programa, sino que es necesario apreciar la voluntad del sujeto de difundir o distribuir realmente este tipo de contenidos.¹¹⁷

Como he indicado previamente se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad y por ello la simple difusión o publicación de contenidos que induzcan a la autolesión es suficiente para que la conducta sea típica, sin que sea necesario causar lesión alguna. La

¹¹⁴ LO 8/2021. Disposición 6.14.

¹¹⁵ García Mosquera, M. (2019). Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho Penal. *Revista General de Derecho Penal*, 32, p.64.

¹¹⁶ Cabrera Martín, M. (2021). Modificaciones de la parte especial del Derecho Penal..., *op. cit.*, S.P.

¹¹⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 1074/2009, 28 de octubre de 2009, Rec. 276/2009, FJ Primero: “en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa”

consumación del tipo únicamente requerirá que los contenidos estén “*específicamente destinados*” y sean idóneos para provocar en el menor que los reciba la voluntad por realizar la conducta, por lesionarse a si mismo; sin que en ningún caso se requiera acreditar su eficacia en sujetos concretos.¹¹⁸ Por tanto, hay un adelanto de la intervención penal al sancionar actos que no lesionan efectivamente el bien jurídico, sino que solo lo ponen en peligro. ¿Y en los supuestos en que las actuaciones si se materialicen en el efectivo daño al bien jurídico? El anteproyecto recogía una clausula concursal con los delitos de lesiones de lesiones 147.1, 148, 149 o 150, pero esto no tenía sentido ya que en ellos lo que se sanciona es causar lesiones a otra persona y no a uno mismo, por lo que se rompería así con el principio de legalidad.¹¹⁹ Por tanto, no cabe el concurso en esta figura delictiva ni agravar la sanción en función del resultado.

Hasta el momento, la inducción a la autolesión podía quedar impune, en cuanto a que como la autolesión no era delito, la inducción a la misma tampoco. Es cierto que, como he dicho antes, aunque no estuviesen expresamente reguladas estas conductas, algunas de ellas sí podían subsumirse en ciertos tipos del CP. Entre ellos el artículo 173.1 cuando hubiese un trato degradante que menoscabase la integridad moral de la víctima; o en los artículos 147 o 148 cuando se causasen lesiones. Sin embargo, en ningún caso se podía sancionar la simple publicación o difusión de estos contenidos sin que hubiese habido víctimas, cuestión que en la actualidad sí se puede, como consecuencia de la inclusión este delito. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido clara al respecto, mostrando dos posturas diferentes. En la STS 737/1982, se condenó como autor de homicidio a un hombre que recogió a unas niñas por la calle haciéndolas creer que las llevaría a su destino, cuando estas se dieron cuenta de que no sería así y que por el contrario pretendía atentar contra su libertad sexual, se bajaron en marcha del coche y una de ellas falleció como consecuencia del traumatismo craneo encefálico que sufrió¹²⁰. Sin embargo, en la STS 7657/1996, de 30 de diciembre no se condenó al marido por las lesiones que sufrió su mujer al saltar por el balcón para huir de las

¹¹⁸ Cabrera Martín, M. (2021). Modificaciones de la parte especial del Derecho Penal..., *op. cit.*, S.P.

¹¹⁹ *Ibid.*, S.P.

¹²⁰ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 737/1983 del 3 de mayo.

amenazas que este le había realizado.¹²¹ Pero finalmente todo ha quedado resuelto con la introducción del artículo 156 ter que castiga expresamente este tipo de conductas sin que sea necesario buscar dentro del Código Penal tipos delictivos donde podamos encajarlas para que no queden impunes, sobre todo en aquellos casos en los que había víctimas que son los de mayor relevancia penal. La pena prevista es de seis meses a dos años, que determinará el juez atendiendo a la magnitud de las lesiones a las que se esta incitando.

3. PROBLEMÁTICA DEL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD EN LOS DELITOS DE LESIONES.

3.1 Inaplicabilidad de la atenuación para las lesiones consentidas, artículo 155.2º CP

En nuestro ordenamiento jurídico cabe la exclusión del ámbito penal de conductas que, aunque sean subsumibles en un determinado tipo penal, dejan de ser antijurídicas por concurrir ciertas circunstancias que están reguladas expresamente en el Código Penal. El consentimiento podría configurarse como uno de estos supuestos de exclusión de la responsabilidad penal, al entra en conflicto con el bien jurídico protegido por el tipo. Sin embargo, no está recogido en el artículo 20 del CP que regula expresamente los supuestos de exención de la responsabilidad criminal, y deberemos acudir a cada caso concreto en la parte especial.

El consentimiento se define como el acto de disposición por el cual el titular del bien jurídico protegido renuncia voluntariamente a la protección dispensada por el tipo delictivo, y por tanto así la conducta realizada deja de ser perseguible penalmente.¹²² Sin embargo, surge la duda de si esto es aplicable a todos los tipos regulados en el CP o por el contrario solo en ciertos casos el consentimiento conlleva que la conducta típica deje de ser penada. Efectivamente, el consentimiento únicamente podría ser eficaz en los bienes jurídicos

¹²¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 7657/1996, de 30 de diciembre.

¹²² Cuello Contreras, J. (2002). En la frontera entre el tipo y la antijuricidad: El consentimiento. *El derecho penal español. Parte General: Nociones introductorias. Teoría del delito* (p. 723). Madrid: Dykinson.

individuales, puesto que su eficacia va ligada a la libre disposición del bien por parte de su titular.

En los bienes jurídicos supraindividuales, dado que el titular no es un sujeto concreto sino una colectividad indeterminada de personas, no cabe que se ejerza en la práctica la facultad dispositiva, puesto que los daños no solo afectan a un individuo concreto, sino que tienen un carácter social. Por el contrario, en los bienes jurídicos individuales sus titulares pueden disponer de facultad dispositiva para consentir, conforme a su ética personal y basándose en sus derechos a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, si realizan ciertas conductas que puedan llegar a causarles daño o ponerles en peligro.¹²³ El Estado no podrá justificar ni realizar ningún tipo de actuación dirigida a establecer modelos éticos o morales, que impidan la libre disposición de los bienes jurídicos individuales por parte de sus titulares. Únicamente cabrá medida paternalista por parte del Estado cuando por algún motivo el consentimiento no sea válido y siempre que la misma esté dirigida a la correcta autorrealización del individuo de conformidad con el principio de proporcionalidad.¹²⁴

Sin embargo, debemos aclarar que en ciertos bienes jurídicos individuales pueden existir limitaciones a la facultad de disposición. Por tanto, debemos realizar una segunda clasificación, diferenciando dentro de los de naturaleza individual los bienes disponibles e indisponibles, en función de si el individuo dentro de su capacidad de autodeterminación puede disponer o no del bien y por tanto consentir o no la puesta en peligro o la lesión. Por regla general, el consentimiento prestado por el titular de un bien jurídico individual no tiene ningún efecto en aquellos que sean de carácter indisponible, pero por el contrario en los de

¹²³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 39/2009, de 29 de enero, Rec.1592/2007, Voto particular: *“El fundamento de la relevancia del consentimiento, por el contrario, debe ser considerado desde la perspectiva constitucional del derecho a la autodeterminación y, más concretamente, del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el art. 10 CE (RCL 1978, 2836). En este sentido se ha entendido en la doctrina que, en aquellos supuestos en los que está implicado el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, consecuentemente a la autodeterminación, no existe un derecho a lesionar bienes ajenos, pero sí un derecho a permitir, bajo las condiciones que acuerdan validez al consentimiento, que otro lesione los propios o a ponerse en peligro de que lo haga”*.

¹²⁴ Nino, C.S. (1989). *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel. p.295. *“Otras medidas paternalistas podrían compaginarse con el principio de autonomía en la medida en que promuevan y no menoscaben la libertad de elección”*.

naturaleza disponible conlleva la exclusión del tipo, aunque en ambos casos existen excepciones.

En los delitos de lesiones, para determinar cuál es el efecto del consentimiento, debemos primero aclarar la naturaleza del bien jurídico protegido, la salud. En este aspecto han existido dos posturas, autores que señalando la libertad como valor superior del ordenamiento y configurando el Estado como democrático de derecho, exigen dar prioridad a los valores individuales sobre los colectivos y por tanto consideran incompatible privar a un individuo de poder disponer de su salud.¹²⁵ Por otro lado, el sector contrario basándose en la idea de Estado Social no apoya la limitación de los intereses individuales sobre los colectivos, y dan mayor prioridad a la protección de la vida y de la salud frente a la de la libertad, ya que consideran que aquellos bienes son el fundamento de muchos derechos.¹²⁶

Inicialmente el consentimiento en los delitos de lesiones no tenía ningún efecto, así se recogía en el artículo 428 del Código Penal de 1973 que señalaba que las penas previstas se imponían igualmente, aunque hubiese mediado consentimiento.¹²⁷ Sin embargo, con el Código Penal de 1995 se recogió en el artículo 155, la atenuación de la pena en uno o dos grados para reducir la responsabilidad penal cuando hubiese habido consentimiento válido y libre.¹²⁸ Para que se pudiese aplicar la atenuante era necesario que el titular del bien jurídico tuviese capacidad suficiente para consentir comprendiendo el alcance y consecuencias futuras de su decisión, y que el consentimiento se hubiese otorgado antes o simultáneamente a la lesión de

¹²⁵ Suanes Pérez. F. (1999) Los delitos de lesiones: Especial referencia a las lesiones al feto. Lecciones de Derecho Sanitario. Repositorio de la Universidad de Coruña. P.504 Obtenida el 9/03/2022 de: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10751/CC%2047%20art%2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. “carácter inconstitucional de todo precepto que no reconozca la disponibilidad de la salud e integridad persona [...] El consentimiento [...] impide la configuración del injusto específico de las lesiones”.

¹²⁶ *Id.*: “Se destaca la ausencia en nuestra CE de un pronunciamiento sobre la disponibilidad de la salud e integridad personal de forma que de la CE sólo cabe deducir que no es inconstitucional, quedando la determinación de su ámbito de eficacia como objeto de legislación ordinaria, como ha hecho el art.155.”

¹²⁷ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE – 12 de diciembre de 1973). Artículo 428: “Las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado”.

¹²⁸ LO 5/2010. Artículo 155 párrafo 1º: “En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”.

forma expresa, libre, voluntaria y espontáneamente, sin que hubiese habido ningún vicio de la voluntad.¹²⁹ Por tanto, reconociendo la salud como al inicio del trabajo he indicado como un bien jurídico de naturaleza indisponible, podemos afirmar que este artículo se trata de una excepción a la regla general que sería que el consentimiento no tendría ningún efecto, aplicándose por igual las penas previstas.

Respecto de los menores de edad, en el segundo párrafo del artículo 155 del CP se establece que su consentimiento no será válido, y por tanto la atenuante antes prevista no se aplicará en estos casos.¹³⁰ Uno de los requisitos que he indicado anteriormente es que para que el consentimiento sea válido se requiere que el titular del bien jurídico se encuentre en plena capacidad de entender el alcance y las futuras consecuencias de su decisión.¹³¹ Se presume que los menores de edad no disponen de la capacidad suficiente para decidir que es lo mejor para su autorrealización personal y por ello su consentimiento carece de validez. En principio, se considera que la capacidad para consentir se alcanza con los 18 años, pero siempre que el legislador no lo haya establecido expresamente habrá que atender al caso concreto valorando la madurez del sujeto para comprender el alcance de su decisión.¹³²

La regla general es que quién otorga el consentimiento es el titular del bien jurídico, pero existen ciertos casos de subrogación cuando este no puede hacerlo por no ostentar la capacidad suficiente, como en el caso de los menores e incapaces. En el caso de los menores la subrogación tiene carácter restrictivo puesto que solo será hasta que el menor alcance la

¹²⁹Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 10/2007, de 19 de enero, Rec. 1358/2005, FJ Segundo: *“consentimiento de la ofendida en este caso no podría eliminar la antijuridicidad del hecho. Primero, porque el consentimiento estaba condicionado o viciado por «presiones de la familia»”*

¹³⁰ LO 5/2010. Artículo 155 párrafo 1º: *“No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”*.

¹³¹ Chang Kcomt, R.A. (2017). *Consentimiento en Derecho Penal...*, op. cit., p.216

¹³² Díez Ripollés, J.L. (1997). *Los delitos de lesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p.138, señala que tienen capacidad para consentir aquellos sujetos que: *“se encuentre en condiciones de comprender el sentido y trascendencia de su decisión en relación con el bien jurídico protegido, o lo que es lo mismo, posea, la capacidad natural de juicio”*. García Álvarez, P. (1999). *La puesta en peligro de la vida y/o la integridad física asumida voluntariamente por su titular*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p.527: *“la capacidad necesaria para consentir es la capacidad natural de comprensión y juicio, capacidad que no estimamos privativa de mayores de edad o de plenamente capaces”*

capacidad suficiente para consentir y por ello solo debe realizarse en los casos en que sea indispensable. Además, la subrogación solo puede recaer sobre los bienes patrimoniales o personales y no sobre los de carácter personalísimos ya que son la propia esencia del menor; salvo que se trate de una urgencia y se garantice que tendrá un impacto positivo en la futura autorrealización del menor.¹³³ Aun así, en cualquier caso, el consentimiento otorgado por los padres o representantes siempre tendrá que ser en beneficio del menor. En este caso si consideramos la salud como un bien personalísimo no cabrá el consentimiento por parte de los representantes legales; pero si por el contrario consideramos que tiene carácter personal sí que tendría validez, pero siempre que la lesión que se haya consentido realizar en el menor haya sido en su beneficio. Sin embargo, en este artículo en ningún momento se niega la validez del consentimiento otorgado por los representantes legales como sí ocurre en el artículo siguiente, por tanto, esto nos puede llevar a considerar que en estos casos su consentimiento sí podría tener validez.

3.2 Nulidad del consentimiento del menor en los trasplantes de órganos, cirugía transexual y esterilización, artículo 156 CP.

Como he señalado previamente en el artículo 155 del Código Penal se regula el consentimiento en los delitos de lesiones. Sin embargo, hay tres supuestos dentro de las lesiones que tienen su regulación específica respecto del consentimiento en el artículo 156 del Código Penal: trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.¹³⁴ El origen de este artículo se encuentra en la reforma que se hizo al artículo 428 del Código Penal de 1973 por medio de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Se autorizó la esterilización, el trasplante de órganos y la cirugía transexual realizada por facultativo, siempre que el interesado hubiese prestado su consentimiento

¹³³ Chang Kcomt, R.A. (2017). *Consentimiento en Derecho Penal...* op. cit., p. 367

¹³⁴ Código Penal. Artículo 156: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”

previamente, salvo que fuese menor o incapaz en cuyo caso no será válido ni el prestado por este ni por sus representantes.¹³⁵

La principal diferencia que observamos respecto del consentimiento entre estos tres supuestos con los delitos de lesiones con carácter general, es que en estos casos hay una verdadera autorización de las conductas cuando haya consentimiento por parte del titular, mientras que en los casos anteriores el consentimiento únicamente provoca la atenuación de la pena, pero en ningún caso exime la responsabilidad penal. Y además en este artículo se excluye expresamente no solo el consentimiento de los menores sino también el de sus representantes.

Se trata de tres supuestos que en si mismos no son incompatibles con el derecho a la integridad física y a la salud, siempre que se realicen cumpliendo los requisitos necesarios, (con fines terapéuticos, en centros autorizados, por personal facultativo, con el instrumental adecuado...) y únicamente con el válido consentimiento del titular. Son actuaciones de disposición sobre un bien personalísimo, el propio cuerpo, de carácter irreversibles; y por ello la indisponibilidad por parte de los representantes.

Como he señalado previamente la subrogación de los representantes sobre los menores de edad solo puede recaer sobre bienes patrimoniales o personales; y siempre en beneficio del menor. Y por el contrario respecto de los bienes personalísimos no cabra el consentimiento de los representantes por estar íntimamente unidos a la propia persona, salvo que se considere urgente, en cuyo caso deberá realizarse con previa aprobación judicial y habiendo escuchado y valorado la voluntad del menor si contase con capacidad natural de juicio. En caso de que finalmente se considere válida la subrogación, se requerirá que el daño causado por estas actuaciones sea menor del que se derivaría si estas no se llevasen a cabo por no considerar válido el consentimiento de los representantes. Así se regula expresamente en la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente. En el apartado tercero del artículo 9 otorga con carácter general el consentimiento a los representantes cuando se trate de menores de

¹³⁵ Artículo 155 del Código Penal.

edad, pero siendo necesario que se escuche su opinión.¹³⁶ En cambio, en el apartado cuarto del mismo artículo no solo manifiesta el requisito de escuchar al menor, sino que otorga el consentimiento a los representantes cuando se cause grave riesgo para la vida o la salud, ambos bienes personalísimos y por eso no se acepta con carácter general la subrogación del consentimiento.¹³⁷

En el artículo se recoge expresamente la prohibición del consentimiento por parte de los representantes legales. Sin embargo, se plantea si se trata de una prohibición de carácter absoluto o por el contrario cabe romper tal prohibición en casos de urgencia en los que, como he dicho previamente, pueda derivarse un daño mayor por no realizar estas actuaciones que si se realizasen. Desde mi punto de vista y siguiendo en el supuesto de esterilización a Arroyo Zapatero, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Castilla - La Mancha¹³⁸, y en el de cambio de sexo a Chang Kcomt, doctora en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca¹³⁹: carece de sentido la opción de validar la subrogación del consentimiento en los representantes con previa intervención judicial. Se trata de actuaciones en las que generalmente no existe urgencia en la toma de decisión y que por tanto pueden esperar a que el menor alcance la madurez necesaria para consentir por si mismo dichos actos. De esta

¹³⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (en adelante Ley 41/2002) Artículo 9 apartado 3º: *“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos [...] Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”*

¹³⁷ Ley 41/2002. Artículo 9 apartado 4º: *“Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo*

¹³⁸ Arroyo Zapatero, L. (2012). Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 10 – 25: *“Sobre esta base carece de sentido la propuesta de interpretativa que abre paso a la esterilización a través de la intervención judicial. Esta última solo representa respecto de los actos de los menores un control superior y excepcional respecto de sus propias decisiones y la de sus representantes en beneficio del menor y conforme a lo anteriormente expuesto no hay beneficio alguno para el menor en un acto que limita de modo definitivo su futura libertad de decisión en la plena madurez”*.

¹³⁹ Chang Kcomt, R.A. (2017). *Consentimiento en Derecho Penal...*, op. cit., p. 602.

forma, evitamos limitar de forma definitiva la libertad de decisión futura del menor cuando alcance la madurez suficiente.

CONCLUSIONES

La realización del presente trabajo me ha permitido profundizar en el conocimiento de la regulación que el derecho penal establece dentro del delito de lesiones de la especial protección que se otorga cuando la víctima es menor de edad. Gran parte de la doctrina considera que los menores de edad son un colectivo necesitado de especial protección, por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad. Si bien, a de tenerse en cuenta que todos los menores no se encuentran en las mismas circunstancias ni presentan las mismas condiciones. Por ello, considero que el legislador no ha querido dar una respuesta generalizada para todos los delitos cuando las víctimas sean menores, que seguramente habría sido lo más sencillo, optando por el contrario por una regulación específica que establece diferentes tramos de edad para ciertos tipos delictivos. Así, el Código Penal en el delito de lesiones establece esta diferenciación dentro de la minoría de edad, en concreto en la agravante genérica del artículo 148 Código Penal.

Siguiendo con el breve análisis de aquellas conductas delictivas que dentro del delito de lesiones tienen una regulación específica podemos señalar la tipificación en el artículo 150 CP de la mutilación genital. La mutilación genital femenina es un problema a nivel internacional, provocado por las corrientes migratorias que traen consigo estas tradiciones. La finalidad de estas prácticas en ningún caso es lesionar al sujeto pasivo, sino que únicamente se busca dar cumplimiento a una tradición cultural o social. Por lo que podría cuestionarse, si debería haber primado el respeto a las costumbres ajenas o por el contrario ha sido correcta su tipificación. Desde mi punto de vista, la mejor solución habría sido erradicar estas conductas mediante la concienciación a la sociedad de que constituyen una grave violación de los derechos humanos, siendo un ejercicio de violencia que atenta gravemente contra la integridad de las mujeres; pero dado que no era una cuestión sencilla y prima la salud y dignidad de las personas sobre el respeto de las tradiciones entiendo que haya sido necesaria la tipificación expresa de estas conductas.

Por otro lado, respecto de las lesiones causadas a los menores en el ámbito familiar reguladas en el artículo 154 CP, señalar que inicialmente estaban amparadas en el derecho de corrección, pero el incremento de este tipo de violencia provocó que fuese necesaria su tipificación para así evitar abusos de superioridad por parte del autor sobre la víctima. Es cierto que además se eliminó el derecho de corrección, pero esto no fue el fundamento de la tipificación ya que por ejemplo el Tribunal Supremo sigue reconociendo su existencia. Sin embargo, en ningún caso cabe fundamentar en este derecho actos de violencia sobre los menores ya que las facultades inherentes a la patria potestad siempre deben ejercerse con fines educativos. Por tanto, podemos considerar correcta esta tipificación para aquellas conductas que se exceden del derecho de corrección, ya que nunca la violencia debe quedar legitimada por este derecho.

La insuficiencia de donantes para satisfacer la demanda, provocó el tráfico ilegal de órganos y con ello la regulación de un nuevo tipo penal, artículo 156 CP, para hacer frente a estas actuaciones que no vulneraban un bien jurídico de naturaleza individual, la salud, sino de carácter colectivo puesto que también afectan a la salud pública y al sistema nacional de trasplantes. Las donaciones son lícitas siempre y cuando haya consentimiento por parte del donante, lo cual no es posible en los menores de edad puesto que ni su consentimiento ni el de sus representantes es válido. La falta de capacidad de los menores para consentir es de carácter temporal, por ello considerando que no cabe la urgencia en estas actuaciones, no se acepta que decidan los representantes y se deberá esperar a que el menor alcance la edad suficiente para poder consentir por el mismo. Por el contrario, en el resto de las lesiones, el artículo 155 del Código Penal que regula el consentimiento no dice nada sobre la validez del de los representantes. Sin embargo, desde mi punto de vista podemos concluir que el hecho de que no se diga nada expresamente, nos permite presumir su validez, pero no de forma automática, sino que habrá que valorar el caso concreto escuchando al menor si es posible, ver si se ha realizado en su beneficio y analizar si había urgencia o por el contrario se podía haber esperado a que el menor alcanzase la edad suficiente para hacerlo por si mismo, ya que en tal caso pienso que no debería ser válido.

Por último, las nuevas tecnologías y formas de comunicación han supuesto la introducción de un nuevo tipo penal, la inducción a la autolesión, que solo se castiga cuando se realiza por estos medios. Es cierto que, en la actualidad, la tecnología tiene un gran impacto en la sociedad, pero dado que el daño que se puede causar con esta figura puede llevarse a cabo a través de otros medios distintos; considero que la tipificación de estas conductas debería haber sido más genérica para no cerrarse exclusivamente a las actuaciones que se realicen de esta forma y dejar impunes el resto. Es cierto que la gravedad de las que se realicen por los medios de comunicación puede ser mayor, como consecuencia de que estos medios conllevan rapidez en la difusión y por tanto mayor impacto, anonimato de autor, facilidad de acceso y sobre todo en los menores considero mayor facilidad para captar su atención por esta vía. Por eso lo que se podría haber hecho es establecer una pena superior en estos casos, pero no dejar impunes el resto.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Ámbito nacional:

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE – 12 de diciembre de 1973).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE – 24 de noviembre de 1995)

Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. (BOE – 4 de enero de 2000)

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (BOE – 13 de enero de 2000)

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm 136-1, de 21 de marzo de 2003.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. (BOE – 30 de septiembre de 2003).

Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal. (BOE – 31 de marzo de 2015).

Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. (BOE – 9 de julio de 2005).

Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. (BOE – 29 de diciembre de 2012)

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (BOE – 5 de junio de 2021)

Ámbito comunitario:

Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos. (DOUE – 7 de abril de 2004).

Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos. (DOUE – 9 de febrero de 2006)

Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos (DOUE – 25 de octubre de 2006)

Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante. (DOUE – 7 de julio de 2010)

Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. (DOUE – 17 de diciembre de 2011)

2. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1531/1998, de 9 de diciembre, Rec. 1308/1998.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 31 de octubre de 1991, Rec. 3158/1989.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1107/1999 de 28 de junio, Rec. 2287/1998,

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en su sentencia 1812/2001 de 11 de octubre, Rec 4269/1999.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 283/2004 de 2 de marzo, Rec. 616/2003.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, Sentencia 387/2008 de 10 abril, Rec. 451/2008.

Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1ª, Sentencia 26/2011, de 15 de noviembre de 2011, Rec. 12/2011.

Audiencia Provincial de la Coruña, Sección 2ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2012, Rec. 821/2012.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 835/2012 de 31 de octubre, Rec. 3/2012.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 153/2013 de 6 de marzo, Rec. 665/2012.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9ª, Resolución 42/2013 de 13 de mayo de 2013, Rec. 3/2012

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª, Sentencia 735/2013 de 14 de junio, Rec. 32/2012.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 654/2019 de 8 de enero.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 47/2020, de 11 de febrero.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 960/2020, de 5 de mayo.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 1074/2009, 28 de octubre de 2009, Rec. 276/2009

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, Sentencia 793/2016, de 13 de octubre, Rec. 147/2016

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 710/2017, de 27 de octubre, Rec. 2411/2016.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2.ª, Sentencia 482/2019, de 7 de octubre.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 737/1983 del 3 de mayo.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 7657/1996, de 30 de diciembre.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 39/2009, de 29 de enero, Rec.1592/2007

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 10/2007, de 19 de enero, Rec. 1358/2005.

3. OBRAS DOCTRINALES

Alastuey Dobón, C. (2013). Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órgano. *Revista Penal*, 32, pp. 3-22.

Arroyo Zapatero, L. (2012). Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización. *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 10 – 25.

Cabrera Martín, M. (2021). Modificaciones de la parte especial del Derecho Penal tras la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En C. García Martínez (Coord.), *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*. Navarra: Aranzadi. Consultado en Proview.

Carbonell Mateu, J.C. (2019). Lesiones. En J.L. González Cussac (coord.), *Derecho Penal Parte Especial* (pp. 87-105). Valencia: tirant lo blanch.

Carrasco Andrino, M del M. (2021). A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 23, 12.

Cervelló Donderis, V. (2001). Seminario de Violencia contra las mujeres: El delito de malos tratos en el ámbito familiar. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 15, pp. 75-98.

Cuadrado Ruiz, M.A. y Requejo, C. (2000). El delito de malos tratos en el ámbito familiar: Artículo 153 del Código Penal. *La Ley*, 4, pp. 1560-1566.

Cuello Contreras, J. (2002). En la frontera entre el tipo y la antijuricidad: El consentimiento. El derecho penal español. Parte General: Nociones introductorias. Teoría del delito. Madrid: Dykinson.

Díez Ripollés, J.L. (1997). *Los delitos de lesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Falcão, R. (2017). Historicidad de la MGF de las agendas ANTI-MGF, en A. Kaplan Marcusan y L. Nuño Gómez (Dir.), Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina. pp. 29-53.

García Albero, R. (2010) El nuevo delito de tráfico de órganos, en F.J. Alvarez García y J.L. González Cussac (Dir.) Comentarios a la Reforma de Código Penal de 2010. Tirant lo Blanch: Valencia, pp.183-192.

García Álvarez, P. (1999). *La puesta en peligro de la vida y/o la integridad física asumida voluntariamente por su titular*. Valencia: Tirant Lo Blanch

García Mosquera, M. (2019). Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho Penal. *Revista General de Derecho Penal*, 32.

García Sedano, T. (2017). Mutilación Genital. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 13, pp. 293-306

García Villaluenga, L. (1997). Protección al menor en el nuevo Código Penal. Cuadernos de Trabajo Social 10, pp. 195-213.

Gómez Tomillo, M. (2011) Artículo 156 bis CP. En M. Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Valladolid: Lex Nova. pp. 617-620.

González Barnadas, O. (2017): El delito de tráfico de órganos humanos en el ordenamiento jurídico español. *Derecho y Salud*, 27(2), pp. 42-54.

González Rus, J.J. (2010). El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias, en L. Morillas Cueva (Coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*, Madrid: Dykinson.

Guillem Moya, C. (2018). *La Protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*. Madrid: Marcial Pons.

Liñan Lafuente, A. (2017) Lesiones. *Trazos de Derecho penal Parte Especial* (pp. 60-76). Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/40913/1/Trazos%20de%20Derecho%20penal.%20Parte%20especial.pdf>.

Llabrés Fuster, A. (2006). El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico español”, en De Lucas Martín, J. *Europa: derechos, culturas*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Maqueda Abreu, M.^a L (2007). ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*.

Mendoza Calderón, S. (2014). El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al artículo 156 bis del Código Penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, pp. 147 – 188.

Muñon Conde, F. (2013). Delitos contra la salud y la integridad corporal: Lesiones. En C. López Peregrín (col.), *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. pp. 107-141.

Muñoz Conde, F. (2013) *Derecho Penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Nino, C.S. (1989). *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel.

Pérez Machío, A. (2010) La perspectiva de género en el Código Penal: Especial consideración del artículo 153 de Código Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*. XXX, 317-355.

Ropero Carrasco, J. (2001) El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina, *La Ley*, 6, pp. 1393-1410.

Serrano Gómez, A. (2008). *XIX Seminario “Duque de ahumada”. Hacia una protección integral del menor*. Ministerio de Interior: Secretaría General Técnica.

Silva Cuesta, A. (2017). *La mutilación genital femenina. Aspectos jurídico-penales*. [Tesis de Doctorado, Universidad de Granada]. Repositorio Documental - Universidad de Granada. pp. 45-55

Suanzes Pérez. F. (1999) Los delitos de lesiones: Especial referencia a las lesiones al feto. *Lecciones de Derecho Sanitario*. Repositorio de la Universidad de Coruña. P.504 Obtenida el 9/03/2022 de: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10751/CC%2047%20art%2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Tamarit Sumalla, J.M. (2016) Artículo 147. En F. Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal* 10ª Edición. Aranzadi: Pamplona. S.P. Consultado en Proview.

Vallejo Peña, C. (2014). Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España. *Revista Estudios Jurídicos* 14.

4. RECURSOS DE INTERNET

Rioja Andueza, I. (2015, 21 de agosto). Cuatro hermanas sufren una ablación al ir de vacaciones a Mali. *El Mundo*. Obtenido el 05/03/2022 de: <https://www.elmundo.es/paisvasco/2015/08/21/55d625d0e2704e87148b4591.html>

(2013, 27 de junio). El 10% de los órganos que se trasplantan en el mundo proceden del tráfico ilegal. *ABC*. Obtenido el 13/03/2022 de <https://www.abc.es/sociedad/20130627/abci-organos-trasplante-trafico-ilegal-201306271638.html>

Rodríguez Vidales, Y. (2017, 13 de mayo). Los Mossos investigan 6 denuncias por el peligroso juego de “la ballena azul”. *Confilegal*. Obtenido el 15/02/2022 de <https://confilegal.com/20170513-los-mossos-investigan-6-denuncias-por-el-peligroso-juego-de-la-ballena-azul/>

(2020, 3 de febrero). Mutilación genital femenina. Organización Mundial de la Salud. Obtenida el 5/03/2022 de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>

Esteban López, P. (2021, 25 de agosto). El peligro de los retos virales de TikTok y sus límites legales. *El País*. Obtenido el 31/03/2022 de <https://elpais.com/economia/2021-08-25/el-peligro-de-los-retos-virales-de-tiktok-y-sus-limites-legales.html>

5. OTRAS RESOLUCIONES A NIVEL INTERNACIONAL.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Convención sobre los Derechos del Niño.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 36/55 del 25 de noviembre de 1981. Declaración sobre la eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

Resolución del Parlamento Europeo sobre las Agresiones a la Mujer, de 11 de junio de 1986.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm 136-1, de 21 de marzo de 2003.

63ª Asamblea de la Organización Mundial de la Salud sobre los Principios rectores del trasplante de células, tejidos y órganos humanos de 21 de mayo.

Declaración de Estambul de 2 de mayo de 2008, sobre el tráfico de órganos.