

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Aspectos penales, procesales y político-criminales

CLARA MOYA GUILLEM

Directora

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

COORDINADOR

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



**LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS
ESPECIALMENTE VULNERABLES**
Aspectos penales, procesales y político-criminales

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSIO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de
la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y*

*Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Aspectos penales, procesales y político-
criminales

CLARA MOYA GUILLEM

Directora

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

Coordinador

tirant lo blanch

Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Clara Moya Guillem

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1548-2023
ISBN: 978-84-1169-051-5
MAQUETA: Dissert Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Autores

ISIDORO BLANCO CORDERO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

Profesor Ayudante. Universidad de Alicante

CARMEN DURÁN SILVA

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

Profesora Titular. Universidad de Alicante

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ

Profesora Ayudante Doctora. Universidad de Alicante

CLARA MOYA GUILLEM

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

JUAN CARLOS SANDOVAL

Profesor Contratado Doctor. Universidad de Alicante

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

Profesora Titular. Universidad de Valladolid

Índice

Presentación	15
--------------------	----

Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

I. Introducción	19
II. La vulnerabilidad: aspectos fundamentales de un concepto debatido ...	21
2.1. Vulnerabilidad universal y la condición humana	22
2.2. Vulnerabilidad especial: Grupos, capas	27
2.3. Políticas de vulnerabilidad. Algunas cautelas necesarias	33
III. Política criminal y vulnerabilidad humana	39
3.1. La vulnerabilidad humana en el origen del Derecho.....	40
3.2. Vulnerabilidad y penalidad.....	42
3.3. Políticas criminales y especial vulnerabilidad de las víctimas..	47
3.3.1. Grupos vulnerables, política criminal antidiscriminatoria y las líneas rojas penales	49
3.3.2. ¿Víctimas especialmente vulnerables? Entre automatismos e individualización.....	54
IV. Reflexiones conclusivas	57
Bibliografía	60

Vulnerabilidad y Derecho Penal Internacional

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

I. Introducción	65
II. La protección a grupos vulnerables.....	67
2.1. La vulnerabilidad de los grupos protegidos en el delito de genocidio	67
2.2. La vulnerabilidad de la población civil en los crímenes de lesa humanidad	70
2.3. La vulnerabilidad en los crímenes de guerra.....	72
III. La especial vulnerabilidad de la víctima en la valoración de la gravedad del delito a efectos de la determinación de la pena.....	74
3.1. La gravedad del delito como factor principal para la deter- minación de la pena	74

3.2. La especial vulnerabilidad de la víctima como elemento integrante de la gravedad	76
IV. La especial vulnerabilidad de la víctima como agravante	78
4.1. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia	78
4.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda	82
4.3. La Corte Penal Internacional	83
V. Reflexiones finales: ¿qué puede aportar la experiencia del derecho penal internacional al debate nacional?	87
Bibliografía	88

Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal

JUAN CARLOS SANDOVAL

I. Planteamiento de la cuestión	91
II. Las agravaciones específicas basadas en la situación de especial vulnerabilidad de la víctima (o en una víctima especialmente vulnerable). Aspectos generales	94
III. ¿Por qué se ha proporcionado una tutela reforzada a determinadas víctimas especialmente vulnerables? Algunas consideraciones preliminares	111
IV. Conclusiones	115
Bibliografía	116

La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad

ISIDORO BLANCO CORDERO

I. Introducción	121
II. La tutela penal reforzada de los menores mediante tipos cualificados ..	124
III. Los menores protegidos: el límite de edad de catorce, dieciséis, dieciocho años y la vulnerabilidad por razón de la edad	126
3.1. La protección penal de los menores de catorce años	126
3.2. La menor edad de dieciséis años	129
3.3. Protección penal incrementada de los menores de dieciocho años	134
3.3.1. Tipos cualificados fundamentados en la inferioridad del menor ante el comportamiento del agresor o en la incidencia negativa en su formación o desarrollo ...	135
3.3.2. Utilización de menores de edad para cometer delitos o actividades ilícitas	140

3.3.3. Especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la (menor) edad	143
IV. Conclusiones	146
4.1. Incoherencias de los tipos agravados cuando el sujeto pasivo es un menor	146
4.2. ¿Es necesario introducir una agravante genérica de minoría de edad?.....	150
Bibliografía	157

Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

I. Introducción	161
II. El maltrato a las personas mayores. Aspectos victimológicos	168
2.1. Un fenómeno en expansión	168
2.2. Formas de victimización.....	170
2.3. Victimizaciones por tipología en España en 2021.....	171
2.4. Factores de riesgo.....	174
III. La agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad	176
3.1. Subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad por razón de edad	176
3.2. La edad como fuente de especial vulnerabilidad.....	178
3.2.1. Minoría de edad y edad avanzada.....	179
3.2.2. Discapacidad, enfermedad y (avanzada) edad	180
3.3. La aplicación judicial del subtipo cualificado de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad.....	187
3.3.1. Resoluciones que realizan una aplicación automática del subtipo agravado	189
3.3.2. Resoluciones que niegan una aplicación automática del subtipo agravado	193
3.3.3. Resoluciones que fundamentan adecuadamente la apreciación del subtipo agravado.....	196
3.3.4. Resoluciones que fundamentan la especial vulnerabilidad en la edad y otras circunstancias conjuntamente.....	197
IV. Conclusiones.....	200
Bibliografía	202

La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

I. Introducción	205
II. Discapacidad	207
2.1. Concepto de discapacidad en el Código Penal.....	207
2.2. Tutela jurídico penal de la discapacidad.....	212
III. Enfermedad	216
Bibliografía	219

El abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 Cp)

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ

I. Introducción	221
II. La apreciación del “abuso de vulnerabilidad” en la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales	223
2.1. El abuso de la vulnerabilidad por razón de edad.....	224
2.1.1. El caso de los menores de edad	227
2.1.2. El caso de las personas de edad avanzada	231
2.2. El abuso de la vulnerabilidad por tratarse de una persona con discapacidad.....	235
2.3. Parientes enfermos o en otras situaciones de vulnerabilidad: ¿desprotegidos?	236
III. Conclusiones.....	240
Bibliografía	242

La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal Procesal español

CARMEN DURÁN SILVA

I. Introducción: cuestiones previas sobre la vulnerabilidad victimal.....	245
II. Regulación en vigor	254
2.1. Menores.....	254
2.1.1. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.....	254
2.1.2. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia	258
2.2. Personas con discapacidad	265
2.2.1. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.....	265

Índice	13
2.2.2. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia	268
III. La regulación en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020	271
IV. Conclusiones.....	275
Bibliografía	280

La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora

CLARA MOYA GUILLEM

I. Introducción	283
II. Las cuatro dimensiones de la vulnerabilidad victimal. Delimitación y análisis de su impacto en el sistema de justicia penal	288
2.1. La prevención de la victimización a través de políticas públicas de seguridad.....	289
2.2. La prevención de la victimización a través de la pena.....	292
2.3. La prevención de la victimización secundaria.....	293
2.4. La reparación de la victimización.....	296
III. Las circunstancias agravantes específicas basadas en la especial vulnerabilidad victimal.....	297
3.1. De nuevo sobre el fundamento.....	298
3.2. Algunas pautas de interpretación de lege lata	306
IV. Propuestas de lege ferenda a modo de conclusión	311
Bibliografía	315

Presentación

Siguiendo una tendencia ya consolidada en el ámbito europeo e internacional, la alusión a la *vulnerabilidad* es cada vez más frecuente en la legislación penal española. La constante expansión del término se observa, por ejemplo, en el Libro II del Código penal, en el Estatuto de la víctima del delito o en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A pesar de que el empleo de esta locución se ha normalizado en el Derecho y, en particular, en el Derecho penal, no existe consenso en cuanto a su definición y tampoco es unánime la postura en torno al fundamento material de las disposiciones que la contienen. En consecuencia, se exponen argumentos diversos (incluso, en ocasiones, contradictorios) para justificar su aplicación. La grave situación acabada de relatar se agudiza más si cabe porque la sobreprotección que se otorga a las víctimas especialmente vulnerables convive con la que se otorga a las víctimas vulnerables (no “especialmente” vulnerables) y con la prevista para los grupos vulnerables. A mayor abundamiento, las normas que componen el ordenamiento jurídico-penal también tutelan de un modo específico a los menores de edad y a las personas con discapacidad, que son dos de los colectivos considerados más vulnerables.

Algunos de los problemas que plantea esta confusa regulación se habrían querido mitigar mediante la construcción de definiciones auténticas. Así, el artículo 177 del Código penal define la *situación de necesidad o vulnerabilidad* en el ámbito del delito de trata de personas como aquella que se da “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Por su parte, el artículo 102 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal publicado en 2020 define a las *víctimas en situación de especial vulnerabilidad* como “aquellas que, por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales, precisan adaptar su intervención en el procedimiento a su particular situación”. Pero estos preceptos no tienen un alcance general, sino que contienen acepciones con una proyección evidentemente limitada.

Por todo lo anterior resulta muy sorprendente que sean tan escasos los estudios que han abordado de manera exhaustiva y transversal

la tutela reforzada que se brinda a la vulnerabilidad victimal en el Derecho penal.

La novedosa proliferación de alusiones a las *víctimas vulnerables* en las normas con impacto en el sistema de justicia penal, la relevancia que ha adquirido su adecuada interpretación a la vista de las contradicciones detectadas y la escasa atención que ha recibido por parte de la doctrina han sido, en definitiva, las principales razones por las que se ha desarrollado la investigación cuyos resultados se recogen en este libro colectivo. Este estudio se ha llevado a cabo en el marco del proyecto “Víctimas especialmente vulnerables e indicadores para su determinación” (GV/2021/133) financiado por la Generalitat Valenciana.

Los nueve investigadores que hemos trabajado bajo su cobertura nos proponíamos los siguientes objetivos. En primer lugar, deseábamos detectar el fundamento material de las disposiciones del Derecho penal tanto sustantivo como procesal que sobreprotegen a las víctimas vulnerables para poder así delimitar su ámbito de aplicación. En segundo lugar, pretendíamos analizar en profundidad cada una de las circunstancias que aparecen en las normas penales como causas de la especial vulnerabilidad. En particular, el segundo objetivo propuesto era examinar cómo se articula la tutela a las personas especialmente vulnerables por razón de la edad (tanto por lo que se refiere a los menores como a los ancianos), la discapacidad (física, psíquica o sensorial) y la enfermedad. Por último, en tercer lugar, intentábamos sentar las bases para la futura confección de un instrumento de medición de la vulnerabilidad victimal que pudiese ayudar a los operadores jurídicos.

El intenso trabajo llevado a cabo a lo largo de los dos últimos años ha permitido alcanzar estos tres objetivos. Los frutos de la investigación desarrollada se presentan en los capítulos que siguen a estas páginas. Y podría decirse que todos ellos se estructuran en cuatro grandes bloques.

En el primero, compuesto por un capítulo firmado por el profesor Dyango Bonsignore Fouquet, se analizan las distintas estrategias de política criminal para el amparo de las personas vulnerables, atendiendo a las diversas teorías elaboradas hasta el momento acerca de la vulnerabilidad.

En el segundo, que contiene una aportación de la profesora Cristina Fernández-Pacheco Estrada, se examina la regulación de la circunstancia agravante basada en la indefensión de la víctima en el Derecho penal internacional. Esta cualificación se contiene en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional y ha sido aplicada en numerosas ocasiones. Considerando lo anterior, se expone su evolución y los problemas interpretativos que conlleva.

En el tercer bloque de esta obra se recogen las seis contribuciones que analizan la tutela que dispensa el Derecho penal nacional en este ámbito, distinguiendo en esta dirección el análisis del Derecho penal material del que ofrece el procesal.

Así, por un lado, se examinan las circunstancias agravantes específicas basadas expresamente en la especial vulnerabilidad de la víctima. En concreto, el profesor Juan Carlos Sandoval aborda el fundamento material de estas cualificaciones con el propósito de confirmar si estaría justificada su creación o se pueden considerar una manifestación más del sesgo punitivo e irracional que envuelve algunas de las últimas reformas penales. En cuanto a la especial vulnerabilidad victimal por razón de la edad, el profesor Isidoro Blanco Cordero analiza la incoherente tutela penal reforzada a los menores, examinando también la propuesta, cada vez más aplaudida, consistente en incorporar una circunstancia agravante genérica por razón de la minoridad. Por su parte, la profesora Natalia Sánchez-Moraleda Vilches, también con el propósito de concretar el contenido de los subtipos basados en la especial vulnerabilidad por razón de la edad, se centra en la respuesta penal frente a la victimización de las personas mayores, dando cuenta de los obstáculos a los que se enfrentan. La profesora Patricia Tapia Ballesteros analiza el tratamiento penal de las víctimas con discapacidad y de las que padecen una enfermedad. La autora, tras realizar un breve recorrido histórico-legislativo de su presencia en el Código penal, evalúa si con la enfermedad y la discapacidad siempre se hace referencia a los mismos colectivos. Y, finalmente, también en el marco del Derecho penal sustantivo español, la profesora Elena Gutiérrez Pérez realiza un examen del abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco respecto de los delitos patrimoniales.

Por otro lado, la profesora Carmen María Durán Silva estudia el tratamiento que la ley procesal penal en vigor (y también la proyectada) ofrece a las víctimas vulnerables para evitar, sobre todo, su victimización secundaria. En concreto, en su trabajo se examina la regulación de la intervención procesal de las víctimas menores y con discapacidad, así como el cambio que supondría la aprobación del último Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en este ámbito.

La obra culmina con un capítulo, confeccionado por quien suscribe estas líneas de presentación, en el que se realizan una serie de propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda* de las circunstancias agravantes específicas basadas en la especial vulnerabilidad victimal, tras distinguir las cuatro dimensiones acerca del concepto de vulnerabilidad con impacto en el sistema de justicia penal.

CLARA MOYA GUILLEM

Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte viene siendo objeto de creciente atención la idea de vulnerabilidad. Y es pertinente plantearlo en estos términos generales precisamente porque este interés trasciende los confines de una disciplina concreta. Esto no quiere decir que no puedan destacarse áreas de conocimiento donde la exploración de la noción de vulnerabilidad ha sido especialmente intensa, pero este tipo de confluencias transdisciplinarias, especialmente cuando no son buscadas, parecen expresar movimientos de fondo en el sentir público que afloran en diversos campos del ámbito académico.

Naturalmente, las demarcaciones disciplinarias producen también efectos, no sólo en el abordaje de los conceptos, sino en la forma que se les acaba imprimiendo, algo que el debate reciente en torno a la idea de vulnerabilidad muestra con claridad. Aunque exista algo semejante a un núcleo de significado compartido que hace que la idea de vulnerabilidad comparta ciertos rasgos en la bioética, el derecho penal o los estudios de seguridad (por ejemplo), no es menos cierto que las reflexiones y aportaciones efectuadas desde un campo concreto están sesgadas por el propósito, así como los rasgos fundamentales que identifican dicho campo. Si pensamos únicamente en los conceptos jurídicos, por ejemplo, se asume un universo preexistente en el que han de cumplir ciertas funciones y con el que deben ser coherentes por lo general: el ordenamiento jurídico, los valores y principios propios de éste y el tipo de tareas que se entiende como aceptable realizar a través de normas.

Es por ello que los diálogos entre disciplinas son frecuentemente complicados: cuando los intereses no coinciden plenamente, la extensión de los conceptos tampoco, motivo por el que recurrir a la autonomía disciplinaria es un recurso siempre disponible. Con todo, el problema no radica necesariamente en la acomodación de los concep-

tos al campo en el que han de servir (la vulnerabilidad *en sentido jurídico* o, incluso, *jurídico penal*, por ejemplo) sino, tal vez, en no estar plenamente atentos a las decisiones implícitas con las que moldeamos los conceptos, incluso antes de usarlos en sentido técnico, como fruto de este posicionamiento disciplinario de partida.

Teniendo en cuenta estas reflexiones, el presente capítulo tratará de discurrir brevemente sobre la idea de vulnerabilidad, intentando presentar de manera sucinta y dirigida lo fundamental de los aportes efectuados desde diversas perspectivas, sin perder por ello la orientación primariamente jurídico-penal de la discusión que interesa a estas páginas. Por este motivo, no se seguirá una estructura clásica, orientada por la jerarquía normativa, que buscase las definiciones legales de mayor rango para, después, decantar el análisis hacia normas de rango menor. Al contrario, se tratará de construir el armazón conceptual necesario sobre una base doctrinal interdisciplinaria a sabiendas de que habrá ocasión de aumentar la especificidad del análisis en capítulos posteriores.

De este modo, este trabajo se divide fundamentalmente en dos grandes bloques. El primero, tratará de dar cuenta de algunas de las discusiones y enfoques más relevantes sobre la vulnerabilidad procedentes de disciplinas como la filosofía, la sociología, la bioética o los estudios de género. Dentro de este contexto, se intentará seguir una exposición que vaya de lo general a lo particular, desde una exploración de la vulnerabilidad como cualidad asociada a la condición humana, hasta un comentario más detallado sobre el modo en que cabe entender las especiales condiciones de vulnerabilidad que afectan a determinadas personas y grupos. Tras un breve comentario cautelar en torno a los riesgos que subyacen a las políticas de vulnerabilidad, se dará paso al segundo bloque analítico, que tratará de explorar algunas de las maneras básicas en que la idea de vulnerabilidad encuentra su traducción en el ámbito penal y político criminal. Se proponen dos grandes aproximaciones en la tutela penal la vulnerabilidad, con el propósito de servir como ejemplos paradigmáticos a los que reconducir, con matices, las opciones reguladoras específicas. Finalmente, se abordan algunas cautelas necesarias para el debate penal, a modo de reflexión conclusiva.

II. LA VULNERABILIDAD: ASPECTOS FUNDAMENTALES DE UN CONCEPTO DEBATIDO

Como sugeríamos en las primeras páginas, existe cierto núcleo fundamental que da su sentido a la mayoría de los conceptos y los hace reconocibles al hablante medio de una lengua cualquiera. Cuando hablamos de vulnerabilidad, los distintos autores tienden a converger en torno a una idea relativamente sencilla, con escasas variantes o diferencias de énfasis. Vulnerabilidad sería la susceptibilidad de algo o alguien a ser dañado de algún modo¹. Recordar la etimología de vulnerabilidad, que remite al latín *vulnus*, “herida”², permite no sólo corroborar lo básico de esta noción, sino que nos inclina ya hacia una concepción orientada a los seres vivos (seres que pueden *ser heridos*) y, en última instancia, a los seres humanos.

Con todo, y a un nivel aún abstracto varias notas pueden destacarse. La vulnerabilidad no se refiere a un daño consumado, en principio, sino a la posibilidad de este. Es un concepto que denota exposición, así como cierta incertidumbre y riesgo, pues al daño ya ocurrido no se es vulnerable, aunque sí se lo pueda ser a las consecuencias derivadas de aquel. Asimismo, esta exposición al daño sugiere cierto grado de apertura³ de la propia integridad frente a los efectos deletéreos que proceden de fuentes de las que uno no puede sustraerse siempre. Tan-

¹ Similarmente, según el DRAE, vulnerable es aquello “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

² ANDORNO, R.: “Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 257; MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S.: “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 4; MARCOS, A.: “Vulnerability as a Part of Human Nature”, en MASFERRER, A. Y GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 34.

³ Marcos plantea en este punto una reflexión interesante, señalando que la vulnerabilidad resulta intrínseca a todo organismo vivo precisamente en la medida en que la separación con el exterior resulta siempre porosa. Esta porosidad es una necesidad irrenunciable, incluso a nivel celular, pero también la brecha desde donde penetran amenazas para la supervivencia del organismo. “*El ser vivo no es una mónada, sino que tiene que equilibrar su grado de separación y de comu-*

to el interior, las condiciones de existencia de la cosa misma, como el exterior, son fuentes de vulnerabilidad desde este punto de vista.

2.1. *Vulnerabilidad universal y la condición humana*

Pasando a hablar ya de vulnerabilidad humana, el renovado interés por la idea de vulnerabilidad viene conectado a una discusión doctrinal relativa al lugar que esta ha de ocupar en el pensamiento político y jurídico. El argumento estriba en que, según algunas autoras y autores, la vulnerabilidad ha actuado como una suerte de “elefante en la habitación” del modelo ético-político liberal: siendo una evidencia para todos, la vulnerabilidad habría venido inmediatamente ocultada en favor de nociones mucho más gratas como las de autonomía, racionalidad, y dignidad. Así, el modelo del ciudadano como sujeto político del liberalismo enfatiza su posición celular, su independencia, fomentando una impresión de invulnerabilidad que se erige en modelo por defecto⁴. No es este el momento para recordar en detalle la conocida crítica histórica sobre la forma en que la burguesía se situó en representación, política, antropológica y ética, de la humanidad y la universalidad⁵. Sin embargo, desde el punto de vista de la vulnerabilidad, este movimiento contribuía a marginalizar todo elemento que recordara la fragilidad existencial del ser humano, su dependencia inesquivable respecto de otros y el juego de jerarquías sociales inherente a la estigmatización de cualquier clase de autonomía imperfecta. En este modelo (simplificado), el sujeto vulnerable tiene dos lugares

nicación con el entorno. Sin una membrana no hay célula, ni puede existir célula sin poros”, MARCOS, “Vulnerability as a Part of Human Nature”, p. 36.

⁴ FINEMAN, M.A.: “Vulnerability and Inevitable Inequality”, *Oslo Law Review* 4, núm. 3, 2017, p. 142, <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>; MACKENZIE, C.: “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 36; MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E.: “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 22; NUSSBAUM, M.C.: *El Ocultamiento de Lo Humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley* Katz, 2006, p. 30.

⁵ HOBSBAWM, E.: *La Era de La Revolución, 1789-1848*, 6a ed., Crítica, 2009, p. 66-68.

alternativos que ocupar: el de la simulación de autonomía, que fuerza la igualación con el ciudadano arquetípico limando e invisibilizando las asperezas (es decir, las fuentes de dependencia o vulnerabilidad que chocan con el modelo de sujeto político); o, simplemente, el encasillamiento en una identidad vulnerable, “dis-capacitada” en algún sentido, que pierde estatus y autonomía en la misma medida en que requiere de otros ayuda y tutela. Vistas de este modo, autonomía y vulnerabilidad funcionan en un juego de suma cero⁶.

Frente a esta representación de la humanidad, tal vez un tanto idealizada, se alzaron voces críticas que pretendieron resucitar lo que parecía evidente y, sin embargo, desatendido: el carácter inherentemente vulnerable de la humanidad. Desde este punto de vista, autores como JUDITH BUTLER, MARTHA ALBERTSON FINEMAN o BRYAN TURNER han insistido con éxito en la asociación inextricable entre la humanidad, la corporalidad y la vulnerabilidad⁷. Esto es lo que en ocasiones se ha caracterizado como vulnerabilidad “inherente” u “ontológica”⁸, y que deriva de la fragilidad de las condiciones que sustentan la vida en general, y la vida humana en particular. Es porque esta vida se canaliza y sostiene a través del cuerpo que nos encontramos siempre expuestos a su finitud y a sus perpetuas necesidades, de modo que la vida subsiste en el esfuerzo permanente por repeler los continuos envites de la muerte. Pero a la corporalidad acompañan también la exposición al sufrimiento y la dependencia, que forman parte de la experiencia vital de toda persona. Desde este punto de vista, el ser humano aparece como un animal especialmente poco dado a la autonomía, no sólo por la exposición al dolor y a la muerte, que

⁶ ANDERSON, J.: “Autonomy and Vulnerability Entwined”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 136–37; FINEMAN, M.A.: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism* 20, núm. 1, 2008, p. 8.

⁷ BUTLER, J.: *Vida Precaria: El Poder Del Duelo y La Violencia*, Paidós, 2006.; BUTLER J.: *Marcos de Guerra: La Vidas Llorables*, Paidós, 2010; FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”; TURNER, B.S.: *Vulnerability and Human Rights. Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania State University Press, 2006.

⁸ MACKENZIE, ROGERS, y DODDS, “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, p. 4.

comparte con el resto de los seres vivos, sino con el elevado grado de dependencia⁹ del resto de seres humanos, desde el nacimiento hasta la tumba, que ponen de manifiesto que la sociabilidad es una necesidad imperiosa con asiento en la misma conformación biológica humana. En resumidas cuentas, la autonomía aparece como la excepción, no la regla, un ideal a alcanzar que tan sólo podría cumplirse en circunstancias muy específicas y dentro de un lapso vital relativamente restringido. Por este motivo, puestos a erigir el sistema político sobre un modelo de ciudadanía y de individuo, el *sujeto vulnerable* puede resultar más interesante y fructífero¹⁰.

Naturalmente, no es esta la primera constatación de la vulnerabilidad como condición universal, como sugeríamos. Tal vez uno de los ejemplos más explícitos de la historia del pensamiento político proceda, precisamente, del modelo de contractualismo diseñado por THOMAS HOBBS. Resulta bien conocida, en este sentido, su reflexión sobre el estado de naturaleza y la guerra del todos contra todos, cuya prevención constituye el imperativo sobre el que se erige el orden político del Leviatán. En este planteamiento resulta extremadamente importante el papel de la vulnerabilidad pues las personas, por muy desiguales que puedan ser, siempre lo son en medida suficiente como para darse muerte unos a otros, y la muerte es el igualador político supremo. “*Porque en lo que toca a la fuerza corporal, aun el más débil*

⁹ La noción de dependencia tiene una conexión teórica fuerte con la de vulnerabilidad que, además, permite retirar algo de peso a la distinción entre vulnerabilidad corporal y social. Las necesidades orgánicas más básicas del ser humano pueden ser difíciles (o imposibles) de satisfacer sin un apoyo consistente de los demás y, al mismo tiempo, las necesidades de socialización, de afecto, de cuidados, etc. son tan fundamentales en el ser humano que producen serias privaciones y disfunciones en el desarrollo del individuo cuando no quedan adecuadamente satisfechas. En definitiva, parece tan inherente a la vulnerabilidad humana la necesidad de comer como la de establecer relaciones con otros. *Vid.* DODDS, S.: “Dependence, Care, and Vulnerability”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 183; FINEMAN, “Vulnerability and Inevitable Inequality”, p. 145; TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, p. 10.

¹⁰ Especialmente elocuente resulta Martha Nussbaum: “*Lo que propongo, de hecho, es (...) una sociedad de ciudadanos que admitan que tienen necesidades y son vulnerables, y que descarten las grandiosas demandas de omnipotencia y completitud que han permanecido en el corazón de tanta miseria humana*”, NUSSBAUM, *El Ocultamiento de Lo Humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 30.

*tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, sea por maquinación secreta o por federación con otros que se encuentran en el mismo peligro que él*¹¹. Interesantemente, a una vulnerabilidad universal como esta corresponde una respuesta igualmente universal: la institución de un ordenamiento jurídico (y un poder político), capaz de regir sobre todos y que, apoyándose sobre dicha vulnerabilidad universal (el “poder de vida y muerte”¹² del soberano no es sino esto), consigue reducir su presencia en la vida de la comunidad política.

Aunque algo más se dirá al respecto, la relación entre la vulnerabilidad universal/ontológica y los fundamentos últimos de los ordenamientos jurídicos no es un enfoque infrecuente en la literatura. La evidencia histórica resulta sugerente al menos, cuando se constata que la explosión de los derechos humanos sigue de cerca la más brutal instrumentalización de la vida humana durante la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto¹³. No parece azaroso que se redescubrieran las profundidades de la fragilidad humana en este momento, una fragilidad que viene también adecuadamente descrita por la *banalidad* que ARENDT atribuyó al “mal”¹⁴, encarnado en un proceso que se caracterizaba, precisamente, por “desacralizar” la vida humana, por demostrar repetidas veces cómo el dolor y la muerte podían administrarse desde una rutina casi trivial.

Las declaraciones de derechos cumplían una función de “resacralización”¹⁵ de los aspectos fundamentales e inalienables que

¹¹ HOBBS, T.: *Leviatán*. 2a ed., Editora Nacional, 1980 p. 222.

¹² AGAMBEN, G.: *Homo Sacer. El Poder Soberano y La Nuda Vida*, PRE-TEXTOS, 2006, p. 113; FOUCAULT, M.: *Histoire de La Sexualité: La Volonté de Savoir*. Vol. 1, Gallimard, 1976, p. 177–78.

¹³ Por supuesto, conviene recordar el eurocentrismo de la cuestión al contraste de las violencias salvajes y cronificadas que los imperios exportaron a las colonias sin suscitar el tipo de revulsivo jurídico que la literatura atribuye a la guerra entre potencias del Norte Global y al campo de concentración Nazi. Valga, no obstante, con reconocer este punto que, en lo fundamental, no contradice la observación histórica recogida con frecuencia en la literatura. Vid. MASFERRER/GARCÍA SÁNCHEZ, “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, p. 5–6; TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, p. 17–18.

¹⁴ ARENDT, H.: *Eichmann En Jerusalén*. 3a ed., DeBOLSILLO, 2008, p. 368.

¹⁵ Turner se apoya precisamente en la idea de Berger de que el orden normativo funciona como una “cobertura sagrada” (*sacred canopy*), desde el punto de vista de la sociología de la religión. A esto, añade y especifica que “*como parte del entorno*

debieran acompañar a toda vida humana por el mero hecho de su existencia, todo ello con la esperanza de proveer una mejor protección frente a los horrores que pudieran venir. En este sentido, la cuestión no estriba tanto en saber si tales derechos *son* o no intrínsecos al ser humano, cuestión que ha ocupado a parte de la doctrina con mayor o menor fortuna¹⁶. En opinión de este autor, el uso del lenguaje descriptivo en discusiones normativas cumple a menudo una función de proclamación que se basa, precisamente, en la confusión de los límites del ser y del deber ser. Los derechos *son* humanos e inalienables, la dignidad *es* una propiedad fundamental de la persona humana, no porque esto sea un hecho de la observación naturalista, sino porque es un *axioma* de las comunidades políticas modernas. Es una forma de establecer todo un entramado de instituciones y rituales que, por repetición, crean un ser allá donde, en origen, sólo había un deber ser¹⁷. El carácter inalienable de los derechos es una profecía autocumplida que se construye sobre la conciencia de que, si algo pertenece a todos y cada uno, es esta vulnerabilidad radical de la que venimos hablando¹⁸.

protector de los seres humanos abiertos al mundo, las instituciones legales son fundamentales a la hora de proveer cierto grado de seguridad en este entorno precario (...) Los derechos humanos pueden ser vistos como un componente de este escudo jurídico protector”, vid. TURNER, Vulnerability and Human Rights, p. 29.

¹⁶ MASFERRER, A.: “Taking Human Dignity More Humanely”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 229; MASFERRER/ GARCÍA SÁNCHEZ, “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, p. 6.

¹⁷ En este punto somos sensibles a la crudeza de la posición de Arendt en *Los orígenes del totalitarismo*, para quien la retórica de los derechos humanos corre el riesgo de quedar vacía de contenido cuando no queda autoridad alguna que los haga valer, algo que contribuía a dar crédito a conservadores como Burke quien, célebremente, había afirmado la mayor seguridad de sus “derechos de inglés” (*rights of the Englishmen*) frente a los abstractos “derechos humanos”. No se trata tanto de discutir sobre la esencia de las cosas, por tanto, sino de determinar qué condiciones institucionales se requieren para materializar los principios políticos. *Vid. The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace & Co., 1975, p. 70.

¹⁸ En un sentido similar se pronuncia Bryan Turner: “Los derechos humanos pueden ser definidos como principios universales, porque los seres humanos comparten una ontología común”, *vid. TURNER, Vulnerability and Human Rights*, p. 6. Su posición parece querer conjurar los peligros del relativismo que, según parte de la literatura, derivaría de la imposibilidad de hallar una base ontológica para los derechos humanos. Resultaría imposible abrir este debate en este

2.2. *Vulnerabilidad especial: Grupos, capas*

Aunque conviene recordar que el debate en torno a la vulnerabilidad como condición universal tiene mucho que ver con el contexto de una crítica dirigida a las limitaciones del del liberalismo político clásico, no es menos cierto que también ha suscitado cierto número de objeciones. Tal vez una de las más relevantes, a efectos de la discusión que aquí interesa, sea la que plantea que, una vez satisfechos sus objetivos discursivos y analíticos concretos, insistir en la universalidad de la vulnerabilidad puede dar lugar a un planteamiento político un tanto inerte, pues si todos somos vulnerables, proverbialmente, nadie es vulnerable¹⁹.

Así, aunque normalmente la variabilidad se produce en términos de énfasis discursivo, para algunos autores, una cuestión importante a la que la vulnerabilidad “ontológica” no atiende es, precisamente, la necesidad de *diferenciar* sobre la base de la vulnerabilidad misma. En este sentido, la vulnerabilidad se vuelve particularmente esclarecedora cuando repercute sobre determinadas personas y grupos en un grado e intensidad superior a la media. Esta intuición ha dado lugar a la que tal vez sea la acepción más debatida de vulnerabilidad, que es la que concierne a las personas “especialmente vulnerables”.

En efecto, no resulta extraordinario reconocer que, en determinadas personas, por motivos diversos, la vulnerabilidad aparece como particularmente severa. El hecho de que, frecuentemente, las situaciones de vulnerabilidad tiendan a estar sobrerrepresentadas en determinados colectivos ha hecho que se haya creído oportuno hablar de “grupos vulnerables”. Las tipologías son diversas y responden a motivos igualmente variados: la edad (por corta o por avanzada), la enfermedad, la discapacidad, la raza, el género, la pobreza, la identidad sexual... No obstante, esto presenta los habituales problemas

momento, aunque no estamos plenamente convencidos de que este temor se encuentre justificado, como puede inferirse también de lo dicho a cuerpo de texto y en la nota anterior.

¹⁹ LUNA, F.: “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 2, núm. 1, 2009, p. 128; R ROGERS, W./ MACKENZIE, C./ DODDS, S.: “Why Bioethics Needs a Concept of Vulnerability”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 5, núm. 2, 2012, p. 16, <https://doi.org/10.1353/ijf.2012.0024>.

de sobre e infrainclusión²⁰: ni todos los miembros de un colectivo *prima facie* vulnerable son necesariamente vulnerables, ni las personas que no pertenecen a tales grupos se encuentran al abrigo de serlo. También resulta importante señalar que las personas vulnerables no tienen por qué serlo a todos los efectos ni en todas las áreas de sus vidas, pues algunas causas de vulnerabilidad son bastante específicas en cuanto a sus manifestaciones, mientras que otras pueden tener un efecto relativamente transversal. Esta diversidad en cuanto al alcance de la vulnerabilidad es probablemente uno de los factores principales que explican la heterogeneidad de las enumeraciones de grupos vulnerables, en la medida en que cada instrumento normativo y cada clasificación tienen un rango de aplicación potencialmente distinto. Si nos interesa una vulnerabilidad que podría afectar a la capacidad para emitir un consentimiento adecuado, los grupos sobre los que podríamos albergar ciertas reservas no serán los mismos que si pensamos en la vulnerabilidad frente a los vaivenes económicos, la posibilidad de desarrollar enfermedades o a ser víctima de violencia en las relaciones de pareja.

En función de esto, podríamos señalar lo siguiente. En primer lugar, aunque es innegable la ligazón fundamental que une la vulnerabilidad a la vida humana, hablar de grupos especialmente vulnerables es importante a efectos de diferenciación y priorización de los recursos públicos. La oposición doctrinal entre ambas visiones no debería, en este sentido, ser exagerada, pues la especial vulnerabilidad de ciertas personas no contradice la vulnerabilidad como universal, sobre la que se erige y con la que interactúa. De hecho, hay motivos para pensar que es sobre la base de nuestra universal vulnerabilidad que surge la solidaridad necesaria, no sólo para establecer unas mínimas redes de cuidado mutuo de alcance general, sino para priorizar la atención a aquellos especialmente vulnerables²¹.

²⁰ FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition,” 4.

²¹ Posiblemente asista la razón en este punto a los críticos del modelo clásico encastillado en la autonomía y la responsabilidad: si la autonomía es el estándar ciudadano, la vulnerabilidad queda definida como dependencia, estableciendo una relación tutelar que aparece como una “carga” para el ciudadano medio cuando le corresponde, no sólo el mantenimiento de sus propias condiciones de autonomía (su buena salud física, mental, su solvencia económica, etc.), sino

Cabe pensar, entonces, en la vulnerabilidad como una orografía irregular de factores de riesgo y protección²². La metáfora no es ca-

“compensar” la falta de autonomía de sus dependientes. Partir del reconocimiento universal de la vulnerabilidad, de su carácter fluctuante, y de la precariedad de la vida humana delinea más fácilmente el sustrato ético que subyace a la obligación individual e institucional al cuidado y la solidaridad. El individualismo clásico no es incompatible con estas consideraciones, pero requiere de justificaciones *ad hoc* para que no derive en egoísmo y atomización social. Esta crítica, de hecho, se ha intensificado en tiempos de neoliberalismo, señalando precisamente cómo, al insistir en el individuo como autónomo y responsable se abre paso una vida social privada de colectivo, despolitizada, donde todo movimiento del agente, entendido como egoísta por definición, se orienta a la mejora de sus condiciones de vida, al éxito, quedando todo lo demás al servicio de este objetivo. En este mismo contexto, la vulnerabilidad de los menos aventajados se transforma rápidamente en fracaso, en falta de competitividad y, por efecto de un revés filosófico-político, en responsabilidad por los propios errores, autoflagelación y depresión. La estructura social y sus deficiencias queda, *grosso modo*, absorbida en el agregado de conductas individuales, en el juego permanente de competición social y, en última instancia, en las fallas de los perdedores frente al “mérito” de los vencedores (ambos plenamente responsables de sus posiciones y, por ende, incapacitados para tejer una relación social que no pase por el aleccionamiento de los mejores sobre los peores). Los contenidos de esta nota se nutren de contribuciones de diversos autores, entre otros, BAUMAN, Z.: *Vida Líquida*, Paidós, 2006, p. 32; FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, p. 11 y ss.; FINEMAN, M.A.: “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, en FINEMAN, M.A./ GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, 2013, p. 16; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: *Neoliberalismo y Castigo*, Bellaterra, 2021, p. 94–96.

²² La relación de la vulnerabilidad con el riesgo es prácticamente conceptual, a la vista de la definición básica ofrecida al principio de este trabajo. Así lo destaca también parte de la literatura de manera explícita. V.gr. FINEMAN, “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, p. 20; LUNA, “Elucidating the Concept of Vulnerability : Layers Not Labels”, 135; MACKENZIE, “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability,” p. 33; MACKENZIE/ ROGERS/ DODDS, “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?,” p. 6; ROGERS, W.: “Vulnerability and Bioethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 77. Esto no es muy distinto a los enfoques victimológicos que tratan de identificar factores de riesgo frente a la victimación, si bien la impresión es que esta es un área de estudio significativamente menos desarrollada que la valoración del riesgo aplicada a los delinquentes actuales o potenciales. Aunque la interpretación de esta disparidad debe quedar a juicio del lector, tal vez pueda

sual, pues remite al argumento célebre de FLORENCIA LUNA quien, criticando la rigidez en el uso de la “etiqueta” de vulnerabilidad para señalar colectivos (y tal vez, incluso, estigmatizarlos)²³, indicaba que era necesario concebir la vulnerabilidad individual como el resultado de la acumulación de múltiples “capas” de vulnerabilidad que interactúan entre sí y componen sus efectos²⁴. Profundizando un poco, entender la vulnerabilidad como un proceso de acumulación en “capas” apunta a observar el concepto en términos dinámicos y relacionales²⁵. Aunque no sería posible explorar en todo detalle lo que ambas ideas implican, de manera simplificada podemos apuntar a lo siguiente: antes que como una identidad rígida y más o menos esencialista, la vulnerabilidad de una persona es el resultado de un proceso variable en el tiempo que hace que, a lo largo de su biografía, se encuentre expuesta a diversas fuentes de daño, así como a un (también variable) grado de dependencia. Esto no sólo se debe a los cambios que un organismo vivo experimenta desde su nacimiento hasta su muerte, sino a los cambios que acontecen en el ambiente en que dicho organismo se desenvuelve. Ambos niveles se encuentran en interacción, de mane-

conjeturarse, a modo de explicación, un efecto duradero de la asociación entre la peligrosidad (de la que el riesgo es heredero) y la persona del criminal.

²³ Esta es una crítica frecuente a la metodología de los “grupos vulnerables”, que tiene que ver con el problema del paternalismo también. Identificar con excesiva rigidez a determinados grupos como vulnerables, incluso con el propósito bien-intencionado de reforzar su protección, corre el riesgo de perpetuar estereotipos e, incluso, de reproducir políticas estigmatizantes que condenan a ciertos colectivos a una posición subalterna social, política y jurídicamente. Algunos debates que han suscitado discusión a lo largo de estas líneas en tiempos recientes han sido las implicaciones que se derivarían de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, o la tutela penal dispensada a las víctimas de violencia de género. En ambos casos, el problema de (sobre)proteger y el paternalismo institucional se han señalado críticamente, si bien por motivos y con fundamentos distintos. Sobre lo discutido aquí véase, por ejemplo: ALEMANY, M.: “Igualdad y Diferencia En Relación Con Las Personas Con Discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad)”, *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, p. 201–22; LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género En El Derecho Penal. Un Ejemplo de Paternalismo Punitivo”, en LAURENZO COPELLO, P./ MAQUEDA ABREU, M.L./ RUBIO CASTRO, A.M., *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 329–62.

²⁴ LUNA, “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels”, p. 124.

²⁵ LUNA, p. 129.

ra que algunos elementos estrictamente derivados de la biología cambiante de los seres humanos tan solo adquieren valor como factor de vulnerabilidad dentro de condiciones sociales que los hacen aflorar²⁶. Aquí observamos el segundo elemento con claridad: las personas no son vulnerables, sino que lo *devienen* fruto de la relación que las une a otras personas, otros grupos sociales, circunstancias ambientales y, en general, a la situación en la que vayan a entrar en juego sus recursos y carencias particulares²⁷.

Visto de este modo, el análisis de la vulnerabilidad se asemeja notablemente al concepto de interseccionalidad²⁸, que pone de manifies-

²⁶ Luna señala, por ejemplo, que aunque pertenecer al sexo femenino no es *per se* un factor de vulnerabilidad, lo deviene cuando la mujer vive en un país donde no se reconocen derechos reproductivos. En tal caso, no es que el ser mujer sea causa de vulnerabilidad, sino que es una cualidad que, en un determinado contexto, la expone a adquirir una nueva “capa” de vulnerabilidad. *Vid.* LUNA, p. 128–29. Similarmente, para Mackenzie, Rogers y Dodds, quienes distinguen entre fuentes de vulnerabilidad “inherentes” y “situacionales”: “*Estas dos fuentes de vulnerabilidad (...) no son categóricamente diferentes. Las fuentes de vulnerabilidad inherente reflejan en mayor o menor medida características del entorno en el que los individuos nacen, se desarrollan y viven (p.ej., el estado de salud depende mucho de factores socio-económicos), mientras que causas de vulnerabilidad situacional tendrán un mayor o menor efecto dependiendo de la resiliencia de los individuos, que es en sí misma un producto de influencias genéticas, sociales y ambientales*” [traducción propia], *vid.* MACKENZIE/ ROGERS/ DODDS, “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, p. 8.

²⁷ LUNA, “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels,” 129.

²⁸ Concepto acuñado por Kimberle Crenshaw en CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *The University of Chicago Legal Forum*, núm. 140, 1989, p. 139–67; CRENSHAW, K.: “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Source: Stanford Law Review* 43, núm. 6, 1991, p. 1241–99. Aunque restricciones de espacio no permiten una atención exhaustiva a la noción de interseccionalidad, algunas ideas son interesantes para complementar el análisis sobre la vulnerabilidad. En primer lugar, aunque resulta de especial interés la “intersección” acumulada de varias fuentes de vulnerabilidad, el análisis interseccional enfatiza la relación que existe con su opuesto: el privilegio. De este modo, la posición de cada cual, desde un punto de vista interseccional, se deriva del efecto conjugado de factores favorables y desfavorables, de una combinación variable de recursos y carencias, poder e impotencia. Asimismo, ofrece una crítica adicional a las “políticas identitarias” (basadas en grupos, pues), insistiendo

to que lo principal no es la pertenencia de una persona a un colectivo predeterminado, sino el entrecruzamiento mismo de procesos, identidades y roles sociales. Dado que rara vez la posición social viene determinada por una sola faceta de la persona y que, al contrario, uno extrae recursos y se expone a riesgos en las distintas áreas de su vida, la vulnerabilidad aparece como el resultado de este agregado complejo. No se es vulnerable por ser mujer, miembro de una minoría étnica, pobre o migrante irregular, entendidos separadamente. Al contrario, la vulnerabilidad de *esa mujer en concreto* vendrá determinada por la interacción de estas y otras variables y la influencia mayor o menor que adquieren dentro de cierta ecología social.

Con todo, la transición de los grupos especialmente vulnerables a las capas de vulnerabilidad produce una cierta *individualización* del juicio de vulnerabilidad, un desplazamiento hacia la biografía individual y a la infinitud de los detalles “micro”. Aunque esto pueda ser sensato a nivel analítico, lo cierto es que no deja de plantear potenciales problemas a nivel ético y político. En particular, adentrarse en esta infinitud de circunstancias particulares, aunque pertinente cuando se trata del nivel específico requerido por la intervención (supongamos, para determinar el elenco de necesidades de una persona que requiere asistencia social, o para adecuar un programa de tratamiento penitenciario), resulta inadecuado para generar el impulso que requieren algunos problemas de amplio espectro con raigambre estructural. La potencia crítica de factores de vulnerabilidad como la raza, el género o la pobreza proceden, precisamente, de cierta negativa a ser trans-

en el efecto amalgamante que la referencia al grupo tiene sobre las diferencias individuales y, en particular, cómo oculta que la experiencia de cada individuo viene determinada, no ya por su pertenencia a un grupo concreto (con quien compartiría una comunidad de biografía y destino, por así decir), sino por el específico solapamiento de sus distintas identidades. Simplificando (y siguiendo el ejemplo de la autora), la experiencia de una mujer víctima de violencia no es universal, de manera que lo sucedido a una mujer racializada de clase baja no puede simplemente ser absorbido por el “prototipo” de la víctima blanca de clase media. Fruto de ello, estrategias diseñadas sobre la base de una única de las variables en juego corren el riesgo de caer en la inutilidad con personas en quienes convergen múltiples contextos de desventaja o, incluso, favorecer a aquellos que disponen de recursos no tenidos en consideración (algo que será problemático o no en función del contexto en que nos encontremos). *Vid.* CRENSHAW, 1242–46.

formados en condiciones individuales²⁹, en el mantenimiento de una lectura primordialmente estructural que los muestra como factores de desigualdad a escala demográfica, forzando una respuesta colectiva basada en la solidaridad por el sufrimiento compartido.

2.3. *Políticas de vulnerabilidad. Algunas cautelas necesarias*

Finalmente, y especialmente en el contexto disciplinario en el que se enmarca este trabajo, tal vez resulta apropiado destacar brevemente algunos aspectos resaltados por la literatura y que tienen que ver con los efectos perniciosos que pueden entrañar las políticas dirigidas a personas y colectivos vulnerables. Por una parte, retomaremos el debate vulnerabilidad/autonomía/paternalismo, aunque sea en sus contornos más elementales, con el fin de matizar algunos de los planteamientos trasladados hasta el momento. Por otra, nos detendremos brevemente en la idea de *vulnerabilidad patogénica* defendida por CATRIONA MACKENZIE, WENDY ROGERS y SUSAN DODDS³⁰, que busca poner nombre a las formas de vulnerabilidad surgidas de condiciones ambientales intolerables, en ocasiones institucionalmente propiciadas, que ahondan y agravan las vulnerabilidades existentes.

En lo concerniente al primero de los puntos, hemos visto que la teoría sobre la vulnerabilidad se ha apoyado con frecuencia en una crítica al liberalismo político, al contractualismo y a lo que se describe en ocasiones como una idealización exagerada del ciudadano promedio (racional, responsable, autónomo y tácitamente invulnerable). Este envite argumental tiene un sentido polémico específico, pero tal vez haya contribuido a polarizar los términos de la discusión más allá de aquello que se trataba de conseguir. En efecto, aunque la idolatría de la autonomía resulta criticable (especialmente para fundamentar un sistema sociopolítico), no debe incurrirse en la tentación de pensar que vulnerabilidad y autonomía son los extremos de una dicotomía³¹.

²⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y Castigo*, p. 111.

³⁰ MACKENZIE/ ROGERS/ DODDS, "Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?", p. 9.

³¹ De hecho, la crítica a la idealización del sujeto político, cuyo origen muchos autores localizan en la doctrina ilustrada, no debe tampoco ser sacada de su contexto. Lo que se critica son las disfunciones y limitaciones que tal doctrina

Más bien al contrario, autonomía y vulnerabilidad se encuentran en relación constante, y si bien no hay modo de entender la autonomía humana sino al trasluz de la vulnerabilidad, tampoco la omnipresencia de la vulnerabilidad desemboca necesariamente en una humanidad inerme, encogida y paralizada.

Pero no se trata simplemente de hallar la caracterización más adecuada en sentido antropológico (algo que excede con mucho la temática de este texto), sino de insistir, con MACKENZIE³², en el espacio positivo y necesario que debe ocupar la autonomía en toda reflexión sensible a la vulnerabilidad. Desde el más intuitivo de los puntos de vista, una de las principales ambiciones de quienes experimentan el

ha desencadenado y que resultan visibles (y criticables) en el escenario contemporáneo, entre otras cosas, por haberse transformado en una suerte de dogma reduccionista grabado en piedra. De ello no se infiere, en cambio, una crítica que quisiera remontarse atrás en el tiempo y que negara la utilidad de las ideas del liberalismo político y el iluminismo, que tan arduamente fueron asentándose durante el siglo XIX. Aunque hoy por hoy pueda requerir de matices, la importancia de invocar la autonomía individual, dentro del entramado formado por el nuevo concepto de ciudadano libre e igual a sus conciudadanos, era seguramente capital en el momento histórico en que estas ideas adquirieron suficiente entidad. Al contraste del modelo absolutista y estamental, enfatizar la autonomía significaba insistir en la libertad y en el final de las jerarquías tradicionales. Operando de nuevo a caballo entre lo descriptivo y lo normativo, describir al ciudadano moderno como autónomo era la manera definitiva de *postularlo* como tal, de concederle la emancipación que se buscaba respecto del sistema de ataduras del Antiguo Régimen, *vid.* CASTEL, R.: *La Metamorfosis de La Cuestión Social*, Paidós, 1997, p. 182; FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, p. 2. En cierto sentido, cabría decir que la ilustración pugnaba frente a otras fuentes de vulnerabilidad y empleaba como instrumento una renovada estructura jurídico-política, algo no muy distinto de lo que haríamos en la actualidad. Postular al ciudadano autónomo también puede ser entendido, en su contexto, no como una negación radical de la vulnerabilidad (que implícitamente es perceptible en las incursiones antropológicas de autores como Rousseau o, más polémicamente, del propio Kant), sino como una lucha por trascender esa vulnerabilidad fáctica mediante una armadura suficiente de derechos y libertades. *Vid.* MASFERRER/ GARCÍA SÁNCHEZ, “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, p. 2; FORMOSA, P.: “The Role of Vulnerability in Kantian Ethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 93.

³² MACKENZIE, “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, p. 33.

peso de múltiples “capas” de vulnerabilidad es la de recuperar cierto control sobre la propia vida³³. La autonomía, por imperfecta, limitada y quebradiza que pueda ser, es tal vez el primer objetivo y principal instrumento sobre el que construir y al que orientar la recuperación y la resiliencia. Por este motivo, incidir sobre la vulnerabilidad de manera eficaz debería aspirar, cuando el contexto lo permita, a rearmar y reforzar al individuo con el fin de alcanzar un grado bastante de autosuficiencia³⁴.

Aparte de para compensar el sentimiento de impotencia que la vulnerabilidad puede generar, el segundo motivo por el que MACKENZIE destaca la importancia de promover la autonomía estriba en el riesgo de incurrir, en caso contrario, en intervenciones paternalistas

³³ El llamado síndrome de indefensión aprendida puede ser un ejemplo útil para observar el efecto destructivo que sobre la persona puede tener una excesiva conciencia de vulnerabilidad, la impotencia que procede de la sensación de no tener control sobre las parcelas de seguridad existencial más elementales. De acuerdo con una descripción básica del asunto, las personas afectadas por el síndrome han aprendido a concebir todo acto de resistencia frente a situaciones aversivas como inútil, desarrollando como consecuencia una pasividad extrema y una actitud resignada, incluso en presencia de oportunidades claras para mejorar su situación u obtener algún beneficio. La idea se encuentra fuertemente relacionada con los trastornos depresivos y con la noción de “locus de control externo” (la tendencia a situar el control sobre los aspectos fundamentales de la propia vida en instancias exteriores a uno mismo, como el destino, la suerte o las decisiones de otros), y parece un importante indicador de la fuerza protectora de una mínima conciencia de autonomía. El artículo fundacional sobre la idea de indefensión aprendida corresponde a SELIGMAN, M.E.P.: “Learned Helplessness”, *Annual Review of Medicine* 23, 1972, p. 407–12.

³⁴ Esto es, por supuesto, bien distinto al argumento de corte conservador que sugiere usar la autonomía como un punzón, limitando todo tipo de intervención asistencial a salvaguardar las mínimas condiciones de supervivencia. En tales casos, efectivamente, la autonomía se fuerza por omisión institucional, si bien es dudoso que se incentive de manera eficaz. El juego parece más bien semántico: la persona vulnerable (pleonasm) es forzada a ser autónoma, pues no se la tratará de un modo distinto. La crítica a la retórica del emprendimiento neoliberal y del *self made man* apunta precisamente al efecto caricatural y perverso de la idolatría de una autonomía ideal impuesta forzosamente sobre la realidad. Vid. COYLE, S.: “Vulnerability and the Liberal Order”, en FINEMAN, M.A./ GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, 2013, p. 64; GORDON, C.: “Governmental Rationality: An Introduction”, en BURCHELL, G., GORDON, C./ MILLER, P., *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, University of Chicago Press, 1991, p. 44.

que puedan resultar cuestionables. Esto se comprende especialmente bien en conexión con las dificultades que derivan de una visión monolítica de los “grupos especialmente vulnerables”, si bien puede darse incluso sin hacer uso de este tipo de categorías conceptuales. Es cierto que el tipo de protección que ciertas formas de vulnerabilidad exigen puede requerir una intervención tutelar que, en última instancia, pueda llegar a superponerse a la voluntad manifestada por la persona vulnerable. Este es un tipo de autoridad que se espera de los padres respecto de los menores de corta edad, así como de los cuidadores y/o representantes de personas que, aquejadas por una enfermedad mental o discapacidad intelectual, puedan hallarse en serias dificultades para tomar decisiones sobre alguna parcela de la propia vida.

En este sentido, el correcto acompañamiento de la intervención protectora/tutelar a las limitaciones específicas de la persona vulnerable es una pieza clave, y un instrumento central para dicho acompañamiento es, precisamente, el favorecimiento de la autonomía en la medida máxima que sea posible. El caso de los menores es de nuevo clásico: conforme el menor se desarrolla y adquiere cotas mayores de madurez las necesidades tutelares ceden paso a necesidades de acompañamiento y consejo de modo que, al final, las capacidades del joven son suficientes como para paliar la vulnerabilidad que procedía de la inmadurez y abrir paso a un margen de autodeterminación creciente sobre la propia vida. En este sentido, prolongar la vigilancia tutelar, incluso bienintencionadamente, redundaría en paternalismo siempre que se impone a un sujeto que ha alcanzado unas mínimas capacidades para decidir y, en su caso, para errar³⁵.

En este acompañamiento, es también importante la relación funcional entre el tipo de protección impuesta y las carencias concretas de la persona, como es evidente. Una ludopatía podría demandar medidas tutelares para evitar la dilapidación del patrimonio personal o familiar, pero difícilmente podría justificar la intervención en otras áreas de decisión no vinculadas como la libertad sexual, la ideología política, etc. Naturalmente, otros casos son más complicados, pero la

³⁵ ALEMANY, “Igualdad y Diferencia En Relación Con Las Personas Con Discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad)”, 203.

idea seguramente se sostiene. Una discapacidad intelectual puede afectar a las aptitudes de la persona para tomar decisiones que impliquen operaciones contractuales complejas, pero no necesariamente para decidir sobre el contenido de su testamento, sus relaciones íntimas o el voto en las próximas elecciones³⁶. No hay que olvidar que son precisamente las personas a quienes atribuimos plena madurez psico-social para desenvolverse con libertad quienes, mayoritaria y consistentemente, muestran su inclinación por decisiones poco inspiradas y perjudiciales (para sí y para otros). En términos de vulnerabilidad, no habría que caer en la tentación de sobredimensionar la dependencia de los “grupos vulnerables”, ni de exagerar la competencia de quienes no se encuentran subsumidos en alguno de tales grupos.

Paternalismo y abandono representan así los dos extremos indeseables de una política de vulnerabilidad desincronizada respecto de las necesidades de las personas vulnerables: en un caso, por la extensión o intensidad de los mecanismos tutelares que se transforman en una relación disimulada de dominación³⁷, en otro, por una exageración de la presunción de autonomía a la que siguen frecuentemente tanto una ausencia de acompañamiento necesario como una elevación del estándar de responsabilidad³⁸.

Esto nos conduce, finalmente, al último concepto que aquí quisiéramos rescatar de la literatura sobre vulnerabilidad, que es el de vulnerabilidad “patogénica”. Para MACKENZIE, ROGERS y DODDS, la vulnerabilidad patogénica señala fuentes de vulnerabilidad situacional/ambiental que agravan o refuerzan vulnerabilidades, por ejemplo, a través de relaciones de dominación o explotación. Dentro de este concepto, las autoras incluyen una variante que aquí interesa más

³⁶ En este sentido, debe evitarse el riesgo de equiparar una decisión autónoma con una decisión “correcta” o tendencialmente “perfecta”. El objetivo no es neutralizar el error, sino minimizar el daño (y tanto más cuanto más grave sea el daño esperable) para la persona vulnerable. Dentro del margen de los riesgos asumibles no corresponde suplantar la voluntad, sino acompañarla tratando, en la medida de lo posible, de edificar dicha voluntad en beneficio de la persona vulnerable.

³⁷ MACKENZIE, “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, 47.

³⁸ ALEMANY, “Igualdad y Diferencia En Relación Con Las Personas Con Discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad)”, 219.

y en la que nos centraremos, a saber, aquellas formas de vulnerabilidad que son el resultado indeseado de intervenciones dirigidas a reducir, precisamente, una situación de vulnerabilidad. Precisamente, discutimos esto tras haber abordado brevemente el debate sobre el paternalismo por su conexión con la duda fundamental de si una determinada política proteccionista no hace, en el fondo, más mal que bien a quienes debiera proteger.

Naturalmente, el paternalismo (injustificado, se entiende) no es la única forma concebible de vulnerabilidad patogénica, ni es el motivo más importante por el que el concepto se trae aquí a colación. Se trata, más bien, de destacar un aspecto fundamental de cuando se piensa en términos jurídicos y políticos, pues toda propuesta es susceptible de tener efectos imprevistos y contraproducentes. En este sentido, resulta importante tener siempre presente que la consistencia interna de una norma, o la sensatez de una política en sí misma considerada, puede no decirnos gran cosa sobre los resultados que vaya a tener en la práctica. Tal vez, incluso, sugiere la necesidad de someter toda idea con visos de practicidad a un imperativo pragmático de eficacia: si no funciona, las virtudes *a priori* de un plan o una norma quedan privadas de buena parte de su valor.

Esto nos conduce a sugerir un doble “test de patogenia”, *a priori* y *a posteriori*. El primero implicaría, al menos, la prudencia de considerar, proverbialmente, que todo lo que puede salir mal, saldrá mal³⁹,

³⁹ Una de las diversas formulaciones de la conocida “Ley de Murphy”, de orígenes particularmente inciertos, tal vez por la universalidad de la frustración que transmite. Naturalmente, no existe un sustento científico consolidado para lo que, en opinión de algún autor, no es otra cosa que el efecto combinado de la ley de los grandes números y la inclinación humana a incurrir en sesgos confirmatorios. Con todo, el llamado “principio de precaución” no parece distar mucho del intento de articular una guía de acción sobre la base de la ley de Murphy, dado que cuando el riesgo es tendencialmente inadmisiblemente, la única forma de anticiparse es asumir, precisamente, que todo lo que puede salir mal, saldrá mal, con el fin de actuar sobre todo el espectro de posibilidades. Aunque es indudable que las políticas precautorias pueden presentar graves problemas de justificación (tanto mayores cuanto más onerosas), a un nivel más humilde, atender a cierto principio de prudencia puede ser razonable cuando se trata de personas vulnerables. En conexión con esta nota, *vid.* HAND, D.J.: *The Improbability Principle: Why Coincidences, Miracles, and Rare Events Happen Every Day*, Scientific American, 2014; SUNSTEIN, C.R.: *Worst-Case Scenarios*, Harvard University Press,

y sobre todo para las personas vulnerables que tratamos de proteger. De ello se deriva la necesidad de tratar de anticipar los resultados indeseables de las propias ideas y proyectos siendo conscientes de que, de nuevo, no existe una relación directa entre validez interna y externa, como recuerda la metodología científica⁴⁰. La segunda faceta del “test” no es más que la necesidad de evaluación posterior a la implementación que, desde el campo de los estudios sobre políticas públicas, se reclama rutinariamente y que, en el ámbito de la justicia penal, goza de una tradición limitada⁴¹.

III. POLÍTICA CRIMINAL Y VULNERABILIDAD HUMANA

Llegados a este punto, la discusión debe inclinarse hacia los intereses disciplinarios que orientan la obra en su conjunto, ahondando en aquello que la teoría sobre la vulnerabilidad puede aportar a la política criminal y a la justicia penal, pero tratando de detectar también si existen especificidades y cautelas que vengan impuestas por la naturaleza misma de un campo tan específico como desatendido por el mencionado resurgir de los trabajos sobre vulnerabilidad. Esta desatención es extraña y, en realidad, tal vez sólo aparente, en la medida en que al Derecho y a la penalidad, como hemos anticipado y seguiremos viendo, no es posible separarlos de la vulnerabilidad humana en la que encuentran, según algunos autores, su principal razón de ser.

2007; SUNSTEIN, C.R.: *Leyes de Miedo. Más Allá Del Principio de Precaución*, Katz, 2010.

⁴⁰ Estrictamente hablando, se ha planteado incluso una relación inversa, si bien no parece pertinente empujar la analogía mucho más allá en este punto. V.gr. CUBO DELGADO, S.: “Validez y Técnicas de Control de Las Fuentes de Variación”, en CUBO DELGADO, S./ MARTÍN MARTÍN, B./ RAMOS SÁNCHEZ, J.L., *Métodos de Investigación y Análisis de Datos En Ciencias Sociales y de La Salud*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2011, p. 156–58; TEJEDOR TEJEDOR, F.J.: “Validez Interna y Externa En Los Diseños Experimentales”, *Revista Española de Pedagogía* 39, núm. 151, 1981, p. 33–34.

⁴¹ Díez RIPOLLÉS, J.L.: *La Racionalidad de Las Leyes Penales*, Trotta, 2003, p. 58–59.

3.1. *La vulnerabilidad humana en el origen del Derecho*

Comenzando por este extremo, podemos citar a MARTHA NUSSBAUM, para quien “*El rol disuasivo del castigo no puede explicarse sin alguna razón de por qué ciertos actos son malos. Tal explicación tiene que referirse a la vulnerabilidad humana*”⁴², insistiendo más adelante en que el Derecho “*tiene la función de protegernos en áreas de vulnerabilidad significativa*”⁴³. Anteriormente citábamos la tradición hobbessiana, también en sentido similar: la vulnerabilidad humana, traducida en la facilidad de matarnos unos a otros (permítase este resumen algo brusco), fundamenta la necesidad de un sistema jurídico-político que reintroduzca, no solo orden, sino seguridad y previsibilidad en las sociedades humanas. Generar las condiciones de posibilidad para una existencia mejor a la que correspondería en condiciones naturales es la principal aspiración desde este enfoque.

Ahondando en una dirección similar (tal vez no en sus derivadas políticas, pero sí en el punto de partida), parte de la doctrina ha localizado en las formas de vulnerabilidad humana más elementales el origen de los derechos humanos, como anticipábamos. La fragilidad de del ser humano como organismo viviente se enlaza con la necesidad, no sólo de proteger y proveer las mínimas condiciones para la vida, sino también los mecanismos básicos por los que las personas tienden a prosperar directa o indirectamente, entre los cuales se encuentra la sociabilidad. Por tanto, igual que resulta importante amparar jurídicamente la vida y la integridad física, también son centrales los derechos que conforman un marco dentro del cual la vida puede desarrollarse en unas condiciones mínimamente adecuadas y dignas⁴⁴. De hecho, la noción de dignidad se ha planteado en ocasiones como condensador jurídico que permite conectar la vulnerabilidad humana y la protección jurídica por medio de diversas variantes del argumento

⁴² NUSSBAUM, *El Ocultamiento de Lo Humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 22.

⁴³ NUSSBAUM, 24.

⁴⁴ Bryan Turner pone el ejemplo de las libertades políticas, explicando que, indirectamente, estas también son una forma de proteger la vida humana y sus condiciones, habida cuenta de la relación epidemiológica existente entre mejores condiciones de salud pública, menores cotas de desigualdad socioeconómica y mayor grado de libertades democráticas. Vid. TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, 36–37.

kantiano de que las personas poseen un valor intrínseco (su dignidad) que impide tratarlas de otro modo que como fines en sí mismos⁴⁵. Sintéticamente, las necesidades de protección jurídica se deducen del reconocimiento de la inherente vulnerabilidad humana y del mandato irrenunciable de que cada vida se desarrolle conforme a la dignidad que le corresponde a toda persona⁴⁶.

Con independencia de las profundidades, aquí insondables, del debate, parece relativamente compartida alguna forma de la premisa fundamental que señala que: a) las personas son inherentemente vulnerables; b) las personas tienen un interés mayor en sobrevivir tanto y tan bien como fuera posible; c) los sistemas sociales encuentran, al menos, una parte esencial de su fundamento y justificación en servir como instrumento a dicha supervivencia y, en general, a paliar las vulnerabilidades humanas; y d) entre los mecanismos de los que puede valerse una sociedad para cumplir con esa misión, el subsistema jurídico ocupa un papel sumamente importante.

Pero en este punto de la discusión es preciso reconocer que, cuando hablamos específicamente del Derecho penal y la política criminal, su intervención dentro de esta misión política general es considerablemente limitada (autolimitada, fruto del consabido principio de fragmentariedad/intervención mínima) e, incluso, tal vez pueda llegar a ser ineficiente o problemática.

⁴⁵ El lector no debe olvidar, a pesar de la simplificación narrativa hecha a cuerpo de texto, que resulta sumamente polémica y discutida la relación que une a la teoría moral kantiana con la vulnerabilidad y si se encuentra efectivamente vinculada a la dignidad. Igualmente, se ha tratado de distinguir entre Kant y los “kantianos”, algo que aquí sólo podemos reflejar para dar cuenta de la dificultad doctrinal. Entre muchos otros, véanse: ATIENZA, M.: *Sobre La Dignidad Humana*, Trotta, 2022, p. 47–55; CORTINA, A./ CONILL, J.: “Ethics of Vulnerability”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 58; MASFERRER, “Taking Human Dignity More Humanely”, 227; MASFERRER/ GARCÍA SÁNCHEZ, “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, 4.

⁴⁶ Este no es el lugar para desarrollar el que es un argumento iusfilosófico complejo y poco pacífico. A tal efecto se recomienda la lectura de ATIENZA, *Sobre La Dignidad Humana*.

3.2. *Vulnerabilidad y penalidad*

Si admitimos que la política criminal y el Derecho penal tienen como misión contribuir de algún modo, por modesto que fuera, al esfuerzo general de la autopreservación humana, y ello de acuerdo con unos estándares jurídicos (de dignidad, tal vez) determinados y variables en función del momento y lugar, seguramente tengamos que reconocer que opera protegiendo un reducto determinado de intereses humanos especialmente importantes, priorizando las amenazas especialmente graves y adjudicándoles una pena. Desde este punto de vista, la vulnerabilidad “ontológica” determina la perenne posibilidad de ser agredido, herido o explotado de algún modo por otros, siendo los delitos un subconjunto de esas agresiones posibles que, por motivos diversos, se considera que requieren de la intervención de la maquinaria penal con los medios que le son propios. Así las cosas, la pena actúa como un mecanismo de defensa peculiar del que se espera que cumpla su función protectora mediante a) la prevención y b) el castigo.

Aunque un estudio dilatado de las funciones de la pena al trasluz de la vulnerabilidad seguramente excediera el espacio disponible, podrían señalarse algunas cuestiones elementales. Desde el punto de vista preventivo, la penalidad interviene tanto como desincentivo sobre la sociedad en general, de donde proceden los potenciales delincuentes que podríamos concebir, desde este punto de vista, como explotadores de la vulnerabilidad ajena (o del tipo de vulnerabilidades seleccionadas como penalmente relevantes). Asimismo, también se incide sobre los delincuentes consumados, mediante mecanismos teóricamente preventivos: el sufrimiento penal, la incapacitación y las medidas orientadas a la reinserción. Pero ya en un retrato tan conciso y poco sutil de la mecánica penal tenemos varias cuestiones de interés que, desde el punto de vista de la vulnerabilidad, pueden destacarse.

Por una parte, los destinatarios de la misión protectora del Derecho penal son múltiples y la forma en que se atiende a su vulnerabilidad es en cada caso diversa. El sistema penal como mecanismo de prevención y control de la delincuencia aspira a ser un medio *erga omnes* de protección que se dirige inespecíficamente hacia la vulnerabilidad de todos, entendidos como víctimas potenciales. Este objetivo, el Derecho penal lo cumple principalmente mediante un juego

simbólico: manifiesta su vigencia y comunica las consecuencias de contravenir su mandato, sea a través de la proclamación general de la norma, sea por medio del funcionamiento práctico de las instituciones penales. Si cumple eficazmente con su misión, deberían producirse efectos agregados sobre la vulnerabilidad social al delito (o *propensión* victimal)⁴⁷.

En segundo lugar, está la protección de la víctima consumada del delito. En tales casos, la misión penal varía, pues la vulnerabilidad ya no es meramente potencial, sino que ha sido corroborada por los hechos. Dos vulnerabilidades emergen aquí, que son coherentes con la distinción entre vulnerabilidad *ocurrente* y *disposicional* propuesta por MACKENZIE, ROGERS y DODDS⁴⁸: en un caso, tenemos que lidiar con la “herida” causada por la victimización, en el otro, con las posibilidades de volver a sufrir en el futuro, sea por revictimización⁴⁹ en sentido estricto, sea por un contacto con las instituciones penales que ahonda en el sufrimiento de la víctima (una forma de vulnerabilidad *patogénica* que en victimología se ha venido denominando victimización “secundaria”⁵⁰).

⁴⁷ En términos victimológicos se ha distinguido ocasionalmente entre “víctima de riesgo” y “víctima vulnerable”, siendo la primera aquella persona con una mayor probabilidad de convertirse en víctima, mientras que el segundo término apunta a una victimación consumada que deja también una serie de daños y secuelas. Vid. HERRERA MORENO, M.: “Victimación. Aspectos Generales”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 203; TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La Victimología: Cuestiones Conceptuales y Metodológicas”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 29.

⁴⁸ MACKENZIE/ ROGERS/ DODDS, “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, 8.

⁴⁹ A efectos de vulnerabilidad, de hecho, la revictimización ha sido enfrentada desde dos hipótesis teóricas enfrentadas: la tesis de la vulnerabilidad, que postula efectos de indefensión aprendida fruto de la victimización repetida; y la tesis de la resiliencia, que señala que la victimización repetida contribuye al desarrollo de técnicas de afrontamiento. Vid. HERRERA MORENO, “Victimación. Aspectos Generales,” 110.

⁵⁰ A efectos comparativos, Tamarit proporciona la siguiente definición de victimización secundaria: “*constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es el objeto de enjuiciamiento. El concepto comprende los efectos traumatizantes*”

Los compartimentos no son necesariamente estancos, pero apuntan ya a una vulnerabilidad compleja y multidimensional de la que pueden deducirse obligaciones de diverso tipo para las instituciones. Tentativamente, podríamos señalar obligaciones de protección, de justicia sustantiva, restitutivas, de justicia procedimental y obligaciones asistenciales, según se trate de a) evitar nuevos ataques a las víctimas b) restablecer el sentido de injusticia generado por el delito (con todas sus consecuencias en términos de sufrimiento), c) restituir, en la medida de lo posible, los daños materiales causados por el delito, d) fomentar una relación con las instituciones penales que pueda ser útil y, como mínimo, que no agrave el daño existente; y e) promover el regreso de la víctima a una vida normalizada y resiliente.

Sin embargo, esto no es lo único que muestra esta imagen simplificada del sistema penal. Al contrario, desde el punto de vista de la vulnerabilidad, el Derecho penal característicamente moderno se encuentra relacionado con el descubrimiento de otro sujeto vulnerable: el delincuente. Pero la tutela de la vulnerabilidad del delincuente es una labor ambigua para la penalidad, que no tiene otro remedio que aprovecharse de ella, en cierto modo, como punto de apoyo para ejercer su misión. Se atisba aquí la clásica referencia a la pena como un “mal necesario”, un instrumento de tutela de la vulnerabilidad que funciona explotando esta misma vulnerabilidad según un sistema de reparto de males: herir al delincuente con la esperanza de minimizar las victimizaciones y apuntando, en conjunto, a la reducción de la cifra de damnificados, sean víctimas o victimarios⁵¹.

derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral”, vid. TAMARIT SUMALLA, “La Victimología: Cuestiones Conceptuales y Metodológicas”, 32.

⁵¹ Acéptese esta lectura consensual sobre la justicia penal, que aspira más a dar cuenta de la visión justificativa que de la visión crítica. Esta última tal vez reduciría el objetivo de reducción del delito a la preselección (sesgada, interesada, cínica) de las formas de delincuencia cuya represión resulta útil a fines que no son los proclamados por la doctrina, sino otros de carácter político-ideológico. Si el funcionamiento material de la penalidad acaba expresándose fundamentalmente como un sistema de gestión de la marginalidad más problemática, entonces la lectura en términos de vulnerabilidad se vuelve muy diferente: los colectivos socialmente vulnerables se enfrentarían al Derecho penal como una parada más en un prolongado itinerario de experiencias que refuerzan y multiplican su vulnerabilidad. Los demás estratos de la población resultan doblemente protegidos:

De un modo como de otro, una de las principales fuentes de legitimación del Derecho penal estriba en proteger también, y con especial celo, a los autores de delitos. Este principio tiene, al menos, dos grandes manifestaciones. La primera, clásica, muy relacionada con el modelo iluminista, fue bien condensada por VON LISZT, quien caracterizó el Derecho penal como la Carta Magna del delincuente⁵². En el núcleo de esta idea se encuentra el reconocimiento del autor del delito como un sujeto sometido a una relación de fuerzas en la que se encuentra estructuralmente en desventaja. El poder siempre superior del Estado (o de la mayoría) tiene su reflejo en la vulnerabilidad del individuo, para quien se prevén toda una serie de garantías destinadas a que esta desigualdad no derive en abuso (puesto que es una desigualdad irrenunciable, se trata de que no devenga *patogénica*). Sin embargo, a esta vulnerabilidad coherente con el modelo liberal del ciudadano, a quien se protege de la lesión arbitraria de sus derechos, se añade otra, más semejante a las discutidas en el apartado primero de este trabajo, y que dibujan al delincuente como un sujeto biográfico concreto. Desde este punto de vista, la criminalidad es, en muchas circunstancias, el signo mismo de la vulnerabilidad: vulnerabilidad biopsicológica, vulnerabilidad educativa, sociofamiliar, económica, etc., pero también vulnerabilidad fruto de la selectividad de las instituciones penales. Aunque este último elemento es problemático y no diríamos que es tenido en cuenta de manera sistemática, el reconocimiento de la vulnerabilidad “criminógena”, fruto de diversos factores (entre los que se encuentran las deficiencias estructurales social e institucionalmente producidas) ha servido como puntal para insistir en la obligación de atender, también, a las necesidades del delincuente⁵³.

de manera directa, mediante la segregación de los sujetos socialmente problemáticos, y de manera indirecta, fruto del proceso selectivo que hace improbable el castigo de sus propios comportamientos socialmente dañinos o, incluso, delictivos.

⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El Papel Epistémico de La Política Criminal En Las Ciencias Penales: La Contribución de v. Liszt”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.*, núm. 20, 2018, p. 12; MUÑOZ CONDE, F.: “La Herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, núm. 2, 2011, p. 59.

⁵³ El término *necesidades criminógenas* empleado por Andrews y Bonta condensa bien esta idea, si bien en este caso utilizado en sentido técnico para referirse a aquellos factores de riesgo de carácter dinámico, *vid.* ANDREWS, D.A./ J. BON-TA: *The Psychology of Criminal Conduct*. 5a ed., LexisNexis, 2010, p. 21 y ss.

Aunque no se trata del único de los principios penales reconducibles a esta idea, el principio de resocialización es seguramente el mejor ejemplo del reconocimiento penal de esta segunda forma de vulnerabilidad “criminógena” (algo que, por cierto, delata la historia de selectividad penal que ha tendido a rellenar las cárceles con todo tipo de individuos que cabría considerar vulnerables en más de un sentido). Desde este punto de vista, el castigo trata de ser, no ya un mal necesario, sino un mal de menor entidad, al venir impregnado de aspiraciones reeducativas, tratamentales y transformadoras que, en principio, deberían redundar en beneficio del propio reo (o, en términos de la teoría del apartado primero, dotarlo de recursos para potenciar su resiliencia).

De ello se infiere, tal vez, un último detalle: sin la resocialización, el castigo penal se encuentra desprovisto de funciones que puedan considerarse útiles desde la óptica de la vulnerabilidad (cuando uno hace abstracción de sus efectos de comunicación social, de donde se predica el grueso de las funciones preventivas, con la salvedad de la inocuización). Si la pena en sí misma considerada no reinserta ni lo intenta, la única lectura posible del castigo es su eficacia retributiva y excluyente. Se trataría de una herramienta para producir dolor que aprovecha la vulnerabilidad (especial) del reo⁵⁴ para infligir más sufrimiento, en beneficio de una sociedad presuntamente protegida

También interesa destacadamente el planteamiento de Zaffaroni en materia de vulnerabilidad del delincuente frente a la criminalización, *vid.* ZAFFARONI, R.: “Los Disfraces de La Peligrosidad (La Pena Del Delito Común Contra La Propiedad)”, en DE LA CUESTA AGUADO, P./ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R./ ACALE SÁNCHEZ, M./ HAVA GARCÍA, E./ RODRÍGUEZ MESA, M.J./ GONZÁLEZ AGUDELO, G./ MEINI MÉNDEZ, I./ RÍOS CORBACHO, J.M., *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos En Homenaje Al Profesor Doctor Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 374–75.

⁵⁴ Esta vulnerabilidad especial de los presos es también reconocida con frecuencia, de manera que la relación de sujeción que se produce en las instituciones totales determina la creación de un grupo (los internos) especialmente vulnerable. Esto viene corroborado por los diversos instrumentos internacionales dirigidos a garantizar unas condiciones mínimas de adecuación de la vida penitenciaria y del respeto de los internos, si bien ello no previene las cíclicas constataciones críticas, por ejemplo, del Comité para la Prevención de la Tortura. *Vid.* FORMOSA, P.: “The Role of Vulnerability in Kantian Ethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 381–83.

por segregación. De esto, sólo podría salir un sujeto más vulnerable: inocuo si ha sido quebrado por la prisión, y peligroso si solo ha salido peor de lo que entró.

3.3. Políticas criminales y especial vulnerabilidad de las víctimas

Visto lo anterior, la naturaleza de este trabajo requiere, por coherencia, dedicar especial atención a ciertas formas de vulnerabilidad en particular. En este sentido, las contribuciones que siguen a estas líneas toman en general a la víctima como centro de atención a la hora de hablar de vulnerabilidad. Por tanto, aquí se tratará de prestar especial atención a la “víctima vulnerable”.

Como punto de partida cabría sintetizar lo expresado hasta ahora: si coincidimos en que se encuentra en la naturaleza de la protección penal atender a determinadas parcelas de vulnerabilidad humana que, en general, se encuentran ampliamente compartidas por la población, entonces el Derecho penal ya se interesa intrínsecamente por una forma de vulnerabilidad más o menos universal, entendida como la posibilidad de toda persona de convertirse en víctima de delito.

Esta precisión sirve para aclarar, entonces, que cuando en materia penal se considera necesario hacer mención expresa a la vulnerabilidad, implícitamente deberíamos estar hablando de un “plus” de vulnerabilidad. En principio, hablar de vulnerabilidad victimal sólo interesa cuando la naturaleza de esa vulnerabilidad se entiende como un factor diferencial que resulta, por ello mismo, destacable por encima de la vulnerabilidad implícita que acompaña al sujeto pasivo del delito. Dicho esto, tal vez resulte ocioso recordar que la tutela de la vulnerabilidad puede llevarse a cabo sin mencionarlo explícitamente. Aunque en términos generales interesa a esta obra atender a aquellos lugares en que la normativa penal habla expresamente de vulnerabilidad⁵⁵, a los efectos de la reflexión que este capítulo propone no

⁵⁵ El lector tendrá ocasión de regresar sobre estas mismas discusiones en capítulos subsiguientes, siendo especialmente importante a efectos de las conclusiones que se defenderán al final de la obra. Baste de momento con señalar que, aunque la terminología puede ser diversa, parece tan connatural al Derecho penal ocuparse de la vulnerabilidad como establecer una gradación de vulnerabilidades sobre la que articular una respuesta acorde.

es necesario seguir tan de cerca una acepción restrictiva de víctima vulnerable.

Con todo, y aunque este comentario pueda servir a los efectos de desambiguar un poco, no es menos cierto que apenas resuelve las dificultades político-criminales más relevantes. Como antes mencionábamos, existe una notable polémica en torno al nivel de precisión que debe acompañar al análisis de la especial vulnerabilidad. ¿Es una víctima (especialmente) vulnerable con motivo de su pertenencia a un colectivo de cuyas características se predica una necesidad de protección reforzada (el modelo de los grupos vulnerables)? ¿O acaso debemos entender que una víctima vulnerable lo es por la confluencia específica de vulnerabilidades que se dan sobre su persona, pero que sólo son plenamente comprensibles a nivel individual (p.ej. modelo de las “capas” de vulnerabilidad)? Pero las preguntas de mayor trascendencia no son conceptuales, sino prácticas. ¿Cuál sería, para el Derecho penal, la forma adecuada y legítima de reforzar la protección de las víctimas especialmente vulnerables? ¿Hay un único modo de intervenir en esta materia? Y si así fuera, ¿cuál sería? ¿Debe la política criminal atender a necesidades importadas de otras áreas de la política estatal? ¿O acaso tiene el Derecho penal objetivos específicos que satisfacer? Asimismo, ¿cómo orientar los instrumentos penales a la tutela de las víctimas vulnerables? ¿Puede el castigo servir a ese tipo de fines, cuando su punto de aplicación recae sobre el imputado, y no sobre la víctima? E incluso, ¿bajo qué premisas es legítimo intensificar la pena para el autor sobre la base de la vulnerabilidad de la víctima? Finalmente (si bien la lista no es exhaustiva), ¿puede el Derecho penal tutelar la vulnerabilidad de la víctima sin resultar contraproducente (patogénico) en algún sentido?

Seguramente sean demasiadas preguntas para atenderlas aquí, y sin duda son más profundas de lo que es posible ventilar con reflexiones generales. Sin embargo, dada la naturaleza introductoria de este primer capítulo, podemos tomar una ruta intermedia, tratando de comentar algunos ejemplos de políticas criminales orientadas por cierta idea de vulnerabilidad con el fin de extraer algunas pistas preliminares. En este sentido, en la opinión de este autor pueden distinguirse dos grandes modelos de tutela penal de la vulnerabilidad, que se corresponden más o menos bien con la distinción entre enfoques orientados a colectivos vulnerables y enfoques dirigidos a víctimas

vulnerables individuales. Ambas estrategias, cabe sugerir, son fruto de una aproximación distinta al problema y sus virtudes y defectos dependen, en buena medida, de los propósitos político-criminales perseguidos. Veamos algunos ejemplos.

3.3.1. Grupos vulnerables, política criminal antidiscriminatoria y las líneas rojas penales

Uno de los procedimientos de intervención penal sobre la vulnerabilidad victimal podría considerarse articulado conforme a un método de “líneas rojas”. De acuerdo con este enfoque, la protección reforzada de ciertas víctimas se efectúa delimitando espacios que suponen fronteras a no transitar. Estas líneas rojas vienen determinadas, en última instancia, por prioridades políticas de las que derivan escalas de valores. Esto, naturalmente, no quiere decir que carezcan de otra justificación que la imposición arbitraria de cánones normativos y valorativos en el ámbito penal. Lo que quiere decir es que, por su *modus operandi*, tienen una conexión tal vez más explícita o directa con una toma de posición política en relación con tales cánones normativos. A nivel estructural, esto se deduce de una reducción considerable de las necesidades de fundamentación basadas en el caso concreto, que son las que, de otro modo, sustentarían la legitimidad de la condena sobre la base de una vulnerabilidad constatada (antes que presunta) y refutable.

A título de ejemplo, piénsese en los delitos de odio tutelados a través artículo 510.1 del Código Penal. Una característica fundamental de la regulación en tales casos es su alusión directa a grupos que son considerados vulnerables⁵⁶. Usualmente, a ello acompaña una justifi-

⁵⁶ Así, se señala como destinatarios del delito “*un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad*”. Cuestión distinta es si efectivamente se trata de proteger a colectivos vulnerables o si esto sería una lectura ideologizada de la intención del legislador. Este desacuerdo se encuentra en la base del debate en torno a la aplicabilidad de estos delitos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Un entendimiento de la vulnerabilidad como indicador

cación que alude a una discriminación histórica o estructural y que explica la vulnerabilidad del colectivo⁵⁷. En este sentido, el método de comprobación de la vulnerabilidad tiende al automatismo desde el punto de vista de la vulnerabilidad, es decir, requiere únicamente de la pertenencia de la víctima a alguno de los citados grupos (cuando no es el grupo mismo el que es considerado víctima)⁵⁸. Esto es relevante, en la medida en que otras consideraciones ocupan un papel secundario, si es que lo ocupan en absoluto: por ejemplo, no es necesario comprobar si la víctima, perteneciente a un grupo de los señalados, era especialmente vulnerable a nivel individual, o si otros factores protectores intervenían para compensar la vulnerabilidad predicada de su pertenencia al grupo. Por otro lado, tampoco se requiere del autor algo parecido a la voluntad de abusar de esa situación estructural de vulnerabilidad, sólo la presencia de una motivación ilícita en tanto que dirigida a ahondar en el estado de discriminación preexistente. En cierto modo, lo importante es su dedicación por contribuir a un estado de cosas que le trasciende pero que, a nivel normativo, resulta

de necesidad de tutela penal apunta a lo desafortunado de esta confusión. Dicho de otro modo, proteger penalmente resulta más defendible si existe una situación de vulnerabilidad tal que explique la necesidad de una protección ampliada para equiparar a ciertos colectivos con el resto de la ciudadanía. *Vid.* LANDA GOROSTIZA, J.M.: *Los Delitos de Odio. Artículos 510 y 22.4o CP 1995*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 102; TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, *Política Criminal* 16, núm. 31, 2021, p. 303. En todo caso, esto parece coherente con pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sentencia 3124/2019, de 9 de octubre, en relación con el “caso Alsasua”) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Sacca Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018). Con todo, la opinión contraria fue defendida por Magro Servet y Moral García en un voto particular a la STS citada.

⁵⁷ En términos semejantes lo planteaba, en relación con la discriminación por sexo, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio (fundamento jurídico 5º). Con todo, es evidente que no todos los supuestos son fácilmente reconducibles a esta idea, como los referentes a la ideología.

⁵⁸ *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, E.: “Delitos de Odio y Derecho Penal de La Culparidad”, en DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Reflexiones Académicas Sobre Delitos de Odio*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2022, p. 9; TAPIA BALLESTEROS, “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, 291.

inaceptable seguir alimentando⁵⁹. En resumen, a efectos de vulnerabilidad el criterio de comprobación se reduce entonces a la pertenencia de la víctima a uno de los grupos destacados (unido a la intención del autor de atentar contra aquellos).

Por otro lado, si atendemos a la circunstancia agravante 4ª del artículo 22 CP, podemos observar una variante interesante, pues lo importante aquí es únicamente la presencia del motivo discriminatorio, “*con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*”. Se plasma, de este modo, una protección de colectivos vulnerables *independiente de los propios colectivos vulnerables*, es decir, donde ni siquiera importa si la víctima formaba parte de alguno de ellos realmente. Podría incluso decirse que en estos casos se arbitra una tutela simbólica de la vulnerabilidad, que apunta a surtir efectos a nivel comunicativo, aún sin posibilidad de hacerlo a nivel material. Desde este punto de vista, cualquier víctima pasa a representar (incluso sin pertenecer) al grupo vulnerable⁶⁰ y la protección se encuentra de es-

⁵⁹ Algo que entronca adecuadamente con la naturaleza de delito de peligro abstracto que se ha concedido a la mayoría de las conductas del art. 510 CP, *v.gr.* TAPIA BALLESTEROS, “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, 308. Como tal, su objeto de atención es el riesgo, no el daño, lo que nos sitúa entre las medidas de tutela de la vulnerabilidad que apuntan al contexto y, a través de él, a reducir las probabilidades de victimización a nivel agregado. Ahora bien, se ha apuntado a la necesidad de una interpretación restrictiva que puede ser reconducida a las expresiones con mayor capacidad para causar un impacto en el discurso público. Este impacto puede ser concebido precisamente en términos de vulnerabilidad: todo discurso con la capacidad para ahondar la situación de vulnerabilidad de partida de los colectivos especialmente expuestos señalados en el articulado. En esta dirección parece apuntar el Memorandum Explicativo de la Recomendación de Política General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, de 8 de diciembre de 2015, de la Comisión Europea contra el racismo y la Intolerancia (ECRI): “*Los factores importantes para que el uso de discurso de odio alcance el límite de responsabilidad penal son los que tienen un carácter más grave, es decir, cuando tienen la finalidad, o quepa suponer razonablemente que van a tener dicho efecto, de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación y cuando el uso de expresiones de este tipo tiene lugar en público*” (párrafo 173).

⁶⁰ Esto es menos extraño de lo que pudiera parecer, pues la representación o la defensa de los intereses de determinados grupos pueden realizarlas personas “*externas*”. En este sentido, tal vez la regulación tome a la víctima como pasarela

te modo “espiritualizada”: se busca en la conciencia del autor, cuyo delito se transforma en un símbolo que queda (hasta cierto punto) emancipado de su lesividad directa sobre la víctima.

Un procedimiento parecido se ha defendido recientemente en relación con los delitos de violencia de género, a nivel de aplicación jurisprudencial⁶¹. De acuerdo con esta línea, la disparidad que fundamenta la sobreprotección de la víctima mujer respecto de su agresor debe ser valorada en términos “formales”, es decir, si se cumple el tipo de relación entre sujeto activo y pasivo requerida por la norma entonces se dan los requisitos necesarios para justificar la protección penal reforzada. Todo ello sin necesidad de acudir a ulteriores comprobaciones atinentes al caso concreto, como podrían ser la “motivación machista”, el “contexto de dominación” o la “indefensión” de la víctima. Naturalmente, estas figuras delictivas son distintas y responden a propósitos y fundamentos propios⁶² y aquí se traen a colación principalmente como un ejemplo más de este procedimiento basado en trazar “líneas rojas”, que es la similitud que quisiéramos resaltar⁶³.

para la protección del colectivo con base en la intuición de que, posiblemente, así vaya a ser en ocasiones.

⁶¹ Hablamos aquí de la conocida Sentencia n.º 677/2018 de 20 de diciembre del Tribunal Supremo que, en lo que importa a efectos de este texto, sustenta la aplicación de un delito de violencia de género sobre la base de la comprobación del sexo de la víctima, del victimario y de la relación de pareja existente.

⁶² Ello no obstante, es preciso recordar que el género se encuentra entre las circunstancias del artículo 510 CP, como hemos visto, o de la agravante del 22. 4º CP. Consideradas en conjunto, tienden a retratar la tutela penal por razón del género como un mecanismo automatizado, diseñado a escala de “grupo vulnerable”. No obstante, es cierto que la Sentencia citada da un paso más, en la medida en que los otros preceptos al menos requieren de un elemento motivacional concreto.

⁶³ Con todo, es preciso reconocer que una línea jurisprudencial como la expuesta deja espacio para una interpretación peculiar en términos de vulnerabilidad. Si se considera que las figuras de violencia de género son objeto de una intervención penal agravada debido al contexto de dominación que trasladan, parece sugerirse precisamente una relación en la que el dominado se encuentra en una posición de vulnerabilidad respecto del dominante. Pero es diferente decir que una víctima de violencia de género era vulnerable por estar sumida en un contexto de dominación específico en su relación de pareja, frente a presumir la existencia universal de este contexto (que es lo que parece que se desprende de una aplicación tendencialmente automática como la que se comenta). En este segundo

El establecimiento de criterios tendencialmente “objetivos” o formales delata, en realidad, una intención político criminal concreta que se basa, precisamente, en no individualizar más allá de cierto punto⁶⁴. Detener el proceso de individualización en un estadio anterior implica, en términos teóricos, tratar todos los casos análogos de la misma manera, pero el criterio de analogía es aquí, precisamente, la común pertenencia de las víctimas a un colectivo especialmente protegido. Regulando de este modo, el mensaje político criminal que se transmite es, precisamente, que atentar contra ciertos grupos de víctimas es un mal en sí mismo que demanda escasos matices, y que el propósito fundamental estriba en combatir la victimización *a nivel de grupo*. No es a la víctima, sino a la etnia, al género, o a la religión discriminadas a quienes se orienta la tutela penal y en torno a las que erige una frontera especial que, para ser políticamente eficaz, no puede venir luego desmentida por las específicas circunstancias de la víctima.

Sin perjuicio de que esta pueda no ser la opción reguladora más sutil o adecuada en según qué casos, no es menos cierto que no carece *per se* de sentido político criminal. En efecto, si el propósito es combatir una situación de discriminación estructural, no resulta extravagante partir de una variable que, según se entiende, aglutina adecuadamente a la mayoría de los individuos discriminados (género, etnia, religión...). En cierto sentido, la crítica al racismo (por ejemplo) depende en buena medida de tomarlo sin excepciones como repudiable, sin entrar a valorar si todas y cada una de las personas que pertenecen a una raza globalmente discriminada lo fueron efectivamente a nivel individual. La protección en tales casos no descansa en la bondad, inocencia o cualidad de mártir de la víctima, sino en la carga que comparte con sus compañeros de “grupo”, fuertes o débiles, malvados o virtuosos.

supuesto, a efectos normativos, toda mujer queda representada como vulnerable respecto de su pareja masculina, algo que no deja de ser problemático.

⁶⁴ Sobre las implicaciones jurídico-penales de individualizar más o menos, una interesante discusión (aplicada a otro objeto de estudio) puede encontrarse en PUENTE RODRÍGUEZ, L.: *La Peligrosidad Del Imputable y La Imputabilidad Del Peligroso. Un Estudio Sobre Las Posibles Repercusiones Jurídicas de Las Relaciones Entre La Imputabilidad Penal y La Peligrosidad Criminal*, Marcial Pons, 2021 p. 262–66.

Desde luego, podría objetarse con cierta solidez si este tipo de posiciones institucionales no pertenecen primordialmente a otras áreas de la política estatal y, particularmente, si no resultan antitéticas con los principios individualistas que han tendido a orientar el Derecho penal. Este debate, con todo, no podría ser resuelto en este momento, de modo que baste con reiterar la existencia de posiciones enfrentadas en cuanto a qué es una estrategia política (y penal) útil, deseable y legítima.

3.3.2. ¿Víctimas especialmente vulnerables? Entre automatismos e individualización

En contraposición con el modelo anteriormente discutido, en el ámbito penal también se han ensayado formas de protección más aliñadas con el enfoque individualista de la vulnerabilidad. Característicamente, estaríamos hablando de aquellos casos en que la activación de la protección reforzada requiere comprobar la efectiva situación de vulnerabilidad que ha sido explotada por el victimario en el caso concreto. Sin perjuicio de lo que se dirá en otros puntos de esta obra, a un nivel conceptual al menos la circunstancia penal de alevosía canaliza una idea semejante: se sobrepenaliza la creación por el autor de una situación de disparidad tal que conduce a la indefensión de la víctima específica. En un caso como este, la pertenencia a un determinado grupo no resulta relevante en principio, pues lo que importa es la degradación fáctica de las capacidades de resistencia o defensa. Otras circunstancias, como los abusos de superioridad o de confianza, reflejan precisamente una vulnerabilidad que tiene origen en la relación específica que une a la víctima y al victimario y que expone a aquella de manera exacerbada a la voluntad de este último. Algo característico y relevante de esta forma de intervenir sobre la vulnerabilidad es lo que podríamos llamar una aproximación “funcional” al problema, es decir, una aproximación en la que lo determinante es si existió un tipo de vulnerabilidad específica que cristaliza en una menor posibilidad de resistencia, evitación o defensa frente al delito⁶⁵. Se trata, por tanto, de una vulnerabilidad victimal en sentido

⁶⁵ MOYA GUILLEM, C.: “Alternativas a La Aporofobia Como Circunstancia Agravante: Apuntes Acerca Del Subtipo Cualificado Por La Especial Vulnera-

concretísimo: una víctima concreta, en una situación concreta, frente a un autor y un delito concretos, se encontraba sometida a un cúmulo de circunstancias específicas y demostrables que la pusieron en una situación de inferioridad más intensa de la que cabría esperar en la “víctima promedio”. Aquí tenemos, en definitiva, una vulnerabilidad victimal en sentido estricto, casuística, y medida sobre la base de la degradación funcional de las capacidades de resistencia por encima de un umbral considerado jurídicamente normal.

Asimismo, es posible encontrar en el Código Penal un *modus operandi* de protección de las víctimas vulnerables que quizás cabría calificar de “mixto”, si bien quizás más por la forma que por el fondo. Esto se deba a la importancia que en él juega el colectivo vulnerable al que pertenece la víctima, sin ser determinante por sí solo si no viene acompañado de una degradación funcional de sus capacidades defensivas. En este sentido, en diversos puntos de la norma se hace mención de categorías de vulnerabilidad como la edad, la enfermedad, o la discapacidad. No obstante, en principio al menos, cada una de estas categorías se utiliza como un *proxy*, como una forma de nombrar un conglomerado de circunstancias psicofísicas que redundan, como norma general, en una menor aptitud para resistirse a la propia victimización. Ahora bien, su valor como indicador es irregular y en muchos puntos cuestionable. Esto resulta especialmente evidente al hablar de enfermedad o discapacidad y nos aboca, en general, a preguntarnos por cuál era el estado psicofísico de la víctima concreta con el fin de determinar si era efectivamente vulnerable. La terminología empleada en varios puntos del Código Penal sugiere, precisamente, este procedimiento en dos pasos cuando habla de que la víctima sea especialmente vulnerable “por razón de...”⁶⁶. Desde este punto de vista, parece que

bilidad de La Víctima y Del Abuso de Superioridad En Contextos de Pobreza”, *Revista Sistema Penal Crítico*, núm. 1, 2020, p. 145; MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. 10a ed., Tirant lo Blanch, 2019 p. 466–67.

⁶⁶ Algo que es posible ver en el 140.1 CP, por ejemplo, que reserva aun así una agravación automática para menores de 16 años. También existe algún caso en el que las circunstancias de vulnerabilidad se encuentran desagregadas, por lo que es prudente no conceder excesiva importancia a las formas cuando no entrañan cuestiones de fondo. Por ejemplo, el artículo 148 CP menciona la “especial vulnerabilidad” de la víctima que conviva con el autor en su 5º punto, mientras que

la vulnerabilidad es una incógnita que probar, que sólo es relevante en algunas circunstancias concretas. Sin embargo, a esto cabe añadir que, frecuentemente, se hace mención también a la “situación”⁶⁷ de vulnerabilidad o a “cualquier otra circunstancia” en la que se encuentre la víctima y que la haga vulnerable, lo que obliga necesariamente a descender al caso concreto⁶⁸. De hecho, en la actualidad tal vez sea más apropiado construir el argumento al revés: la tendencia de las últimas reformas penales (LO 8/2021, de 4 de junio y LO 10/2022, de 6 de septiembre) a incorporar la referencia a “cualquier otra circunstancia” tras la enumeración de varias causas de vulnerabilidad tiende a hacer de estas un simple recordatorio enfático, antes que una lista de *numerus clausus*. Desde este punto de vista, la regulación se inclina hacia una valoración individualizada de vulnerabilidad, compatible en principio con cualquier motivo o cúmulo de motivos.

Un caso que seguramente merezca atención particularizada es la tutela penal de los menores⁶⁹. En efecto, aquí la tendencia político criminal se ha encontrado más cerca del empleo de “líneas rojas” an-

en el 2º alude a la alevosía, en el 3º la minoría de edad o la discapacidad y en el 4º a que la víctima fuera esposa (o análoga).

⁶⁷ Naturalmente, la situación podría interpretarse con carácter estructural, en una línea similar al modo en que se ha considerado la discriminación estructural acusada por determinados colectivos. Con todo, las ambiciones en relación con el alcance de esta circunstancia parecen haber sido en general más contenidas, apuntando a contextos particulares de desequilibrio entre víctima y victimario, no reconducibles a las demás circunstancias (como la embriaguez o el embarazo, según la jurisprudencia). Sobre los matices que circundan a la vulnerabilidad por “situación”, *vid.* MOYA GUILLEM, “Alternativas a La Aporofobia Como Circunstancia Agravante: Apuntes Acerca Del Subtipo Cualificado Por La Especial Vulnerabilidad de La Víctima y Del Abuso de Superioridad En Contextos de Pobreza,” 140.

⁶⁸ Por ejemplo, el art. 172 *ter* 1, tras la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, dice: “Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años”.

⁶⁹ Algo similar podría ser dicho sobre las “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, siquiera por el tándem que forma con la minoría de edad en múltiples puntos del Código penal. Sobre el particular, *vid.* MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto Penal de Discapacidad y de Persona Con Discapacidad Necesitada de Especial Protección (Art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a La Reforma Del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 125–49.

teriormente mencionado. Esto puede verse a veces explícitamente en la técnica legislativa empleada en algunos delitos⁷⁰ y en otras ocasiones en la pauta interpretativa seguida por los tribunales. Con todo, las diferenciaciones al tratar de menores no son infrecuentes, siendo tendencialmente distinto el tratamiento dispensado a los menores de corta edad (más uniformemente proteccionista) en comparación con las franjas que circundan la adolescencia (donde algo más de individualización se impone)⁷¹. Naturalmente, habría espacio para considerar que un retrato panorámico de la protección penal a víctimas menores de edad, que incluyera también el tono generalmente hosco de los delitos sexuales en esta materia, inclinaría la balanza del lado de las líneas rojas⁷². No obstante, este es quizás el punto en que resulta pertinente no empujar el argumento más allá de los límites asumidos por este trabajo.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Llegados a este punto, sintéticamente, podemos resaltar que la tutela de la vulnerabilidad no es inusual en el ámbito penal, con independencia de que pensemos en vulnerabilidad “general” o “especial”. Sin embargo, puede observarse cierta diversidad de aproximaciones normativas. Esto puede ser fruto de la tantas veces denunciada desa-

⁷⁰ Moya Guillem es precisa a este respecto: “*Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 156 bis.4. b), que sanciona el tráfico de órganos con la pena superior en grado siempre que «la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación».* En este caso debe entenderse que se agravará la pena de manera automática cuando se trate de una víctima menor de edad y que la edad que podrá determinar la cualificación por especial vulnerabilidad se limitará, en cambio, a la ancianidad.”, *vid.* MOYA GUILLEM, C.: “La Especial Vulnerabilidad Como Circunstancia Agravante. Resultados de Una Investigación Sobre La Jurisprudencia Penal Española”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3a Época, núm. 24, 2020, p. 25.

⁷¹ MOYA GUILLEM, 26.

⁷² Algo así sugieren los autores que hablan de un “tabú” en esta materia, que no es sino la expresión antropológica fundamental de una línea roja infranqueable. *V.gr.* RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Depredadores, Monstruos, Niños y Otros Fantasmas de Impureza (Algunas Lecciones de Derecho Comparado Sobre Delitos Sexuales y Menores)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3a Época, núm. 8, 2012, p. 215.

tención del legislador, pero sirve para dar cuenta también de un universo de posibilidades en que no parece haber una estrategia universal. Tal vez porque no se haya diseñado una, o tal vez porque no sea posible atender a todas las formas de la vulnerabilidad victimal con un único proceder. De un modo como de otro, la tutela penal de la vulnerabilidad plantea interrogantes específicos a los que resulta necesario atender con independencia de si se aboga por el “monismo” o por el “pluralismo” táctico (es decir, por una aproximación universal, o por varios modelos parciales de tutela de la vulnerabilidad). Estos interrogantes se incrementan en número y complejidad conforme uno pasa de preguntarse por lo que es *debido* a plantearse lo que es *posible* hacer y cómo conseguirlo.

En este sentido, una primera vía para limitar las dificultades radica en acotar el concepto de vulnerabilidad. No sería la primera vez que los conceptos tienen una dimensión y confines determinados *ad hoc* a efectos de la ley penal, pero no cabe olvidar que cuando hablamos de nociones con una mínima vocación descriptiva o que remiten a una realidad externa al ámbito normativo, definir de manera excesivamente *sui generis* una idea como la vulnerabilidad puede plantear problemas de legitimidad y de utilidad. Como hemos visto, la vulnerabilidad es una idea compleja, multidimensional y de límites difusos, es decir, poco cómoda para su uso en las discusiones penales. Por ello, concederle unos límites específicamente penales seguramente sea necesario, buscando una conversión del lenguaje natural al jurídico que resulte operativa sin pecar de reduccionista.

Pero entonces se evidencia el problema de cómo articular concretamente el ensamblaje normativo que da vida al concepto penal de vulnerabilidad. Porque preguntarse qué es la vulnerabilidad a efectos penales entraña seguramente dos preguntas implícitas más: a) qué debería ser, en términos normativos y b) de qué modo tendría que materializarse. Ambos planos no están en inmediata continuidad, y un buen plan a nivel de concepto podría no resultar útil ni deseable en el plano práctico. Por este motivo, la armonía es necesaria, y una buena definición seguramente sea también una razonablemente útil.

En este sentido, la diversidad de opciones disponibles en el ámbito penal es considerable, pues, a pesar de la perenne tentación de la pena de prisión, este no es seguramente ni el único ni el más eficaz

de los mecanismos en términos de vulnerabilidad, como discutíamos con anterioridad. Así las cosas, ¿dónde habría de ubicarse la tutela de la vulnerabilidad? ¿En la Parte General del Código Penal? Si así lo consideráramos, deberíamos aceptar una idea de vulnerabilidad virtualmente aplicable a todos y cada uno de los delitos existentes, y diseñar un concepto suficientemente adaptable como para cumplir con esta función. Si, en cambio, se considera que la vulnerabilidad es una problemática que tan sólo se plantea ante determinados delitos muy concretos (o, incluso, que tan sólo *debería plantearse* ante determinados delitos) probablemente la consecuencia sea el diseño de cláusulas de vulnerabilidad que funcionen como añadido a ciertos delitos, aun a riesgo de generar una topografía de vulnerabilidades compleja, heterogénea y fuertemente determinada por la selección que el legislador tenga a bien hacer. Y precisamente, la selección no es un problema menor, pues supone vedar efectos normativos a diversas vulnerabilidades, algo que no es evidente ni pacífico de por sí.

Finalmente, si en el inhóspito campo de las discusiones penales todo hubiera de reconducirse en última instancia a la pena, no es posible desatender las dificultades que lo penológico imprime sobre lo teórico. ¿Cuál es el precio a pagar por defender un determinado concepto penal de vulnerabilidad, en términos de inflacionismo sancionador? ¿Es razonable que ciertas causas de vulnerabilidad tengan los efectos genéricos de las agravantes y otras provoquen disparos penológicos? Este es, en cierto modo, un “test de patogenia” para las propuestas penales que resulta además sensible a los planteamientos sobre la vulnerabilidad procedentes de otros campos. La protección reforzada de las personas vulnerables es necesaria, pero el castigo penal resulta muchas veces más apropiado para infligir dolor que para aliviarlo, especialmente si tenemos en cuenta los escasos réditos preventivos que cabe esperar de los incrementos penales⁷³. Siendo esto así, la tarea que se abre a las ciencias penales estriba en atender a la naturaleza de las herramientas que maneja, valorando qué ayuda pueden suminis-

⁷³ Una discusión reciente del asunto puede encontrarse en ENGEL, C./ D. NAGIN: “Who Is Afraid of the Stick? Experimentally Testing the Deterrent Effect of Sanction Certainty”, *Review of Behavioral Economics* 2, núm. 4, 2015, p. 405–34, <https://doi.org/10.1561/105.00000037>.

trar sin desatender que, a menudo, en el delito va a condensarse una ecología de vulnerabilidades difícil de desentrelazar.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G.: *Homo Sacer. El Poder Soberano y La Nuda Vida*, PRE-TEXTOS, 2006.
- ALEMANY, M.: “Igualdad y Diferencia En Relación Con Las Personas Con Discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad)”, *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, p. 201–22.
- ANDERSON, J.: “Autonomy and Vulnerability Entwined”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 134–61.
- ANDORNO, R.: “Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 257–72.
- ANDREWS, D.A./ J. BONTA: *The Psychology of Criminal Conduct*. 5a ed., LexisNexis, 2010.
- ARENDT, H.: *Eichmann En Jerusalén*. 3a ed., DeBOLSILLO, 2008.
- : *The Origins of Totalitarianism*., Harcourt Brace & Co., 1975.
- ATIENZA, M.: *Sobre La Dignidad Humana*, Trotta, 2022.
- BAUMAN, Z.: *Vida Líquida*, Paidós, 2006.
- BUTLER, J.: *Vida Precaria: El Poder Del Duelo y La Violencia*, Paidós, 2006.
- BUTLER J.: *Marcos de Guerra: La Vidas Llorables*, Paidós, 2010.
- CASTEL, R.: *La Metamorfosis de La Cuestión Social*, Paidós, 1997.
- CORTINA, A./ J. CONILL: “Ethics of Vulnerability”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 45–62.
- COYLE, S.: “Vulnerability and the Liberal Order”, en FINEMAN, M.A./ GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, 2013, p. 61–70.
- CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *The University of Chicago Legal Forum*, núm. 140, 1989, p. 139–67.
- : “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Source: Stanford Law Review* 43, núm. 6, 1991, p. 1241–99.

- CUBO DELGADO, S.: “Validez y Técnicas de Control de Las Fuentes de Variación”, en CUBO DELGADO, S./ MARTÍN MARTÍN, B./ RAMOS SÁNCHEZ, J.L., *Métodos de Investigación y Análisis de Datos En Ciencias Sociales y de La Salud*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2011, p. 137–72.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El Papel Epistémico de La Política Criminal En Las Ciencias Penales: La Contribución de v. Liszt”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.*, núm. 20, 2018, p. 1–31.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La Racionalidad de Las Leyes Penales*, Trotta, 2003.
- DODDS, S.: “Dependence, Care, and Vulnerability”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 181–203.
- ENGEL, C./ D. NAGIN: “Who Is Afraid of the Stick? Experimentally Testing the Deterrent Effect of Sanction Certainty”, *Review of Behavioral Economics* 2, núm. 4, 2015, p. 405–34. <https://doi.org/10.1561/105.00000037>.
- FINEMAN, M.A.: “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, en FINEMAN, M.A./ GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, 2013, p. 13–28
- : “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism* 20, núm. 1, 2008, p. 1–23.
- : “Vulnerability and Inevitable Inequality”, *Oslo Law Review* 4, núm. 3, 2017, p. 133–49. <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>.
- FORMOSA, P.: “The Role of Vulnerability in Kantian Ethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 88–109.
- FOSTER, S.: “The Effective Supervision of European Prison Conditions”, en IPPOLITO, F./ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart, 2015, p. 381–400.
- FOUCAULT, M.: *Histoire de La Sexualité: La Volonté de Savoir*. Vol. 1, Gallimard, 1976.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: *Neoliberalismo y Castigo*, Bellaterra, 2021.
- GORDON, C.: “Governmental Rationality: An Introduction”, en BURCHELL, G./ GORDON, C./ MILLER, P., *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, University of Chicago Press, 1991, p. 1–52.
- HAND, D.J.: *The Improbability Principle: Why Coincidences, Miracles, and Rare Events Happen Every Day*, Scientific American, 2014.
- HERRERA MORENO, M.: “Victimación. Aspectos Generales”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 79–128.
- HOBBS, T.: *Leviatán*. 2a ed., Editora Nacional, 1980.

- HOBSBAWM, E.: *La Era de La Revolución, 1789-1848*. 6a ed., Crítica, 2009.
- LANDA GOROSTIZA, J.M.: *Los Delitos de Odio. Artículos 510 y 22.4o CP 1995*, Tirant lo Blanch, 2018.
- LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género En El Derecho Penal. Un Ejemplo de Paternalismo Punitivo”, en LAURENZO COPELLO, P./ MAQUEDA ABREU, M.L./ RUBIO CASTRO, A.M., *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 329–62.
- LUNA, F.: “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 2, núm. 1, 2009, p. 121–39.
- MACKENZIE, C.: “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 33–59.
- MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S.: “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 1–29.
- MARCOS, A.: “Vulnerability as a Part of Human Nature”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 29–44.
- MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto Penal de Discapacidad y de Persona Con Discapacidad Necesitada de Especial Protección (Art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a La Reforma Del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 125–49.
- MASFERRER, A.: “Taking Human Dignity More Humanely”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 221–56.
- MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E.: “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 1–25.
- MOYA GUILLEM, C.: “Alternativas a La Aporofobia Como Circunstancia Agravante: Apuntes Acerca Del Subtipo Cualificado Por La Especial Vulnerabilidad de La Víctima y Del Abuso de Superioridad En Contextos de Pobreza”, *Revista Sistema Penal Crítico*, núm. 1, 2020, p. 135–51.
- : “La Especial Vulnerabilidad Como Circunstancia Agravante. Resultados de Una Investigación Sobre La Jurisprudencia Penal Española”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3a Época, núm. 24, 2020, p. 13–58.

- MUÑOZ CONDE, F.: “La Herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, núm. 2, 2011, p. 57–73.
- MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. 10a ed., Tirant lo Blanch, 2019.
- NUSSBAUM, M.C.: *El Ocultamiento de Lo Humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*. Katz, 2006.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: “Delitos de Odio y Derecho Penal de La Culpa-bilidad”, en DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Reflexiones Académicas Sobre Delitos de Odio*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2022, p. 7–21.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L.: *La Peligrosidad Del Imputable y La Imputabilidad Del Peligroso. Un Estudio Sobre Las Posibles Repercusiones Jurídicas de Las Relaciones Entre La Imputabilidad Penal y La Peligrosidad Criminal*, Marcial Pons, 2021.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Depredadores, Monstruos, Niños y Otros Fantasmas de Impureza (Algunas Lecciones de Derecho Comparado Sobre Delitos Sexuales y Menores)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3a Época, núm. 8, 2012, p. 195–227.
- ROGERS, W.: “Vulnerability and Bioethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 60–87.
- ROGERS, W./ MACKENZIE, C./ DODDS, S.: “Why Bioethics Needs a Concept of Vulnerability”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 5, núm. 2, 2012, p. 11–38. <https://doi.org/10.1353/ijf.2012.0024>.
- SELIGMAN, M.E.P.: “Learned Helplessness”, *Annual Review of Medicine* 23, 1972, p. 407–12.
- SUNSTEIN, C.R.: *Leyes de Miedo. Más Allá Del Principio de Precaución*, Katz, 2010.
- : *Worst-Case Scenarios*, Harvard University Press, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La Victimología: Cuestiones Conceptuales y Metodológicas”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 17–50.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, *Política Criminal* 16, núm. 31, 2021, p. 284–320.
- TEJEDOR TEJEDOR, F.J.: “Validez Interna y Externa En Los Diseños Experimentales”, *Revista Española de Pedagogía* 39, núm. 151, 1981, p. 15–39.
- TURNER, B.S.: *Vulnerability and Human Rights. Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania State University Press, 2006.

ZAFFARONI, R.: “Los Disfraces de La Peligrosidad (La Pena Del Delito Común Contra La Propiedad)”, en DE LA CUESTA AGUADO, P./ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R./ ACALE SÁNCHEZ, M./ HAVA GARCÍA, E./ RODRÍGUEZ MESA, M.J./ GONZÁLEZ AGUDELO, G./ MEINI MÉNDEZ, I./ RÍOS CORBACHO, J.M., *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos En Homenaje Al Profesor Doctor Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 367–76.

Vulnerabilidad y Derecho Penal Internacional

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal Internacional tiene una indudable vocación de protección de grupos vulnerables. Así, no es casual que los primeros esfuerzos desde el ámbito internacional o desde el Derecho humanitario internacional, que décadas después se vieron plasmados en el ámbito penal internacional, fueran encaminados a proteger a minorías de la acción de sus propios gobiernos o a los grupos más vulnerables en una guerra (prisioneros, heridos, enfermos o civiles).

El Preámbulo de la Corte Penal Internacional se refiere, entre los factores que motivaron la creación de la Corte, al hecho de que “en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”. No es un irrelevante que la enumeración comience con niños y mujeres, tradicionalmente considerados vulnerables en el marco de una situación de conflicto. Este fin de protección de grupos de víctimas vulnerables está también presente en los delitos previstos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional: los crímenes contra la humanidad persiguen proteger a la población civil en contextos de ataques generalizados o sistemáticos; el genocidio, tiene por víctimas a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos a los que el agresor trata de destruir; y los crímenes de guerra están en parte dirigidos a proteger a las víctimas más vulnerables del conflicto (población civil, heridos, etc.)¹.

Con todo, más allá del incuestionable propósito de proteger a grupos vulnerables frente a graves violaciones de derechos, la especial

¹ No se abordará en este trabajo el delito de agresión que, según la redacción adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, difiere en su origen y estructura y no está directamente relacionado con la vulnerabilidad.

vulnerabilidad de la víctima individual también ha sido considerada para agravar la pena correspondiente. Esto se ha llevado a cabo a través de dos vías, que difieren en su fundamento, pero tienen el mismo efecto, esto es, el incremento de la pena impuesta. La primera implica entender que, debido a la especial vulnerabilidad de las víctimas, la gravedad de los delitos cometidos es mayor. Esta es la opción elegida en algunas de las primeras sentencias del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y también por la jurisprudencia de la Corte Especial para Sierra Leona.

La segunda opción se materializa apreciando una agravante genérica en principio aplicable a cualquiera de los delitos competencia del tribunal. La mayoría de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y también de la Corte Penal Internacional han optado por este enfoque.

En este segundo grupo de casos, la concreta formulación de la agravante ha ido cambiando a lo largo de los años. Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* gozaron de una enorme discrecionalidad a la hora de determinar las agravantes y sus efectos en la determinación de la pena. De hecho, ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ni los del de Ruanda contaban con una lista de agravantes o atenuantes. En su lugar, los jueces integrantes de las distintas salas podían determinar las circunstancias que, a su parecer, agravarían la pena en ese caso concreto sometido a juicio. Ahora bien, a pesar de no existir una enumeración cerrada, la vulnerabilidad de la víctima pronto se erigió en una de las agravantes más frecuentemente aplicadas, en particular en el contexto del conflicto de los Balcanes.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, las agravantes y atenuantes sí se encuentran expresamente previstas en la Regla 145 RPE, que en el punto 2.b.iii se refiere a “la comisión del delito cuando la víctima esté particularmente indefensa”.² Aunque el número de sentencias dictadas por la Corte es, por el momento, reducido, esta

² En la versión oficial en inglés: “commission of the crime where the victim is particularly defenceless” (Rules of Procedure and Evidence).

agravante ya ha suscitado cierta discusión a la hora de determinar su aplicabilidad.

En este contexto, en las siguientes páginas examinaré, en primer lugar, la protección de los grupos vulnerables en los denominados *core crimes* (delitos fundamentales). En segundo lugar, expondré las dos vías elegidas por la jurisprudencia para dar cabida a la especial vulnerabilidad de la víctima: por una parte, el incremento de la gravedad del delito a efectos de la determinación de la pena; por otra, el recurso a una agravante, tal y como ha sido empleada en los diferentes tribunales penales internacionales. Finalmente, el trabajo concluirá con algunas reflexiones a propósito de lo que el Derecho Penal Internacional puede aportar al debate en el ámbito nacional, objeto de este libro.

II. LA PROTECCIÓN A GRUPOS VULNERABLES

2.1. *La vulnerabilidad de los grupos protegidos en el delito de genocidio*

Raphael Lemkin, el jurista polaco que acuñó el término genocidio, dedicó sus primeros trabajos al estudio de la protección jurídica de las minorías que, en los inicios del siglo XX, y en un contexto de redefinición de fronteras, eran víctima frecuente de graves violaciones de sus derechos. Estas minorías se encontraban amenazadas por las acciones de sus propios gobiernos.³

Con el trabajo de Lemkin y los juicios de Nuremberg como antecala, la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio se aprobó en 1948 y definió el delito como:

“[C]ualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;

³ LEMKIN, R.: *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

La formulación del delito tomaba forma todavía bajo el impacto de las monstruosas dimensiones del Holocausto judío, que provocó la muerte de alrededor de 6 millones de personas. Así, el delito se estructuró en torno a un elemento subjetivo del injusto consistente en buscar la destrucción total o parcial del grupo. En la formulación de las modalidades, se tuvo en cuenta la política de exterminio nazi, aunque también los hechos acaecidos en Armenia a principios de siglo XX. Por ejemplo, través de las “matanzas de miembros del grupo” se pretendían castigar las cámaras de gas o las ejecuciones; con el “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” se trataba de dar respuesta penal a los trenes de la muerte, los campos de concentración o los guetos, pero también el paso por el desierto de los armenios.

Más controvertida fue la selección de los grupos, que finalmente quedó reducida a los nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Aunque persisten las dudas sobre los contornos precisos de algunas de estas categorías, sí está claro que quedaron fuera grupos como los políticos, los económicos o los basados en el sexo, género, orientación sexual e identidad sexual de sus miembros.⁴

Existe cierto debate a propósito de los criterios manejados para llegar al listado final de grupos protegidos. Los trabajos preparatorios no son necesariamente claros al respecto; algo más de luz pueden arrojar las discusiones sobre los grupos excluidos, en particular, los controvertidos grupos políticos. Entre los argumentos esgrimidos para descartar a los grupos políticos se argumentó que carecían de la suficiente homogeneidad y estabilidad y que sus miembros habían

⁴ De estas dudas da cuenta también la jurisprudencia, por ejemplo, en: Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Rutaganda Trial Judgment*, 6 December 1999, párrafo 56.

elegido libremente su afiliación.⁵ También la doctrina suele respaldar la idea de que la estabilidad es un rasgo común compartido por los grupos seleccionados.⁶ Asimismo, la jurisprudencia ha incidido en la importancia de la estabilidad, identificándola con la permanencia del grupo, la adscripción por nacimiento, la ausencia de adscripción voluntaria por compromiso individual, la condición de miembro no modificable o la gran dificultad para el abandono del grupo.⁷

No está claro si efectivamente ese fue el criterio rector.⁸ Pero, de serlo, podría afirmarse que lo que existe tras esa idea de inevitabilidad en la pertenencia al grupo es, en última instancia, la mayor vulnerabilidad de sus miembros, que se encuentran, desde esta lógica, más expuestos al ataque. Este rasgo nacional, étnico, racial o religioso es el que, en un contexto de ataque contra el grupo, lo convierte en vulnerable. Pero no se trata de un rasgo *a priori* del grupo como tal. Los judíos eran un grupo numeroso, con cierto poder político y, sin duda, económico a principios del siglo XX. Los tutsis eran considerados la élite económica y política décadas antes del genocidio. Sin embargo, una vez se puso en marcha el plan de ataque que los hacía objetivo a destruir, se convirtieron en grupos vulnerables, a lo que el delito de genocidio pretende dar respuesta.

⁵ Sobre el proceso de redacción, véase, SCHABAS, W.A.: *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2ª ed., 2009.

⁶ Por todos, WERLE, G./ JESSBERGER, F.: *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3a ed., 2014, p. 295.

⁷ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Akayesu Trial Judgement, 2 September 1998, párrafo 511; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Rutaganda Trial Judgement, 6 December 1999, 14 December 1999, párrafo 57; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Jelacic Trial Judgement, párrafo 69. Sobre el carácter estable de los grupos, véase FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.: *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 2011, p. 145-161.

⁸ Más bien, los Estados se mostraban reticentes a renunciar a su prerrogativa de reprimir la subversión y dejar a los grupos políticos fuera del precepto podía asegurar un mayor consenso y una ratificación más amplia (MARTIN, F.: “The notion of «protected group» in the Genocide Convention and its application”, en GAETA, P., *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, 2009, p. 116.

2.2. *La vulnerabilidad de la población civil en los crímenes de lesa humanidad*

Fue en Nuremberg cuando, por primera vez en la historia, se castigaron los crímenes contra la humanidad, proclamando con ello el derecho de la comunidad internacional de levantar el velo de la soberanía estatal cuando un estado vulnera sistemáticamente los derechos humanos de sus ciudadanos.⁹ Este avance se produjo a pesar de las reticencias mostradas por los aliados al castigo de los delitos cometidos por Alemania contra los alemanes, lo que provocó la imposición del requisito de vinculación del delito a la situación de conflicto armado, ya sea a través de los crímenes de guerra o de los crímenes contra la paz.¹⁰

La formulación de los crímenes contra la humanidad ha ido evolucionando en las últimas décadas, desde la sucinta definición en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, hasta la mucho más detallada redacción en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Algunos rasgos se han ido modificando, como su desvinculación del contexto de conflicto armado o la inclusión expresa de formas de violencia sexual como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, hay un elemento que ha permanecido estable desde su concepción: que las conductas recaigan sobre la población civil.

Los crímenes de lesa humanidad aparecen recogidos en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en los siguientes términos:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;

⁹ Tras su formulación se encontraba el eminente jurista Hersch Lauterpacht (sobre este tema, véase, SANDS, P.: *Calle Este-Oeste*, Anagrama, 2016). GAETA, P.: “War crimes and other international «core» crimes”, en CLAPHAM, A./ GAETA, P. *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, p. 743.

¹⁰ SCHABAS, W.A.: *An introduction to the International Criminal Court*, 6a ed., 2020, p. 102.

- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Es evidente, por tanto, el protagonismo de la población civil, elemento esencial que se integra en la cláusula contextual que debe acompañar a todas las modalidades enunciadas. La jurisprudencia internacional ha dedicado grandes esfuerzos a su interpretación. En general, se entiende que, en tiempos de paz, es civil toda la población excepto quienes están a cargo de mantener el orden público y están legitimados para el uso de la fuerza;¹¹ en tiempos de conflicto armado, la población civil incluye a todo aquel que no sea miembro de las fuerzas armadas ni combatiente regular.¹² En caso de duda sobre el estatus de una persona, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha abogado por calificarla como civil.¹³

¹¹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Kayishema and Ruzindana Trial Judgment, párrafo 127.

¹² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Kunarac Trial Judgment, párrafo 426; Blaškić Trial Judgment, párrafo 214.

¹³ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Kunarac Trial Judgment, párrafo 426; con ciertos matices en Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Blaškić Trial Judgment, párrafo 111. Esto está en línea con lo proclamado por el artículo 50.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de

Se han considerado civiles a los efectos de este precepto a todos aquellos que no estén tomando parte en las hostilidades, incluyendo a miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas o están fuera de combate por estar enfermos, heridos o detenidos.¹⁴ También fueron catalogados como civiles los antiguos miembros de la resistencia que han depuesto las armas y se encuentran hospitalizados,¹⁵ e incluso los que están “activamente involucrados en el movimiento de resistencia”.¹⁶ En definitiva, los tribunales *ad hoc* han sostenido una versión muy amplia de este elemento, en línea con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.¹⁷

Es decir, la interpretación de la “población civil” está íntimamente vinculada a cierta indefensión, especialmente teniendo en cuenta que, aunque no es imprescindible que exista un conflicto armado, los hechos sí se producen en el contexto de un ataque generalizado o sistemático. Este ataque, según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, implica la existencia de la “política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” (artículo 7.2.a).

2.3. La vulnerabilidad en los crímenes de guerra

Los crímenes de guerra, entendidos *stricto sensu* en su sentido jurídico como violaciones de Derecho internacional humanitario que acarrearán responsabilidad penal directa en Derecho internacional,¹⁸

Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

¹⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Akayesu Trial Judgement, párrafo 582. También en Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Rutaganda Trial Judgement, párrafo 72 o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Musema Trial Judgement, párrafo 207.

¹⁵ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Mskčić Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, para. 32.

¹⁶ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tadić Trial Judgment, párrafo 643; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Kupreškić Trial Judgement, párrafo 549.

¹⁷ A propósito, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 64.

¹⁸ WERLE, G./JESSBERGER, F.: *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3a ed., 2014, p. 392.

constituyen el tercer *core crime*, el más antiguo de todos, por cuanto se encuentra estrechamente vinculado al Derecho internacional humanitario, que comenzó a desarrollarse mucho antes que el Derecho Penal Internacional.¹⁹ La relación de los crímenes de guerra con el Derecho internacional humanitario es tal, que no es posible comprender los elementos del tipo de los crímenes de guerra sin remitir a este cuerpo de normas.²⁰

Aunque hoy esta clasificación se entiende superada, tradicionalmente se ha distinguido entre dos ámbitos, el denominado “Derecho de la Haya”, dirigido a proscribir determinados medios y usos de guerra (como, por ejemplo, emplear veneno o armas envenenadas) y el “Derecho de Ginebra”, en referencia a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, que se centraba en otorgar protección a categorías protegidas de personas (como, por ejemplo, los prisioneros de guerra).²¹

Los cuatro Convenios de Ginebra aprobados en 1949 se diferenciaban precisamente por el grupo de personas a los que va dirigido: heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I), heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II), prisioneros de guerra (III) y personas civiles en tiempo de guerra (IV). Por su parte, los Protocolos Adicionales I y II se dirigían a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales.

Este segundo bloque, centrado en la persecución de delitos contra personas protegidas en el contexto de un conflicto armado, se encuentra claramente plasmado en los distintos estatutos de los tribunales. En el caso de la Corte Penal Internacional, se castigan como crímenes de guerra las infracciones graves a los Convenios de Ginebra conducidas como el homicidio, la tortura, la deportación o el traslado ilegal, cometidas contra personas protegidas por las disposiciones del Con-

¹⁹ SCHABAS, W.A.: *An introduction to the International Criminal Court*, 6th ed., 2020, p. 117.

²⁰ COTTIER, M.: “Article 8”, en TRIFFTERER, O./ AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck, 3a ed., 2016, p 317.

²¹ SANDOZ, Y./SWINARSKI, C./ ZIMMERMANN, B. (eds.): *Comentario de los Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, 2000, tomo I, p. 28.

venio de Ginebra (art. 8.2 del Estatuto). Entre estas personas protegidas están los miembros de las fuerzas armadas que ya no participan en las hostilidades por estar heridos o haber sido capturados. También hay referencias en el artículo 8 a las “personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa” (art. 8.2.c) y a la población civil (art. 8.2.e). Es decir, tras esta selección de personas protegidas hay, sin duda, un claro componente de vulnerabilidad en el contexto del conflicto armado que justifica una protección reforzada que articulan los crímenes de guerra.

En conclusión, el Derecho Penal Internacional pretende proteger a grupos vulnerables en contextos de violación sistemática de sus derechos. Pero también cuenta con medios para castigar más gravemente aquellas conductas constitutivas de delito que recaen sobre individuos especialmente vulnerables. A esta segunda vía se dedicará el apartado siguiente.

III. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA EN LA VALORACIÓN DE LA GRAVEDAD DEL DELITO A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

3.1. La gravedad del delito como factor principal para la determinación de la pena

Si algo caracteriza la determinación de la pena en los tribunales penales internacionales es la extrema discrecionalidad de la que gozan sus jueces. De hecho, en los Estatutos no se incluyen marcos penales. En general, las disposiciones referidas a la determinación de la pena son particularmente escuetas, haciendo poco más que apuntar a la prisión como pena principal y, en su caso, la posibilidad de imponer cadena perpetua.

En cuanto a los criterios de determinación de la pena, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como el de la Corte Especial para Sierra Leona, establecen que “al imponer las penas, las Salas de Primera Instancia deberán

tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado”.²²

La gravedad del delito se ha considerado tradicionalmente y de forma unánime por la jurisprudencia de todos los tribunales internacionales como el factor clave en la determinación de la pena. Es ya célebre la cita de la sentencia Čelebići en primera instancia en la que la Sala del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia determinó que “la consideración más importante que puede ser considerada como prueba definitiva para una sentencia adecuada es la gravedad del delito”.²³

Con todo, como señaló la sentencia Kambanda del Tribunal Penal Internacional para Ruanda:

“En lo que respecta a la individualización de la pena, los jueces de la Sala no pueden limitarse a los factores mencionados en el Estatuto y las Reglas (...). Su discrecionalidad ilimitada para evaluar los hechos y las correspondientes circunstancias debería habilitarles para tener en cuenta cualquier otro factor que consideren pertinente”.²⁴

En cuanto a la Corte Penal Internacional, el artículo 77.1 del Estatuto señala las penas aplicables al declarar que la Corte podrá imponer “[l]a reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. La introducción de la cadena perpetua no estuvo exenta de polémica al considerarse por algunos estados como un castigo cruel, inhumano y degradante. Su presencia se explica, de nuevo, por la voluntad de alcanzar el consenso frente a Estados que defendían la pena de muerte. Finalmente se aprobó la inclusión de la cadena per-

²² Artículo 24.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia; artículo 23.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; y artículo 19.2 del Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona.

²³ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Čelebići Trial Judgement, 16 November 1998, para. 1225.

²⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Kambanda Judgement and Sentence, 4 September 1998, para. 30.

petua, si bien estableciendo una revisión de la condena al cabo de 25 años de cumplimiento de la pena.²⁵

Aunque tampoco el Estatuto de Roma contempla marcos penales, sí hay criterios de determinación de la pena algo más concretos. En primer lugar, en la misma línea de sus predecesores, el artículo 78.1 del Estatuto proclama que, “[a] imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

La novedad viene, por tanto, de la mano de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que, en la Regla 145.1, enumeran una serie de factores para la determinación de la pena en los siguientes términos:

“Adicionalmente a los factores mencionados en el artículo 78, párrafo 1, se considerarán, *inter alia*, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares; la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen; el grado de participación del condenado; el grado de intencionalidad; las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad; educación y condición social y económica del condenado”.²⁶

3.2. *La especial vulnerabilidad de la víctima como elemento integrante de la gravedad*

Precisamente debido a la falta de reglas de determinación de la pena y a la inicial incertidumbre sobre los contornos precisos del concepto de gravedad, en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, aunque también en la de la Corte Especial para Sierra Leona, no pocas sentencias han incluido la espe-

²⁵ Sobre el debate, véase SCHABAS, W.A.: Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 6a ed., 2020, p. 343.

²⁶ Traducción propia del inglés: In addition to the factors mentioned in article 78, paragraph 1, give consideration, *inter alia*, to the extent of the damage caused, in particular the harm caused to the victims and their families, the nature of the unlawful behaviour and the means employed to execute the crime; the degree of participation of the convicted person; the degree of intent; the circumstances of manner, time and location; and the age, education, social and economic condition of the convicted person.

cial vulnerabilidad de la víctima en la valoración de la gravedad del delito.²⁷ Es decir, si las conductas recaían sobre personas especialmente vulnerables, la gravedad del delito se consideraba mayor y, en consecuencia, la pena se incrementaba. Como consecuencia, ya no sería posible la apreciación de una agravante para esta circunstancia, puesto que lo contrario vulneraría el principio *ne bis in idem*.

Por ejemplo, en la sentencia del caso Zelemović, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia determinó que:

“Un factor importante al valorar la gravedad del delito es la vulnerabilidad de las víctimas. Las víctimas en este caso fueron arrestadas y detenidas en condiciones brutales durante largos periodos de tiempo. Estaban desarmadas e indefensas. Las víctimas estaban, por tanto, en una situación de particular vulnerabilidad en el momento de la comisión de los delitos. Además, la víctima FWS-87, que fue violada por el señor Zelenović en numerosas ocasiones, tenía unos 15 años en el momento de la comisión de los delitos. Esto incrementa la gravedad del delito cometido contra ella. El señor Zelenović era consciente y aprovechó esta vulnerabilidad de las víctimas”.²⁸

También la Corte Especial para Sierra Leona empleó esta vía para valorar la especial vulnerabilidad de la víctima, a pesar de que la Fiscalía intentó reiteradamente que se reconociera como agravante.²⁹ No obstante, la Corte estableció en múltiples ocasiones que la vulnerabilidad debía tenerse en cuenta al valorar la gravedad de los delitos cometidos y no como agravante.³⁰ Esta especial vulnerabilidad ha sido reconocida en delitos cometidos contra niños, mujeres y mujeres embarazadas.³¹

²⁷ Entre otras, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Bala Trial Judgement, 30 November 2005, párrafo 731.

²⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Zelemović Sentencing Judgement, 4 April 2007, párrafos 39.

²⁹ Prosecution Sentencing Brief, citada en AFRC Sentencing Judgement, 17 July 2007, nota 108.

³⁰ Esta es una constante en todas las sentencias dictadas. Por todas, Corte Especial para Sierra Leona, CDF Sentencing Judgement, 9 October 2007, note 51.

³¹ Corte Especial para Sierra Leona, AFRC Sentencing Judgement, 17 July 2007, párrafo 82; Corte Especial para Sierra Leona, CDF Sentencing Judgement, 9 October 2007, párrafo 48 y 55.

Además de la vulnerabilidad de la víctima, según la jurisprudencia de la Corte Especial de Sierra Leona, forman parte de la valoración de la gravedad factores como la naturaleza de la conducta criminal o el grado de participación del acusado en los hechos, pero también otras circunstancias estrechamente vinculadas a la víctima, como el número de víctimas, el grado de sufrimiento, impacto y consecuencias del delito en la víctima inmediata en términos de efectos físicos, emocionales y psicológicos o los efectos del crimen en los familiares de la víctima inmediata o en el grupo víctima de los ataques.³²

Las consecuencias penológicas son, en última instancia, las mismas que ante la aplicación de la agravante: la pena se eleva cuando las víctimas fueran especialmente vulnerables, entendiendo que ello incrementa la gravedad del delito cometido. Con todo, esta especial vulnerabilidad parece tener menos visibilidad al diluirse en el concepto más amplio de gravedad.

IV. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA COMO AGRAVANTE

4.1. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Como señalé, los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda no contaban con un listado de agravantes o atenuantes, sino que podían valorar libremente qué circunstancias podían agravar o atenuar las penas. La Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha entendido al respecto que, ya que estas circunstancias no se encuentran definidas en el Estatuto ni en las Reglas, las salas tienen “un considerable grado de discrecionalidad para decidir estos factores”.³³

En la práctica, esto ha traído consigo una gran variedad de agravantes como, por ejemplo, el abuso de posición de superioridad, el

³² Corte Especial para Sierra Leona, AFRC Sentencing Judgement, 17 July 2007, párrafo 19.

³³ Por todas, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Čelebići Appeals Judgement, para. 780.

sufrimiento extraordinario de las víctimas, la gran cantidad de víctimas, la crueldad del ataque, la duración de la participación en los delitos, la importancia de la participación en el ataque, el estatus de las víctimas, el nivel educativo del autor o la creación de un ambiente de terror.³⁴ Con todo, la agravante por vulnerabilidad ha tenido un papel preeminente en la jurisprudencia del Tribunal y ha sido una de las agravantes más frecuentemente aplicada. Según un estudio realizado en 2011 por D'Ascoli, esta agravante fue esgrimida por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en 50 sentencias del total de 87 estudiadas, siendo la segunda agravante más empleada.³⁵ En otro estudio publicado el mismo año, Holá, Smeulers y Bijleveld llegaron a una conclusión similar, señalando que en el 46% de las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia incluían la agravante por vulnerabilidad.³⁶

Su formulación (esto es, los términos en concreto empleados) ha ido modificándose, precisamente como consecuencia de la falta de regulación expresa. En los primeros años, las sentencias se referían, en el contexto de las detenciones ilegales, a que las víctimas se encontraban “cautivas a merced de sus captores”³⁷ o “a completa merced de sus captores”.³⁸ Fue a partir de la sentencia Aleksovski, en 1999, donde comenzaron las referencias a la “vulnerabilidad”, a la “indefensión” o a la “situación de inferioridad”.³⁹ Aunque no siempre, en ocasiones,

³⁴ HOLÁ, B./ SMEULERS, A./ BIJLEVELD, C., “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 9.

³⁵ D'Ascoli, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011, p. 245.

³⁶ HOLÁ, B./ SMEULERS, A./ BIJLEVELD, C., “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 435.

³⁷ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Celebici Trial Judgement, 16 de noviembre de 1998, párrafo 1268; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Furundžija Trial Judgement, 10 de diciembre de 1998, párrafo 283.

³⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Furundžija Trial Judgement, 10 December 1998, para. 283.

³⁹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Aleksovski Trial Judgement, 25 June 1999, párrafo 227.

se refería la jurisprudencia a la “total”⁴⁰ o, más frecuentemente y en línea con el Derecho comparado, la “especial” vulnerabilidad.⁴¹

En 2004, en la sentencia *Blaskic* en segunda instancia, la Sala de Apelación recogió un listado -aunque abierto- de agravantes. En esta enumeración había dos referencias relevantes a efectos de la vulnerabilidad. Por una parte, se incluía la posibilidad de agravar la pena debido a “la naturaleza sexual, violenta y humillante de los actos y la vulnerabilidad de la víctima”. Por otra parte, como una circunstancia distinta, la sentencia se refería a la agravante fundamentada en “el estatus de la víctima, su juventud y número y el efecto de los delitos en ella”.⁴²

Es decir, en su origen, el concepto de vulnerabilidad era poco nítido y se encontraba íntimamente asociado a otras agravantes vinculadas en términos generales con la víctima. Con el paso del tiempo, esta agravante fue diferenciándose y adquiriendo rasgos específicos. En 2006, en la sentencia *Rajić* se estableció que “la jurisprudencia del Tribunal ha considerado de forma consistente la especial vulnerabilidad de ciertas categorías de víctimas, como discapacitados, niños o ancianos, como un factor agravante”.⁴³

Por tanto, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, es posible concluir que la agravante por la especial vulnerabilidad de la víctima se ha empleado en dos grupos de casos. En primer lugar, basada en las características o estatus de la víctima. En este ítem se incluye a ancianos, niños, discapacitados y “pacientes de hospital”.⁴⁴ También han sido consideradas víctimas vulnerables a efectos de agravación de la pena las mujeres (en concreto, aunque no solo, jóvenes o ancianas), lo cual resulta ra-

⁴⁰ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Kvočka et al Trial Judgement*, 2 November 2001, párrafo 702.

⁴¹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Mrđa Sentencing Judgement*, 31 March 2004, párrafo 46.

⁴² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Blaskic Appeal Judgement*, 29 July 2004, párrafo 686.

⁴³ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Rajić Sentencing Judgement*, 8 May 2006, párrafo 117.

⁴⁴ Entre otras, *Jokić Sentencing Judgement*, 18 April 2004, párrafo 64.

zponible en un contexto de conflicto y ante la dimensión e intensidad de la violencia sexual en la guerra de los Balcanes.⁴⁵

En segundo lugar, para la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia la vulnerabilidad puede fundamentarse en la situación de la persona. Así, son frecuentes las referencias a la situación de inferioridad o de indefensión de quienes se encuentran cautivos en campos de detención como Omarska o Keraterm. En este sentido, algunas sentencias consideraban que el hecho de que las víctimas estuvieran detenidas en condiciones extremas en campos de detención servía como fundamento a esta especial vulnerabilidad que permitía agravar la pena.⁴⁶ Se equipara, en este contexto, la vulnerabilidad y la indefensión producida por las circunstancias. Probablemente por este uso de la agravante, defienden Holá, Smeulers y Bijleveld que la vulnerabilidad es una de las pocas agravantes específicamente relacionadas con una situación de conflicto.⁴⁷

Aunque las sentencias en general no hagan referencia expresamente al principio *ne bis in ídem*, sí está claramente reflejado su contenido, conforme al cual un mismo aspecto no puede ser tenido en cuenta dos veces.⁴⁸ Esto es, si la vulnerabilidad ya fue valorada en la definición del delito, no podrá aplicarse también la agravante por vulnerabilidad.⁴⁹ El ejemplo más claro en este sentido es la condición de civil. La jurisprudencia ha sido muy constante a la hora de prohibir que la condición de población civil en un contexto de conflicto armado por sí misma pueda fundamentar la vulnerabilidad o, en general, considerarse como una agravante, en tanto este hecho ya ha sido tenido en cuenta para considerar la tipicidad de la conducta, como ocurre en los

⁴⁵ Entre otras, Kunarac et al., Trial Judgement, 22 February 2001, párrafo 879.

⁴⁶ Entre otras, Nikolić Sentencing Judgment, 18 December 2003, para. 184; Ćesić Sentencing Judgment, 11 March 2004, para 49.

⁴⁷ HOLÁ, B./ SMEULERS, A./ BIJLEVELD, C., “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 436.

⁴⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Blaskic Appeal Judgment, 29 July 2004, párrafo 693.

⁴⁹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Jokić Sentencing Judgment, 18 April 2004, párrafo 64.

crímenes de lesa humanidad o en algunas modalidades de crímenes de guerra.⁵⁰

En ocasiones, especialmente en las primeras sentencias, la línea que separa unas agravantes y otras no es nítida. Resulta evidente este problema, por ejemplo, respecto al abuso de superioridad, que aparece en algunos casos vinculado a la vulnerabilidad.⁵¹ También es relevante el caso de la agravante por victimización, aplicada de forma independiente por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, concebido como el “daño y nivel de sufrimiento causado a las víctimas, consecuencias para los supervivientes, trauma físico y psicológico sufrido por los supervivientes”.⁵²

4.2. *El Tribunal Penal Internacional para Ruanda*

Si en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia la agravante por vulnerabilidad de las víctimas fue una de las más frecuentemente aplicadas, en la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ocurrió justo lo opuesto, apreciando esta circunstancia de forma muy escasa.⁵³ Este uso desigual es clara consecuencia de la discrecionalidad en la identificación de agravantes, ya que no es posible afirmar que muchas de las víctimas del genocidio ruandés no fueran vulnerables.

Así, los hechos delictivos que hubieran podido justificar la aplicación de esta agravante resultaban agravados con otras formulaciones. En el caso Muhimana una mujer embarazada fue brutalmente asesi-

⁵⁰ Entre otras, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Česić Sentencing Judgement, 11 March 2004, párrafo 49.

⁵¹ D'ASCOLI, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011, p. 245.

⁵² D'ASCOLI, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011, p. 245.

⁵³ Según D'ASCOLI solo en 6 sentencias (D'ASCOLI, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011, p. 245). HOLÁ *et al.* ni siquiera incluyen la vulnerabilidad en su recuento de las 10 agravantes más utilizadas por el TPIR (HOLÁ, B./ SMEULERS, A./ BIJLEVELD, C.: “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 435).

nada. La sentencia determinó que “este salvaje ataque a una mujer embarazada merece la condena más contundente posible y constituye un factor altamente agravante”.⁵⁴ En otras ocasiones, de forma más expresa se recurre a la agravación por la crueldad del ataque, en situaciones que hubieran sido susceptibles de constituir especial vulnerabilidad. Esto es, mientras que la agravante por especial vulnerabilidad se aplicaba en el caso de la antigua Yugoslavia para las víctimas retenidas en campos de detención como Omarska o Keraterm, en el caso ruandés, los ataques sobre iglesias y refugios en los que cientos de víctimas se refugiaban se castigaron aplicando una agravante por la crueldad del ataque⁵⁵.

4.3. *La Corte Penal Internacional*

Dado que el marco legal de la Corte Penal Internacional es más detallado y, por tanto, más claro, también la distinción entre los factores que determinan la gravedad del delito y las agravantes lo está. En parte porque, como señalé, las Reglas de Procedimiento y Prueba ofrecen un listado de factores que puede entenderse que definen la gravedad del delito. Pero, sobre todo, porque las agravantes están expresamente recogidas en las Reglas de Procedimiento y Prueba, figurando entre ellas “la comisión del delito cuando la víctima está particularmente indefensa” (Rule 145.2.b.iii). Por tanto, en el marco de la Corte, la especial vulnerabilidad de la víctima no se aprecia al evaluar la gravedad del delito cometido, sino como agravante. Con todo, la distinción no es tan nítida como pudiera parecer. La regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba menciona como factor indicativo de la gravedad del delito “el daño causado a las víctimas y sus familias.”

Es interesante que la agravante se configure en torno al concepto de “indefensión” y no directamente de la vulnerabilidad. No obstan-

⁵⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Muhimana Trial Judgement, 28 de abril de 2005, párrafo 612.

⁵⁵ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Kamuhanda Trial Judgement, 22 January 2004, párrafo 764. Sobre este asunto, Holá et al señalan que esta agravante ha sido empleada en un 12,5% de las sentencias estudiadas (HOLÁ, B./SMEULERS, A./BIJLEVELD, C.: “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 436).

te, en la práctica, la vulnerabilidad se emplea en las decisiones como sinónimo. Además, la formulación parece poner el énfasis en la situación en la que se encuentra la víctima y no exclusivamente en sus características personales.

No hay una definición de lo que debe entenderse por esta indefensión en el ámbito de la determinación de la pena. Sí la hay en el ámbito procesal, donde existe un protocolo especial para testigos vulnerables en el que se identifican tres grupos de factores empleados para determinar la vulnerabilidad de los testigos. En este contexto, dos de los grupos de criterios enunciados pueden ser de utilidad para el ámbito sustantivo. Primero, los factores relacionados con la persona, como la edad (niños o ancianos), la personalidad, la discapacidad (incluyendo deficiencias cognitivas), la enfermedad mental o los problemas psicosociales (como problemas relacionados con el trauma y/o falta de apoyo social). En segundo lugar, aquellos factores relacionados con la naturaleza del delito, en particular, víctimas de violencia sexual o violencia basada en el género, niños que son víctimas de violencia, y víctimas de torturas u otros delitos que impliquen violencia excesiva.⁵⁶

En las todavía escasas sentencias dictadas por la Corte Penal Internacional hasta el momento, la agravante por indefensión ya ha sido aplicada en varias ocasiones. En Lubanga, la Fiscalía solicitó la aplicación de esta agravante vinculada al crimen de guerra consistente en “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” (art. 8.2.b.xxvi), porque algunos de los niños reclutados eran extremadamente jóvenes (5 ó 6 años).⁵⁷ Sin embargo, la Sala rechazó esta posibilidad, al considerar que, tal y como argumentaba la Defensa, la edad de los niños no podía ser tenida en cuenta para definir la gravedad del delito y también adicionalmente como agravante.⁵⁸ Lo mismo ocurrió en la sentencia Katanga, donde se entendió que la vul-

⁵⁶ Menos útiles resultan en el contexto sustantivo aquellos factores relacionados con el propio proceso, que el Protocolo identifica como el estrés o ansiedad producidos por la reubicación vinculada a su testimonio ante la Corte (Protocol on the vulnerability assessment and support procedure used to facilitate the testimony of vulnerable witnesses, ICC-01/04-02/06-419-Anx3 22-12-2014).

⁵⁷ Lubanga Sentencing Judgement, 10 July 2021, párrafo 77.

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 78.

nerabilidad de las víctimas ya había sido tenida en cuenta al evaluar la gravedad del delito.⁵⁹

En Ntaganda, la agravante se apreció reiteradamente para los delitos de asesinato como crimen de lesa humanidad, violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra y reclutamiento de menores como crimen de guerra. En el caso del asesinato, dicha agravante se aplicó a casos en los que las víctimas habían sido previamente capturadas o detenidas, una mujer embarazada, bebés y niños de corta edad y personas enfermas o discapacitadas incapaces de huir.⁶⁰ En el caso de la violación, la agravante por indefensión se basó en la juventud de las víctimas.⁶¹

En lo que respecta al reclutamiento forzoso, la Sala modificó el criterio adoptado en Lubanga considerando que, aunque la condición de niño de las víctimas ya es un elemento legal del delito y, por tanto, no puede constituir también un factor agravante, la corta edad de al menos una de las víctimas sí podía ser apreciado como agravante por su indefensión.⁶² No se tuvieron en cuenta las duras condiciones en las que se encontraban los niños soldado (similar en muchos aspectos a un campo de detención), por entender que constituiría *bis in ídem*.⁶³

En cuanto a la sentencia del caso Ongwen, se señala que:

“La Sala es muy consciente de la extrema gravedad de los numerosos delitos por los que Dominic Ongwen fue condenado (...) Muchas de estas víctimas, que fueron atacadas por motivos discriminatorios, estaban particularmente indefensas. Particularmente niños y niñas jóvenes fueron secuestrados y obligados a ser niños soldados o sirvientes domésticos. Durante los ataques, las personas que habían sido secuestradas, incluidos niños, ancianos y mujeres embarazadas, fueron luego asesinadas y torturadas”.⁶⁴

En consecuencia, se apreció la agravante en relación con distintos delitos. Primero, en varios casos de asesinato como crimen de lesa hu-

⁵⁹ Katanga Sentencing Judgement, 23 May 2014, párrafo 71.

⁶⁰ Ntaganda Sentencing Judgement, 7 November 2019, párrafo 82.

⁶¹ *Ibid.*, párrafos 121, 126 y 130.

⁶² *Ibid.*, párrafo 195.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 193.

⁶⁴ Ongwen Sentencing Judgement, 6 May 2021, párrafo 384.

manidad y como crimen de guerra. La mayor parte de las víctimas en este caso eran personas secuestradas a las que mataban por intentar escapar o por negarse a transportar bienes robados. Además, teniendo en cuenta el trato al que eran sometidas las personas secuestradas (situación de “grave abuso físico”), la Sala consideró adecuado apreciar en varios casos la agravante por indefensión.⁶⁵ También entendió aplicable por los mismos motivos al delito de atentado contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes (art. 8.2.b.xxi)⁶⁶, a la violencia sexual, al entender que las víctimas eran mujeres jóvenes especialmente vulnerables,⁶⁷ al matrimonio forzoso como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.k),⁶⁸ esclavitud,⁶⁹ embarazo forzoso como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra.⁷⁰

La Sala de Primera Instancia IX hubo de entrar, de nuevo, a valorar la compatibilidad de la agravante por indefensión con el delito de reclutamiento de niños. Al respecto, confirmando el cambio de doctrina, afirmó que, aunque el delito se produce, por definición, contra menores de 15 años y que la vulnerabilidad forma parte de la gravedad del delito como tal, “debe ser reconocido que incluso en esta -necesaria- categoría de víctimas vulnerables, algunas presentarán una -innecesaria- vulnerabilidad adicional debido a su particularmente corta edad y poder ser considerados, por este motivo, incluso en el contexto del referido delito, como «particularmente indefenso» en el sentido de la circunstancia agravante relevante de la Regla 145(2)(b)(iii)”.⁷¹ Por ello, entendiendo probado que niños incluso menores de 10 años fueron secuestrados e integrados en el LRA (Lord Resistance Army), la Sala de Primera Instancia entendió que la agravante era aplicable.⁷²

⁶⁵ *Ibid.*, párrafos 155, 190, 228, 264.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 209.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 287, 303 y 308.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 293.

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 314.

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 319.

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 369.

⁷² *Ibid.*, párrafo 369.

V. REFLEXIONES FINALES: ¿QUÉ PUEDE APORTAR LA EXPERIENCIA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL AL DEBATE NACIONAL?

La vulnerabilidad es relevante en Derecho Penal Internacional desde distintas perspectivas, al dirigirse la norma a la protección de grupos vulnerables, pero también al tener en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima a efectos de agravación de la pena. Desde la perspectiva nacional, a la que se dedica esta obra, algunos aspectos de la experiencia penal internacional pueden contribuir al debate:

- i. Contar con una agravante aplicable en casos de delitos cometidos contra víctimas especialmente vulnerables ofrece algunas ventajas respecto a su integración en la valoración de la gravedad. Aunque en Derecho Penal Internacional las consecuencias penológicas exactas son inciertas, la agravante presenta la ventaja de resultar más clara y permitir, a largo plazo, mayor coherencia y consistencia en el de por sí incierto ámbito de la determinación de las penas.
- ii. El que la agravante se configure como genérica permite aplicarla a cualquiera de los delitos competencia de la Corte, en cualquiera de sus modalidades. Tal y como muestra la jurisprudencia, incluso en los delitos que recaen por defecto en sujetos *a priori* vulnerables, como los menores, puede justificarse la aplicación adicional de la agravante sin aparente vulneración del *ne bis in ídem*.
- iii. La formulación adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional pone el énfasis en la situación de indefensión en la que se encuentra la víctima y no en la condición personal. Es decir, se incide en el hecho de que la víctima *esté* en una situación de vulnerabilidad y no necesariamente que *sea* vulnerable.
- iv. Ligado a este último aspecto, tienen un especial protagonismo en la jurisprudencia internacional los casos de vulnerabilidad o indefensión derivada de una situación. Son notables en este sentido los casos de campos de detención en el que sujetos que en principio no presentan ninguna de las condiciones habitualmente vinculadas a la vulnerabilidad pueden ser considerados vulnerables por la situación de indefensión en la que se encuentran.

- v. Las Reglas de Procedimiento y Prueba no incluyen ninguna referencia a los motivos que justifican la indefensión de la víctima. Esto permite adaptarla a los distintos delitos previstos en el Estatuto. En la práctica, la especial vulnerabilidad (en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*) o la particular indefensión (en la de la Corte Penal Internacional) se ha aplicado a categorías de sujetos que también desde la perspectiva nacional pueden ser consideradas como tales: menores, jóvenes, ancianos, mujeres, heridos, embarazadas...
- vi. Los efectos victimizadores sobre la víctima quedan fuera de la valoración sobre la vulnerabilidad o la indefensión. En el caso de los tribunales *ad hoc* porque estas consideraciones solían reflejarse a través de una agravante distinta; y en el caso de la Corte Penal Internacional, porque la formulación de la agravante pone el énfasis en la indefensión en el momento de la comisión del delito, lo cual excluye sus posibles efectos, que se recogen como parte de la gravedad del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K.: *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The crimes and sentencing*, Oxford University Press, 2014.
- BOOK, J.P., *Appeal and sentence in International Criminal Law*, BWV, 2011.
- CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3a ed., 2013.
- COTTIER, M.: "Article 8", en TRIFFTERER, O./ AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck, 3rd ed., 2016, p. 295-580.
- D'ASCOLI, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.: *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 2011,
- GAETA, P.: "War crimes and other international «core» crimes", en CLAPHAM, A./ GAETA, P. *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, p. 737-765.

- HOLÁ, B./ BIJLEVELD, C./ SMEULERS, A.: “Consistency of international sentencing: ICTY and ICTR case study”, *European Journal of Criminology*, 9 (5), 2012, p. 539-552.
- HOLÁ, B./ BIJLEVELD, C./ SMEULERS, A.: “International sentencing facts and figures: Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9(2), 2011, p. 411-439
- HOLÁ, B./ CHIBASHIMBA, A., “Punishment in Transition: Empirical Comparison of Post-Genocide Sentencing Practices in Rwandan Domestic Courts and at the ICTR”, en AKSENOVA, M./ VAN SLIEDREGT, E./ PARMENTIER, S., *Breaking the Cycle of Mass Atrocities Criminological and Socio-Legal Approaches in International Criminal Law*, Hart Publishing, 2019, p. 137-162.
- LEMKIN, R.: *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, 1944
- MARTIN, F.: “The notion of «protected group» in the Genocide Convention and its application”, en GAETA, P., *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, 2009, p. 112 a 127.
- METTRAUX, G.: *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford University Press, 2005.
- SANDOZ, Y./SWINARSKI, C./ ZIMMERMANN, B. (eds.): *Comentario de los Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, 2000.
- SANDS, P.: *Calle Este-Oeste*, Anagrama, 2016.
- SCHABAS, W.A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 6a ed., 2020.
- SCHABAS, W.A.: *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2ª ed., 2009.
- SCHABAS, W.A.: *The International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2a ed., 2016.
- WERLE, G./ JESSBERGER, F.: *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3a ed., 2014.

Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal

JUAN CARLOS SANDOVAL

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es casi un tópico en la doctrina afirmar que el endurecimiento de la intervención penal es uno de los rasgos que caracteriza a la mayoría de las reformas que han sufrido el Código penal y las leyes penales especiales en las últimas décadas. También es sabido que este reforzamiento no se ha circunscrito a la creación de nuevas figuras delictivas o de familias de delitos, y tampoco a la elevación de los marcos penales de los delitos existentes. En efecto, aunque no con una profundidad o con una frecuencia equiparables a la de las reformas anteriores, se han practicado otras que incidieron en los catálogos de las consecuencias jurídicas del delito, las circunstancias genéricas que agravan la responsabilidad penal y, además, las reglas de determinación de la pena, de modo que en las disposiciones de la Parte general igualmente se ha plasmado la voluntad del legislador de intensificar la intervención penal¹. En este contexto, el objetivo de este trabajo hacer una breve reflexión sobre si las críticas que se han esgrimido contra

¹ Los rasgos antes mencionados ocupan un lugar sobresaliente en todos los análisis de las tendencias político criminales de las últimas décadas. Así, por todos, véanse SILVA SÁNCHEZ, J. M^a: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2.^a ed., Bdf, 2006, pp. 4-10; GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 57-125; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, pp. 03:12-03:16; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big Crunch” en la selección de bienes jurídicos (especial referencia al ámbito económico)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 955-956, y MENDOZA BUERGO, B.: *El derecho penal de la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001, pp. 44-64.

las facetas más populistas y punitivistas de este proceso de transformación del Derecho penal, se podrían hacer extensivas, en general, a los delitos que están cualificados por la *especial vulnerabilidad de la víctima*.

Con independencia de que constituyen, en conjunto, un caso de crecimiento significativo del número de figuras delictivas² y, asimismo, aparte de que algunas comportan de manera señalada un castigo exacerbado³, el interés por estos tipos agravados reside en que son expresivos de dos de las causas que subyacen —utilizando parte del título de la conocida obra de SILVA SÁNCHEZ— en la *expansión* del Derecho penal. La primera es que la interpretación de la legislación penal como límite a la injerencia del poder punitivo estatal viene perdiendo fuerza frente a la visión de la misma como instrumento de protección de las víctimas del delito⁴. Y la segunda es que la amplia-

² Después de la reforma realizada de conformidad con la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía integral de la libertad sexual, el número de preceptos que modulan la respuesta penal en atención a la *vulnerabilidad de la víctima* pasó de 13 a 16. Aunque esta es una cantidad menor que la que representa todos los tipos agravados por la pertenencia a un grupo a una organización criminal —suman, aproximadamente, 24 casos—, no deja de ser una de las más importantes en el Código penal.

³ Así, por ejemplo, la LO 1/2015, de 30 de marzo, procedió a modificar, entre otras muchas materias, los delitos de asesinato y homicidio doloso. En lo que aquí interesa, la reforma introdujo una circunstancia agravante común a ambas figuras delictivas —que la víctima sea una *persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*—, cuya concurrencia pasó a castigarse, en el caso del asesinato, con la pena de prisión permanente revisable (art. 140.1.1^a CP), y en el caso del homicidio, con una pena de prisión que podía ir desde los 15 años hasta un día a 22 años y 6 meses.

⁴ Entre las causas que, en opinión de SILVA SÁNCHEZ, han dado lugar a la “expansión del Derecho penal” se cuenta “un fenómeno general de *identificación social con la víctima* (sujeto *pasivo*) del delito antes que con el autor (sujeto *activo*)”. En este marco, añade, se ha producido un cambio en la concepción del Derecho penal subjetivo y también en la del Derecho penal objetivo. En el primer plano, “de advertirse en él ante todo «la espada del Estado contra el desvalido delincuente» se pasa a una interpretación del mismo como “la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”; y en el segundo plano “la concepción de la ley penal como *Magna Charta* de la víctima aparece junto a la clásica de la *Magna Charta* del delincuente; ello, si es que ésta no cede la prioridad a aquélla [*La expansión del Derecho penal...*, cit., pp. 46-48. Las cursivas pertenecen al texto citado].

ción del Derecho penal responde, en parte, al objetivo de “dispensar a determinados hechos tradicionalmente punibles un tratamiento penal más severo cuando concurren determinadas circunstancias a las que en el presente se atribuye un significado especialmente relevante desde el punto de vista penal”⁵. Y este sería el caso de la mayoría de los delitos que se han visto agravados por la denominada *vulnerabilidad victimal*.

Los rasgos arriba mencionados serían indicativos de que existe una cierta correspondencia entre, por un lado, la política criminal esencialmente represiva que, según una opinión pacífica en la doctrina, ha inspirado la mayoría de las reformas penales y, por otro lado, la creciente presencia de los tipos relativos a la *especial vulnerabilidad de la víctima* dentro del texto punitivo de 1995. En este estado de cosas, considero que tiene interés y es oportuno realizar, como anunciaba al inicio de este trabajo, una reflexión sobre esta afinidad con miras a determinar si estamos ante una manifestación más de populismo punitivo o, en cambio, ante lo que podría ser el avance de diversas partes de legislación penal que, aunque tuviera una justificación razonable, no se habría mantenido totalmente al margen de la tendencia general a exacerbar las penas para la delincuencia clásica y violenta.

Con este fin, en lo que sigue de este trabajo, en primer lugar, haré un esbozo de los aspectos más llamativos de los tipos agravados por la *especial vulnerabilidad de la víctima*. Como se verá más adelante, estas figuras delictivas no llegan a constituir un sector más o menos homogéneo de la legislación penal, esto es, este conjunto de delitos no tiene un bien jurídico categorial, sino que, en rigor, son un grupo variopinto de infracciones penales que comparten, en su mayoría, dos características fundamentales: la definición de los sujetos pasivos como *víctimas especialmente vulnerables* (o que están en una *situación de especial vulnerabilidad*) y la previsión, en su mayor parte, de una sanción penal reforzada. De ahí que tenga sentido proceder a una aproximación más detallada a este conjunto de conductas.

En segundo lugar, realizaré algunos comentarios sobre el fundamento que la doctrina atribuye a estas conductas agravadas, de ma-

⁵ GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización...*, cit., p. 58.

nera particular, a la tesis de que el castigo reforzado se justifica en atención al mayor contenido de injusto que se derivaría de la mayor *vulnerabilidad* de las víctimas; es decir, de las menores posibilidades de defensa que tendrían las personas a las que los preceptos aluden. Finalmente, en tercer lugar, expondré algunas de las principales conclusiones a las que he ido arribando.

II. LAS AGRAVACIONES ESPECÍFICAS BASADAS EN LA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA (O EN UNA VÍCTIMA ESPECIALMENTE VULNERABLE). ASPECTOS GENERALES

Como advierte MOYA GUILLEM, en el Código penal que se aprobó mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ya se preveía una respuesta agravada para los delitos de agresiones (art. 180.3^a CP) y abusos sexuales (art. 182.2^a CP) cuando la víctima fuera una *persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación*. Pero, mediante sucesivas reformas —añade— esta circunstancia específica pasó a convertirse en una de las cualificaciones más utilizadas por el legislador penal.⁶

Este proceso de *expansión* de los tipos relativos a la *vulnerabilidad victimal* se ha verificado en un lapso relativamente corto, aunque involucrando para este fin un número elevado de disposiciones legales. Así, la inclusión o, en su caso, la remodelación o la reubicación de estas figuras ha venido de la mano de siete leyes orgánicas que, en orden cronológico, son las siguientes: la 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal, relativo a los delitos sexuales; la 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género; la 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal; 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal; la 1/2019, de reforma del Código penal para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional; la

⁶ MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 24, 2020, p. 15.

8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y, por último, la reciente 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía integral de la libertad sexual.

Antes de entrar con cierto detenimiento en las conductas agravadas, me interesa advertir, a efectos de claridad expositiva, que tres de estas leyes orgánicas incluyeron la *vulnerabilidad de la víctima* en la formulación de las modalidades básicas, por un lado, de los delitos de determinación al ejercicio de la prostitución de mayores de edad y de trata de seres humanos⁷ y, por otro lado, de los delitos de agresiones sexuales⁸. En estos casos, el abuso de una tal *situación* se configura como un mecanismo para menoscabar la voluntad del sujeto pasivo de cada figura delictiva, sin perjuicio de que, como se verá más adelante, la *situación de* —en algún caso, *especial*— *vulnerabilidad de la víctima* constituyera un *plus* de antijuricidad que da lugar a un supuesto cualificado en la comisión de tales delitos.

Retomando el proceso de ampliación de estas conductas, hay que decir que, como resultado de una intensa labor legislativa, el Código penal prevé el castigo reforzado, en primer término, para los delitos de asesinato y de homicidio (arts. 140.1.1^a CP y 138.2.a), y para los delitos relativos a la violencia doméstica. Dentro de éstos se comprenden las lesiones (art. 148.5 CP), el maltrato leve sin lesión (art. 153.1 CP), las amenazas leves (art. 171.4 CP) y las coacciones leves

⁷ La citada LO 1/2015 modificó el delito del art. 187.1 CP, en el sentido de que la *vulnerabilidad de la víctima* se incluyó entre los supuestos del tipo básico que podían ser aprovechados por el sujeto activo para abusar del sujeto pasivo, consiguiendo así determinarlo al ejercicio de la prostitución. Por su parte, la misma ley orgánica reformó el delito de trata (art. 177 bis CP), añadiendo en la modalidad básica —inciso primero— la hipótesis antes mencionada a efectos de controlar la voluntad de la víctima (aclarando, acto seguido, que *existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable que someterse al abuso*).

⁸ Uno de los cambios realizados por la reciente LO 10/2022, de 6 de septiembre, fue la remodelación casi al completo de los delitos sexuales. En este contexto, se añadieron dos incisos al art. 178 CP: en el primero, se tipificó como agresión sexual la realización de *cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*, y en el segundo inciso se estableció que, a efectos, de lo anterior, se consideraran agresiones sexuales, entre otros supuestos, el *abuso de la vulnerabilidad* de la víctima.

(art. 172.2 CP)⁹. En segundo término, la agravante también opera respecto de parte de las conductas tipificadas como tráfico de órganos (art. 156 bis 4 CP), el hostigamiento o acoso o *stalking* (art. 172 ter 1.4^a CP) y la trata de seres humanos (art. 177 bis 4.b CP). Por último, en tercer término, la agravante igualmente se contempla en un buen número de conductas contra la libertad sexual —las agresiones sexuales a *mayores* de 16 años (art. 180.1.3^o CP) o a menores de esa edad (art. 181.4.c CP), el acoso sexual (art. 184.4 CP), la prostitución y explotación sexual de mayores de edad (art. 187.1.a CP), la inducción a la prostitución de menores de edad (art. 188.3.a CP) y la pornografía infantil (art. 189.2.c CP)—, así como también en los delitos farmacológicos (art. 362 quater 2^a.b CP).

Ahora bien, este proceso de ampliación no parece haber obedecido los dictados de una línea político criminal definida o, al menos, definible en sus aspectos esenciales, ya que los debates parlamentarios que dieron forma a las leyes antes citadas no se detienen en las razones por las que la *especial vulnerabilidad de la víctima* merecía una mayor tutela penal en más de un tipo penal, y tampoco se abunda en los criterios para seleccionar los delitos que debían ser agravados. La situación no es mucho mejor en las exposiciones de motivos de las leyes orgánicas que introdujeron o retocaron estos tipos agravados¹⁰.

⁹ Estos cuatro tipos se incluyeron en el Código penal en virtud de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, cuyo objetivo en materia penal regular la “respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula”. Y la violencia a la que se alude, según el Preámbulo de la misma norma, es la “que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Con todo, de acuerdo con el sentido literal posible, las agravaciones señaladas en los arts. 148.5 CP, 153.1, 171.4 y 172.2 CP no tienen como sujetos pasivos a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Antes bien, las normas se encaminan a la lucha contra la violencia doméstica, no contra la violencia de género.

¹⁰ La Exposición de Motivos de la LO 11/1999, de 30 de abril, se esforzó en justificar la profunda remodelación de los delitos sexuales debido, entre otras razones, a la necesidad de dar protección específica a la integridad sexual de los menores de edad y de las personas incapaces y, además, a la existencia de un requerimiento social de revisión del castigo del acoso sexual. Pero, sobre esto último, guardó silencio respecto a la creación de un tercer inciso en el art. 184 CP, que agravaba

También contribuye, y no en poca medida, a la imagen de una cierta improvisación o desorden en la creación de Derecho penal el hecho de que la formulación de la circunstancia agravante varíe de precepto en precepto. En este sentido, de acuerdo con la formulación de las tipicidades se pueden apreciar cuatro grupos de conductas.

El primero es el de los delitos que están agravados porque se dirigen contra una *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*. Aquí nos encontramos con las figuras delictivas relativas a la violencia doméstica: las lesiones, el maltrato leve sin lesión, las amenazas leves y las coacciones leves.

El segundo grupo corresponde a los delitos que contemplan tres baremos específicos para determinar si el sujeto pasivo es una *persona especialmente vulnerable*, como es el caso del homicidio y del asesinato, o bien si es una víctima en una *situación de especial vulnerabilidad*, justo como sucede en el acoso sexual. Los factores que figuran en ambos delitos son *la edad, la enfermedad y la discapacidad*.

el acoso *cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación*. Por su parte, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, dedicó su Título IV a las medidas de tutela penal contra la violencia de género, entre las que se contaba incrementar la respuesta penal señalada para los delitos de lesiones cualificadas (art. 148.5^a), lesiones leves o maltrato sin lesión (art. 153.1 CP), amenazas leves (art. 171.4^o CP) y coacciones leves (art. 172.2 CP) *cuando la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*. Con todo, en el Preámbulo de la norma sólo se mencionaba la cualificación de tales delitos en el caso de que fueran perpetrados contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. A su vez, la LO 8/2021, de 4 de junio, estableció que una de sus finalidades consistía en “garantizar la especial atención a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en *situación de especial vulnerabilidad*”, y recogía esta expresión en no pocas partes de su articulado. En lo que respecta al Código penal, esta ley agravaba la responsabilidad de los delitos de agresiones sexuales (art. 180.1.3^o CP), abusos sexuales (art. 183.4.a CP), inducción a la prostitución de menores de edad (art. 188.3.a CP) y diversas conductas relativas a la pornografía infantil (art. 189.2.c CP). Sin embargo, el Preámbulo únicamente se menciona la *vulnerabilidad victimal* a efectos de dar cuenta de que el testimonio de menores de 14 años, precisamente, en atención a su *especial vulnerabilidad*, pasaba a encuadrarse en la técnica de la prueba preconstituida. Finalmente, el Preámbulo de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y el de la LO 1/2019, de 20 de febrero, no hacen ninguna alusión a la *especial vulnerabilidad* de la víctima.

El tercer grupo comprende a los tipos en los que la *situación de especial vulnerabilidad* se determina con arreglo a los tres factores arriba mencionados, pero incluyen una cláusula — la frase *cualquier otra circunstancia*— que habilita a considerar otros elementos de juicio. Esto es lo que se constata en delito de acoso, las agresiones sexuales a mayores de 16 años o a menores de esa edad y, por último, en la inducción a la prostitución de menores de edad.

Finalmente, el cuarto grupo es el más numeroso y abarca los tipos que combinan algunos de los baremos que aparecen en los dos primeros grupos con otros factores, sin perjuicio de nuevas cláusulas abiertas. Me refiero a los delitos de tráfico de órganos —*víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación*—, trata de seres humanos —*víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal*—, explotación sexual de mayores de edad —*víctima que se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica*—, pornografía infantil —*personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia*— y, por último, a los delitos farmacológicos —*personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado*—.

Es difícil encontrar una razón de peso que explique, con carácter general, la ausencia de una mínima homogeneidad en la formulación típica de la circunstancia que cualifica todos estos delitos. En relación con este problema, se pueden formular tres observaciones críticas.

El uso de una correcta técnica legislativa exige atender los requerimientos que provienen del principio de taxatividad y, desde este punto de vista, considero que la opción más cuidada en el plano técnico hubiese sido que todos estos tipos contaran con pautas para valorar la existencia de una *especial vulnerabilidad* en la víctima. Con todo, pasando a la primera observación, en el primero de estos grupos —los delitos relativos a la violencia doméstica-, sencillamente, el legislador ha guardado silencio sobre las circunstancias que harían a una persona un ser *especialmente vulnerable*¹¹. De ahí que comparta la dura crítica que ÁLVAREZ GARCÍA formula contra la defectuosa factura

¹¹ MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad...”, cit., p. 32.

de estos tipos: “Las Cortes españolas son absolutamente incapaces de legislar correctamente —afirma— al menos en materia penal, de lo que hay abundantes ejemplos; en este caso particular [se refiere al art. 148.5º CP], carece de sentido que la misma cláusula se represente en el Código de muy distintas maneras, pues solo puede dar lugar a confusión en medio de dificultades hermenéuticas”¹².

En los otros tres grupos de delitos, me parece que *la edad, la enfermedad y la discapacidad* pueden fungir como “criterios básicos” que sí ofrecerían, a pesar de las dudas interpretativas que en ocasiones suscitan, un cierto margen de seguridad jurídica. Lamentablemente, y esta es la segunda observación, creo que se podría haber realizado un mayor esfuerzo para concretar otros baremos. Me refiero, en especial, al caso del término *situación*, con el que termina la lista de los criterios de *vulnerabilidad* en el delito de tráfico de órganos. No parece necesario realizar un gran esfuerzo argumentativo para fundamentar que, salvo mejor opinión, teniendo en cuenta la amplitud de la modalidad básica de tráfico de órganos¹³, el mayor castigo fundado en que

¹² ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Lesiones (I)”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, J. F. y VENTURA PÜSCHEL, A.: *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 2021, p. 1090.

¹³ Art. 156 bis CP:

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

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

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

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

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

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

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

la víctima sea *vulnerable por razón de su situación* no está adecuadamente delimitado.

En mi opinión, en todos los tipos que aquí interesan lo que se debería castigar con mayor rigor sería el hecho de perpetrar un delito contra alguien que está (debido a determinadas razones) en una *situación que le provoca una especial vulnerabilidad*. El conocimiento judicial de estas conductas requiere, pues, que se valore si una persona adolecía de una mayor vulnerabilidad a causa de alguna *circunstancia* en particular (edad, enfermedad, discapacidad, estrechez económica, etc.).

De ahí que, tratándose del delito arriba citado, el legislador no habría cumplido con proporcionar un criterio concreto para interpretar el supuesto de hecho: la antijuricidad material exige saber *qué situación* sería indicativa de una mayor *vulnerabilidad victimal* en el tráfico de órganos. Pero, el Consejo General del Poder Judicial y la doctrina mayoritaria tiene una opinión diferente a la que acabo de exponer. La argumentación se podría reconstruir de la siguiente manera: en resumen, se entiende que el criterio de *situación personal*, que se recoge en como supuesto agravado en el delito de trata de seres humanos, alude tanto a factores de orden particular (*edad, discapacidad, enfermedad, etc.*) como fuentes de la *especial vulnerabilidad*. Y, siguiendo un razonamiento *a contrario*, con la *situación*, que se usa en un tipo agravado del tráfico de órganos, se englobarían factores personales, familiares, sociales y económicos que produjeran la *especial vulnerabilidad*.¹⁴

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

¹⁴ En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del Código penal de 2013, que con posterioridad se plasmaría en la LO 1/2015, de 30 de marzo, se señaló que, en el tipo cualificado del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis 4.b CP), se pretendía sustituir el vocablo *situación* por la frase *situación personal*. Al respecto, la crítica del Consejo fue la siguiente: “Finalmente, se concreta que la situación que conduce a la víctima a una situación de especial vulnerabilidad, es la *situación personal*, lo que consideramos demasiado restrictivo pues la realidad pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de víctimas del delito de trata por otras situaciones, como por ejemplo la familiar, social o económica”. Sobre la postura de la doctrina al respecto, vid., entre otras, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Art. 177 bis”, en: QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: *Comentarios al Código penal español*, 7.º ed. 2016, t. 1, Thomson Reuters Aranzadi, p. 1260.

Ahora bien, si se asumiera que la palabra *situación* podría ser lo suficientemente expresiva del núcleo de un tipo agravado como los que aquí interesan, sería obligado precisar un “criterio básico” de los que se echan en falta. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, lo más aconsejable sería utilizar exclusivamente, en tanto esto fuera posible en el plano sistemático y en el valorativo¹⁵, los dos siguientes “criterios”: la *situación personal* o bien la *situación familiar o económica*. Probablemente la mayoría de las hipótesis que la praxis judicial ha identificado se podrían reconducir a estos dos supuestos.

Si el problema al que acabo de referirme era ya una muestra elocuente de una cuestionable técnica legislativa, la tercera (y última) observación crítica entra de lleno en esta cuestión: la creación de los tipos cualificados por la *vulnerabilidad victimal* se ha efectuado obviando valorar si propiciaban problemas de coordinación normativa que, en algún supuesto en particular, ocasiona más que dudas sobre la racionalidad jurídico-formal de la norma penal.

Respecto a los problemas de coordinación (o, si prefiere, de falta de la misma) hay que mencionar al que subyace en los tipos relativos a la violencia doméstica. Como explica MOYA GUILLEM, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, introdujo la agravación específica de cometer el delito contra una *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor* en los arts. 148.5 CP, 153.1, 171.4 y 172.2 CP. Con todo, a pesar de que todas estas cualificaciones fueron creadas al mismo tiempo y de que, en principio, tenían la misma orientación político-criminal, la primera de estas normas hoy tiene un ámbito de aplicación subjetivo mucho más reducido que las otras tres disposiciones

¹⁵ Una propuesta como la que haré acto seguido requeriría revisar al completo el sistema de agravaciones relativas a la *especial vulnerabilidad de la víctima*, toda vez que habría que reflexionar sobre su fundamento y su alcance en relación con la aplicación de determinadas circunstancias agravantes genéricas —como, por ejemplo, la alevosía (y, en este contexto, el encaje de la alevosía por desvalimiento en el art. 22.1 CP) y el abuso de superioridad—, y la interpretación de otros supuestos específicos e cualificación que en determinados delitos —así, ser menor de 16 años (art. 140.1.1^a y 138.2 CP— coexisten con la sobreprotección a la víctima.

penales¹⁶. Este desajuste se puede explicar en la estrechez de miras del legislador al diseñar las reformas de 2004, 2015 y de 2021, con las que fue acortando, desde el momento de su creación, la proyección del art. 148.5° CP hasta encajonarlo en sus fronteras actuales,¹⁷ que están desacompañadas en comparación con las de las otras figuras de violencia doméstica que cualifican los ataques contra las personas de mayor *vulnerabilidad*.

Por otra parte, como se sabe, la reforma penal realizada a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, añadió dos apartados al art. 140 CP, y en el primero —en concreto, en la primera circunstancia del mismo— alojó un subtipo cualificado de asesinato, que incluye, entre otras hipótesis, dar muerte a una víctima que sea una *persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*. La reforma de 2015 dispuso que esta agravación también operase, en virtud de la remisión que realiza el nuevo inciso 2.º del art. 138 CP al art. 140.1.1ª CP, en el delito de homicidio doloso. Pues bien, dejando de lado que la modificación del asesinato y del homicidio fue, desde su inclusión en el Proyecto de reforma de 2012 hasta su aprobación tres

¹⁶ La cuestión reside en que una interpretación sistemática del inciso 5º del art. 148 CP con los incisos 3º (*Si la víctima fuere menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección*) y 4º (*Si la víctima fuere o hubiere sido la esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*), arroja como resultado el siguiente ámbito de aplicación subjetivo: de un lado, las lesiones entre parejas homosexuales o bien entre parejas donde sea la mujer la autora del delito y el hombre la víctima y, de otro lado, las lesiones cometidas sobre los miembros del ámbito familiar recogidos en el art. 173.2 CP que no sean menores de 14 años y tampoco personas con discapacidad del segundo párrafo del 25 Cp. Por el contrario, los arts. 153.1 CP, 171.4 y 172.2 CP tienen como sujetos pasivos, en sus respectivos casos, a personas con discapacidad, enfermos, menores de cualquier edad, ancianos y otros miembros especialmente vulnerables de la unidad familiar, siempre que no sean pareja o expareja mujer del agresor [MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad...”, cit. p. 33].

¹⁷ La propia LO 1/2004, introdujo en el inciso 3º a los menores de 12 años como sujetos pasivos y, con posterioridad, la LO 8/2021, de 4 de junio, elevó este rango de edad hasta la actual franja de 14 años. Por su parte, la LO 1/2015, de 30 de marzo, añadió en inciso 3º a los sujetos *con discapacidad necesitada de especial protección*.

años después, una burda muestra de populismo punitivo¹⁸, el caso es que no despejó un problema preexistente que, a la postre, enturbiaría la determinación de su ámbito de aplicación. Así, con anterioridad a la reforma de 2015, los supuestos de asesinato con *especial vulnerabilidad de la víctima* ya venían siendo subsumidos en el delito de asesinato con alevosía (art. 139.1 CP), concretamente, dentro de la construcción jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento, que se apreciaba de forma automática —y con un discutible encaje en el art. 21.1 CP¹⁹— cuando el delito se cometía contra “seres constitucionalmente indefensos”.²⁰ Con este precedente, la eventual continuidad de

¹⁸ La doctrina manifestó un rotundo rechazo a la reforma porque, en lo fundamental, apuntaba a que el asesinato y el homicidio se convirtieran, junto con otros delitos, en el grupo de conductas que, en atención a su gravedad, justificaran ante la opinión pública la creación de la prisión permanente revisable. A propósito del citado Proyecto de reforma del Código penal, PEÑARANDA RAMOS sostuvo que la modificación del art. 140 CP venía “determinada por una decisión previa: la de establecer en nuestro Derecho la pena de cadena perpetua (eufemísticamente denominada “prisión permanente revisable”) y dotarle de un propio campo de aplicación. Por lo tanto, la regulación propuesta tendría ya que decaer por el motivo de que dicha pena [...] resulta innecesaria, inadecuada e ilegítima en nuestro Ordenamiento jurídico” [“Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis CP”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013 Tirant lo Blanch, 2013, p. 489]. Sobre los cuestionamientos a la prisión permanente revisable en el Proyecto de reforma de 2012 desde el punto de vista del principio de proporcionalidad en sentido amplio, por todos, vid. JUANATEY DORADO, C.: “Una «moderna barbarie»: la prisión permanente revisable”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 20, 2013, *passim*.

¹⁹ Vid., por ejemplo, vid. CÓRDOBA RODA, J.: “Art. 22.1”, en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M.: *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, 2011, p. 275. El legislador penal de 2015 no pudo alegar que el problema de la alevosía por desvalimiento era irrelevante o, cuanto menos, relativamente reciente. Al contrario, esta cuestión ya se discutía en relación el art. 10.1ª del Código penal anterior (actual art. 22.1 Cp). Vid., con referencias doctrinales, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Universidad Complutense, 1979, pp. 91-92.

²⁰ MORALES PRATS, F.: “Art. 138”, en: QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F.: *Comentarios al Código penal español*, 7.º ed., cit., p. 962. Ahora bien, este autor marca un claro límite entre la doctrina jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento en el asesinato de la tesis adoptada por una parte de la doctri-

esta línea de interpretación jurisprudencial resultaba irreconciliable, según un sector de la doctrina, con la aplicación de la nueva agravación específica relativa a la *especial vulnerabilidad* (e, incluso, la de la minoría de 16 años), a no ser que se incurriera en un *bis in idem*²¹. Para terminar con este caso: el peligro de un *bis in idem* se hizo realidad en diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo²² que, sin perjuicio de que puedan tacharse en general como un apartamiento del principio de legalidad²³, ponen de relieve que el tipo cualificado

na, según la cual, sí se “verificaba la concurrencia de la alevosía fundamentada en la identificación de un mayor desvalor de acción de la conducta (incremento de la peligrosidad objetiva «ex ante» de la conducta), siempre que en cada caso se cumplieran los parámetros de la referida alevosía; esto es, que la causación de la muerte a un menor o un discapacitado se produjera de manera tal que las condiciones de indefensión del sujeto pasivo fueran buscadas de propósito para asegurar el resultado sin riesgo para el autor”. En este sentido, por ejemplo, vid. JUANATEY DORADO, C.: “Asesinato”, en BOIX REIG, J.: *Derecho penal. Parte especial*, vol. 1, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal), 2.ª ed., Iustel, 2016, pp. 49-50.

²¹ ÁLVAREZ GARCÍA, J. F. “Asesinato”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, J. F./ VENTURA PÜSCHEL, A.: *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 2021, p. 223. Del mismo parecer, en especial, MUÑOZ RUIZ, J.: “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVA, L.: *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, pp. 355-356, CUENCA GARCÍA, M.ª J.: “Problemas interpretativos y de «non bis in idem» suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 118, 2016, p. 116; y, con matices interesantes, vid. PEÑARANDA RAMOS, E.: “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal”, *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13, 2017, pp. 18-21.

²² Entre otras, vid. SSTS 701/2020, de 16 de diciembre, FJ 2 y 678/2020 de 11 diciembre, FJ 2.

²³ La controversia sobre la configuración de un *bis in idem* en la interpretación del art. 140.1.1.ª CP se incrementó debido a la existencia de otros pronunciamientos en los que, a diferencia de los que acabo de citar, la calificación de un hecho como asesinato con alevosía por desvalimiento se consideraba incompatible con el tipo arriba mencionado. En este estado de cosas, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha acordado a través de la Sentencia 585/2022, de 14 de junio, por mayoría de 12 votos frente a 4, confirmar la jurisprudencia de la Sala que hace compatible la prisión permanente revisable con la muerte alevosa de una persona especialmente vulnerable. La discusión que comenzó con la reforma de los delitos de asesinato y de homicidio no está cerrada ni con mucho.

del art. 140.1.1^a CP no respeta un canon básico de la *racionalidad jurídico-formal* de una ley: las dudas que suscita la determinación de su ámbito de aplicación erosionan la seguridad jurídica como valor esencial del Derecho²⁴. Este tipo es, en mi opinión, un ejemplo de la “crisis de racionalidad” que aqueja al Derecho penal²⁵.

Llegado a este punto, y como paso previo a la cuestión del fundamento en el siguiente apartado de este trabajo, es obligado hacer un balance de la realidad normativa a la que me vengo refiriendo.

En aplicación de sucesivas modificaciones al Código penal se produjo un incremento notable de los tipos cualificados por la *vulnerabilidad victimal*, tanto en lo que respecta al número de figuras delictivas —desde los 2 supuestos iniciales hasta los 16 actuales— como en lo que atañe a los bienes jurídicos protegidos —a la libertad sexual se han sumado nuevos intereses individuales (vida independiente, salud, libertad y dignidad) y uno colectivo (salud pública)—. Desde este último punto de vista, no puede hablarse de un sector o de una familia de delitos según las definiciones al uso; pero, en todos ellos hay una referencia expresa a la idea de una superior *vulnerabilidad* del sujeto pasivo del delito, en el sentido de que está en un tal estado (*situación de especial vulnerabilidad*) o de que es individuo que tiene esa condición (*persona o víctima especialmente vulnerable*). Con independencia de que una legislación racional debería aspirar a dotarse de una cierta homogeneidad en la formulación de elementos típicos comunes

²⁴ La *racionalidad jurídico-formal* de una ley depende, esencialmente, de que se inserte de forma sistemática en un ordenamiento jurídico, pues de esta manera el Derecho se configura —afirma ATIENZA— “como un mecanismo de previsión de la conducta humana y de sus consecuencias, es decir, como un sistema de seguridad”. [Vid. *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, 1997pp. 27, 32 y 33].

²⁵ La crisis de falta de racionalidad se manifiesta, según NIETO MARTÍN, en la «pérdida de calidad de la ley en todas sus dimensiones, desde la renuncia a la eficacia, a través de fenómenos como la legislación simbólica, hasta la presencia de niveles ínfimos de calidad técnico formal o de una legislación motorizada, que termina con uno de los valores inherentes a la racionalidad legislativa como es el de seguridad jurídica» [“Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental”, en: BECERRA MUÑOZ, J/ NIETO MARTÍN, A. (Dir.): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016, p. 407].

a varios delitos²⁶, las diferencias que, al respecto, puedan extraerse de una interpretación gramatical no parecen ser muy relevantes. En cambio, sí es un ejemplo de la técnica de tipificación utilizada el hecho de que estos tipos cualificados no siempre recojan, o no lo hagan con precisión, los criterios que deberían ser indicativos, en cada caso, de la tantas veces mentada *vulnerabilidad victimal*. Este es un grave problema de legalidad que, unido a los desajustes en la coordinación legislativa (que alcanzan la irracionalidad legislativa), ponen de manifiesto la falta de cuidado del legislador penal.

Pues bien, en atención a esta visión panorámica, ¿se puede afirmar que existe algo más que una cierta afinidad entre la proliferación de estos tipos y las facetas más punitivistas y populistas de la *expansión* del Derecho penal? La respuesta que aquí podría dar tiene un carácter preliminar, ya que ni la ampliación es un fenómeno homogéneo en su

²⁶ A propósito de la modificación del art. 172 ter 1.4º CP, en el sentido de que sustituye la expresión *persona especialmente vulnerable* por la de *víctima en una situación de especial vulnerabilidad* [vid. *supra* nota 14], DE LA MATA BARRANCO afirmó: “lo que importa no es la condición, sino el momento concreto de vulnerabilidad, añadiéndose [se refiere a la LO 10/2022, de 6 de septiembre, que llevó a cabo esta reforma] a las causas de edad y enfermedad las de *discapacidad o cualquier otra*.” En cualquier caso, el autor subraya “la necesidad de unificar en los distintos preceptos del Código las situaciones diferenciales necesitadas de especial tutela. **No tiene sentido seguir utilizando, como hace el Código, sesenta expresiones diferentes** y, en este contexto, aludirse, en distintos ámbitos, a la tutela de la *discapacidad necesitada de especial protección, la especial vulnerabilidad, la vulnerabilidad, la vulnerabilidad por razón de situación, la vulnerabilidad por razón de otros estados, la vulnerabilidad por situación personal, la especial vulnerabilidad por cualquier circunstancia*”. Aquí, *situación de especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad, discapacidad o cualquier otra*, sin especificarse, como sí se hace en otros lugares del Código, vulnerabilidad por situación personal, por estado gestacional, por trastorno mental, por disminución psíquica, etc. Y, por otra parte, por ejemplo, en relación con la “especial vulnerabilidad por razón de discapacidad de este artículo 172 ter”, se antoja también difícil diferenciarla de las expresiones “discapacidad”, “discapacidad necesitada de especial protección” o “vulnerabilidad por discapacidad” utilizadas en otros preceptos. Confusión y ausencia de uniformidad lingüística” [“Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual”, en Blog *Almacén de Derecho* el 13.10.2022. Accesible en: <https://almacendederecho.org/aspectos-penales-de-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-i>]. Las letras cursivas pertenecen al texto citado.

interior²⁷ y tampoco puedo realizar un estudio de los delitos comentados²⁸. Hechas estas precisiones, mi respuesta es esta: creo que la particular ampliación de las normas penales que atienden a la *vulnerabilidad victimal* siguen la estela del fenómeno de la *expansión*, pero no llegan a identificarse con sus aspectos más denostados.

En primer lugar, ya desde el inicio de este trabajo llamé la atención sobre que el hecho de que esta legislación contempla la pena de prisión permanente revisable, en concreto, el tipo cualificado de asesinato (art. 140.1.1^a CP). Desborda los límites este trabajo dar cuenta de las razones por las que esta pena viola los principios de propor-

²⁷ GRACIA MARTÍN sostiene que, en una primera aproximación, el “Derecho penal moderno se nos muestra como un fenómeno *cuantitativo* que tiene lugar y se desarrolla inicial y principalmente en la Parte especial”, pero, “no es completamente homogéneo en sus contenidos”. Y, sin perjuicio de que el propio Código penal de 1995 es un “modelo ejemplar de Derecho penal moderno”, este tiene manifestaciones particulares que van desde el Derecho penal de la empresa hasta el Derecho penal del enemigo, pasando por el Derecho penal de la globalización y el Derecho penal de los Estados miembros de la Unión Europea [*Prolegómenos para la lucha por la modernización...*, cit., pp. 59-60]. Para una exposición analítica de la *expansión* del Derecho penal en un sentido extensivo y en otro intensivo (que incluye una *intensificación* en más de un sentido), vid. SILVA SÁNCHEZ, J.-M.º/ FELIP I SABORIT, D./ ROBLES PLANAS, R./ PASTOR MUÑOZ, N.: “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en: DA AGRA, C./ DOMÍNGUEZ, J. L./ GARCÍA AMADO, J. A./ HEBBERECHT, P./ RECASENS, A.: *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, 2003, pp. 113-114.

²⁸ A este respecto, además de las referencias que se pueden encontrar en los estudios de la Parte especial del Código penal, hay pocos trabajos que aborden el tema de manera global. Una primera aproximación en este sentido puede verse en MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad...”, cit., p. 30 y ss. Igualmente, hay trabajos que abordan el tema de manera sectorial y con profundidad. Por ejemplo, en el ámbito de la violencia de género, vid. SIERRA LÓPEZ, M. V., «La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada», en NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2009, *passim*. Además de la *vulnerabilidad victimal* en la violencia de género, también en la violencia doméstica, vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L./ PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M.º/ AGUILAR CÁRCELES, M. M.º: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, pp. 513-624. También, por todos, en el ámbito de la trata, VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Víctimas de trata de seres humanos: su tutela a la luz de las reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, en: *Indret*, núm. 2, 2014, *passim*.

cionalidad en sentido amplio, humanidad de las penas y el mandato de resocialización²⁹. Y tampoco corresponde justificar por qué opino que no son sólidos los motivos que alegó el Tribunal Constitucional para validar la constitucionalidad de esta pena³⁰. Me limito a señalar que la regulación de esta pena por mandato de la LO 1/2015, de 30 de marzo, significa materialmente la reintroducción de la prisión de por vida en el Derecho penal español³¹. En esta medida, es un claro ejemplo de punitivismo, entendiendo como tal al conjunto de “procesos de criminalización a la «vieja usanza», es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión”, incluyendo, naturalmente, el “endurecimiento de las normas ya existentes”. Es expresión, pues, de la consideración del “incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal”.³² Y las mismas críticas se pueden trasladar a la pena prevista para el tipo cualificado del delito de homicidio doloso, en la medida que la pena agravada representa, en relación con la prevista en el tipo básico, un salto cuantitativo injustificado³³.

Con todo, el resto de las normas penales vinculadas a la *vulnerabilidad victimal* no siguen un criterio penológico uniforme o que, por lo menos, insinúe algunas semejanzas que las aproximen a la lógica del punitivismo. En este sentido, a modo de ejemplo, en dos delitos

²⁹ Vid., por todos, ARROYO ZAPATERO, L. A./ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ PÉREZ MANZANO, M./ RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016, *passim*.

³⁰ Demostrando que el Tribunal Constitucional pudo adoptar una interpretación diametralmente opuesta a la que plasmó en la STC 169/2021, de 6 de octubre de 2021, vid., con buenos argumentos, ATIENZA, M./ JUANATEY DORADO, C.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, en *Diario La Ley*, núm. 10017, 2022, *passim*.

³¹ Como explican GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “desde el Código penal de 1870, ninguno de los posteriores, incluidos los vigentes durante las dictaduras de Primo de Rivera y del General Franco, preveía una pena de estas características” [“Las penas privativas de libertad”, en: de los mismos autores, *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, 2018, p. 79]

³² CANCIO MELIÁ, M.: “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en CANCIO MELIÁ, M./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, 2006, p. 350.

³³ Vid. supra nota 3.

se contempla la aplicación de la pena superior en grado a la señalada en la modalidad básica, pero, a pesar de que el incremento sea discutible, esta respuesta penal está prevista para fenómenos delictivos que han ido adquiriendo una particular gravedad³⁴. En otros casos, la creación de los propios tipos agravados podría ser indicativa de una deriva punitivista, pero no es menos cierto que las penas previstas no se han incrementado y tampoco se ha intensificado³⁵. El caso de los delitos contra la libertad sexual requiere una atención mucho más detallada de la que podría dedicarle aquí: la profunda modificación del injusto y la denominación de las conductas típicas —la desaparición de los abusos sexuales y la generalización de las agresiones sexuales para abarcar los ataques contra la libertad sexual— ha dado paso, de

³⁴ La LO 5/2010, de 22 de junio, creó el delito de trata de seres humanos y lo reguló en el art. 177 bis Cp. En cuanto a la *vulnerabilidad victimal*, esta quedó tipificada en el apartado 4.c —*víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación*—, quedando castigada con la pena superior en grado a la del tipo básico, es decir, la de prisión de ocho años y un día hasta los doce años. Con posterioridad, la reforma de 2015 efectuó dos cambios relevantes. Aquí destacaré que añadió al supuesto agravado tres *situaciones* concretas: estado gestacional, la minoría de edad y el carácter personal de la *situación*. La figura cualificada, además, cambió de lugar, ya que pasó a ubicarse en el apartado 4b del art. 177 bis Cp. La reforma de 2015 no incrementó la pena abstracta de la modalidad básica y tampoco la de la agravada. Por su parte, LO 1/2019, de 20 de febrero, modificó el delito de tráfico de órganos, añadiendo al art. 156 bis un nuevo inciso 4, cuyo literal b) tipifica la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación. La pena prevista es la superior en grado a la del tipo básico, de modo que el castigo agravado es la pena de prisión de doce años y un día a dieciocho años (tratándose del órgano de una persona viva), o la de prisión de seis años y un día a nueve años (tratándose del órgano de una persona fallecida).

³⁵ Por mandato de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, se introdujeron *ex novo* los tipos agravados de maltrato sin lesión, amenazas leves y coacciones leves cuando la víctima fuera una *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor* (arts. 153.1, 171.4 y 172.2 Cp). Desde su creación hasta la fecha, estas conductas están castigadas, de modo alternativo, con la pena de prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años. La misma norma introdujo un nuevo apartado 5 del art. 148 Cp y para tipificar la misma agravante, pero con una penalidad mayor, que era la que ya se contemplaba para las demás modalidades previstas en el art. 148 Cp: pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o al riesgo producido.

forma obligada, a la reordenación del sistema de sanciones a fin de mantener una coherencia valorativa interna³⁶.

En segundo lugar, los tipos cualificados por la *vulnerabilidad victimal* siguen, como decía, la estela de la *expansión* en la medida que son el resultado de una “inflación legislativa”. Igualmente, tiene en común que la creación de estas normas acusa defectos formales y errores técnicos³⁷ que, a su vez, son reveladores de la pérdida de influencia de la opinión de los “expertos” en la creación del Derecho³⁸.

Sin perjuicio de señalar que hay otros rasgos que podrían mejorar la comprensión de estos delitos agravados —es relevante, por ejemplo, que el legislador justifique determinadas agravaciones en el cumplimiento de compromisos internacionales—³⁹, corresponde ahora

³⁶ Según QUINTERO OLIVARES, al “suprimirse la diferencia entre abuso y agresión se consideró, con cierta razón, por los promotores de la reforma que era preciso aumentar las distancias entre penas mínimas y máximas para que los Tribunales pudieran ajustar el fallo a las circunstancias del caso, en todo caso calificado como agresión” Vid. “La retroactividad y los delitos contra la libertad sexual: crónica de un desatino”, publicado en el Blog *Almacén de Derecho* el 27.11.2022. Accesible en: <https://almacendederecho.org/la-retroactividad-y-los-delitos-contra-la-libertad-sexual-cronica-de-un-desatino>.

³⁷ Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, 2016, p. 22 y ss., ocupándose en particular del fenómeno de la *expansión del Derecho penal*.

³⁸ En estos fenómenos criminalizadores, los “conocimientos y opiniones de los expertos se han desacreditado”, sostiene DÍEZ RIPOLLÉS, de modo que “sus disquisiciones han dejado de ser, no ya sólo comprensibles, sino dignas de comprensión para influyentes sectores sociales” [“El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *cit.* pp. 03:10-03:11]

³⁹ En este sentido, respecto del delito de trata de seres humanos, DE VICENTE MARTÍNEZ sostiene que el art. 177 bis 4.b Cp recoge los subtipos agravados contemplados en el art. 3 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), y en el art. 24 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, celebrado en Varsovia el 16 de mayo de 2005. [“Artículo 177 bis”, en: GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-123*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 468]. Un sector de la doctrina matiza la lectura anterior, al menos, en lo que se refiere a la interpretación de la vulnerabilidad que es objeto de castigo reforzado, ya que el citado art. 3 de la Decisión Marco establece que: “Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines

abordar la cuestión del fundamento de la cualificación de determinados delitos por la *mayor vulnerabilidad* de los sujetos pasivos.

III. ¿POR QUÉ SE HA PROPORCIONADO UNA TUTELA REFORZADA A DETERMINADAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES? ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En el apartado anterior me ocupé del primer objetivo de este trabajo. Sobre la base de los principales rasgos de la legislación penal relativa a la *vulnerabilidad victimal*, concluía que las agravaciones por los motivos indicativos de esta *situación*, a pesar de que replicaban ciertos rasgos de las facetas punitivistas e irracionales de la *expansión* del Derecho penal, no representaban una escalada sancionadora cuestionable en su conjunto. Esta afirmación, sin embargo, no puede ser una razón que convierta en aceptable la decisión del legislador de emprender más de una reforma para disponer la sobreprotección penal a determinados sujetos pasivos. Por este motivo, pasando al segundo y último objetivo, ahora corresponde ver cómo podría elaborarse, al menos en principio, una justificación *global* para la ampliación de estas agravaciones.

A estos efectos, creo que resultaría útil proceder a discriminar, por un lado, entre las razones que llevan a pensar que, sin perjuicio de las

de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía”. Así, en realidad, la configuración actual del art. 177 bis 4.b Cp se aproxima más a lo previsto en la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I: “Trata de seres humanos”, en: MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2016, 2.º ed., Dykinson, p. 224; POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, J. F./ VENTURA PÜSCHEL, A.: *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 1090. Sobre el Derecho internacional y el Derecho comparado, con detalle, vid. MOYA GUILLEM, C. *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 73-105 y CARRASCO ANDRINO, M.ª M.: *El comercio de órganos humanos para trasplante. Análisis penal*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 33-62.

dudas sobre su necesidad y oportunidad, la cualificación de un delito en especial es una opción político-criminal que está debidamente justificada y, por otro lado, que es lo que aquí interesa, los argumentos que fundamentarían el fenómeno del progresivo avance de la *vulnerabilidad victimal* hacia sectores de la legislación penal no la tenían en cuenta cuando se aprobó el Código penal en 1995.

En cuanto al primer grupo de argumentos, como adelanté al comienzo de estas páginas, al estudiar cada una de las figuras delictivas, la interpretación dominante es la de que la intervención penal reforzada se fundamenta en el mayor contenido de injusto derivado de las menores posibilidades de defensa de la víctima o del mayor riesgo para esta en la ejecución o, si se prefiere, en la mayor debilidad del bien jurídico perturbado, de donde se seguiría que son mayores las necesidades de protegerlo en situaciones en las que la comisión del delito resulta más fácil. Veamos algunos de estos planteamientos en este sentido. Así, en opinión de MUÑOZ RUIZ, la agravación del asesinato (y también la del homicidio) —cuando la víctima sea una *persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*— se sustenta en las “condiciones de inferioridad o de indefensión del sujeto pasivo que lo hacen especialmente vulnerable”⁴⁰. Por su parte, en opinión de POMARES CINTAS, la conducta punible de art. 177 bis 4.b CP alude a “factores personales idóneos para facilitar de modo extraordinario el sometimiento de la víctima al comportamiento de la Trata orientado a un destino explotador”, esto es, la “especial fragilidad de la víctima” que, al ser aprovechada por el autor, “fundamentaría adecuadamente la mayor peligrosidad del comportamiento de Trata, su mayor incidencia sobre la víctima”⁴¹. Y en el delito farmacológico, la razón de ser de la agravación radica en *a quién* se ofrece o se facilita los medicamentos o productos sanitarios a los que aluden los arts. 362, 362 bis o 362 ter, de modo que las *personas vulnerables en relación con el producto facilitado* (art. 362 quáter 2.ºb), según CORCOY BIDASOLO, deberían ser de “personas

⁴⁰ MUÑOZ RUIZ, J.: “Delitos contra la vida y la integridad física”, cit., p. 338. En rigor, esta autora hace suya la lectura que propuso GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Las lesiones”, en: MORILLAS CUEVA, L.: *Sistemas de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, 2011, p. 100, respecto al tipo del art. 148.3 Cp.

⁴¹ POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos”, cit., p. 1089.

enfermas o que sufren graves dolores y están dispuestas a aceptar cualquier solución que se les ofrezca”.⁴²

Bien miradas, cada una de las interpretaciones precedentes daría cuenta de la justificación de una agravación en particular, de modo que ninguna pretende por sí sola —y no sería aconsejable hacerlo— justificar el conjunto de figuras agravadas por el mismo motivo o, incluso, dar una explicación coherente a todas las decisiones político-criminales subyacentes en las reformas que se han realizado desde 1999 hasta 2022⁴³. A este último propósito tendrían encaminarse el segundo grupo de razones.

Sobre el particular, las dos siguientes lecturas expresan dos posicionamientos, al parecer, contrapuestos. De un lado, es sugerente la crítica que MATALLÍN EVANGELIO dirige contra la cualificación por la *especial vulnerabilidad* (relativa a la *edad, enfermedad o situación*) en el delito de hostigamiento del art. 172 ter CP. Esta agravante, que vino de la mano con la creación del delito en la reforma de 2015, fue tachada de innecesaria por dicha autora, toda vez que, en su opinión, la *vulnerabilidad* bien podía ser objeto de un mayor castigo en virtud del abuso de superioridad (art. 22.2 CP). Y, a modo de planteamiento general, MATALLÍN alega que estas víctimas “no se encuentran *necesitadas de especial protección*, por el juego de las agravantes genéricas del Código penal; redundante sobreprotección que genera una evidente confusión normativa altamente desaconsejable”.⁴⁴ Por el contrario, para TAMARIT SUMALLA, una “buena política legislativa debe estar atenta a los colectivos vulnerables, particularmente en la medida que se conciba la vulnerabilidad, desde un punto de vista victimológico, vinculada a la circunstancias presentes en ciertas víctimas que van asociadas a una mayor afectación en cuanto a los efectos

⁴² CORCOY BIDASOLO, M.: “Art. 362 quater”, en: CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1247-1248.

⁴³ Y lo mismo se podría decir respecto de las posturas que coinciden en que, en general, la mayor pena prevista para estos delitos se explica en atención al mayor reproche culpabilístico. Así, por ejemplo, MAGRO SERVET, V.: *Manual práctico sobre agravantes y subtipos agravados en el Código penal*, La Ley, 2022, p. 317.

⁴⁴ MATALLÍN EVANGELIO, Á.: “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./GORRIZ ROYO, E./MATALLÍN EVANGELIO, Á.: *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015. p. 588

de victimización, buscando una técnica legislativa adecuada para dar respuesta a las correspondientes necesidades de protección”.⁴⁵

Como decía, al parecer ambas interpretaciones son diametralmente opuestas, pero, desde mi punto de vista, se puede considerar que son complementarias a efectos de centrar la cuestión de fondo. Efectivamente, una política criminal racional (en el plano ético) tiene que guiarse por el principio de interés público⁴⁶ y, en esa medida, no puede estar de espaldas a la realidad de que existen colectivos vulnerables. Cuestión aparte es que no todas las víctimas demandan una “especial protección”, motivo por el cual es necesario clarificar *quiénes pueden ser víctimas* (no existe solo una)⁴⁷ y, además, *cuáles de ellas corren el peligro de nuevos procesos de victimización* y, finalmente, *cuáles serían los criterios (o circunstancias)* —no contemplados en las actuales circunstancias agravantes genéricas— *que desencadenan ese riesgo*. Este podría ser uno de los puntos de partida para valorar si las decisiones político-criminales que han tenido como resultado los actuales tipos cualificados, además de estudiar los diversos procesos de victimización⁴⁸, también respetaron los principios de taxatividad, subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto.

⁴⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M.^a: “De las lesiones”, en: QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.: *Comentarios al Código penal español*, 7.º ed., cit., p. 1038.

⁴⁶ Al respecto, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Racionalidad de las leyes penales*, Trotta, 2003, 144-145

⁴⁷ La dificultad de un tratamiento coherente en las referencias a la víctima se pone de manifiesto, por ejemplo, en los delitos contra la salud pública. Vid. SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., *Suplementos deportivos, dopaje y salud pública. Aspectos penales*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 85 y ss.

⁴⁸ Estos procesos consisten en un “entramado de complejos factores que interactúan y conforman, no sólo las secuelas que el propio suceso criminal pudieran suponer”, sino que, además, incluye “todos aquellos elementos que, como consecuencia de la acción ilícita o antisocial ejercida por un tercero, pudieran desprenderse” [MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M.^a/AGUILAR CÁRCELES, M. M.^a: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., p. 108].

IV. CONCLUSIONES

Entre otras, las principales ideas que pueden extraerse de las páginas anteriores son las siguientes:

1. El progresivo incremento de las conductas cualificadas por la *vulnerabilidad victimal* no ha respondido a un programa político-criminal claro. En realidad, estos tipos penales son el resultado de la acumulación de diversas reformas que, entre 1999 y 2022, habrían perseguido propósitos sectoriales asociados a la gestión de determinados fenómenos delictivos —así, la violencia doméstica o la violencia en el ámbito de la infancia o de la adolescencia— o, a la represión de algunos delitos —de forma significativa, la delincuencia grave de carácter sexual— en particular.

2. Los tipos penales relativos comentados no constituyen una familia de delitos —están diseminados en el Libro II del Código penal—, aunque tienen dos aspectos comunes. Uno, las posibilidades de defensa de los sujetos pasivos son muy reducidas, lo que, como elemento del tipo objetivo, significa que es una *persona o víctima especialmente vulnerable*, o bien que se encuentra en una *situación de especial vulnerabilidad*. Dos, al rasgo anterior se asocia una respuesta penal agravada. En este contexto sobresale el caso de la muerte de *persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*: el tipo hipercualificado de asesinato prevé para tal hecho la prisión permanente revisable (art. 140.1.1ª CP), y el tipo agravado de homicidio doloso contempla para la misma conducta (en virtud de la remisión interna del art. 138.2 CP) una pena de prisión próxima a la de la modalidad básica del asesinato. La respuesta penal exacerbada, unida a otros rasgos —que, en su conjunto estos tipos son una expresión de “inflación legislativa”; que reflejan la revalorización de las víctimas del delito; y que algunos adolecen de déficits de racionalidad legislativa— relevantes, permite situarlos en la estela del fenómeno de la *expansión* del Derecho penal. Pero, las críticas que se formulan al sesgo punitivista y populista que lastra parte de este proceso, no se pueden extrapolar de forma automática a todas las figuras agravadas por la *vulnerabilidad victimal*.

3. Los estudios que se han realizado sobre cada uno de estos revelan, según la interpretación doctrinal dominante, que el fundamento del reforzamiento de la sanción penal radicaría en el mayor contenido

de injusto. En este sentido, hay una suerte de coincidencia en que la cualificación de las modalidades básicas se justifica en atención a las menores posibilidades de defensa de la víctima, o bien en la mayor debilidad del bien jurídico perturbado, de donde se seguiría que son mayores las necesidades de protegerlo en situaciones en las que la comisión del delito resulta más fácil. A propósito de esta lectura, es importante aclarar que, en mi opinión, no puede servir como argumento de peso para fundamentar todas las decisiones político-criminales que motivaron las reformas que se llevaron a cabo en el lapso arriba indicado. Pretender lo contrario equivaldría a dar por buena la idea de que el legislador penal ha venido desarrollando un conjunto de modificaciones siguiendo el dictado de una política criminal racional. Y esto no es así.

4. La revisión de la política criminal que se ha seguido en materia de *vulnerabilidad victimal* constituye uno de los problemas que merecen una mayor atención, máxime si no es aventurado presumir que seguirá incrementándose el número de figuras delictivas que pretendan recoger las particularidades de esta realidad. A tal efecto, una forma de aproximarse al problema de fondo sería dar cuenta, entre otras, de tres cuestiones: *i) ¿quiénes pueden ser víctimas vulnerables* (no existe solo una)?; *ii) ¿quiénes, además de haber sido victimizadas, corren el peligro de nuevos procesos de victimización?* y, finalmente, *iii) ¿cuáles serían los criterios* (o *situaciones*) —no contemplados en las actuales circunstancias agravantes genéricas— *que desencadenan ese riesgo?*. Estas interrogantes podrían servir de guía para valorar si las decisiones político-criminales que se han tomado hasta ahora, además de estudiar los diversos procesos de victimización, también respetaron los principios de taxatividad, subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, J. F.: “Asesinato”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, J. F./ VENTURA PÜSCHEL, A., *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, 2021, pp. 167-244
- ÁLVAREZ GARCÍA, J. F.: “Lesiones (I)”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, J. F./ VENTURA PÜSCHEL, A., *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, 2021, pp. 361-440.

- ARROYO ZAPATERO, L. A./ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ PÉREZ MANZADO, M./ RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *Contra la cadena perpetua*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016
- ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, 1997
- ATIENZA, M./ JUANATEY DORADO, C.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable”, en *Diario La Ley*, núm. 10017, 2022, pp. 1-7
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: “Trata de seres humanos”, en MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2016, 2.º ed., Dykinson, pp. 207-228.
- CANCIO MELIÁ, M.: “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en CANCIO MELIÁ, M./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, 2006, pp. 341-385.
- CARRASCO ANDRINO, M.ª M.: *El comercio de órganos humanos para trasplante. Análisis penal*, Tirant lo Blanch, 2015
- CÓRDOBA RODA, J.: “Art. 22.1” y “Art. 22.2”, en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código penal. Parte general*, Marcial Pons, 2011, pp. 267-277.
- CORCOY BIDASOLO, M.: “Art. 362 quáter”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1247-1248
- CUENCA GARCÍA, M.ª J.: “Problemas interpretativos y de «non bis in idem» suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 118, 2016, pp. 115-150.
- DE LA MATA BARRANCO, N.: “Aspectos penales de la nueva Ley de garantía integral de la libertad sexual”, publicado en el Blog *Almacén de Derecho* el 13.10.2022. Accesible en: <https://almacenederecho.org/aspectos-penales-de-la-nueva-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual-i>
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Artículo 177 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II. Los delitos contra las personas. Artículos 138-123*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 463-469.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, pp. 03:1-03:34
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Racionalidad de las leyes penales*, Trotta, 2003
- GIL GIL, A./ LACRUZ LÓPEZ, J. M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, 2018
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Universidad Complutense, 1979.

- GRACIA MARTÍN, L.: *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, 2003.
- JUANATEY DORADO, C.: “Una «moderna barbarie»: la prisión permanente revisable”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 20, 2013.
- JUANATEY DORADO, C.: “Asesinato”, en BOIX REIG, J., *Derecho penal. Parte especial*, vol. 1, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal), 2.ª ed., Iustel, 2016, pp. 45-70
- MAGRO SERVET, V.: *Manual práctico sobre agravantes y subtipos agravados en el Código penal*, La Ley, 2022
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “big Crunch” en la selección de bienes jurídicos (especial referencia al ámbito económico)”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 953-985.
- MATALLÍN EVANGELIO, Á.: “Delito de acoso (artículo 172 ter)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ GORRIZ ROYO, E./ MATALLÍN EVANGELIO, Á., *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 575-591.
- MENDOZA BUERGO, B.: *El derecho penal de la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001
- MORALES PRATS, F.: “Art. 138”, en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código penal español*, 7.ª ed. 2016, t. 1, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1231-1268
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L./ PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M.ª/ AGUILAR CÁRCELES, M. M.ª: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson
- MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 24, 2020, pp. 13-58.
- MOYA GUILLEM, C.: *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, 2020
- MUÑOZ RUIZ, J.: “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, pp. 335-373
- NIETO MARTÍN, A.: “Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental”, en BECERRA MUÑOZ, J./ NIETO MARTÍN, A., *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Marcial Pons, 2016, pp. 407-443.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: “Delito de asesinato: arts. 139, 140 y 140 bis Cp”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estu-*

- dio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*. Ponencias presentadas al Congreso de Profesores de Derecho Penal “Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012”, celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013 Tirant lo Blanch, 2013, pp. 485-509.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: “Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal”, *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 13, 2017, pp. 13-45
- POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. F./ VENTURA PÜSCHEL, A., *Tratado de Derecho penal. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 2021, pp. 1059-1115.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La retroactividad y los delitos contra la libertad sexual: crónica de un desatino”, publicado en el Blog *Almacén de Derecho* el 27.11.2022. Accesible en: <https://almacenederecho.org/la-retroactividad-y-los-delitos-contra-la-libertad-sexual-cronica-de-un-desatino>
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, 2016
- SIERRA LÓPEZ, M. V.: “La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada”, en NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 205-221.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N.: *Suplementos deportivos, dopaje y salud pública. Aspectos penales*, Tirant lo Blanch, 2018
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M.ª/ FELIP I SABORIT, D./ ROBLES PLANAS, R./ PASTOR MUÑOZ, N.: “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en DA AGRA, C./ DOMÍNGUEZ, J. L./ GARCÍA AMADO, J. A./ HEBBERECHT, P./ RECASENS, A.: *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, 2003, pp. 113-135.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Bdf, 2006
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Art. 177 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F.: *Comentarios al Código penal español*, 7.ª ed. 2016, t. 1, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 1231-1268.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Víctimas de trata de seres humanos: su tutela a la luz de las reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, *Indret*, núm. 2, 2014, pp. 1-31.

La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad

ISIDORO BLANCO CORDERO

I. INTRODUCCIÓN

Un importante sector de la doctrina entiende que las condiciones especiales de vulnerabilidad de los menores de edad¹ hace necesaria, en determinadas circunstancias, una *tutela penal reforzada* de sus intereses evolutivos y formativos. La minoría de edad se concibe como una manifestación de la vulnerabilidad del sujeto pasivo² del delito, la cual constituye la “razón última” que permite establecer marcos punitivos graves³. Esa vulnerabilidad, dice PÉREZ MACHÍO, se asocia a la falta de madurez que caracteriza esta etapa de la vida, en función de las características biológicas, psicológicas y socioculturales. En una línea similar, MOYA GUILLEM y DURÁN SILVA señalan que, desde la victimología, se acredita la mayor propensión “victimal” que pre-

¹ Aluden a la vulnerabilidad subjetiva y situacional que sitúan a los menores de edad en una categoría de grupo especialmente vulnerable, lo que requiere de una mayor protección por parte del Estado, PÉREZ MACHÍO, A.I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. / DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*,), 2020, pp. 25-68, p. 34.

² En este sentido, PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y la vulnerabilidad del/la menor de edad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 25 (Tercera época), 2021, pp. 263-304, p. 265, con referencias bibliográficas.

³ Así PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, cit., p. 26.

sentan los menores de edad, especialmente en el ámbito familiar, por razón de su indefensión⁴. La protección reforzada de los menores, continúan, se fundamenta en su “vulnerabilidad subjetiva”⁵.

La normativa nacional, internacional y de la Unión Europea (UE)⁶ apuntan a la necesidad de protección del menor. Así, la *Constitución española* (CE) y la *Convención sobre los derechos del niño*⁷ reconocen a los menores la titularidad plena de derechos, aunque la capacidad para ejercerlos la van adquiriendo de manera progresiva. El art. 39 CE dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Estos derechos deben ser tutelados por todos los sectores del ordenamiento jurídico, también por el Derecho penal. En la UE, el art. 3.3 del Tratado de la UE señala expresamente que la Unión fomentará la protección de los derechos del niño. Asimismo, el art. 3.5, en cuanto a las relaciones de la UE con el resto del mundo, dispone que ha de contribuir a la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño⁸. Por su parte, el *Consejo de Europa*, junto con los convenios sectoriales en los que se establece la protección de los derechos de los menores (en materia de lucha contra la explotación y el abuso sexual⁹, de lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia

⁴ Por lo que se las suele considerar “víctimas ideales”, Cfr. MOYA GUILLEM, C. / DURÁN SILVA, C.: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret* 1.2022, pp. 414-451, p. 416, con referencias bibliográficas.

⁵ Que es consecuencia, dicen estas autoras, de la falta de madurez propia de esta etapa vital por razón de sus características biológicas, psicológicas y socioculturales.

⁶ Un estudio de la normativa internacional puede verse en PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, cit., pp. 36 ss.

⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, 31 diciembre 1990.

⁸ En la UE se mantiene una Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño y la Garantía Infantil Europea, véase https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/eu-strategy-rights-child-and-european-child-guarantee_es#documents. También la Comisión Europea ha publicado la Estrategia para los Derechos de la Infancia 2021-2024.

⁹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Instrumento

doméstica¹⁰, de lucha contra la trata de seres humanos¹¹ o de lucha contra la ciberdelincuencia¹²), mantiene vigente una *Estrategia para los derechos del niño* (2022-2027) en la que se establecen concretas esferas prioritarias para garantizar sus derechos¹³.

La tutela de los menores en el ámbito penal comienza ya en el art. 19 CP, en relación con el *menor de edad como autor de delitos*, cuando señala que quienes tienen una edad inferior a dieciocho años no son responsables con arreglo al Código penal. La edad cronológica de dieciocho años marca el inicio de la responsabilidad criminal plena. Por debajo de esa edad, y desde los catorce años, es de aplicación la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (LORPM). Cuando se trate de un infractor menor de catorce años, no se le exige responsabilidad con arreglo a la LORPM, sino que se le aplica lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes (art. 3 LORPM). La LORPM parte de la base, como dice su Exposición de Motivos, de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, incluso en aquellos casos en los que se pueda producir alarma social, la adecuada respuesta puede proceder de los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Los mayores de catorce y menores de dieciocho son responsables, pero a diferencia de la responsabilidad de los adultos, esta presenta un *carácter esencialmente de intervención educativa*. Se

de ratificación publicado en el BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

¹⁰ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

¹¹ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

¹² Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

¹³ Véase el documento Council of Europe strategy for the rights of the child 2022-2027: "Children's rights in action: from continuous implementation to joint innovation".

trata, por tanto, de que la intervención sobre el menor infractor tenga carácter educativo y esté orientada a su resocialización, con el fin de minimizar el riesgo de estigmatización y mejorar la eficacia preventiva de la actuación penal. Es por ello por lo que se precisa atender en todo caso al interés superior del menor, que constituye el principio rector del Derecho penal de menores.

La presente contribución constituye una actualización de otro texto previo¹⁴, en el que se analizaba precisamente la regulación penal de los tipos cualificados cuando el sujeto pasivo es un menor antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia¹⁵. Pretendemos ahora poner al día aquel trabajo, partiendo del mismo, y repasando la situación actual de tales *tipos agravados* (los que hemos detectado, salvo error u omisión) concretando, cuando sea posible, su fundamento. La conclusión a la que llegamos en aquel momento, que se mantiene, es que no existe coherencia en el tratamiento penal de los menores de edad como víctimas de delitos, ni tampoco en cuanto a la *ratio* de su tutela reforzada.

II. LA TUTELA PENAL REFORZADA DE LOS MENORES MEDIANTE TIPOS CUALIFICADOS

El legislador penal recurre a diversas *técnicas* para garantizar una robusta tutela penal de los menores. La parte especial del CP contiene numerosas disposiciones que atienden a la edad cronológica del sujeto pasivo como elemento decisivo para configurar tipos penales o para la

¹⁴ BLANCO CORDERO, I.: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, en PÉREZ MACHÍO A.I./ DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La integración social de/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 507-545.

¹⁵ Sobre los aspectos penales de esta ley véase FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión del uso (y/o abuso) de la técnica de leyes integrales”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 134, 2021, pp. 5-46.

determinación de la pena (en sentido agravatorio)¹⁶. En algunos casos se crean figuras delictivas en las que el sujeto pasivo es un menor de edad (o de determinada edad). Se configuran así *tipos autónomos* con el fin de tutelar especiales bienes jurídicos de los que es titular el menor. En otros casos la técnica consiste en agravar un tipo penal cuyo sujeto pasivo puede serlo cualquiera, mayor o menor de edad, si bien se incrementa la pena en caso de que se trate de un menor¹⁷ (o menor de una determinada edad)¹⁸, como ocurre en los delitos de homicidio y sus formas o en las lesiones. En estos supuestos el bien jurídico protegido es el mismo que cuando la víctima es un mayor de edad, por lo que se han de explicar cuáles son los motivos del incremento de pena en estas concretas áreas delictivas. La referencia en ciertos casos a la vulnerabilidad (especial) de la víctima a causa de la edad también comprende incrementos punitivos basados en la menor edad. Incluso existe una agravante genérica de discriminación por razón de edad (art. 22.4 CP), que pone el acento no tanto en la (menor) edad de la víctima cuanto en los motivos que guían al autor del hecho.

La *oportunidad* y conveniencia de proteger con mayor intensidad a los menores de edad víctimas de delitos dependerá, esencialmente, del fundamento de la agravación. La vigente regulación penal permite observar una tendencia a la sobreprotección del menor, en ocasiones falta de coherencia, que ofrece una imagen poco realista de sus necesidades de tutela¹⁹. En efecto, el legislador no ha sido coherente a la hora de determinar qué *menores* merecen una protección penal intensificada. En algunos delitos se agrava la pena cuando los hechos recaen sobre un menor de edad (de dieciocho años), en otros se alude

¹⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Fasc/Mes 2, 1986, pp. 487-510, p. 489.

¹⁷ Algo a lo que ha sido proclive la tradición jurídico-penal, apuntan PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, cit., p. 25.

¹⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J.: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, en MORILLAS CUEVAS / SUÁREZ LÓPEZ, *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 103-140, p. 117.

¹⁹ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 7.

a los menores de dieciséis años (dejando fuera de la protección a los que tienen entre dieciséis y dieciocho), en otros cuando se trata de menores de catorce años (e incluso menores de cuatro años) y, en otros, se alude a personas especialmente vulnerables por razón de su edad, que incluye también a los menores (pero no solo). No es fácil, sin embargo, responder a la pregunta de por qué se otorga mayor protección a los menores de dieciocho años en unos casos y a los menores de dieciséis en otros.

III. LOS MENORES PROTEGIDOS: EL LÍMITE DE EDAD DE CATORCE, DIECISÉIS, DIECIOCHO AÑOS Y LA VULNERABILIDAD POR RAZÓN DE LA EDAD

La inconsistencia legislativa a la hora de tutelar al menor como sujeto pasivo de delitos se aprecia no solo cuando se trata de tipos autónomos, sino también cuando se trata de tipos agravados. Las *edades cronológicas* fijadas son muy distintas: dieciocho años, dieciséis, catorce (incluso cuatro). Algunas cualificaciones aluden a las personas especialmente vulnerables por razón de su edad, incluyendo también a los menores. Vamos a tomar como referencia el criterio de la edad cronológica para examinar los distintos tipos agravados contenidos en el CP.

Adelantamos aquí que, además de las edades que vamos a estudiar (y otras situaciones previstas en el CP), existe el mencionado límite de *4 años* en las agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Estas se agravan, en todo caso, cuando la víctima sea menor de cuatro años (art. 181.4.c) CP).

3.1. La protección penal de los menores de catorce años

La disposición final 6.13 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio ha modificado el art. 148.3 CP, elevando la edad del menor de edad que resulta especialmente protegido por el delito de lesiones. Hasta la entrada en vigor de la mencionada ley, la edad del menor protegido era de doce años. La ley eleva el límite de edad a los *atorce años*. El menor de catorce años recibe así una tutela especial y distinta a la de los mayores de esa edad en el *delito de lesiones*. El tipo básico del

art. 147.1 CP puede agravarse (pena de prisión de dos a cinco años), según el art. 148.3º CP, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, si la víctima fuere menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

No es fácil apuntar el *fundamento* de esta agravación facultativa. La doctrina apuntaba distintos fundamentos en relación con la cualificación por razón de la víctima menor de 12 años prevista antes de la reforma de 2021: la mayor debilidad en la que se encuentra el bien jurídico en atención a las limitaciones de los sujetos pasivos²⁰, que se trata de una persona especialmente indefensa por razón de su menor edad²¹ o que estamos ante un supuesto de alevosía o/y abuso de superioridad especialmente tipificado²². Se parte de la idea de que la víctima menor se encuentra en una situación de inferioridad respecto del autor de las lesiones, siendo esto lo que justifica la posibilidad de incrementar la pena atendiendo a los criterios previstos en el precepto (resultado causado o riesgo producido). Quien lesiona a un menor de catorce años, según esto, está abusando de su superioridad, aprovechándose de la desproporción de fuerzas entre ambos para causar la lesión. Conviene por ello preguntarse si tiene sentido un tipo agravado como este, al margen de la agravante genérica del art. 22.2 CP de abuso de superioridad, y si se justifica un aumento de la pena mayor que el que se derivaría de la aplicación de esta agravante genérica (art. 66.1.3 CP, pena en la mitad superior si solo concurre una agravante -o dos-)²³.

Aparentemente el menor de catorce años es un sujeto que se encuentra en todo caso en una situación de inferioridad respecto, al

²⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Derecho Penal Español Parte Especial I*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 422. Señala que cuando refiere a la minoría de 12 años de edad el significado es exclusivamente biológico.

²¹ MARTINEZ GARCIA, Á.S.: “Artículo 148”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código penal*, Vol. 2, 2015 (Los delitos contra las personas, artículos 138-233), p. 184.

²² GÓMEZ MARTÍN, V.: en CORCOY BIDASOLO, M., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 106.

²³ La pena a imponer de manera facultativa en este caso es la de prisión de dos a cinco años, lo que supera con creces la que le correspondería de aplicar la agravante genérica de abuso de superioridad (si concurriera sola o con otra) a la pena del art. 147.1 CP.

menos, a los mayores de edad (dieciocho años). No se entiende, sin embargo, el criterio empleado por el legislador para establecer el *límite de edad de catorce años*. Cuando el límite se ubicaba en los doce años, algunos tildaban este límite de “arbitrario” e “injustificado”²⁴ o “lamentable” al estar basado en “ocurrencias del correspondiente responsable ministerial y de acuerdo a ignotos razonamientos”²⁵. Se trata de un límite de edad que no coincide con ningún otro de los previstos en el CP que incrementan la pena cuando el delito se comete contra un menor. Ni siquiera con los delitos más próximos contra las personas, como los delitos de homicidio y sus formas (art. 140.1.1º CP), en los que el límite de edad es de dieciséis años. Es cierto, con todo, que coincide con el límite que contiene la LORPM, por debajo del cual no es posible considerar penalmente responsables a los menores de edad. Precisamente el límite de catorce años ha sido considerado por algún autor²⁶ como la edad por debajo de la cual concurren en los niños vulnerabilidades o debilidades semejantes a las que se encuentran detrás de los tipos cualificados dirigidos a la tutela particularizada de los menores.

Es de imaginar que el legislador está pensando en que lesionar a un chico de trece años supone un mayor desvalor de acción y, por lo tanto, un mayor contenido del injusto derivado de la peligrosidad objetiva de la agresión (no tanto, quizás, del resultado causado). Sin embargo, esto no se puede afirmar de manera automática en todo caso. Será necesario comprobar en el supuesto concreto que la edad supone una mayor gravedad de la conducta por expresar un riesgo superior debido a una situación de abuso de superioridad. Posiblemente, como se apunta por algunos, este automatismo no justificado puede com-

²⁴ Mantiene estos adjetivos CANCIO MELIÁ, M.: en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, nº 7417.

²⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, *Derecho Penal Español Parte Especial I*, cit., p. 420.

²⁶ Edad que fija la LORPM como límite por debajo del cual no es posible exigir responsabilidad criminal del menor. En el mismo sentido que el autor citado, PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, cit., p. 64, con base en los paradigmas de la victimología evolutiva, proponen la edad de 14 años, coincidente con la prevista en la LORPM, como el umbral superior de la edad que requiere una tutela penal reforzada.

pensarse con el hecho de que se trata de una *previsión facultativa*²⁷. Según esto, no procederá aplicar la agravación cuando, pese a la menor edad, no se aprecie la existencia de una mayor gravedad²⁸.

3.2. La menor edad de dieciséis años

Los delitos de homicidio y sus formas (art. 140.1.1° CP), los delitos patrimoniales (art. 235.2.8° CP y 241.4 CP) y los delitos contra la libertad sexual (así, por ejemplo, en los tipos agravados previstos de los arts. 188 y 189 CP) prevén tipos cualificados que tienen como límite de edad los dieciséis años.

En el marco de los *delitos patrimoniales*, el art. 235.2.8° CP agrava la pena cuando se utilice a menores de dieciséis años para cometer *hurto* (pena de uno a tres años) y el art. 241.4 cuando se trata de robos con fuerza en las cosas. Esta circunstancia se introdujo en el numeral 5° del art. 235 CP mediante la reforma del 2010, que agravaba la pena en caso de utilización de menores de catorce años para la comisión del delito de hurto. Tras la reforma de 2015 pasa a estar contenida en el numeral 8° y se eleva la edad del menor de catorce a dieciséis años. Este cambio fue relevante en la medida en que la reforma de 2010 preveía la utilización de menores exentos de responsabilidad criminal para cometer el hurto. Se tipificaba así de manera expresa una forma de autoría mediata del delito de hurto mediante utilización de menores de catorce años²⁹. Como se ha indicado, el menor de catorce años está siempre exento de responsabilidad penal (de acuerdo con la LORPM), por lo que es considerado como el instrumento del delito³⁰. La intervención en el delito de quienes tienen

²⁷ CANCIO MELIÁ: *Memento práctico Francis Lefebvre, cit.*, n° 7417.

²⁸ CANCIO MELIÁ: *ibídem*.

²⁹ FARALDO CABANA, P.: “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011 (consultada la versión electrónica).

³⁰ Así, GARCÍA ARÁN, M.: “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 110, núm. 4, 2011 (Ejemplar dedicado a: La Reforma del Codi Penal), pp. 1001-1015, p. 1008; DEL CARPIO DELGADO, J.: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, en DEL CARPIO DELGADO, J., *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, 2018, pp. 187-220, p. 210.

catorce años y hasta los dieciocho años debía regirse por las normas generales de autoría y participación³¹. Durante la tramitación de la reforma hubo enmiendas que pretendían que se mantuviera la edad de 14 años³². La materialización de la reforma y la elevación a la edad de 16 años ha motivado que un sector de la doctrina proponga interpretar el verbo típico “utilizar” (al menor) en un sentido estricto. Según esto, el tipo agravado será admisible exclusivamente cuando el mayor de edad, actuando como autor mediato, utiliza al menor de dieciséis años como instrumento³³. No procederá el tipo cualificado si el menor de dieciséis años y mayor de catorce interviene de manera responsable en el delito y su contribución puede calificarse de autoría o participación en el mismo³⁴. Será de aplicación el tipo cualificado

³¹ GARCÍA ARÁN: “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, cit., p. 1007; DEL CARPIO DELGADO: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, cit., p. 210.

³² BOCG, Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2, p. 446; BOCG, Senado, apartado I, núm. 475-3158, 23 de febrero de 2015, p. 205. Sobre estas enmiendas véase nuestro texto BLANCO CORDERO: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, cit., pp. 516 ss.

³³ Así, con base en la solución adoptada por el Tribunal Supremo con relación al tipo cualificado del tráfico de drogas cuando se utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito (art. 370.1 del CP) en el Acuerdo adoptado en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, DEL CARPIO DELGADO, J.: “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2, 2013, pp. 83-137, pp. 114 y ss; DEL CARPIO DELGADO: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, cit., pp. 211-212. De acuerdo con esta autora, el tipo cualificado será de aplicación cuando se utiliza al menor de catorce años, y cuando se utiliza a un menor de dieciséis años y mayor de catorce “que no actúa típicamente porque falta en él un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo; por ejemplo, si el mayor de edad ordena a un menor a que realice una sustracción sin saber el menor que la cosa es ajena. Lo mismo cabe afirmar respecto a la utilización del menor de entre catorce y dieciséis años que actúa en error de tipo, error de prohibición o miedo insuperable provocados por el mayor de dieciocho años”.

³⁴ Como ejemplo, DEL CARPIO DELGADO: “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, cit., p. 115; DEL CARPIO DELGADO: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, cit., p. 212, indica que no se aplica el tipo agra-

(en todo caso dice la doctrina) cuando se utilice a un menor de catorce años, porque el mayor se aprovecha de la inimputabilidad presumida ya existente en el instrumento³⁵. No es sencillo, sin embargo, concretar el *fundamento* de este tipo cualificado. La doctrina alude a que la finalidad es castigar con mayor pena el uso de menores para cometer delitos, porque ello menoscaba el libre desarrollo de su personalidad (bien porque se los obliga a realizar conductas delictivas actuando coaccionados o desconociendo que delinquen, bien porque se menoscaba su derecho a no formar parte del mundo de la delincuencia)³⁶. Volveremos más adelante a examinar este debate.

En cuanto a los *delitos de homicidio y sus formas*, se afirma que el fundamento de la agravación es la *mayor vulnerabilidad* del menor de dieciséis años (o de la persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad)³⁷. Parece que la finalidad del legislador ha sido incrementar la reacción punitiva en casos de muertes alevosas. Pero para ello ya existe el asesinato y la interpretación que realiza el Tribunal Supremo (TS) del mismo³⁸, que veremos a conti-

vado al joven de 19 años que realiza conjuntamente un delito de hurto con otro menor de 16 años que actúa de forma consciente y voluntariamente, ni tampoco si en este mismo caso es el joven quien induce al menor a cometer el hurto.

³⁵ El instrumento actúa sin posibilidad de imputación personal por su minoría de edad, dice DEL CARPIO DELGADO: “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, cit., pp. 114-115; DEL CARPIO DELGADO: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, cit., p. 211.

³⁶ Cfr. ampliamente LLOBET ANGLÍ, M.: en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Manejo práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, nº 10779, que alude también al intento de burlar la ley por parte de los mayores de edad que encargan la ejecución del delito a los menores que no responden penalmente.

³⁷ Considera SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / MATALLÍN EVANGELIO, Á./ GÓRRIZ ROYO, E., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 445, que es discutible que los términos de comparación sean valorativamente homogéneos, pues no tiene nada que ver en términos de vulnerabilidad la equiparación de un joven de quince años con una persona que sufra una grave discapacidad.

³⁸ GÓMEZ MARTÍN, V. / CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, comentario al art. 140, nº 2.

nuación. Incluso valorativamente es “muy discutible”³⁹ que la muerte de un menor de dieciséis años sea más grave que la de otras personas. Parece que la vida del menor de dieciséis años tiene mayor valor que la del resto de personas (excluidas las especialmente vulnerables citadas en el precepto). Además, no se entiende que un chico de quince años, que quizás se encuentre físicamente desarrollado como un adulto, sea más vulnerable que cualquier otro adulto y haya que aplicar de manera automática la agravación. A ello, se añade otra paradoja difícilmente salvable. Aplicando la interpretación jurisprudencial de las muertes alevosas, si el sujeto pasivo es un menor de muy corta edad habrá que calificar el hecho como asesinato alevoso del art. 139 n° 1.1 CP con una pena de quince a veinticinco años de prisión. Pero si no concurre ninguna circunstancia del art. 139.1 CP y el sujeto pasivo es menor de dieciséis años, los hechos serán constitutivos de un homicidio agravado castigado con un marco penal de quince a veintidós años y medio de prisión. Como se puede ver, se aproximan mucho las penas del homicidio y del asesinato alevoso, algo que carece de sentido a la vista de la “diferente gravedad de lo injusto”, que no parece respetar los criterios de proporcionalidad y “se aleja de nuestra tradición jurídica”⁴⁰.

Posiblemente el problema más importante sea la *compatibilidad de esta circunstancia con la alevosía*, teniendo en cuenta la doctrina sobre la alevosía cuando se trata de seres indefensos o desvalidos. Respecto del *delito de homicidio*, parece que la circunstancia de ser menor de dieciséis años ha de comprender aquellos supuestos en los que la muerte se produce sin concurrir la alevosía⁴¹. A la vista de que esta cualificación se prevé tanto para el delito de homicidio como pa-

³⁹ Así SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ: “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, cit., p. 445.

⁴⁰ En palabras de ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. / VENTURA PÜSCHEL, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículo 138, 139, 140 y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, pp. 313-332 (consultada la versión electrónica). Indican estos autores que “además, se equipara la muerte causada a un niño de dos, cinco o diez años con la causada a uno de quince años, lo que carece de todo sentido valorativo”

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 57.

ra el de asesinato y de la interpretación del Tribunal Supremo según la cual la causación de la muerte de una persona desvalida es automáticamente alevosa, quedan excluidos los supuestos de alevosía de este tipo cualificado. Será homicidio, por tanto, la muerte de un menor de dieciséis años y esta circunstancia haga innecesario emplear medios o formas alevosas que aseguren la ejecución e impidan la defensa. Por ejemplo, matar a un menor de dieciséis años que pueda defenderse (matarle en el curso de una pelea cara a cara) dará lugar a la aplicación del tipo cualificado del delito de homicidio (art. 138.2.a CP en relación al art. 140.1.1^a CP)⁴². Así, GÓMEZ MARTÍN apunta que pueden imaginarse supuestos en los que no esté presente la situación de indefensión de la víctima necesaria para la alevosía, pero concurra algún elemento del nuevo art. 140.1.1 CP. Por ejemplo, dice, cuando la edad de la víctima menor sea próxima a la barrera de los dieciséis años, el sujeto activo sea mayor de edad penal igualmente por escaso margen y, en consecuencia, la desigualdad constitucional entre uno y otra pueda perfectamente no resultar significativa. Considera que en este supuesto sería aplicable el tipo cualificado, si bien la extraordinaria agravación de la pena prevista tras la reforma carecería de toda justificación material⁴³.

Tratándose del *asesinato*, parece necesario exigir que concurra alguna circunstancia distinta de la alevosía para calificar la muerte del menor de dieciséis años como asesinato cualificado, evitando así el *bis in idem*. Sin embargo, la *jurisprudencia* sigue aplicando su doctrina sobre la alevosía en caso de seres indefensos o desvalidos, cuando la víctima es un niño de muy corta edad o una persona indefensa por enfermedad o discapacidad física o mental. La STS 2351/2022 (nº de resolución 585/2022), de 14 de junio, el Pleno de la Sala de lo Penal señala que no ha variado su postura sobre el concepto de alevosía y su aplicación a los niños de corta edad, pero sí el criterio sobre la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento sobre menor de edad y la “hipercualificación” del artículo 140.1.1 CP, que recoge la pena de prisión permanente revisable. Concluye, por mayoría, que sí es posible compatibilizar la alevosía basada exclusivamente en la edad de

⁴² *Ibidem*, p. 57.

⁴³ GÓMEZ MARTÍN: *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., comentario al art. 140, nº 2.

la víctima con la prisión permanente revisable porque no implica una vulneración del principio 'non bis in idem'. Se ha de señalar que existe un voto particular formulado por dos magistrados, al que se adhiere un tercero, que entiende que la aplicación de la alevosía, “circunstancia única que conforma el asesinato y que la sentencia respalda, debió haber impedido la conjunta consideración de la circunstancia prevista en el artículo 140.1.1^a del Código Penal, so pena de incurrir en una prohibida doble valoración peyorativa”.

Por último, en relación con los *delitos contra la libertad sexual*, el delito de prostitución de menores resulta agravado cuando la víctima es menor de dieciséis años (apartados 1 pfo.2, apartado 2 inciso 2^o y apartado 4 inciso 2^o del art. 188 CP), y por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad (art. 188.3.a) CP)⁴⁴. También en los delitos relativos a la pornografía infantil se agrava la pena cuando la víctima es menor de dieciséis años (art. 189.2.a CP)).

3.3. Protección penal incrementada de los menores de dieciocho años

Posiblemente el límite de edad más utilizado en el CP es el de los *dieciocho años*. En algunos casos el CP se refiere al menor de edad, sin especificar ningún guarismo, mientras que en otros se alude expresamente al menor de 18 años (por ejemplo, en el art. 369.1.4^o CP). La condición de menor de dieciocho años se tiene en cuenta en distintos artículos del CP en los que se prevé su tutela reforzada. Varía la técnica legislativa que se emplea para proteger a los menores de edad. Como se ha mencionado ya, existen *tipos penales específicos* cuyo injusto se fundamenta en el menoscabo de un bien jurídico propio de los menores⁴⁵. En otros casos se recurre a la técnica de los *tipos agravados* en los que el motivo del incremento de la pena reside en el dato de que el sujeto pasivo es menor. Estos últimos son los que interesan en este trabajo.

⁴⁴ Cfr. ampliamente DE LA MATA BARRANCO: “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, cit., p. 9.

⁴⁵ Cfr. sobre esto, BLANCO CORDERO: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, cit., pp. 525-526.

Es complicado encontrar algún *denominador común* en el fundamento de las cualificaciones propias de los tipos agravados. No es excesivamente fructífero este trabajo de búsqueda de puntos comunes y, cuando se hace, se corre el riesgo de incurrir en imprecisiones. Sabiendo esto, podemos decir que en algunos de ellos el especial desvalor reside en la situación de inferioridad en la que se encuentra el menor, en semejanza a lo que hemos visto en límites de edad anteriores. En otros, junto al bien jurídico objeto de ataque, que coincide con el que se produce respecto de los mayores, es posible individualizar una afectación que puede incidir negativamente en la formación y desarrollo personal del menor, en su maduración o socialización (algo que posiblemente también ocurra en los anteriormente mencionados). Incluso algunos tipos agravados persiguen evitar la utilización de los menores de edad para cometer delitos o realizar cualquier otra actividad ilícita.

3.3.1. Tipos cualificados fundamentados en la inferioridad del menor ante el comportamiento del agresor o en la incidencia negativa en su formación o desarrollo

No es fácil clasificar algunos tipos cualificados. Los hemos aglutinado de acuerdo con su fundamento, cuando lo hemos encontrado, que, según algunas opiniones, descansa en la inferioridad del menor ante el comportamiento del agresor o en la incidencia negativa en su formación o desarrollo.

En los delitos de *lesiones*, el art. 149.2 CP, relativo a la mutilación genital femenina, si la víctima es menor (o persona con discapacidad necesitada de especial protección), permite aplicar 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. Se atiende así al mejor interés del menor para imponer esta pena adicional⁴⁶.

Asimismo, en el contexto del delito de *lesiones cometidas en el ámbito de la violencia de género o doméstica ocasional*, se contie-

⁴⁶ En paralelo, se prevé específicamente el castigo de la causación de tales lesiones por imprudencia en el art. 152.1 y 2 CP.

nen tipos cualificados en los arts. 153.2, 153.3 CP. El art. 153.2 CP permite al Juez o Tribunal, cuando lo estime adecuado al interés del menor, imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. El art. 153.3 CP contiene un tipo cualificado que obliga a imponer las penas previstas en los apartados 1 y 2 de dicho precepto en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores. De acuerdo con el Tribunal Supremo, en la STS 188/2018 (Pleno), de 18 de abril de 2018, la finalidad de este tipo agravado es “evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico, objetivo que tiene un sentido protector de sus personas en el contexto de la fenomenología de la violencia intrafamiliar o doméstica” y, sigue, “la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo”. En estos casos “el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental”⁴⁷. Su aplicación requiere, por ello, una restricción del círculo de sujetos pasivos, en el sentido de que ha de tratarse de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP, no agravando la pena cuando la conducta se lleve a cabo en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido. Además, a la vista del fundamento de la cualificación, será necesario que el menor se percate o aperciba de la situación de enfrentamiento familiar por cualquiera de los sentidos, sin que sea necesario que la vea de forma directa, sino que puede ser consciente de ella a través de su capacidad auditiva o de otros sentidos.

⁴⁷ En sentido similar, GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Sobre el fundamento de la responsabilidad criminal del menor”, en MUÑOZ CONDE, F. /LORENZO SALGADO, J.M. /FERRÉ OLIVÉ, J.C. /CORTÉS BECHIARELLI, E. /NÚÑEZ PAZ, M.Á., *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 511-529, p. 525, apunta que las agravaciones basadas en que el delito se realiza en presencia de menores se suelen explicar en el “grave impacto, la inseguridad, el temor, la perturbación psicológica que puede provocar en el menor presenciar el maltrato, la amenaza o la coacción”.

En el delito de *tráfico de órganos humanos*, el art. 156 bis n° 4.b) CP agrava la pena cuando la víctima es menor de edad⁴⁸. Asimismo, el art. 156 quinquies CP prevé la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio u otras actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, cuando la víctima sea una persona menor de edad⁴⁹.

De acuerdo con el art. 165 CP, las penas de los delitos de *detención ilegal y de secuestro* se impondrán en su mitad superior, entre otros supuestos, cuando la víctima sea menor de edad. Asimismo, se agrava la pena en art. 166.2.a) CP, relativo al delito de detención ilegal o secuestro con desaparición, cuando la víctima sea menor de edad. No se entiende bien el fundamento de esta agravación. Se aplica de manera automática cuando se aprecia el dato biológico de la minoría de edad (y su conocimiento por el sujeto activo), siendo indiferente cuáles sean las circunstancias. Así, concurre también cuando se trata de la detención ilegal de un menor de diecisiete años con una complejión física fuerte que puede defenderse adecuadamente de todo intento de privación de libertad.

En semejanza a lo que sucede con las lesiones en el marco de la violencia de género y doméstica, los arts. 171.5 pfo. 1°, 171.5 pfo. 2° CP se refieren a las *amenazas* en dicho contexto. Lo mismo ocurre con las *coacciones* en los arts. 172.2 pfo. 2°⁵⁰ y 172 bis 3 CP (en relación con los números 1 y 2)⁵¹. El art. 173.2 pfo. 1 y pfo. 2 CP, entre los *delitos contra la integridad moral*, se refiere al *maltrato habitual*, cuando

⁴⁸ O una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación.

⁴⁹ Por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia o por un tiempo de dos a cinco años cuando no se hubiere impuesto una pena de prisión, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada.

⁵⁰ El art. 172.3 pfo. 2° castiga la coacción leve en materia de violencia doméstica que, por remisión al art. 173.2, incluye a los menores de edad.

⁵¹ El art. 172 ter.2 castiga el acoso en materia de violencia doméstica que, por remisión al art. 173.2, incluye a los menores de edad.

la víctima es un menor⁵² y cuando el maltrato habitual se comete en presencia del menor.

En los delitos de *trata de seres humanos* del art. 177 bis CP se tiene en cuenta la condición de menor de edad de la persona objeto de trata. Se dice que las instancias internacionales requieren prestar una mayor atención a aquellas conductas de trata que recaen en menores de edad, por tratarse de ser sujetos especialmente vulnerables⁵³ que corren un mayor riesgo de convertirse en víctimas⁵⁴. El CP recurre a dos mecanismos para proteger más intensamente a los menores de edad. El primero, previsto en el art. 177 bis n° 2 CP señala que las conductas descritas en el n° 1, aun cuando no se recurra a los medios indicados en dicho número, son delictivas si se llevan a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Por su parte, el art. 177 bis n° 4 pfo. 1° b) CP sí que agrava la pena (pena superior en grado) cuando la víctima de la trata sea un menor de edad. Esta doble valoración de la minoría de edad de la víctima puede dar lugar, evidentemente, a problemas relacionados con el *bis in idem* si la pena se ve incrementada de manera automática. Se han realizado diversas propuestas dirigidas a evitarlo⁵⁵. Por ejemplo, desde una perspectiva restrictiva, se dice que la cualificación se aplicará cuando la edad biológica de la víctima la coloque en una situación de especial vulnerabilidad⁵⁶. Otros autores proponen exigir un plus de la antijuridicidad

⁵² El art. 173.4 pfo. 1° se refiere a la injuria o vejación injusta de carácter leve cuando se trate de alguna de las víctimas del art. 173.2, entre ellas menores de edad.

⁵³ El fundamento de la agravación reside en la especial vulnerabilidad de la víctima cuando esta es menor de edad dice MARTÍN ANCÍN, F.: *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 301.

⁵⁴ Así lo explica DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 253.

⁵⁵ Véase el debate, por ejemplo, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. / PÉREZ MACHÍO, A.I. / BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L.: “La trata de seres humanos desde la perspectiva de la víctima menor de edad”, en PÉREZ MACHÍO, A.I. / DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 479-506, pp. 496 ss.

⁵⁶ Así VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas. Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 819-866, p. 851.

de la conducta para aplicar el tipo agravado, en el sentido de que se utilicen los medios comisivos del n° 1 del art. 177 bis CP, como la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, etc.⁵⁷

En cuanto a los *delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, los arts. 197.5 y 197.7 pfo. 3° CP contienen subtipos agravados relativos a los menores de edad. Así, el 197.5 CP agrava la pena de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (pena prevista en su mitad superior) cuando tengan como víctima a un menor de edad. Por su parte, el 197.7 CP relativo a la difusión, revelación o cesión a terceros sin autorización de la persona afectada de imágenes previamente obtenidas con el consentimiento de la víctima en lugar privado, agrava la pena (pena en la mitad superior) cuando la víctima sea menor de edad. En ambos casos se dice que el fundamento de la agravación radica en la mayor vulnerabilidad de la víctima⁵⁸. Sin embargo, es discutible que ello sea siempre así. Por ejemplo, en el delito de descubrimiento y revelación de secretos, difícilmente podrá apreciarse en todos los supuestos la existencia de una situación de vulnerabilidad. No parece posible afirmar que apoderarse de los datos de un menor que consten en ficheros informáticos sin ninguna intervención por su parte se haya cometido siempre en una situación de vulnerabilidad.

El art. 337.2 d) CP, entre los *delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos*, agrava la pena del maltrato animal cuando se lleva a cabo en presencia de menores. Su fundamento podría ser similar al señalado jurisprudencialmente para el art. 153.3 CP, la negativa incidencia del delito en la formación y desarrollo personal del menor.

⁵⁷ Así lo entendió en 2010 TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 222; en el mismo sentido, entre otros, DAUNIS RODRÍGUEZ: *El delito de trata de seres humanos*, cit., p. 253.

⁵⁸ En la especial vulnerabilidad de la víctima, señala MÍNGUEZ ROSIQUE, M.: en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, n° 9955.

Entre los *delitos contra la salud pública* existen determinados tipos agravados cuando los sujetos pasivos son menores de edad. Así, el art. 362 quater 2^a b) CP agrava la pena cuando se facilita sustancias nocivas para la salud, medicamentos etc. a menores de edad. Por su parte, el art. 362 quinquies 2.1^a CP se refiere al dopaje menores edad. Por último, el art. 369.1.4^a CP agrava la pena cuando se facilita drogas a menores de 18 años. En todos ellos se valora la condición del menor, y se agrava la pena posiblemente por razón de su vulnerabilidad o para tutelar reforzadamente su salud garantizando así su desarrollo saludable.

Por último, incluimos aquí el tipo cualificado previsto entre los *delitos contra la Comunidad internacional* del art. 607 bis 2. 9^o pfo. 3^o CP, que agrava la pena de los delitos de lesa humanidad que consistan en someter a la prostitución a menores de edad.

3.3.2. Utilización de menores de edad para cometer delitos o actividades ilícitas

Existen figuras delictivas agravadas en las que el menor no es víctima directa del delito, sino que es objeto de utilización para cometer un delito o para realizar una actividad más o menos lícita (por ejemplo, la mendicidad, que no constituye delito como tal, pero puede estar prohibida a nivel local si se realiza en la vía pública). Salvo error u omisión, son los siguientes.

En los *delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico* de los arts. 271 d) y 276 d) CP, relativos a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, se incrementan las penas cuando se utilice a menores de dieciocho años para cometer tales delitos.

En los *delitos contra la salud pública* el art. 370 pfo. 1^o 1 CP agrava la pena cuando se utilice a menores de dieciocho años (o disminuidos psíquicos dice el precepto) para cometer delitos relativos a las drogas. Existe un Acuerdo no jurisdiccional del pleno de la Sala 2^a del TS de 26 de febrero de 2009, de acuerdo con el cual este tipo agravado se aplica cuando el autor del delito se sirve del menor de edad “de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata”. Señala el Alto Tribunal que, *a sensu contrario*, esto significa que se

excluye la aplicación del tipo agravado cuando los menores “actúan como socios, colaboradores o cooperadores de los autores mayores de edad, en virtud no de relaciones de ascendencia o prevalencia de éstos, sino como consecuencia de un concierto previo o situaciones en pie de igualdad”⁵⁹.

En esta misma línea de utilización del menor de edad en provecho de un grupo se podría incluir lo dispuesto en el art. 577.2 pfo. 3º CP (entre los delitos contra el orden público), que castiga entre los *delitos de terrorismo* (colaboración con las actividades de organización o grupo terrorista) conductas como la captación, adoctrinamiento, adiestramiento idóneas para incorporarse a un grupo u organización terrorista o para cometer delitos de terrorismo, o facilitar adiestramiento o instrucción sobre uso de explosivos, etc. con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para delitos terroristas. El precepto agrava la pena cuando tales actos se dirijan, entre otros, a menores de edad.

Con carácter general, al margen de lo señalado para alguna de las cualificaciones concretas, apunta GONZÁLEZ RUS⁶⁰ que el fundamento de estos tipos agravados reside en la sanción de manera especial de la autoría mediata, en la que el menor es utilizado como instrumento para la ejecución del propósito delictivo del autor. La intención político-criminal a la que responden es la de desvalorar especialmente las conductas que supongan la explotación de menores. Es llamativo, sin embargo, que se limiten los supuestos a aquellos en los que existe autoría mediata, esto es, una instrumentalización del menor de edad⁶¹. La utilización de un menor de 14 años como instrumento se puede basar sin mayores problemas en que se considera que es un sujeto inimputable. Pero no ocurre lo mismo cuando el menor ha superado la edad de 14 años. En este último caso, la intervención del menor de dieciocho años y mayor de catorce años, puesto que es

⁵⁹ STS 296/2016, de 11 de abril de 2016.

⁶⁰ GONZÁLEZ RUS: “Sobre el fundamento de la responsabilidad criminal del menor”, cit., p. 525.

⁶¹ Advierte GARCÍA MOSQUERA, M.: “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*, núm. 32, 2019, p. 58, que esta interpretación restringe considerablemente la aplicación de la agravación.

responsable penalmente de acuerdo con la LORPM, debe estar sujeta a las reglas generales de intervención en el delito⁶². Esto ha motivado que la doctrina discrepe a la hora de determinar el alcance de este tipo agravado. Se puede entender que el verbo utilizar debe ser interpretado de manera estricta, de modo que esta circunstancia solo se aplique, como dice GONZÁLEZ RUS, a supuestos en los que el mayor de edad, como autor mediato, realiza el hecho utilizando al menor como instrumento⁶³. Pero si el fundamento de la mayor pena es la cosificación del menor, esto es, la instrumentalización de los menores de edad, lo coherente sería que se generalizara su aplicación a cualquier delito así ejecutado⁶⁴. Esta falta de coherencia lleva a otro sector a proponer que el fundamento del tipo agravado es la afectación de los intereses del menor, en especial, que su implicación en hechos delictivos puede menoscabar su evolución y desarrollo⁶⁵. Así configurado, parecería que lo adecuado sería diseñar una circunstancia agravante genérica que contemplase el mayor desvalor de resultado⁶⁶, ese menoscabo de intereses propios del menor, que se verían afectados por su implicación en el delito en el que interviene conscientemente⁶⁷. Una agravante así configurada, advierte GARCÍA MOSQUERA, podría vulnerar la prohibición del *ne bis in idem*, puesto que al ser la instrumentalización del menor que materialmente ejecuta el delito la única vía que permite imputarle el hecho a título de autor al sujeto de atrás, enton-

⁶² Así DEL CARPIO DELGADO, J.: “La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8642, de 10 de noviembre de 2015 (consultada la versión electrónica), punto III.8, para la agravación de utilización de menores de 16 años para la comisión del delito de hurto.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Así GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 58.

⁶⁵ Su socialización dice GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 59.

⁶⁶ GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 58, alude al mayor desvalor objetivo del hecho.

⁶⁷ Señala GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 58, que esta circunstancia solo debería ser aplicable en el Derecho penal de adultos, y no debería jugar ningún papel en el Derecho penal de menores.

ces la imposición de un castigo agravado por esa misma circunstancia supondría valorar dos veces el mismo hecho⁶⁸. Por ello, descarta la agravante y propone que se considere la implicación del menor en la comisión de hechos delictivos como indicador de riesgo, a los efectos de adopción de las correspondientes medidas de protección⁶⁹.

3.3.3. Especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la (menor) edad

Junto a los tipos agravados que toman como base la menor edad (o de determinada edad), existen también tipos que incrementan la pena cuando el sujeto pasivo es una persona especialmente vulnerable por razón de la edad⁷⁰, lo que incluye también la menor edad. En estos casos el elemento central no es tanto la edad, cuanto la vulnerabilidad del menor, que ha de quedar acreditada. El concepto de vulnerabilidad no está definido en el CP, con la excepción de lo que señala el art. 177 bis. 1 CP para el delito de trata de seres humanos, previsto para un contexto muy específico que no puede ser generalizado⁷¹. La vulnerabilidad es un concepto complejo⁷², que intuitivamente puede parecer claro, pero que no permite identificar con precisión a qué se hace referencia en las distintas figuras delictivas en las que se prevé.

⁶⁸ GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 59.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁷⁰ Se muestra crítico con la referencia a la vulnerabilidad, de la que no existe definición en el CP (salvo en el delito de trata de seres humanos), DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista penal*, núm. 50, 2022 (Ejemplar dedicado a: Especial XXV Aniversario), pp. 64-90, pp. 82 y 86.

⁷¹ Como señala DE LA MATA BARRANCO: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *cit.*, pp. 82 y 86, esta definición se aplica a una situación muy concreta no extrapolable a otros delitos.

⁷² Ampliamente sobre el concepto de vulnerabilidad SUÁREZ LLANOS, L.: “Educar contra la vulnerabilidad, discriminación y violencia en la niñez y adolescencia”, en GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 71-96.

Así, en los delitos contra la vida, las penas previstas para los delitos de *homicidio y asesinato* aumentan, como se ha señalado, cuando “la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad” (arts. 138.2.a y 140.1.1º CP). Difícilmente será de aplicación el tipo cualificado de especial vulnerabilidad cuando se trate de víctimas menores de dieciséis años, pues serán reconducibles de manera inmediata a la agravación de ser menor de dieciséis⁷³. Quedaría la franja de edad entre dieciséis y dieciocho, que no es fácil reconducir a los casos de vulnerabilidad de manera automática⁷⁴.

Otros *preceptos* que se refieren a la especial vulnerabilidad por razón de la edad para agravar la pena son el art. 156 bis 4 b) CP, relativa al tráfico de órganos humanos, el art. 172 ter 1 CP, relativo al acoso, el art. 177 bis 4 b) CP, sobre la trata de seres humanos. En el ámbito de los *delitos contra la libertad sexual*, las agresiones sexuales se agravan por ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, entre otras circunstancias (art. 180.1.3ª CP), con la salvedad de lo dispuesto en el art. 181 CP (agresiones a menores de dieciséis años). Las agresiones sexuales a menores de dieciséis años se agravan cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años (art. 181.4.c) CP). El delito de acoso sexual resulta agravado cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad (art. 184.4 CP). En los tipos agravados del delito de prostitución de menores se agrava la pena cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad (art. 188.3.a CP))⁷⁵.

⁷³ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA: en *Derecho Penal Español Parte Especial I*, cit., p. 226, se refiere a que la situación de especial vulnerabilidad provoque, per se, una debilidad significativa del bien jurídico tutelado.

⁷⁴ Por su parte, MOYA GUILLEM / DURÁN SILVA: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, cit., p. 431, señalan que aún puedan valorarse como vulnerabilidad los supuestos del menor de edad cuando tenga entre dieciséis y dieciocho años.

⁷⁵ Sobre los delitos sexuales y la menor edad cfr. DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*,

Asimismo, se agrava la pena en los delitos relativos a la pornografía infantil cuando se utilice a personas menores de edad que se hallen en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia (art. 189.2.c) CP)⁷⁶.

El debate sobre el *fundamento* de la agravación de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad⁷⁷ se muestra de manera clara en el ámbito de los *delitos sexuales*. La doctrina parece decantarse ampliamente por afirmar que este reside en el mayor contenido de injusto de los hechos,⁷⁸ que es consecuencia de la superior vulnerabilidad de las víctimas y, en particular, de la inferior posibilidad de defensa que tienen los menores (y los especialmente vulnerables por razón de la menor edad)⁷⁹. También el TS parece transitar por el mismo camino. La STS 709/2020, de 18 de diciembre, señala que el fundamento de dicha agravación reside en la reducción o eliminación de su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual. Por su parte, la STS 709/2005, de 7 de junio, advierte que “la especial vulnerabilidad se debe apreciar cuando la situación en la que se produce la agresión

2019, núm. 21-20, pp. 1-70; véase también el trabajo DE LA MATA BARRANCO, N.J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: “Tratamiento de la edad de los menores víctimas de delitos de naturaleza sexual en el Código Penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / PÉREZ MACHÍO, A.I., *Una política victimal comprometida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 143-166.

⁷⁶ Modificado por la disposición final 6.22 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

⁷⁷ Un amplio estudio jurisprudencial realiza BRIZUELA GONZALEZ, F.: *Estudio del concepto y contenido de la vulnerabilidad en la jurisprudencia Análisis de las sentencias de las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superior de Justicia, el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, 2020.

⁷⁸ GARCÍA RIVAS, N. / TARANCÓN GÓMEZ, P.: en *Derecho Penal Español Parte Especial I*, director: F. Javier Álvarez García, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1145, explican que la agravación por la especial vulnerabilidad se basa en un aumento de la antijuridicidad de la acción.

⁷⁹ Así, por ejemplo, DÍAZ MORGADO, C.: en CORCOY BIDASOLO, M., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 279, señala que el fundamento de esta agravación radica en la situación de inferioridad en que se encuentra la víctima, lo que favorece, en principio, la ejecución del hecho al contar el sujeto pasivo con menores posibilidades de defenderse. Por su parte, MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 245, apunta a la “la particular indefensión que se deriva de estas situaciones”.

hace prácticamente imposible la defensa de la víctima”. En esta misma línea, las SSTs 131/2007, de 16 de febrero y 203/2013, de 7 de marzo, abundan en que “el concepto de ‘vulnerabilidad’ equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor”. Es muy ilustrativa la STS 695/2005, de 1 de junio, que apunta que “(...) es preciso acreditar la existencia de una vulnerabilidad que bien anclada en la edad (...) o en la enfermedad, o en la cláusula excesivamente abierta que supone la ‘situación’, patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción violenta o intimidatoria de que es objeto la víctima, en definitiva esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual”. Da un matiz adicional la STS 1113/2009, de 10 de noviembre, poniendo el acento no solo en la indefensión, sino también en aspectos relativos a la culpabilidad del infractor, cuando señala que “la ratio de este precepto legal consiste, pues, en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, a causa de su edad, enfermedad o situación, (...), y también radica en la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias”.

IV. CONCLUSIONES

4.1. Incoherencias de los tipos agravados cuando el sujeto pasivo es un menor

La tutela penal reforzada de los menores de edad *no tiene un diseño coherente* en el CP, sino que obedece a criterios no claros, en ocasiones arbitrarios e incluso contradictorios⁸⁰. No es fácil concre-

⁸⁰ A esta conclusión llegamos también en nuestro trabajo BLANCO CORDERO: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, cit., p. 535.

tar las condiciones especiales o circunstancias que justifican un trato penal diferenciado consistente en castigar de forma más dura la conducta delictiva que recae sobre un menor que la que recae sobre un mayor de edad. Cualquier esfuerzo en ese sentido no dará frutos satisfactorios al no estar claro el fundamento de muchos de los tipos cualificados. Si la hipótesis es que existe una mayor indefensión del menor frente al infractor, esto no se constata en todos los supuestos en los que se agrava la pena. La incoherencia se manifiesta en distintas vertientes de las cualificaciones.

- La falta de coherencia se observa en cuanto a los *delitos* que resultan expresamente agravados en atención a la minoría de edad. Llama la atención lo arbitrario⁸¹ de la decisión legislativa de cualificar la responsabilidad penal en unos delitos y no en otros. Es cierto, con todo, que las últimas reformas penales parecen querer atenuar esta situación. Por ejemplo, tradicionalmente se ha agravado la pena de determinados delitos contra las personas, como las lesiones, las detenciones ilegales, la trata de seres humanos, las agresiones sexuales, los delitos contra la libertad sexual, contra la intimidad... Hasta la reforma de 2015 era llamativo que no se agravara la pena de otros delitos muy graves contra menores, como el homicidio o el asesinato. Esta reforma cambia la situación e introduce el tipo cualificado de estos delitos antes explicado. Pese a ello, sorprende que otros delitos contra las personas no vean agravada la pena en atención a la minoría de edad, cuando el ataque contra el menor puede ser más grave en función de las circunstancias⁸². Por ejemplo, no se entiende bien que se agrave la pena de las lesiones o las detenciones ilegales, pero no de los delitos de aborto cuando la víctima es una menor embarazada. O, en esta línea, que no se considere de gravedad la práctica de reproducción asistida en una menor sin su consentimiento (entre los delitos relativos a la manipulación genética). O la razón por la que no se cualifica la pena de las torturas u otros delitos contra la integridad moral (distintos del maltrato habitual) cuando la víctima es menor. Siguiendo con este razonamiento, habría que agravar también la pena de las amenazas o coacciones genéricas (no solo en supuestos de

⁸¹ Como advierte GONZÁLEZ RUS: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias, cit., p. 128.

⁸² Acertadamente GONZÁLEZ RUS: *ibídem*, p. 129.

violencia familiar), o de los delitos contra el honor, por ejemplo, una calumnia en la que se imputa falsamente a un menor la comisión de un delito. En los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, ¿no es más vulnerable un menor ante un delito de robo con violencia o intimidación? O en el caso de la estafa, el menor será normalmente más vulnerable ante los engaños⁸³. Algo similar ocurre en delitos contra el mercado y los consumidores, que también pueden serlo los menores, por ejemplo, en el caso de la publicidad engañosa, etc. Un repaso al Código penal permite observar agravios comparativos similares en los que no se comprenden los motivos por los que se ha decidido que es más grave en unos delitos que en otros que la víctima sea un menor⁸⁴.

- Las incoherencias se observan también en la *determinación de las edades* en los tipos agravados⁸⁵. En algunos delitos se agrava la pena cuando los hechos recaen sobre un menor de dieciocho años, en otros sobre un menor de dieciséis años (dejando fuera de la protección a los que tienen entre dieciséis y dieciocho), en otros sobre un menor de catorce años (e incluso de cuatro años) y, finalmente en otros, se alude a personas especialmente vulnerables por razón de su edad, lo que comprende a los menores. No es sencillo, sin embargo, responder a la pregunta de por qué en unos casos se otorga mayor protección a los menores de dieciocho años, a los menores de dieciséis en otros, a los de catorce en otros, etc. Es ciertamente difícil explicar que el límite de edad en las lesiones sea de catorce años por razón de su indefensión, pero superada esa edad desaparezca dicha indefensión, que sí existe, sin embargo, si se trata de un homicidio o de un asesinato, en los que la edad se amplía hasta los dieciséis años. Tampoco se revela claramente qué fundamenta que en las detenciones ilegales o en el tráfico

⁸³ Sobre estas críticas cfr. GONZÁLEZ RUS: *ibidem*.

⁸⁴ Apunta también esto GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 55.

⁸⁵ También se refiere a la falta de coherencia y arbitrariedades GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General de Derecho penal*, n° 20/2013 (consultada la versión electrónica).

de drogas la agravación tenga en cuenta la edad de dieciocho años, en el homicidio la de dieciséis y en las lesiones solo la de catorce.

La incoherencia también se observa en las cualificaciones motivadas en el dato de que el delito se cometa *en presencia de menores*. No se entiende que se incremente la pena a quien maltrata o amenaza a otra persona en el ámbito doméstico en presencia de menores, y no se agrave cuando se cometa un asesinato o una violación en presencia de menores. Por ejemplo, el homicidio o asesinato de una mujer a manos de su pareja varón llevará aparejado el mismo marco penal con independencia de la presencia o no de los hijos menores⁸⁶. Y el absurdo que supone que se agrave la pena cuando el menor presencia el delito, pero no cuando es el sujeto pasivo del mismo⁸⁷.

Algo parecido se puede decir de los tipos agravados por razón de la *utilización de menores* para cometer el delito. No se comprende por qué merecen ser agravados los delitos contra la propiedad intelectual e industrial cuando se utiliza un menor para su comisión y no, por ejemplo, para la realización de una estafa⁸⁸.

Se han articulado diversas propuestas para solucionar esta divergencia de edades. *Tamarit Sumalla* propuso que la diversidad de límites de edades debería reconducirse a dos momentos principales: los doce años, como edad ligada a la llegada de la pubertad y que permite separar la infancia de la adolescencia; y los dieciocho, momento en el que se alcanza la mayoría de edad a todos los efectos (penal, civil y político) y la asunción de una plena responsabilidad personal y ante

⁸⁶ Ejemplo de GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, pp. 59-60. Observa que cabe la posibilidad de hacer responder al sujeto, si fuera el caso, por un delito de lesiones psíquicas a los menores. Con todo, entiende que, incluso aunque no resultase acreditado un resultado de lesión, no sería irrazonable que el CP castigase expresamente con carácter general la conducta de hacer presenciar a un menor de edad hechos particularmente violentos contra las personas.

⁸⁷ Paradoja advertida por GONZÁLEZ RUS: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, *cit.*, p. 129.

⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ RUS: *ibídem*.

la sociedad⁸⁹. Por su parte, GONZÁLEZ RUS considera que, si no se opta por introducir una circunstancia genérica relativa al menor de edad (véase más adelante), sería conveniente plantearse los 14 años⁹⁰ como la edad por debajo de la cual concurren en los niños vulnerabilidades o debilidades semejantes a las que se encuentran detrás de los tipos cualificados dirigidos a la tutela particularizada de los menores. Este límite de edad debería generalizarse para todos los delitos que prevén la protección de los menores, mediante la previsión de los correspondientes tipos agravados.

- Por último, las incoherencias de los tipos agravados alcanzan también a las *penas*. No están claros los motivos por los que en unos casos se impone la pena prevista en el tipo básico en su mitad superior, en otros la superior en grado, en otros una pena distinta e incluso en otros se añade una pena adicional⁹¹.

4.2. *¿Es necesario introducir una agravante genérica de minoría de edad?*

Conviene plantearse si realmente existen *motivos* que justifiquen el trato penal diferenciado para la misma conducta, más grave cuando se dirige contra un menor que contra un mayor de edad. Para ello será

⁸⁹ Así TAMARIT SUMALLA: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, *cit.*, p. 501. Al límite máximo de los doce años del sujeto pasivo debieran llevarse todas las figuras delictivas que se fundamentan en la absoluta falta de autonomía y capacidad personal para decidir (por ejemplo, la edad para el consentimiento sexual, etc.) Los dieciocho años son el límite máximo adecuado para las figuras basadas en un proceso de limitación del consentimiento o simplemente en la necesidad de protección del menor de edad por falta de madurez y desarrollo de su personalidad.

⁹⁰ Edad que fija la LORPM como límite por debajo del cual no es posible exigir responsabilidad criminal del menor. En el mismo sentido que el autor citado, PÉREZ MACHÍO / DE LA CUESTA ARZAMENDI: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, *cit.*, p. 64, con base en los paradigmas de la victimología evolutiva, proponen la edad de 14 años, coincidente con la prevista en la LORPM, como el umbral superior de la edad que requiere una tutela penal reforzada.

⁹¹ Sobre esta cuestión véase nuestro trabajo BLANCO CORDERO: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, *cit.*, pp. 537 ss.

imprescindible determinar qué circunstancias, condiciones o efectos justifican la diferencia de trato, bien porque suponen un mayor contenido de injusto o, en función de determinadas opiniones, un mayor reproche de culpabilidad⁹².

Se manejan distintos *fundamentos* de los tipos cualificados por menor edad⁹³. Un importante sector doctrinal afirma que la *ratio* de la tutela reforzada de los menores de edad radica en el *mayor contenido de injusto* que supone un delito contra ellos. Para unos, es el mayor *desvalor de acción* de estas conductas delictivas por razón de la menor posibilidad de defensa de las víctimas⁹⁴. ALONSO ÁLAMO pone el acento en el *desvalor de resultado*, pues, además del bien jurídico menoscabado, existe una necesidad de proteger adicionalmente el interés a la igualdad real de las personas que se hallan en situación de desventaja, en este caso los menores de edad, si bien no olvida que se tiene en cuenta el mayor desvalor de la acción que recae sobre víctimas que tienen o pueden tener debilitada o, en su caso, excluida la capacidad de defensa⁹⁵.

Merece atención diferenciada la opinión de GONZÁLEZ RUS, que apunta que los fundamentos de los subtipos agravados se corresponden con los criterios sustanciales en los que se basa la limitación de la responsabilidad penal de los menores⁹⁶. El trato especial que reciben

⁹² Recordemos que la STS 1113/2009, de 10 de noviembre, apunta como fundamento no solo la menor defensa del menor, sino también señala "la mayor perversidad criminal del autor consecuencia de la desprotección de la víctima".

⁹³ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, cit., p. 9.

⁹⁴ Cfr., por ejemplo, PÉREZ MACHÍO, A.I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: "La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos", en PÉREZ MACHÍO, A.I. / DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La integración social de/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 25-68, p. 47, indican que el incremento de la respuesta punitiva se basa en el mayor desvalor que genera la situación de indefensión de la víctima; MOYA GUILLEM / DURÁN SILVA: "La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021", cit., p. 416.

⁹⁵ Así, ALONSO ÁLAMO, M.: "La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015", *Cuadernos de Política Criminal*, n° 117, 2015, pp. 5-50, pp. 18-19.

⁹⁶ GONZÁLEZ RUS: "El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias, cit., pp. 130-131.

los menores en tales subtipos parece suponer un reconocimiento, posiblemente implícito, de la inferioridad, debilidad o incapacidad que genera la edad en relación con ciertos bienes jurídicos o con determinados contextos o conductas. Se trata normalmente de situaciones en las que el menor se encuentra en una posición de inferioridad frente al autor, que suele ser un adulto que se aprovecha de su superioridad para cometer el delito. Esta superioridad tiene su origen en diversas circunstancias que afectan al menor, consecuencia de su menor capacidad para valorar el comportamiento delictivo del que está siendo objeto, o de decidir la respuesta al mismo⁹⁷. En unas ocasiones, es su menor posibilidad de defensa lo que fundamenta la vulnerabilidad e inferioridad. En otras es la menor posibilidad de advertir el delito y evitarlo. Pues bien, sostiene GONZÁLEZ RUS que este tipo de argumentos (la mayor vulnerabilidad del menor ante el comportamiento del que es víctima, su especial inferioridad e indefensión frente al autor, el reconocimiento de una menor capacidad para valorar y decidir la naturaleza y respuesta al ataque) se acercan mucho a aquellos que fundamentan la limitación de la responsabilidad penal del menor como autor de un delito. En especial, su inferior capacidad para valorar debidamente la significación y circunstancias de su conducta delictiva, lo que implica una menor capacidad entender la ilicitud de su hecho y de control de su propio comportamiento⁹⁸.

Precisamente GONZÁLEZ RUS propone la creación de una *circunstancia general agravatoria* de aplicación en principio a todos los delitos, cuando el sujeto pasivo tenga una edad inferior a la cronológica de dieciocho años. Se trata de una propuesta interesante por diversos motivos.

- Permitiría armonizar la edad en dieciocho años y homogeneizar los subtipos agravados basados en la menor edad.
- Fomentaría la economía legislativa, suprimiendo muchos de los tipos agravados presentes en la normativa actual. Sin embargo, otros posiblemente subsistirían, por ejemplo, algunos supuestos

⁹⁷ Así GONZÁLEZ RUS: *ibídem*, p. 128.

⁹⁸ Esto supone que se reconocen efectos generales a las carencias del menor cuando este es autor de un delito, mientras que cuando es víctima tienen un reconocimiento parcial, afirma GONZÁLEZ RUS: *ibídem*, p. 131.

de ataques de naturaleza sexual contra menores, o aquellos basados en la utilización de un menor para cometer delitos (estos de naturaleza discutida). En cualquier caso, no serían demasiados.

- Asimismo, al tratarse de una agravante genérica se ofrecería un tratamiento penológico coherente, debiendo imponer la pena del tipo básico en su mitad superior. Es cierto, con todo, que esto no permitiría tener en cuenta los matices que presenta la *diversidad de penas existentes* hoy día en los tipos agravados⁹⁹. En efecto, la pena del tipo básico en su mitad superior contrasta con la regulación actual de los tipos cualificados que permite imponer penas superiores en grado e incluso penas específicas más graves que las propias del tipo básico. Esta situación podría solucionarse, cuando existan motivos fundamentados que así lo justifiquen, incluyendo una norma penológica que permitiera incrementar la pena al estilo de lo que ocurre con la multirreincidencia del art. 66.1.5 CP.

Ahora bien, si se opta por incorporar una agravante genérica como la propuesta, es imprescindible explicar con claridad su *ratio*, cosa harto difícil y que, si no se hace adecuadamente, motivará que la idea se vaya al traste. La circunstancia propuesta por GONZÁLEZ RUS solo se sería de aplicación cuando las características del menor hubieran tenido “real y concreta incidencia en la comisión delictiva”. Esta incidencia real y concreta, prosigue, tiene lugar básicamente cuando las particulares condiciones del menor sean determinantes de una mayor gravedad del desvalor de acción o del desvalor de resultado, si se ha visto menoscabada de manera efectiva la seguridad del menor como consecuencia del delito, o cuando se hayan utilizado y aprovechado de manera efectiva las condiciones del menor para facilitar la comisión del delito¹⁰⁰. Esta circunstancia propuesta se fundamenta, de manera alternativa, en el mayor desvalor de la acción o del resultado.

⁹⁹ También apunta este problema GARCÍA MOSQUERA: “Protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia: nuevas consideraciones sobre la edad en el Derecho penal”, *cit.*, p. 39.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ RUS: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias, *cit.*, p. 131.

Si se pone el acento en la mayor gravedad del *desvalor de acción*, las características de la víctima menor fundamentarán que el ataque a su bien jurídico sea más grave al encontrarse debilitada su defensa. Esta *ratio* generará fricciones con alguna otra agravante genérica, especialmente con el *abuso de superioridad* del art. 22.2 CP. En realidad, aquellos supuestos basados en la inferioridad del menor frente al delito o al agresor resultarán ya abarcados por tal circunstancia genérica. Una circunstancia agravante genérica así fundamentada carece de sentido desde la óptica de una adecuada política legislativa¹⁰¹. Existe la opción de considerar que la *ratio* no reside en la inferioridad del menor, sino en su situación de *indefensión* frente al ataque (desvalimiento), con la que se encuentra el autor, pero que no busca, lo que impediría (a nuestro juicio, y a pesar de la jurisprudencia) apreciar la alevosía. Esta opción, sin embargo, requeriría configurar una agra-

¹⁰¹ Salvo que se entienda, como hacen algunos, que la especial vulnerabilidad a causa de la menor edad constituye un supuesto que no coincide con el abuso de superioridad, sino que es algo más que este, pero menos que la alevosía. Así, por ejemplo, en relación con la especial vulnerabilidad de la víctima prevista para los delitos de homicidio y sus formas, advierte ESQUINAS VALVERDE, P.: “Homicidio doloso y asesinado tras la reforma del CP por LO 1/2015: interpretación a la luz de la jurisprudencia más reciente”, en MORENO-TORRES HERRERA, M.R. / ESQUINAS VALVERDE P. / MORALES HERNÁNDEZ, M.Á. / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *El derecho penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 443-475, p. 449, que “dicha especial vulnerabilidad prevista en el art. 140.1.1ª CP ha de significar más que una simple desproporción de fuerzas entre el sujeto activo y el pasivo pero menos que una completa indefensión de este último debido a su estado previo a la agresión”. En esta misma línea, apunta CARBONELL MATEU, J.C.: en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª Edición, Tirant lo Blanch, 2021, 2022, p. 59, que la especial vulnerabilidad de la víctima prevista para el homicidio y sus formas se aplica “cuando, pese a la edad o vulnerabilidad de la víctima, ésta no se encuentra totalmente indefensa: es algo más que el abuso de superioridad y algo menos que la alevosía”. En este caso la agravante basada en el desvalor de acción no se solaparía con el abuso de superioridad, al ser más, ni con la alevosía, al ser menos. Interesante postura, pero no creo que esos espacios intermedios entre abuso de superioridad y alevosía se puedan reconducir a una agravante distinta, que es la de especial vulnerabilidad. O la víctima está en situación de inferioridad, en cuyo caso si la desproporción de fuerzas es conocida y utilizada por el autor dará lugar al abuso de superioridad, o se encuentra indefensa, en cuyo caso, si se cumplen con los requisitos del art. 22.1 CP, será de aplicación la alevosía.

vante genérica en la que el límite de edad debería ser tal que permitiera presumir la indefensión del menor en todo caso, que no podría ser la de dieciocho años. Una agravante genérica así configurada no sería de gran utilidad, si lo que pretendemos es ofrecer un tratamiento agravado unitario de la menor edad en el CP, pues se mantendría la dispersión de tipos cualificados por razón de la edad en la parte especial.

Pero si lo que prevalece es una mayor gravedad del *desvalor de resultado*, esto es, que el daño (o puesta en peligro) del bien jurídico se incrementa cuando se ataca a un menor, convendría argumentarlo de manera adecuada. La idea de la mayor gravedad del desvalor del resultado parece inspirar las opiniones contradas en que se produce la afectación de la formación, desarrollo o proceso de socialización del menor. Por su parte, GONZÁLEZ RUS alude al menoscabo de manera efectiva de la seguridad del menor como consecuencia del delito. ALONSO ÁLAMO pone el acento en el desvalor de resultado (si bien también alude al desvalor de la acción), porque existe una necesidad de proteger el interés a la igualdad real de las personas que se hallan en situación de desventaja, en este caso los menores de edad¹⁰². Configurar una agravación cuyo fundamento resida en el mayor desvalor del resultado la acercaría a la propuesta de DOLZ LAGO, en el sentido de considerar la infancia como bien jurídico penal autónomo de carácter colectivo, que encontraría su fundamento en el art. 39.4 CE y en la protección de la infancia establecida en los Tratados Internacionales¹⁰³. La creación de una nueva agravante tendría sentido exclusivamente si se considera como opción político criminal válida la sanción con más pena de los ataques a los menores, no tanto por su situación de inferioridad (vulnerabilidad), cuanto por la afectación de otros bienes jurídicos que se conectan directamente con la condición de menor del sujeto pasivo y que puedan afectar, por

¹⁰² Así, ALONSO ÁLAMO: “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *cit.*, pp. 18-19.

¹⁰³ DOLZ LAGO, M.-J.: “La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente”, *Diario La Ley*, núm. 9188, de 2 de mayo 2018 (consultada la versión electrónica). Crítico con admitir la minoría de edad como un bien jurídico protegido, TAMARIT SUMALLA: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, *cit.*, p. 489, por tratarse de un concepto “excesivamente vago y espiritualizado” de bien jurídico.

ejemplo, al desarrollo de su personalidad y a su proceso madurativo (o a la infancia, como propone DOLZ LAGO). Al ponerse el acento en el mayor desvalor del resultado será necesario, en todo caso, acreditar un menoscabo efectivo de bienes jurídicos propios del menor. Es cierto que en algunos supuestos va a ser complicado diferenciar este menoscabo de intereses propios del menor, muchos de ellos de naturaleza psicológica, de otro tipo de afectaciones a su salud psíquica, posiblemente reconducibles a los delitos de lesiones. Asimismo, será una agravante compatible con el abuso de superioridad, pues la *ratio* no reside en el desequilibrio de fuerzas entre atacante y víctima. Este enfoque, sin embargo, va a dejar intactos muchos de los tipos agravados de la parte especial fundamentados en la inferioridad del menor frente al ataque del autor.

Una eventual solución sería que el fundamento fuera mixto, basado *cumulativamente* en un *mayor desvalor de acción y de resultado*. La pena incrementada encontraría su razón de ser en la situación de inferioridad del menor y en la afectación de bienes jurídicos antes mencionados, como el desarrollo de su personalidad o la normalidad de su proceso de maduración. Aspectos todos ellos que deberían quedar acreditados para poder aumentar la pena. Solo si se tratara de un menor de edad en situación de inferioridad y a quien se produjera una afectación relevante de su evolución se podría hablar de la efectiva concurrencia de la agravante genérica. Su apreciación sería, en este caso sí, incompatible con la circunstancia de abuso de superioridad (y con la alevosía), al tenerse en cuenta la superioridad del sujeto activo y la disminución conocida de las facultades de defensa.

Posiblemente sea *precipitado* crear una circunstancia agravante genérica de menor edad como la explicada sin una adecuada reflexión previa. Se debe realizar una cuidadosa valoración de la situación normativa actual, del objetivo que se persigue con la agravante y del resultado de su efectiva incorporación al CP. Pienso que, en primer lugar, se ha de analizar si la normativa actual no pierde contenido si se eliminan los tipos cualificados fundamentados en la inferioridad o indefensión del menor, remitiendo su tratamiento a la circunstancia agravante genérica del abuso de superioridad u otra que valore circunstancias similares, como la alevosía en casos de indefensión, o el aprovechamiento de otras circunstancias. En segundo lugar, suprimidas estas cualificaciones, procede examinar si tiene sentido mantener

el resto que se fundamentan en otros motivos, como sus intereses evolutivos, formativos, etc. Si todas ellas son reconducibles a un mismo fundamento, razones de economía legislativa aconsejan la creación de una circunstancia agravante genérica. En caso contrario, habrá que mantener las cualificaciones en la parte especial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M.: “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117, 2015, pp. 5-50.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / VENTURA PÜSCHEL, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículo 138, 139, 140 y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, pp. 313-332 (consultada la versión electrónica).
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *Derecho Penal Español Parte Especial I*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BLANCO CORDERO, I.: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código Penal”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.) / DE LA MATA BARRANCO, N. J. (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 507-545.
- BRIZUELA GONZALEZ, F.: *Estudio del concepto y contenido de la vulnerabilidad en la jurisprudencia Análisis de las sentencias de las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superior de Justicia, el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Departament de Justícia, 2020
- CANCIO MELIÀ, M.: *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, Molina Fernández, Fernando (coord.).
- CARBONELL MATEU, J. C.: en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.) *Derecho Penal Parte Especial*, 7ª Edición, Tirant lo Blanch, 2021.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: *El delito de trata de seres humanos. El art. 177 bis CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, núm. 21-20, pp. 1-70.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. / PÉREZ MACHÍO, A. I. / BERASALUZE GERRIKAGOITIA, L.: “La trata de seres humanos desde la perspectiva de la víctima menor de edad”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.), DE LA MATA BARRANCO, N. J., (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, pp. 479-506.

- DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista penal*, núm. 50, 2022 (Ejemplar dedicado a: Especial XXV Aniversario), pp. 64-90.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: “Tratamiento de la edad de los menores víctimas de delitos de naturaleza sexual en el Código Penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir./) PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.), *Una política victimal comprometida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 143-166.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal del trabajo. Los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: “La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8642, de 10 de noviembre de 2015 (consultada la versión electrónica).
- DEL CARPIO DELGADO, J.: “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Foro, Nueva época*, vol. 16, núm. 2, 2013, pp. 83-137.
- DEL CARPIO DELGADO, J.: “Análisis de las circunstancias agravantes específicas comunes al hurto y robo con fuerza en las cosas tras la reforma de 2015: el art. 235 CP”, en DEL CARPIO DELGADO, Juana (coord.), *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, 2018, pp. 187-220.
- DÍAZ MORGADO, C.: en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- DOLZ LAGO, M.-J.: “La infancia como bien jurídico colectivo protegido penalmente”, *Diario La Ley*, núm. 9188, de 2 de mayo 2018 (consultada la versión electrónica).
- ESQUINAS VALVERDE, P.: “Homicidio doloso y asesinado tras la reforma del CP por LO 1/2015: interpretación a la luz de la jurisprudencia más reciente”, en MORENO-TORRES, M. / HERRERA, R. / ESQUINAS VALVERDE, P. / MORALES HERNÁNDEZ, M. Á. (coords.); MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.), *El derecho penal en el siglo XXI: Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 443-475.
- FARALDO CABANA, P.: “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011 (consultada la versión electrónica).
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P.: “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión del uso (y/o abuso) de la técnica de leyes integrales”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 134, 2021, pp. 5-46.

- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General de Derecho penal*, nº 20/2013 (consultada la versión electrónica).
- GARCÍA ARÁN, M.: “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 110, núm. 4, 2011 (Ejemplar dedicado a: La Reforma del Codi Penal), pp. 1001-1015.
- GARCÍA MOSQUERA, M.: “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*, núm. 32, 2019.
- GARCÍA RIVAS, N. / TARANCÓN GÓMEZ, P.: en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *Derecho Penal Español Parte Especial I*, , 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, comentario al art. 140.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, en MORILLAS CUEVAS (Dir.) / SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 103-140.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Sobre el fundamento de la responsabilidad criminal del menor”, en MUÑOZ CONDE, F./LORENZO SALGADO, J. M. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. /CORTÉS BECHIARELLI, E. /NÚÑEZ PAZ, M. Á. (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 511-529.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta alternativa a la protección penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- LLOBET ANGLÍ, M.: *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, Molina Fernández, Fernando (coord.).
- MARTÍN ANCÍN, F.: *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARTINEZ GARCIA, Á. S.: “Artículo 148”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Vol. 2, 2015 (Los delitos contra las personas, artículos 138-233).

- MÍNGUEZ ROSIQUE, M.: *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2022*, Molina Fernández, Fernando (coord.).
- MOYA GUILLEM, C. / DURÁN SILVA, C.: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret* 1.2022, pp. 414-451.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. (dir.), DE LA MATA BARRANCO, N. J., (dir.), *La integración social del/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, 2020, pp. 25-68.
- PÉREZ MACHÍO, A. I.: “La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y la vulnerabilidad del/la menor de edad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 25 (Tercera época), 2021, pp. 263-304.
- SUÁREZ LLANOS, L.: “Educar contra la vulnerabilidad, discriminación y violencia en la niñez y adolescencia”, en GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (coord.), *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 71-96.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.) / MATALLÍN EVANGELIO Á. (coord.), GÓRRIZ ROYO E. (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Fasc/Mes 2, 1986, pp. 487-510.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, 2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas. Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, 2010, pp. 819-866.

Mayores vulnerables y Derecho penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

I. INTRODUCCIÓN

El maltrato¹ a las personas mayores² constituye un fenómeno social con perfiles propios que ha generado una especial preocupación

¹ No existe un concepto de maltrato de personas mayores unánime, ni en la doctrina, ni en los organismos internacionales. No obstante, de las diversas acepciones que se manejan cabe extraer como notas características que ha de tratarse de acciones u omisiones, dolosas o imprudentes, que causan un daño a una persona mayor y que ocurren en el marco de una relación interpersonal (familiar, en la esfera institucional, etc.). Con todo, hay que señalar que además de este concepto de maltrato en sentido estricto, hay que tomar en consideración también la violencia que se ejerce por sujetos no vinculados a la víctima que abusan o se aprovechan de su condición de avanzada edad. Sobre las cuestiones que plantea la interpretación del término “maltrato”, véanse IBORRA MARMOLEJO, I.: “Concepto y tipos de maltrato de mayores”, en *Violencia contra personas mayores*, Ariel, 2005, pp. 18 y ss; JAVATO MARTÍN, M.: “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal”, en JAVATO MARTÍN, M./DE HOYOS SANCHO, M., *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 73-76; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, 2014, pp. 589-591.

² Por lo que se refiere al concepto de persona mayor, Naciones Unidas hace referencia en sus documentos a toda persona de más de 60 años. La tendencia europea, sin embargo, engloba a mayores de 65 años, lo que es más coherente con la propia evolución y realidad social. De esta opinión, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., pp. 589-590. Por su parte, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, aunque coincide con estos autores en situar a los mayores en el grupo de más de 65 años, pone de relieve que ser mayor o anciano es un concepto elástico y que la edad efectiva de una persona viene dada por la interrelación de su edad cronológica, la biológica

en los últimos tiempos³. En efecto, aunque como veremos los estudios existentes no ofrecen tasas de ancianos maltratados coincidentes, lo cierto es que la investigación victimológica expresa dos peculiaridades. Por un lado, que con carácter general los individuos de avanzada edad son más vulnerables y presentan un mayor riesgo de erigirse en víctimas de delitos⁴. Ello es debido, entre otros, y en función del contexto, a algunos factores que suelen acompañar a la senectud como la enfermedad, la lentitud funcional, la pérdida intelectual, los trastornos mentales, la dependencia económica del agresor/cuidador, la cohabitación o el aislamiento social de la familia (estos tres últimos propios del maltrato en el ámbito familiar, el más frecuente⁵)⁶. Y, por otro lado, que se aprecia una tendencia al alza en los ataques a estos sujetos, propiciada por el progresivo envejecimiento de la población (para 2050, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, se calcula que el porcentaje de personas de 65 años y más en España será del 31,4%)⁷ y otras circunstancias como la mayor estima social hacia

o funcional, la psíquica y la social, en “Las personas mayores en el ámbito del Derecho Penal”, *Estudios Jurídicos*, núm. 2007, 2007, pp. 3-4.

³ El tema no es ciertamente nuevo, pero desde los años 80 del pasado siglo viene despertando un creciente interés. Destacan la preocupación generada, entre otros, ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, M.: “Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa”, en JAVATO MARTÍN, M./DE HOYOS SANCHO, M., *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 40.

⁴ En particular, indican que el riesgo de victimización es especialmente elevado a partir de los 74 años, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., p. 602.

⁵ Así, CARIO señala que la mayoría de las investigaciones muestran que, en datos absolutos, cerca de las tres cuartas partes de las victimizaciones tienen lugar en el seno de la familia, en “El mayor como víctima. ¿Fin de un tabú?”, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El maltrato de personas mayores. Detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*, Hurkoa Fundazioa/Instituto Vasco de Criminología, 2006, p. 154.

⁶ Sobre los factores de riesgo, véase más pormenorizadamente el apartado de este trabajo así titulado.

⁷ Instituto nacional de Estadística, *Proyecciones de Población 2020-2070*, disponible en https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070. El informe señala un incremento previsible de un 11,8%, considerando que en 2020 el porcentaje de individuos con 65 años y más en nuestro país fue del 19,6%. Con todo, augura que a partir de 2050 esta tasa comenzaría a descender hasta alcanzar el 28,6% en 2070.

la juventud o las nuevas formas de familia, en la que trabajan ambos progenitores y no hay disponibilidad para cuidar adecuadamente a los ancianos, lo que incrementa los ingresos en residencias⁸.

A esta situación hay que sumar que la victimización comporta con frecuencia consecuencias especialmente negativas para el adulto mayor en comparación con las que sufren víctimas más jóvenes; efectos que, obviamente, son variables y dependen de la clase y la gravedad del maltrato, del estado psicológico previo del anciano, de su relación con el agresor o del apoyo social con que cuente. Así, los estudios desarrollados en este ámbito constatan un incremento del riesgo de muerte durante o tras la victimización, secuelas como la depresión, la ansiedad, ideas suicidas, sentimientos de culpa y vergüenza, miedo al delito, etc.⁹

Pues bien, en respuesta a esta realidad, el Derecho ha habilitado diversos instrumentos para prevenir y enfrentar la victimización de las personas mayores, tanto en el ámbito internacional¹⁰ como nacional.

En la Unión Europea, según Eurostat, *Estructura demográfica y envejecimiento de la Población*, 2021, (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estructura_demogr%C3%A1fica_y_envejecimiento_de_la_poblaci%C3%B3n) durante el período de 2019 a 2100 es probable que las personas mayores aumenten su porcentaje con respecto a la población total: las personas de 65 años o más representarán el 31,3 % de la población de la EU-27 en 2100, a diferencia del 20,2 % de 2019. Otro aspecto del envejecimiento de la población que se subraya en este ámbito es el progresivo envejecimiento del propio sector de las personas mayores, habida cuenta de que la importancia relativa de las personas de edad muy avanzada está creciendo a mayor velocidad que cualquier otro segmento de edad de la población de la EU-27. Está previsto que el porcentaje de personas de 80 años o más dentro de la población de la EU-27 se multiplique por 2,5 entre 2019 y 2100 y pase de un 5,8 % a un 14,6%.

⁸ JAVATO MARTÍN, M.: “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídica penal”, cit., pp. 69-70

⁹ Dan cuenta de los resultados obtenidos en diversas investigaciones sobre los efectos y consecuencias de la victimización para el anciano, PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J.M.: “*Victimología teórica y aplicada*”, Huygens, 2013, pp. 195-196; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., pp. 607-609.

¹⁰ Recoge detalladamente la respuesta del Derecho ante la discriminación y estigmatización de las personas mayores, incluyendo normas y declaraciones internacionales emanadas de Naciones Unidas o de sus organismos y organizaciones, la legislación interamericana en la materia, y las normas y declaraciones europeas,

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, de una parte, y teniendo en cuenta que es más frecuente que sean las personas de edad avanzada las que presenten una discapacidad, precisen que se les reconozcan unas capacidades especiales para valerse plenamente en la sociedad o se encuentren en una situación de dependencia¹¹ (en los casos en que padezcan alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial), cabe señalar diversas disposiciones. Así, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta última normativa supuso una transformación sustancial del sistema hasta entonces vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad. De modo que, finalmente, se ha configurado un sistema que se basa en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones.

De otra parte, en lo que concierne al Derecho Penal, a diferencia de lo que sucede con los menores, que cuentan con disposiciones específicas para reforzar su protección, no existe una regulación directa

BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “Discriminación y estigmatización”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.), *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Wolter Kluwer, 2021, pp. 82-96. Véase también, al respecto, PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Victimología teórica y aplicada*, cit., pp. 196- 197.

¹¹ Lo que no permite, en modo alguno, concluir que sea correcto identificar el envejecimiento con una dependencia o una discapacidad, como afirma RUEDA MARTÍN, M.A., en “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, ROMEO CASABONA, C.M., *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Wolter Kluwer, 2021, p. 574. En el mismo sentido, PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Victimología teórica y aplicada*, cit., p. 198; MUÑOZ CUESTA, J.: “Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono”, en ROMEO CASABONA, C.M., *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Wolter Kluwer, 2021, p. 756.

que tome en consideración expresamente la vejez o la ancianidad¹². De modo que lo que opera es una protección inespecífica que tiene lugar, además de a través de los preceptos que tutelan a todos sin distinción, de otros que pueden prestar una cobertura más adecuada a las personas longevas. En concreto y resumidamente, a las figuras previstas para cualquiera que sea el sujeto pasivo, hay que sumar, en primer lugar, agravantes genéricas como la alevosía, el abuso de superioridad o de confianza o la discriminación, circunstancias que se adaptan bien a muchos casos en los que la víctima es un anciano. En segundo lugar, contamos con ilícitos en los que las posibilidades de que el sujeto pasivo sea una persona mayor son elevadas. Es el caso de las infracciones que requieren que el titular del bien jurídico protegido sea, entre otros, ascendiente del autor o persona que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometida a guarda o custodia en centros públicos o privados, o persona con discapacidad necesitada de especial protección. En tercer lugar, cabe considerar algunos de los denominados genéricamente “delitos de odio”¹³. Estos injustos tienen como objeto de tutela la prohibición de discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad y se sustentan en la desigualdad que se genera con el odio al diferente por cualquiera de

¹² A diferencia de lo que ocurría en nuestro Derecho hasta 1983, cuando se suprimió la circunstancia agravante genérica de ejecutar el hecho “con desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido” (art. 10.16ª Cp).

¹³ En el año 2003 la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea (OSCE) definió el “delito de odio” como “cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su real o percibida conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otro factor similar, ya sean reales o supuestos”. Por lo demás es de interés señalar que el Ministerio del Interior, en su Informe anual sobre “Evolución de delitos de odio en España” de 2018 introdujo tres nuevos ámbitos de discriminación, señaladamente la “discriminación generacional”. Este ámbito se define como “aquellas acciones que tengan como resultado un trato desigual o vejatorio a una persona o colectividad por motivo de su edad. Dentro de este tipo discriminación se incluye principalmente la gerontofobia (sentimientos de hostilidad y actos discriminatorios hacia los ancianos)”. El último Informe del Ministerio, referido al año 2020, pone de relieve que en los delitos registrados en ese periodo han aumentado en un 11,1% los hechos de “discriminación generacional”.

las razones o de la pertenencia a los grupos que se reflejan en los respectivos tipos penales. Señaladamente, en lo que concierne a la tutela de los ancianos, podrían aplicarse, en función de cuál sea la conducta típica, algunos de los tipos que sancionan comportamientos guiados por móviles discriminatorios como la enfermedad, la discapacidad y, en especial, la edad. Y es que, en muchas ocasiones, la violencia y el abuso contra los mayores constituyen expresión de la gerontofobia o discriminación de las personas a causa de su avanzada edad, de ahí que se legisle en orden a su protección¹⁴, utilizando precisamente como criterio de diferenciación jurídica la edad, uno de los motivos de discriminación implícitos que se prohíben en el artículo 14 de nuestra Carta Magna¹⁵.

Por último, en cuarto lugar, además de amparar a los adultos mayores frente a violencias asentadas en la discriminación, encontramos en el Código penal diversos subtipos cualificados en los que también encuentran fácil acomodo como sujeto pasivo. Estas agravaciones es-

¹⁴ Lo que, asimismo, propugna la propia Constitución cuando establece en su artículo 9.2 que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Cabe recordar, asimismo, que en su artículo 50 se contiene la única referencia a la “tercera edad”, cuando dispone que “los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

¹⁵ Aunque no se recoge la edad como uno de las posibles causas de discriminación o desigualdad ante la ley, se entiende que implícitamente se engloba dentro de la abierta cláusula final. Así, como indica BOLDOVA PASAMAR, “el TC ha admitido que los motivos de discriminación que el art. 14 prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (incluida la edad; vid. p. ej., SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 69/1991, de 8 de abril, 184/1993, de 31 de mayo, y 37/2004, de 11 de marzo), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (STC 233/2007, de 5 noviembre)”, en “Discriminación y estigmatización”, cit., pág. 98. Por lo demás, esta tutela basada en la prohibición de discriminación se produce en los artículos 314, 510, 511, 512, 515, 607 y 607 bis del Código penal.

pecíficas se contemplan en relación con delitos de muy diversa índole y responden, entre otras circunstancias, a que el autor se prevalga de una situación de convivencia o de parentesco, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima; a que abuse de las relaciones personales que mantenga con ella; o a que esta sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Con todo, merecen especial mención los subtipos que otorgan una sobreprotección tomando como parámetro su “especial vulnerabilidad”. La ley relaciona diversas razones que pueden generar tal situación en el sujeto pasivo, en lo que nos interesa la discapacidad, la enfermedad o la edad. Cualquiera de ellas, según el caso, podría determinar que pueda predicarse de una persona de edad avanzada su condición de “especialmente vulnerable”.

En este contexto, este trabajo se centra en la circunstancia agravante que atiende a la especial vulnerabilidad basada en el criterio de la edad para incrementar la protección de las personas mayores. Con tal finalidad, en primer lugar se exponen algunos aspectos victimológicos relativos al maltrato a los ancianos que permiten justificar la necesidad de intervención penal. A continuación, en segundo lugar, se aborda la agravación específica de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad. Para ello, de un lado, se da cuenta de las dificultades para concretar el contenido de la especial vulnerabilidad fijada en tal circunstancia y diferenciarla de la fundada en otras causas materialmente análogas recogidas conjuntamente en la ley, la discapacidad y la enfermedad. Y, de otro lado, se efectúa una revisión de las decisiones judiciales adoptadas en la materia al objeto de verificar cómo se está interpretando la cualificación y qué alcance se le está otorgando en su aplicación por los tribunales. La conclusión final de este estudio recoge la necesidad de promover una praxis judicial más uniforme y consistente; y, a la par, cuestiona la propia existencia de la agravante específica tal y como ha sido configurada en la ley, abriendo la puerta a la reflexión en torno a otras vías para reforzar la tutela de los adultos mayores particularmente vulnerables.

II. EL MALTRATO A LAS PERSONAS MAYORES. ASPECTOS VICTIMOLÓGICOS

¿Es necesario reforzar la tutela de las personas mayores? ¿Está justificada la intervención penal cuando la víctima tiene una avanzada edad? La respuesta a estas cuestiones demanda tomar conocimiento de los distintos aspectos que caracterizan la victimización de ancianos y exponer algunos datos victimológicos que ponen de manifiesto la entidad del problema. Todo ello, como se verá, explica que desde el Derecho se articulen herramientas jurídicas para prevenir y evitar posibles victimizaciones y justifica la necesidad de sobreproteger a quienes, por razón de su edad, se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad que los convierte en blanco ideal para la comisión de diversos delitos.

2.1. Un fenómeno en expansión

Si bien los adultos mayores no constituyen el grupo más victimizado¹⁶, la realidad es que se aprecia una evolución en sentido expansivo. Así, a nivel global, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), ha puesto de manifiesto, sobre la base del metaanálisis mundial realizado en 2017 por YON y otros autores, en el que se revisaron 52 estudios de 28 países, que una de cada seis personas de más de 60 años en el mundo sufrió maltrato en el entorno comunitario, con una prevalencia general del 15,7%¹⁷. Asimismo, ha revelado que aunque se dispone de pocos datos sobre el alcance del problema en las instituciones, como los hospitales, las residencias de ancianos y otros centros de atención crónica, en otro trabajo reciente sobre este tipo de maltrato en las instituciones, el 64,2% del personal refirió haber cometido alguna forma de maltrato en el año al que se refirió el

¹⁶ PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Victimología teórica y aplicada*, cit., p. 189.

¹⁷ Nota de prensa de la OMS, de junio de 2022, disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/abuse-of-older-people>. Véase el estudio citado, YON Y./MIKTON C.R./GASSOUMIS Z.D./WILBER KH. LANCET: “Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis”, *Glob Health*, 2017 Feb;5(2):e147-e156, en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pub-med/28104184>

examen¹⁸. Este panorama, además, se ha visto agudizado durante la crisis sanitaria mundial por la pandemia de COVID-19, que ha determinado un aumento de la prevalencia del maltrato a las personas de edad, tanto en la comunidad como en las instituciones¹⁹.

En España, las escasas investigaciones victimológicas sobre el maltrato a ancianos²⁰ muestran cifras inferiores, si bien hay que tener presente que muchos casos permanecen ocultos²¹. No obstante, es importante reseñar que los datos sobre frecuencia del maltrato varían mucho en los distintos trabajos, lo que se achaca a variables metodológicas distintas. En este sentido, cabe destacar la aportación de ZAPATER, SOBERÓN Y GÓMEZ-GUTIÉRREZ, que tras revisar 13 estudios (con un tamaño muestral elevado, más de 100 participantes en once de ellos) constatan diferencias importantes²². En particular,

¹⁸ YON Y./RAMIRO-GONZALEZ M./MIKTON C., HUBER M./SETHI D.: “The prevalence of elder abuse in institutional settings: a systematic review and meta-analysis”, *European Journal of Public Health*, 2018, en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/29878101>

¹⁹ CHANG ES./LEVY BR.: “High prevalence of elder abuse during the COVID-19 pandemic: risk and resilience factors”, *The American Journal of Geriatric Psychiatry*, 2021, disponible en <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33518464/>. En este trabajo estadounidense se refiere que las tasas de maltrato en la comunidad pueden haber subido hasta el 84%.

²⁰ Aunque el número de investigaciones es creciente, se reclama una mayor atención desde el ámbito de la victimología. Véanse al respecto, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., p. 611; PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La victimización de ancianos”, cit., pp. 203-204. Los autores refieren toda una serie de aspectos que justifican la necesidad de un esfuerzo más relevante en la materia (trabajos muy descriptivos, con muestras pequeñas, poco seguimiento de los participantes, uso de instrumentos no validados, etc.). PEREDA BELTRÁN Y TAMARIT SUMALLA, no obstante, ofrecen los resultados detallados de una pluralidad de estudios de ámbito nacional e internacional (pp. 189-192).

²¹ En este sentido, señala JAVATO MARTÍN que la cifra real de maltrato constituye un agujero negro de la delincuencia, en “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal”, cit. p. 76.

²² ZAPATER, A./SOBERÓN, C./GÓMEZ-GUTIÉRREZ, M.: “Prevalencia y factores de riesgo del maltrato a personas mayores en el ámbito familiar en España: una revisión”, *Revista de Victimología*, núm. 12, 2021, p. 100. Los autores relatan que es muy difícil extraer conclusiones firmes sobre el maltrato a los mayores en el ámbito familiar en España pues, aunque no hay una diferencia abismal entre el promedio de los estudios revisados (21,4%) y la prevalencia combina-

confirman que aquellos autores que tratan de determinar la prevalencia del maltrato a mayores la fijan en unos porcentajes que van del 4,7% (BAZO, 2001) al 0,8% (IBORRA, 2009). En contraposición, sin embargo, ponen de relieve que las estimaciones sobre sospecha de maltrato son superiores, entre un 11, 9% (RUIZ et. al., 2001) y un 55,9% (TOUZA et al., 2004).

2.2. Formas de victimización

En cuanto a las formas de victimización o tipologías de maltrato, y pese a que existen clasificaciones más amplias²³, la mayoría de los estudios epidemiológicos con ancianos incluyen cinco categorías²⁴: el maltrato físico, el psicológico (por ejemplo, agresiones verbales, aislamiento o incomunicación del anciano), el económico, la negligencia o abandono (activo y pasivo) y la victimización sexual (mantener relaciones sexuales en contra de la voluntad de la persona mayor, utilizarla con fines pornográficos, etc.).

Pues bien, desde este punto de partida, la mencionada revisión sistemática efectuada por ZAPATER, SOBERÓN Y GÓMEZ-GUTIÉRREZ verifica, por lo que se refiere a la prevalencia por subtipos de maltrato en nuestro país, que el maltrato más frecuente es el psicológico, seguido de la negligencia, el abuso económico y el maltrato físico. El abuso sexual aparece como el menos frecuente, con cifras del

da del 15,7% reflejada en el metaanálisis mundial realizado por YON et al. en 2017, el amplio abanico de cifras que se han reflejado en los distintos estudios revisados lleva a la posibilidad de que tal variabilidad venga dada por el empleo de variables metodológicas distintas (p. 102).

²³ Así, CARIO recoge, además de las mencionadas, las victimizaciones de tipo médico y las que atentan contra los derechos de la persona, en “El mayor como víctima. ¿Fin de un tabú?”, cit., pp. 154-156. Por su parte, MORILLAS FERNÁNDEZ, PATRÓ HERNÁNDEZ y AGUILAR CÁRCELES añaden, junto con la violación de los derechos individuales básicos, las intoxicaciones, en *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., pp. 593-596.

²⁴ El Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia distingue estas cinco categorías en IBORRA MARMOLEJO, I.: *Maltrato de personas mayores en la familia en España*, Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, Serie Documentos 14, 2008, p. 14. También apoyan esta clasificación PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J. M.: *Victimología teórica y aplicada*, cit., p. 187.

0,1% y 1% en prevalencia efectiva del abuso sexual y entre el 4,1% y el 1,3% en sospecha de abuso sexual. Pero, en cualquier caso, se destaca que todas las investigaciones coinciden en que lo más habitual es que el anciano sea objeto de dos o más tipos de maltrato²⁵. Estos datos, a su vez, coinciden en general con los difundidos por la OMS, salvo por el hecho de que el abuso económico se coloca por delante de la negligencia²⁶.

2.3. *Victimizaciones por tipología en España en 2021*

A efectos de facilitar una mejor comprensión del alcance del fenómeno en nuestro país, la tabla que sigue recoge las victimizaciones de mayores de 65 años en adelante por tipología penal en el año 2021. Con tal propósito se han seleccionado aquellos ilícitos de más probable realización cuando la víctima es una persona de avanzada edad²⁷.

²⁵ ZAPATER, A./SOBERÓN, C./GÓMEZ-GUTIÉRREZ, M.: “Prevalencia y factores de riesgo del maltrato a personas mayores en el ámbito familiar en España: una revisión”, cit., pp. 100 y 102. Los resultados de este trabajo, como se ha explicado ya, constituyen el fruto de la revisión de un total de 13 estudios realizados entre 2001 y 2018. Aun así, es preciso matizar que otras investigaciones conducen a conclusiones diversas. A este respecto, según el estudio “*Prevalencia de malos tratos hacia personas mayores que viven en la comunidad en España*”, publicado en 2012 en la revista científica *Medicina Clínica*, el tipo más frecuente de malos tratos es el psicológico (11,5 %), seguido del maltrato físico y sexual (2,95 %). La negligencia (2,07 %) y el abuso económico (1,11 %), sin embargo, son menos frecuentes.

²⁶ YON Y./MIKTON CR./GASSOUMIS ZD./WILBER KH. LANCET: “Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis”, cit. Por lo que respecta al abuso de ancianos en Europa, puede consultarse LINDERT, J./ DE LUNA, J./ TORRES-GONZALES, F. *et al.*: “Abuse and neglect of older persons in seven cities in seven countries in Europe: a cross-sectional community study”, *Int J Public Health* 58, pp. 121–132 (2013), en <https://doi.org/10.1007/s00038-012-0388-3>.

²⁷ El concepto de victimización viene referido al número de hechos denunciados por personas en los cuales manifiestan ser víctimas o perjudicados por alguna infracción penal. Se diferencia del concepto de «víctima», ya que éste se refiere a personas individuales. Para su cómputo se tienen en cuenta los hechos de los que han tenido conocimiento los siguientes cuerpos policiales: Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, policías dependientes de las diferentes comunidades autónomas (Ertzaintza, Mossos d’Esquadra y Policía Foral de Navarra) y las

Victimizaciones por tipología- España 2021

DELITO	TOTAL NACIONAL	VÍCTIMA 65 Y MÁS	HOMBRES	MUJERES	% TOTAL MAYORES
Homicidios /asesinatos consumados	302	51	25	26	16,88%
Maltrato ámbito familiar	84.189	4.317	1.289	3.023	5,12%
Maltrato habitual ámbito familiar	15.387	1.007	266	736	6,54%
Otros delitos contra la libertad	121.160	8.535	5.067	3.426	7,04%
Agresión sexual	2.309	35	1	34	1,51%
Agresión sexual con penetración	1.951	12	3	8	0,61%
Otros contra libertad sexual	12.141	108	18	90	0,88%
Delitos contra las relaciones familiares	7.595	66	19	47	0,86%
Hurtos	369.689	50.360	23.294	27.018	13,62%
Robos con violencia o intimidación	49.849	6.009	2.646	3.349	12,05%
Estafas	282.565	31.280	17.952	13.305	11,07%

Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad. Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC). Elaboración propia

En una primera aproximación, y por lo que concierne a la clase de infracción penal, llama la atención, por elevado sobre el total, el

policías locales que facilitan datos al Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC). Datos recabados el 13.11.22.

porcentaje de victimizaciones de personas de 65 o más años por homicidio o asesinato consumado (un 16,88%), por maltrato habitual (6,54%) y por otros delitos contra la libertad²⁸ (7,04%). Pero, especialmente, son muy significativos los datos relativos a las victimizaciones por hurto (13,62%), robo con violencia o intimidación (12,05%) y estafa (11,07%). Estas cifras, sin duda, vienen a constatar que los ancianos en general, por sus particulares condiciones, conforman un objetivo fácil para los delincuentes. Así, no solo pueden constituir víctimas potenciales de delitos cuya comisión se vea favorecida por el hecho de sufrir un deterioro físico importante que los haga particularmente indefensos, sino también, son especialmente proclives a erigirse en sujetos pasivos de ilícitos patrimoniales como la estafa, cuando presentan limitaciones o deficiencias psíquicas que permiten concluir la concurrencia de engaño bastante²⁹. Con todo, es importante reseñar que cuando se trata de victimizaciones surge el problema de que, como el concepto viene referido a hechos denunciados, falta información, pues en este ámbito hay una enorme cifra negra por el miedo a denunciar.

En otro orden de cosas, en cuanto al sexo de las víctimas, cabe remarcar que el porcentaje de mujeres mayores es superior al de hom-

²⁸ De acuerdo con el documento explicativo de la metodología utilizada, bajo esta denominación se incluyen: “detención ilegal, secuestro, amenazas, amenazas a grupos étnicos, cultural o religiosos, coacciones, acoso inmobiliario, trato degradante, acoso laboral o funcional, tortura, trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual o de extracción de órganos corporales, omisión del deber de socorro, descubrimiento /revelación de secretos, acceso ilegal informático y allanamiento de morada”. Puede consultarse en https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/dam/jcr:bcd88e41-d513-4f15-8676-860c7980222f/02_02_Metodolog%C3%ADa_Hechos_Esclarecidos_.pdf

²⁹ Señala que, dentro de las conductas de maltrato patrimonial de los ancianos, las estafas y apropiaciones indebidas son las infracciones más frecuentes, BELLO LANDROVE, F.: “Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes”, en JAVATO MARTÍN, M./DE HOYOS SANCHO, M., *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 197-198. En particular, por lo que refiere a las estafas, agrupa las más habituales en cuatro: las estafas hereditarias, las de suministros, las de publicidad engañosa y las inmobiliarias (pp. 203-207). En cuanto a las apropiaciones indebidas, no se incluyen en la tabla porque el portal estadístico del Ministerio del Interior las contempla entre “otros delitos contra el patrimonio”, sin efectuar desglose por tipos penales.

bres cuando se trata de delitos de maltrato ocasional o habitual (en torno al 70% y 73,1% frente al 30% y 26,9%, respectivamente), de delitos contra las relaciones familiares (71,2% y 28,8%) y, lo que es obvio, los ilícitos contra la libertad sexual, donde los ataques a mujeres son absolutamente mayoritarios. En lo que respecta a los delitos patrimoniales, sin embargo, se observa un mayor equilibrio, salvo en el caso de la estafa, donde el sexo masculino repunta ligeramente (57,4% frente al 42,6% en el caso del sexo femenino).

2.4. Factores de riesgo

¿Por qué los mayores son victimizados? ¿Qué factores explican la victimización? La literatura especializada ofrece un elenco muy variado de las circunstancias que propician que la persona de avanzada edad sea víctima de la violencia. Tomando en consideración el contexto en el que se ejerce la violencia habitualmente, podríamos distinguir, por un lado, factores de riesgo vinculados a la familia y, por otro lado, los conectados a la victimización en instituciones³⁰. Con relación a los primeros, se pueden individualizar, en primer lugar, los asociados a la víctima: ser mujer, viudo/a o soltero/a; tener una avanzada edad, dependencia funcional, un deterioro cognitivo acusado, un bajo estatus socioeconómico (por contar con un bajo nivel de ingresos, haber tenido una profesión no remunerada o recibir ayudas sociales), comportamientos problemáticos o agresivos y sufrir aislamiento social³¹.

³⁰ Los factores que se relacionan se han recogido de los siguientes trabajos: IBORRA MARMOLEJO, I.: “Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española”, *Revista Zerbitzuan*, núm. 45, junio 2009, p. 51-54; JAVATO MARTÍN, M.: “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal”, cit., p. 80-83; MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., pp. 600.605.; PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J. M.: *Victimología teórica y aplicada*, cit., p. 192-195; ZAPATER, A./SOBERÓN, C./GÓMEZ-GUTIÉRREZ, M.: “Prevalencia y factores de riesgo del maltrato a personas mayores en el ámbito familiar en España: una revisión”, cit., pp. 100-102.

³¹ Respecto a estos factores, hay que matizar que, en lo que atañe al dato de ser mujer, PEREDA y TAMARIT consideran que el sexo, femenino o masculino puede ser indistintamente un factor de riesgo dependiendo de la clase de victimización. Sin embargo, ZAPATER et. al. concluyen que los estudios demuestran de manera

En segundo lugar, en el contexto familiar, pueden mencionarse aquellos ligados a los responsables del maltrato, entre otros: su dependencia económica de la víctima, problemas psicológicos³², el abuso de sustancias y de alcohol, padecer estrés, sobrecarga o carecer de apoyo social³³. Por lo que se refiere al sexo del agresor, la mayoría de las investigaciones no lo recogen como factor de riesgo, aunque en algunas se señala que el autor del maltrato es principalmente el hombre. Por lo demás, en lo que atañe al parentesco con la víctima, predominan los trabajos que señalan a los descendientes como principales agresores, aunque en algún otro se muestra a los cónyuges como los que con mayor frecuencia infligen un maltrato psicológico, físico, sexual y económico³⁴.

Por último, en tercer lugar, cabe citar algunos factores relativos al entorno social y cultural en que se halla el adulto mayor: así, el “edadismo”, término que se refiere a las actitudes y estereotipos negativos

consistente que las mujeres tendrían un mayor riesgo que los hombres de sufrir malos tratos en el contexto del cuidado informal. Del mismo modo, en lo que se refiere a la avanzada edad, estos últimos autores ponen de manifiesto ciertas discrepancias en cuanto a si esta incrementa o reduce el riesgo de sufrir malos tratos. Así, señalan que algunos trabajos inciden en que los sujetos más mayores están más expuestos (en particular, los de Iborra, 2009; Pérez-Cárceles et al., 2009; y Garre- Olmo 2009), mientras que en otra muestra (Pérez-Rojo, 2013) se concluye que las personas mayores de 85 años tienen menos riesgo de ser víctimas de malos tratos que los más jóvenes (de 64 a 84 años). Pero, además, dan cuenta de otras investigaciones que no han hallado diferencias en el riesgo de sufrir maltrato en función de la edad (Ruiz et al., 2001; Gómez et al., 2016).

³² Se muestran críticos con este factor, considerando que ha quedado obsoleto, pues hoy en día es común que cualquier persona sin presentar tara psicológica alguna maltrate a otra, independientemente de la edad de la víctima, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, cit., p. 601.

³³ PEREDA BELTRÁN y TAMARIT SUMALLA añaden otros como el aprendizaje de modelos de violencia en la infancia o la transmisión intergeneracional de la violencia, así como una historia de victimización, en *Victimología teórica y aplicada*, cit., p. 192.

³⁴ En este sentido, ZAPATER, A./SOBERÓN, C./GÓMEZ-GUTIÉRREZ, M.: “Prevalencia y factores de riesgo del maltrato a personas mayores en el ámbito familiar en España: una revisión”, cit., p. 101. Por su parte, IBORRA MAR-MOLEJO alude a que los resultados no siempre son consistentes entre investigaciones, mencionado estudios en uno y otro sentido, en “Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española”, cit., p. 53.

que llevan a la discriminación por edad, la cultura de la violencia, la desorganización del tejido social, la disminución de la estimación social del anciano y la falta de sensibilización hacia el problema.

En cuanto a los factores de riesgo presentes en contextos de maltrato institucional o asistencial, además de los referidos sobre la víctima, se contemplan, de una parte, los relativos al personal: alto nivel de estrés, síndrome de *burnout*, escasa capacidad para soportar la frustración, insatisfacción con el papel desempeñado y falta de empatía, entre otros. Y, de otra parte, los concernientes a la institución; en particular, la falta de profesionales cualificados o el trato despersonalizado e irrespetuoso al anciano³⁵.

III. LA AGRAVANTE DE ESPECIAL VULNERABILIDAD POR RAZÓN DE LA (AVANZADA) EDAD

3.1. *Subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad por razón de edad*

Como ya se ha anticipado, la ley relaciona diversas razones que pueden determinar la cualificación por especial vulnerabilidad, incluyendo, además de la edad, y en lo que lo que nos interesa, la discapacidad o la enfermedad. Cualquiera de ellas, según el caso, podría conducir a afirmar la condición o situación de especial vulnerabilidad de una persona de edad avanzada.

Centrándonos en la edad como fuente de esa especial vulnerabilidad, un recorrido por el Código penal arroja un total de siete subtipos cualificados. En concreto, se configura como agravante específica en los delitos de homicidio (art. 138.2 en relación con el art. 140.1.1^a CP), asesinato (art. 140.1.1^a CP), tráfico de órganos (art. 156 bis.4.b CP), acoso (art. 172 ter.1 CP), agresión sexual (art. 180.1.3^a CP), acoso sexual (art. 184.4 CP) y prostitución de menores y personas con

³⁵ Los factores de riesgo institucionales se han recabado específicamente de PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J. M.: *Victimología teórica y aplicada*, cit., p. 194 y JAVATO MARTÍN, M.: “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal”, cit., p. 81-82.

discapacidad necesitadas de especial protección (art. 188.3.a) CP). Junto a la edad, en todas las figuras se recogen la enfermedad y la discapacidad como circunstancias que pueden determinar la especial condición o situación de vulnerabilidad que, una vez probada, comporta la mayor severidad punitiva prescrita en cada ilícito. No obstante, cuatro de ellas contemplan, además, la “situación” (art. 156 bis.4.b) y “cualquier otra circunstancia” (arts. 172 ter.1, 180.1.3ª, 188.3.a) CP). Esta última causa de vulnerabilidad ha sido incorporada a través de recientes reformas del texto penal (la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, y la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual) en sustitución de la referencia a la “situación” que los preceptos señalados contenían con anterioridad. Desde mi punto de vista, no resulta muy coherente que en algunos tipos la cualificación entre en juego cuando la especial vulnerabilidad derive de la situación o de cualquier otra circunstancia y en otros estos factores carezcan por completo de relevancia. Si efectivamente se acredita una especial vulnerabilidad que determina una indefensión que es aprovechada por el autor para cometer el delito con mayor facilidad, no parece muy congruente que la ley establezca esta distinción³⁶. Habría, pues, que preguntarse a qué responde esta decisión del legislador.

Otro dato de interés es que, si bien la dicción literal de los subtipos cualificados de homicidio, asesinato y tráfico de órganos alude a que la víctima “sea” o “se trate” de “persona especialmente vulnerable”, la de los tipos de acoso, agresión sexual, acoso sexual y prostitución requiere que la víctima “se halle en una situación de especial vulnerabilidad”. Esta diferente exigencia es fruto, también, de las modificaciones legislativas ya mencionadas y, de igual manera, cabe preguntarse qué razones justifican este cambio y cuál será su alcance. En todo caso, al no requerirse que la víctima “sea” especialmente vulnerable sino que se “halle” en esa situación, parece evidente que se refrenda en la ley una interpretación amplia que propiciará una extensión del ámbito de aplicación de la agravación.

³⁶ De la misma opinión, MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 24, 2020, pp. 29 y 30.

3.2. *La edad como fuente de especial vulnerabilidad*

Concretar el contenido de la especial vulnerabilidad a la que se refiere la ley no es tarea fácil. Y es que, como se aborda en esta obra, no existe un concepto normativo o auténtico de vulnerabilidad, y por ende se manejan diversas acepciones³⁷. Se trata de un término que es claramente impreciso, vago, sobre todo si se tiene en cuenta que en algunos preceptos el legislador no indica cuál puede ser la circunstancia que determine la vulnerabilidad (por ejemplo, en las lesiones agravadas del art. 148.5º o en el delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP), o que en otros se contempla, como se ha advertido ya, “cualquier otra circunstancia”. De modo que tal indefinición conduce a acepciones que, entre otras, se refieren, bien a supuestos en los que la víctima se encuentra en una posición o situación de indefensión, sin que quede claro si la especial vulnerabilidad requiere absoluta indefensión o una simple merma que suponga una disminución notable de las posibilidades de defensa³⁸; o bien a la mayor probabilidad de ser víctima de un delito y además, la mayor probabilidad de padecer secuelas, de sufrir un impacto emocional o físico más intenso después del delito³⁹. Esta diversidad constituye, sin duda, un obstáculo a la hora de perfilar el contenido y concretar el alcance de los distintos factores que pueden producir vulnerabilidad de acuerdo con la relación legal, entre ellos el que nos ocupa, la edad. Pero, además, plantea importantes problemas de delimitación con otras cualificaciones con

³⁷ A título de ejemplo, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delito, define a los sujetos vulnerables como las “personas que se encuentran expuestas a un riesgo de lesión particularmente elevado”.

³⁸ Así, por ejemplo, véanse las SSTs 770/2021, de 14 de octubre y 2163/2019, de 27 de junio, que la definen, respectivamente, como la “facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor”, y como “una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor”.

³⁹ Es el caso de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad de 2008 (revisadas en 2018), que establecen que “una persona o grupo de personas se encuentra en condición de vulnerabilidad cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas”.

las que puede solaparse inevitablemente, ocasionando no pocos problemas de *bis in idem*⁴⁰.

3.2.1. Minoría de edad y edad avanzada

Partiendo de la premisa de que la vulnerabilidad no es siempre ni necesariamente una condición inherente a las personas mayores, es preciso tratar de determinar qué comprende la edad como fuente de vulnerabilidad.

En principio, y puesto que la ley no distingue, hay que incluir los supuestos de especial vulnerabilidad que tengan su origen tanto en la minoría de edad como en la edad avanzada. En este punto hay que tener en cuenta que, en lo que concierne a la menor edad, la circunstancia agravante en estudio se acompaña en algunos preceptos de referencias expresas a los menores que presentan un distinto alcance. Así, de una parte, el subtipo cualificado previsto en el delito de tráfico de órganos (art. 156 bis.4.b) CP) presume *iuris et de iure* la vulnerabilidad de todo menor de edad, de modo que la “razón de edad” queda reservada exclusivamente para las personas mayores que revistan la condición de especialmente vulnerables⁴¹. Y, de otra parte, los tipos de homicidio, asesinato y agresión sexual recogen junto a la cualificación de especial vulnerabilidad por razón de edad una agravación de aplicación automática cuando la víctima es menor de dieciséis años⁴². De modo que también se presume *iuris et de iure* la vulnerabilidad de este último, mientras que el resto de menores queda englobado en la

⁴⁰ Sobre toda esta problemática ofrece un interesante estudio de la especial vulnerabilidad como circunstancia agravante y su aplicación en la jurisprudencia, MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, cit.

⁴¹ Cuando cualifica el tipo básico en el caso de que “la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación”.

⁴² El artículo 140.1. 1^ª dispone: “Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad”. Por su parte, el artículo 180.1. 3^ª señala: “Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181”.

especial vulnerabilidad por razón de edad, que ha de quedar acreditada caso por caso⁴³.

3.2.2. Discapacidad, enfermedad y (avanzada) edad

En otro orden de ideas, el legislador no proporciona parámetros que permitan individualizar la vulnerabilidad por la avanzada edad, lo que podría llevar erróneamente a la conclusión de que la aplicación de la agravante se vincula a la edad cronológica, a los años vividos, y propiciar su apreciación automática, operando como una presunción de vulnerabilidad. Sin embargo, existe acuerdo en que el solo transcurso del tiempo no puede fundamentar sin más una mayor severidad en la respuesta penal. En esta línea, hay que comenzar señalando que, en la medida en que la propia formulación de la cualificación contempla, además de la edad, la enfermedad o la discapacidad, cabría sostener que, por un lado, el legislador ha querido diferenciarlas y por lo tanto las valora como fuentes de vulnerabilidad diversas. Y, por otro lado, que el hecho de que el tenor literal las relacione conjuntamente aboca a entender que todas ellas han de revestir una intensidad semejante, capaz de generar la especial vulnerabilidad requerida por la ley⁴⁴. En definitiva, a la vista de la redacción legal parece que se alude a una situación materialmente análoga, pero a la vez distinta⁴⁵. Así pues, antes de tratar de acotar el contenido de este factor de espe-

⁴³ Al respecto, véanse las categorías bajo las que agrupan los criterios para la tutela reforzada de las víctimas menores de edad MOYA GUILLEM, C./DURÁN SILVA, C.: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, en *Indret*, núm. 1, 2022, pp. 429-431.

⁴⁴ Específicamente, insiste en que todas estas referencias incorporan un idéntico desvalor, aludiendo al más fácil acceso al bien jurídico por parte del sujeto activo y a la indefensión de la víctima, RUEDA MARTÍN, M. A.: “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, cit., p. 585.

⁴⁵ Pone de relieve que el legislador ha querido mantener conscientemente toda una serie de expresiones para referirse a situaciones de vulnerabilidad en relación con la comisión de determinados delitos que a su juicio merecen una sobreprotección penal, MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 142.

cial vulnerabilidad, conviene revisar los conceptos de discapacidad y enfermedad.

El concepto de discapacidad fue introducido en el artículo 25.1 del Código penal por la LO 1/2015, que dio al precepto una redacción completamente novedosa, pues antes tan solo definía el término “incapaz” (referido a toda persona que padeciese una enfermedad de carácter persistente que le impidiese gobernar su persona y bienes por sí misma). Este vocablo ahora se modifica y se sustituye por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”. De acuerdo con el texto legal, la noción de discapacidad integra aquellas situaciones en las que el sujeto presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales permanentes que pueden limitar o impedir su participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Estamos ante una definición que prácticamente reproduce la que contiene la Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York en 2006 (en adelante CDPD). Una noción amplia (equiparada por la propia reforma de 2015 a la de minusvalía), que engloba la de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, en una relación de género a especie.

En relación con esta última, el párrafo segundo del artículo 25 la describe como “aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”. Esta acepción, como afirma MARTÍNEZ GARAY, se solapa en gran medida con el concepto de dependencia que proporciona la Ley 39/2006⁴⁶, si bien esta se centra en la autonomía del individuo como capacidad de valerse por sí mismo en un sentido físico y mate-

⁴⁶ El artículo 2.2. de la Ley 39/2006 define la dependencia como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

rial, mientras que aquella se orienta principalmente a las personas que necesitan asistencia para ejercer su capacidad jurídica y para tomar decisiones válidas sobre su persona o sus derechos⁴⁷. En cualquier caso, es importante referir que la dependencia, tal y como se define en la ley, es un estado de carácter permanente que puede tener su origen en la edad, la enfermedad o la discapacidad. En consecuencia, podría decirse que constituye un concepto transversal, vinculado a cualquiera de las tres circunstancias que pueden determinar la especial vulnerabilidad de la víctima.

Sentado lo anterior, el hecho de que ya antes de la reforma de 2015 el Código penal ofreciese un tratamiento especial a los incapaces venía fundamentándose unánimemente en su mayor vulnerabilidad atribuida, entre otras razones, a que son sujetos que se encuentran en inferioridad de condiciones para defenderse de determinados ataques o resultan afectados de manera más grave por determinados delitos. Del mismo modo, la doctrina penal siempre sostuvo que la interpretación del concepto “incapaz” debía ajustarse al contexto de cada delito y tomar en consideración el bien jurídico protegido en cada ocasión, de manera que se comprobase que en el caso concreto la situación del incapaz se correspondiese con el fundamento de la sobreprotección prevista por la ley en la infracción de que se tratara⁴⁸. Resultaba claro, por tanto, que el solo dato de la incapacidad no era suficiente para incrementar automáticamente la intervención penal. Con la definición de discapacidad incorporada en 2015 entiendo que debe seguir manteniéndose esta lectura del término, que para valorar la aplicación de

⁴⁷ Al respecto, la autora incide en que las causas que pueden fundamentar la ayuda a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección se restringen por ley a las deficiencias de naturaleza intelectual o mental, en tanto la situación de dependencia puede derivarse de razones conectadas a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, en “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, cit., pp. 135-136. Por lo demás, RUEDA MARTÍN considera que la dependencia y la discapacidad definida en la CDPD presentan un elemento común: la limitación de la autonomía física, mental, intelectual o sensorial de una persona a largo plazo o de forma permanente, en “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, cit., p. 575.

⁴⁸ Da cuenta detallada de todo ello, con ejemplos muy significativos, MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, cit., pp. 129-131 y 143-144.

la cualificación de especial vulnerabilidad por discapacidad debe realizarse una interpretación contextualizada, que atienda a la finalidad perseguida y al objeto de protección en cada tipo penal; en definitiva, que sea acorde con el fundamento de la agravación⁴⁹.

Menos problemático resulta perfilar el concepto de enfermedad a efectos de fundamentar la especial vulnerabilidad. Así, RUEDA MARTÍN señala que abarca supuestos en los que el desvalimiento se debe a la presencia de una alteración de la salud, ya sea de carácter permanente o transitorio, según un diagnóstico clínico que ponga a la víctima en una situación de indefensión⁵⁰.

Entrando ya a tratar la edad avanzada como circunstancia generadora de especial vulnerabilidad, no está de más recordar que el Código penal de 1995 recogía en su versión original una falta en el artículo 619 que sancionaba a “los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados”. La interpretación seguida por los tribunales a la hora de apreciar la concurrencia de la falta exigía que la persona de edad avanzada reuniera los caracteres de un incapaz, tal y como se definía entonces. No bastaba, pues, con que la víctima fuese una persona mayor⁵¹.

⁴⁹ De la misma opinión, MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, cit., p. 144. Por lo que se refiere al fundamento de la agravación, este es un tema muy debatido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que se trata oportunamente en esta obra. La conclusión alcanzada lo ubica en el mayor contenido de injusto. Su ámbito de aplicación se extiende, desde este entendimiento, a las personas absolutamente indefensas.

⁵⁰ RUEDA MARTÍN, M. A.: “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, cit., pp. 585 y 588. Sobre la exclusión del término enfermedad en la nueva redacción del artículo 25 del Código penal y la imposibilidad de considerar incluidas situaciones de vulnerabilidad por enfermedades o deficiencias de carácter transitorio en el actual concepto de discapacidad y en el de persona con discapacidad necesitada de especial protección, véase MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, cit., pp. 139-141.

⁵¹ Así lo indica RUEDA MARTÍN, que cita diversas sentencias que requerían que la persona de edad avanzada se encontrara desvalida y dependiente de los cuidados del sujeto activo, en “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”,

La cuestión, entonces, radica en determinar cómo debe interpretarse la agravación específica dada su escueta redacción, limitada a utilizar la referencia al término “edad” sin más elementos que puedan contribuir a fijar su contenido. Ciertamente, como ya se ha expresado más arriba, existe acuerdo en la doctrina en que para su aplicación no basta con ser un adulto mayor. Pero tampoco puede identificarse la avanzada edad con la enfermedad o la discapacidad aunque, como veremos, estos factores de vulnerabilidad aparecen conjuntamente en muchas ocasiones, lo que facilita sin duda la prueba de la especial vulnerabilidad que reclaman los subtipos cualificados. Obviamente, será más sencillo constatar la vulnerabilidad de un anciano con discapacidad o con una enfermedad en tanto ello comporte una situación de indefensión.

En este sentido, como sostiene BERDUGO, es indiscutible que la asociación de los términos “envejecimiento”, “discapacidad” y “dependencia” es falsa, pues la gran mayoría de los mayores no sufren discapacidad alguna y son independientes para valerse por sí mismos con normalidad hasta edades muy avanzadas⁵². No obstante, hay que admitir que es evidente que la capacidad funcional⁵³ de la persona se puede ver limitada en la senectud y que en la ancianidad es más frecuente encontrarse con sujetos con capacidades especiales o dis-

cit., p. 585. ALONSO ÁLAMO y JAVATO MARTÍN aducen que además de acreditar la edad avanzada era preciso que la persona se hallase desvalida y en situación de dependencia, en “Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa”, cit., p. 52.

⁵² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R.: “Las personas mayores en el ámbito del Derecho penal”, cit., p. 4.

⁵³ Conforme explica la OMS en el *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 2015, “la combinación final entre la persona y su entorno, y la interacción entre ellos, es lo que se conoce como la capacidad funcional del individuo”. “Esta capacidad comprende los componentes intrínsecos de cada persona (por ejemplo, los rasgos psicológicos que ayudan a afrontar los problemas individuales y resolverlos de manera positiva o las reservas fisiológicas que permiten a una persona mayor recuperarse rápidamente después de una caída) y los componentes del entorno que pueden mitigar las carencias (por ejemplo, redes sociales fuertes a las que recurrir en momentos de necesidad o buen acceso a asistencia sanitaria y social). En definitiva, “se trata de capacidad para tener movilidad; crear y mantener relaciones; satisfacer sus necesidades básicas; aprender, crecer y tomar decisiones; contribuir”.

capacidades para desenvolverse en sociedad⁵⁴. De hecho, no ha de olvidarse que, conforme establece el artículo 2 de la Ley 39/2006, la dependencia puede asentarse en razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad.

Tampoco la vejez es sinónimo de enfermedad. En palabras de CARIO, “se trata de un estereotipo fundado sobre la llegada de inevitables déficits corporales”⁵⁵, aunque hay que reconocer también que el colectivo especialmente vulnerable es el compuesto por personas mayores que sufren una discapacidad o enfermedad no permanente, física o psíquica⁵⁶. Se trata, pues, de estados que se solapan en muchas ocasiones, aunque cada uno puede tener su ámbito propio, en tanto es posible que se planteen escenarios de vulnerabilidad que no quepa encuadrar exclusivamente en la discapacidad o la enfermedad. De ahí que se contemple también la edad como factor detonante de la especial vulnerabilidad.

Así las cosas, y sobre la base de que la vejez no presupone automáticamente la vulnerabilidad, en opinión de JAVATO MARTÍN la aplicación de la cualificación requiere que se constate en cada caso, no solo la edad avanzada, sino también que el sujeto se encuentra “en un estado especialmente vulnerable por su estado físico o psíquico, posibilidad de defensa, situación convivencial, discapacidad, situación, etc”⁵⁷. En esta dirección, MUÑOZ CUESTA considera que la vulnerabilidad de una persona de edad avanzada, proclive a ser víctima de un delito, se manifiesta por su deterioro intelectual o cognoscitivo (supuesto más frecuente de poder ser perjudicado por un delito de estafa o contra el patrimonio) o por su precariedad económica (que conlleva una mayor posibilidad de ser víctima de un delito de maltrato o trato

⁵⁴ RUEDA MARTÍN, M. A.: “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, cit., p. 574. También afirman que la condición de incapaz puede acompañar a la vejez, pero no es suficiente para resolver el tratamiento penal de la ancianidad, ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, M.: “Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa”, cit. p. 53.

⁵⁵ CARIO, R.: “El mayor como víctima. ¿Fin de un tabú?”, cit., p. 151.

⁵⁶ MUÑOZ CUESTA, J.: “Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono”, cit., p. 760.

⁵⁷ JAVATO MARTÍN, M.: “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal”, cit., p. 96.

degradante)⁵⁸. Y, por su parte, RUEDA MARTÍN entiende que el desvalimiento o la vulnerabilidad por razón de la edad versa sobre una “limitación evidente de la capacidad funcional del ser humano por tener una edad avanzada”, por el transcurso del tiempo⁵⁹.

Todos estos enfoques, en consecuencia, conducen al entendimiento de que la especial vulnerabilidad por razón de edad no podrá deducirse directamente a partir del dato de la edad, sino que será necesario constatar su incidencia en el sujeto, comprobar que el paso de los años ha afectado a la capacidad del individuo para tener movilidad, para crear y mantener relaciones, satisfacer sus necesidades básicas, tomar decisiones de manera autónoma, etc. Y es que, en definitiva, y de acuerdo con ROMEO CASABONA⁶⁰, lo verdaderamente relevante son los efectos que la edad, o la enfermedad o la discapacidad tengan sobre la capacidad del sujeto pasivo para manejarse física y mentalmente y no la gravedad de estos factores.

Ahora bien, la apreciación de la circunstancia agravante no puede descansar tan solo en acreditar que el sujeto pasivo es un anciano que presenta limitaciones evidentes de sus capacidades. A mi juicio, sería deseable trasladar la interpretación que he sostenido en relación con las personas con discapacidad; esto es, será preciso, además, realizar una interpretación contextualizada y teleológica, atenta al bien jurídico protegido en cada delito y coherente con las razones que fundamentan la mayor protección que se confiere a las personas mayores⁶¹. De modo que, por ejemplo, habrá que evaluar si la limitación física del anciano ha tenido relevancia o no en el caso concreto, si ha situado o no al sujeto en una posición de indefensión teniendo en cuenta el subtipo cualificado de que se trate.

⁵⁸ MUÑOZ CUESTA, J.: “Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono”, cit. p. 756.

⁵⁹ RUEDA MARTÍN, M. A.: “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, cit., p. 585.

⁶⁰ ROMEO CASABONA, C. M.: “Capítulo 1. El homicidio y sus formas”, en ROMEO CASABONA, C. M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, 2016, pp. 14-15.

⁶¹ En este mismo sentido, RUEDA MARTÍN, M. A.: “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, cit., pp. 585, 588 y 590.

En suma, en relación con los mayores, en paralelo a lo que se sustenta en relación con los discapacitados, no cabe la aplicación automática de la agravación tan solo porque cuenten con un número elevado de años. Es necesario que ello determine esa especial vulnerabilidad que requiere ser acreditada y que comporta un mayor castigo en la medida en que el bien jurídico ha estado más expuesto al peligro debido a las dificultades o a la imposibilidad de la víctima para repeler la agresión o defenderse por su mayor debilidad derivada de la edad.

3.3. La aplicación judicial del subtipo cualificado de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad

En páginas anteriores se han apuntado algunos de los problemas que conlleva la inexistencia de un concepto unívoco de “vulnerabilidad”. Asimismo, se ha tratado de concretar el contenido de la “avanzada edad” como fuente de especial vulnerabilidad análoga a otras que se relacionan en la cualificación específica, como la enfermedad o la discapacidad. Pues bien, desde este estado de cosas, resulta oportuno revisar cómo está siendo interpretada por los tribunales y cuál es el alcance que se le está confiriendo a la edad como circunstancia constitutiva de la especial vulnerabilidad en su aplicación jurisprudencial.

En la apreciación de la agravante el Tribunal Supremo ha señalado repetidamente que “el concepto de situación de vulnerabilidad atañe al conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción (STS 1397/2009, de 29 de diciembre). La especial vulnerabilidad opera en relación con una situación de libertad limitada por muy diversos factores que dificultan la defensa. Equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor (ATS de 24 de mayo de 2018)”⁶². Parte, por tanto, de un con-

⁶² STS 576/2019, de 26 de noviembre. Esta última referencia a la “facilidad con que alguien puede ser atacado...” se recoge repetidamente en numerosas resolu-

cepto de vulnerabilidad que se vincula a la idea de indefensión (total o muy notable) de la víctima y que ha de ser probada caso por caso; es decir, es obligado comprobar la existencia de una vulnerabilidad que, bien anclada en la edad, o en la enfermedad o en cualquiera de los otros factores contemplados en la ley “patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz...”⁶³.

De igual forma, de acuerdo con el órgano judicial, la aplicación de la circunstancia agravante precisa, además de la concurrencia de los elementos objetivos, la existencia de un conocimiento exacto de la vulnerabilidad y un aprovechamiento por parte del sujeto activo que justifique el plus de reprochabilidad penal⁶⁴.

Centrándonos en la “edad” como origen de la especial vulnerabilidad que lleva a incrementar la respuesta penal en los casos de víctimas longevas, del examen de las decisiones judiciales que han apreciado el subtipo cualificado por esta razón conviene subrayar dos aspectos. El primero, el relativo a las edades y el sexo de las víctimas. En cuanto a las edades, excepto una sentencia aislada en la que se consideraron los 60 años que tenía el sujeto pasivo⁶⁵, y salvo error por mi parte, la edad mínima que se ha valorado ha sido la de 69 años, quedando la máxima en los 94 años⁶⁶. Por lo que respecta al sexo, la práctica

ciones. Así, por ejemplo, SSTS 13/2007, de 16 de febrero y 770/2021, de 14 de octubre.

⁶³ STS 770/2021, de 14 de octubre.

⁶⁴ STS 304/2019, de 11 de junio. También en este sentido, la STS de 16 de enero de 2018, que confirma que “el dolo debe abarcar el conocimiento de la situación de vulnerabilidad y que pese a tal conocimiento el autor decida actuar contra la vida de la persona vulnerable; donde es difícilmente escindible el mero conocimiento de su vulnerabilidad del aprovechamiento de ese conocimiento en la acción homicida”. Por lo que respecta a la doctrina, apoyan condicionar la aplicación de la agravante a que se dé un abuso o aprovechamiento de la circunstancia que determine la especial vulnerabilidad de la víctima, PEÑARANDA RAMOS, E.: “Homicidio”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal 2021*, Francis Lefebvre, 2020, p. 862; JUANATEY DORADO, C.: “Homicidio”, en BOIX REIG, J., *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, 2016, p. 32.

⁶⁵ STSJ Islas Canarias 55/2020, de 17 de julio.

⁶⁶ No obstante, constan resoluciones que han enjuiciado la comisión de otros ilícitos no agravados por la especial vulnerabilidad por razón de edad en los que las víctimas eran ancianas con edades superiores a la señalada. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña 110/2020, de 8 de junio, en la que dos de las víctimas tenían 96 y 104 años.

totalidad de los ataques a la libertad sexual enjuiciados tenían como víctimas a mujeres, lo que concuerda con los datos de victimizaciones presentados *infra*.

El segundo y más relevante aspecto que hay que resaltar, del que me voy a ocupar especialmente, es que llama la atención la ausencia de un criterio uniforme en la aplicación de la circunstancia de especial vulnerabilidad por razón de edad, lo que ha derivado en la adopción de decisiones dispares. Y ello pese a que, a la vista de lo expresado anteriormente, parece clara la exigencia de constatar la indefensión del anciano a causa de su vulnerabilidad. En efecto, del análisis de la jurisprudencia sobre el tema se pueden extraer cuatro grupos de casos:

3.3.1. Resoluciones que realizan una aplicación automática del subtipo agravado

Este grupo integra aquellas sentencias que aplican la circunstancia atendiendo tan solo al dato cronológico de la avanzada edad del sujeto pasivo o al simple “deterioro físico propio de la edad”.

Estableciendo una distinción en función de la tipología delictiva agravada, en primer lugar cabe mencionar, en condenas por delitos contra la vida, la SAP Cáceres 237/2020, de 19 de octubre, que castiga la causación de la muerte de una anciana de 85 años como delito de asesinato agravado de conformidad con el artículo 140.1.1^a del Código penal sin hacer alusión alguna a las razones que permiten sustentar el salto penológico más allá del dato de la edad⁶⁷. Adicionalmente, en otras dos ocasiones, los tribunales han presumido asimismo la vulnerabilidad sobre la base de que el sujeto pasivo contaba con 80 y 81 años respectivamente (SAP Cáceres 193/2018, de 11 de junio y SAP Castellón 187/2019, de 17 de mayo, respectivamente), sin más

⁶⁷ La STSJ Extremadura 9/2021, de 5 de febrero, resolvió en apelación, estimando en parte el recurso interpuesto que, no obstante, no cuestionó la aplicación de la agravante de especial vulnerabilidad, aunque sí la apreciación de alevosía, que el Tribunal calificó como una “alevosía de desvalimiento, conectada directa o indirectamente a la asignable a una víctima por razón de su avanzada edad”. Esta resolución fue también recurrida ante el Tribunal Supremo que, en lo que nos interesa, mantuvo la condena impuesta, salvo la extensión de la medida de libertad vigilada (STS 623/2021, de 14 de julio).

argumentación acerca de los efectos del factor agravante en las facultades de las víctimas. Es más, incluso la segunda de las resoluciones refiere que la fallecida opuso cierta resistencia, forcejeando con su agresor, arañándole el antebrazo y mordiéndole, lo que lleva a los Magistrados a afirmar que “esa condición de ancianidad de la víctima no conllevó una completa exclusión de las posibilidades de defensa”, y conduce a descartar el tipo de asesinato alevoso y a recurrir al homicidio agravado por especial vulnerabilidad.

Por su parte, la STS 520/2018, de 31 de octubre, desestima el recurso de casación interpuesto en un caso de asesinato de una mujer de 88 años con un cable eléctrico mientras se encontraba sentada en una mecedora esperando que el acusado le llevara el desayuno. La Sala confirma que la aplicación conjunta de la alevosía y de la vulnerabilidad del sujeto pasivo por razón de edad no vulnera el principio *non bis in idem* por cuanto la alevosía se fundamenta en el carácter súbito e inopinado del ataque y no en la condición más vulnerable de la víctima⁶⁸. Ahora bien, en lo que respecta a la agravación de especial vulnerabilidad, la sustenta tan solo “en la ancianidad y la situación de la víctima”, sin más referencias que las contenidas en los hechos probados a que esta se encontraba “deteriorada por la edad y con las dolencias propias de la misma”⁶⁹.

Queda por referir en este ámbito la reciente STS 560/2022, de 8 de junio, que confirma la SAP Valencia 336/2021, de 3 de diciembre, en la que se condena al acusado por un delito de robo con violencia en concurso medial con el de asesinato agravado por la circunstancia del artículo 140.1.1^a del Código penal. En esta ocasión, se aprecia alevosía sorpresiva y se justifica la aplicación de la agravación de especial vulnerabilidad por razón de edad, además de por el dato cronológico (la víctima contaba con 82 años), por su escasa estatura (1,52 m) y

⁶⁸ Sobre la problemática que se suscita en torno a la compatibilidad de la agravante de alevosía y la cualificación de especial vulnerabilidad en el delito de asesinato, véase MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, cit., pp. 45-47 y 49.

⁶⁹ Esta sentencia resuelve el recurso de casación presentado contra la STSJ de la Comunidad de Valencia 10/2018, de 31 de enero, que confirmó la SAP Alicante 8/2017, de 25 de octubre.

su peso (60 kg.). No cabe duda de que la estatura y el peso pueden ser elementos valorables de cara a determinar la mayor indefensión del sujeto pasivo, pero la agravación prevista en el artículo 140.1.1^a del Código penal exige taxativamente que la especial vulnerabilidad tenga su razón de ser en la edad (o la enfermedad o la discapacidad). Esta circunstancia, conforme se ha explicado, ha de tener una incidencia en el sujeto que suponga una limitación obvia de su capacidad funcional y lo coloque en una situación en la que sus posibilidades de defensa sean prácticamente inexistentes. Y, a mi modo de ver, de ninguna manera podría considerarse que un escaso peso o altura sean efectos derivados de la edad y, por lo tanto, dignos de ser tomados en consideración en orden a apreciar este concreto subtipo cualificado.

En segundo lugar, si se repasan las resoluciones que han determinado la concurrencia del subtipo agravado en los delitos contra la libertad sexual cometidos sobre personas mayores, se observan asimismo pronunciamientos carentes de motivación o insuficientemente fundamentados al respecto. Así, por una parte, algunos únicamente refieren la procedencia de la agravante específica del artículo 180.1.3^a por tratarse de un adulto mayor sin más, en supuestos de agresiones y abusos sexuales en los que este contaba con 76, 79 y 86 años⁷⁰. Y, por otra parte, se detectan otros en los que se entiende probada la especial vulnerabilidad por la avanzada edad en tanto que la víctima tenía “una escasa capacidad de resistencia por el deterioro físico propio de la edad”, a lo que se suma en algún caso la constatación de una débil constitución (“persona delgada y bajita”)⁷¹. Por añadidura, es recurrente en algunas decisiones que la especial vulnerabilidad se sostenga

⁷⁰ Concretamente, en las SSAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero; Guadalajara 3/2003, de 3 de febrero; Santa Cruz de Tenerife 583/2003, de 26 de mayo. Condena también por el subtipo cualificado la SAP Almería 61/2003, de 27 de marzo, afirmando que la especial vulnerabilidad concurre de modo evidente porque la víctima estaba próxima a cumplir 81 años, lo que en palabras del tribunal “debilitaba su capacidad de resistencia hasta el extremo de hacerla inexistente”. Sin embargo, contradictoriamente, en los hechos probados queda acreditado que el agresor no consiguió el acceso carnal por la fuerte resistencia que ofreció la anciana.

⁷¹ En particular, la SAP Madrid 273/2012, de 25 de junio, en un supuesto de agresión sexual a una anciana de 89 años, seguida de un robo con violencia, ratificada por la STS 1005/2012, de 18 de diciembre.

en la presunción de que la ancianidad “presenta *siempre*⁷² un mayor grado de dependencia y una mayor necesidad de protección”⁷³. En definitiva, se trata de decisiones judiciales en las que la justificación de la mayor severidad punitiva que lleva aparejada la agravante específica es nula o, cuanto menos, insuficiente.

Por último, en tercer lugar, procede comentar una sentencia destacada en relación con el delito previsto en el artículo 172 ter, que condena por la modalidad agravada de especial vulnerabilidad por el acoso a una persona de 87 años (SJP Logroño 126/2019, de 17 de abril). Los hechos probados relatan que la autora, guiada por el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, se dedicó durante un largo periodo de tiempo y de forma habitual a perseguir a la víctima donde quiera que esta fuese, llamándola repetidamente por teléfono y acudiendo a su domicilio, requiriéndole dinero para diversas finalidades. Esta situación desembocó en el enclaustramiento del anciano, que se acabó refugiando en su vivienda, saliendo de la misma solo si estaba acompañado, de forma que se alteró gravemente el desarrollo de su vida cotidiana, generándole temor y desasosiego. Pues bien, tras una detallada argumentación de las razones para sancionar por el delito de acoso y hostigamiento, se resuelve incrementar la pena “habida cuenta de que el perjudicado es una persona especialmente vulnerable”, sin mayor explicación.

Creo que es incontestable el hecho de que cuanto más longevo es el sujeto, su vulnerabilidad física y psíquica es también más acusada, existen más probabilidades de que sus facultades cognitivas y físicas sufran un deterioro importante que limite considerablemente su capacidad de reacción y oposición al delito. En relación con ello, puede valorarse positivamente el hecho de que los tribunales, al menos, no recurran al automatismo en los casos en los que la persona mayor

⁷² La cursiva es mía.

⁷³ Así, la SAP Islas Baleares 75/2019, de 10 de julio, en la que la víctima era una mujer de 86 años que vivía sola en casa. También la SAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero. En esta última resolución se condenó por un delito de abuso sexual, siendo que la víctima contaba con 86 años de edad y padecía Alzheimer. En este caso se fundamentó el abuso en que no hubo consentimiento por la enfermedad. La edad se tuvo en cuenta exclusivamente para agravar, con base en el argumento indicado en el texto principal.

ocupa la franja inferior de los mayores, entre los 65 y los 75 años aproximadamente⁷⁴. No obstante, tal realidad no autoriza, en mi opinión, a realizar una aplicación de la ley exenta de motivación, sustentada exclusivamente en la edad cronológica y en la presunción de desvalimiento del sujeto. Como ya se ha expresado, afortunadamente son muchas las personas mayores que conservan plenas facultades para manejarse en todos los órdenes de la vida, sin que pueda concluirse su vulnerabilidad solo por el transcurso del tiempo.

3.3.2. Resoluciones que niegan una aplicación automática del subtipo agravado

El segundo grupo comprende aquellas decisiones judiciales que han rechazado aplicar el subtipo agravado ante ataques a mayores afirmando que no basta la edad, que se requiere un desvalimiento que determine una merma importante en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz⁷⁵.

⁷⁴ Con la excepción de la ya citada STSJ Islas Canarias 55/2020, de 17 de julio, referida a una víctima de 60 años. No obstante, como explicaré más adelante, en este caso la falta de motivación sobre la edad como causa de la vulnerabilidad no tuvo más trascendencia, pues concurrió una situación de discapacidad que justificaba la apreciación de la circunstancia cualificante.

⁷⁵ No se abordan aquí, aunque se quiere dejar constancia, algunas resoluciones en las que la edad no se ha utilizado para aplicar el subtipo agravado en los delitos contra la vida, pero sí se ha tomado en consideración a otros efectos. En concreto, cabe citar la SAP Valencia 260/2020, de 22 de junio, que apreció un delito de homicidio agravado por la circunstancia del artículo 140.1.1ª, al padecer la víctima un cáncer terminal. En esta ocasión la edad (73 años), junto con las características físicas y otras circunstancias determinó la aplicación de la agravante de abuso de superioridad. Asimismo, la SAP Barcelona 37/2019, de 19 de diciembre, que calificó como un asesinato alevoso el ataque sorpresivo que causó la muerte de un anciano de 86 años que vivía solo, padecía Parkinson y tenía movilidad reducida, rechazando la calificación alternativa de los hechos que proponía la defensa como homicidio agravado por la especial vulnerabilidad. Por lo demás, el panorama anterior a la incorporación de la cualificación específica de especial vulnerabilidad por la reforma de 2015 también era variopinto en lo que se refiere a la valoración de la avanzada edad de la víctima. Así, además de los supuestos en los que se emplea para fundamentar la denominada “alevosía de desvalimiento”, encontramos decisiones judiciales en las que la edad sirve para agravar el homicidio por abuso de superioridad (SSAP Valencia 713/2012, de 20 de diciembre, Las Palmas 337/2016, de 22 de septiembre), junto a alguna otra

Particularmente, si acudimos de nuevo a las diferentes tipologías que cuentan con el subtipo cualificado, de una parte, tratándose de los ilícitos contra la vida, los tribunales esgrimen argumentos contundentes para descartar la cualificación. A título de ejemplo, la SAP Barcelona 13/2019, de 25 de abril, razona que las víctimas, un matrimonio de 71 y 72 años de edad, “pese a su edad y su estado físico, en su vida diaria no necesitaban la asistencia de terceras personas”. Y este razonamiento se refuerza poniendo de manifiesto que la esposa cuidaba de su nieto dos días a la semana y organizaba comidas familiares en su domicilio todos los domingos. De modo que, finalmente, no se impone la pena de prisión permanente revisable por aplicación del artículo 140.1.1^a que solicitaba la acusación particular. En igual sentido, la SAP Las Palmas 142/2021, de 30 de abril, niega que se esté ante un asesinato de singular consideración y gravedad, pues la persona fallecida, aunque contaba con 78 años de edad y padecía una leucemia crónica, “no consta que sufriese una discapacidad física ni tampoco mental”. Por último, es especialmente significativa la SAP Santa Cruz de Tenerife 177/2020, de 2 de julio. En ella se enjuicia a un sujeto por el asesinato de sus progenitores y su abuelo de 87 años de edad y, pese a que la acusación particular mantiene que la enumeración como alternativas de las cualidades del sujeto pasivo (entre ellas la edad) permite aplicar el tipo hiperagravado a una persona por el solo hecho de haber cumplido 87 años en el momento de ser asesinada, tal opción se descarta. En efecto, la Sala se apoya en el informe médico relativo al anciano y aduce que, “a pesar de encontrarse en tratamiento por enfermedades o patologías, era capaz de desenvolverse por sí solo en las tareas cotidianas de la vida, y que incluso precisaba acudir con poca frecuencia a su médico de cabecera”. En consecuencia, declara que no cabe reputar a la víctima como persona especialmente vulnerable por el solo hecho de su avanzada edad.

También se resuelve la improcedencia de aplicar el subtipo agravado por razón exclusivamente de la edad cronológica en el ámbito de los atentados contra la libertad sexual. Al respecto, la SAP Barcelona 76/2021 de 15 de febrero, en un caso de violación a una mujer de 72

en la que se toma en consideración para individualizar la pena exacta dentro del marco legal concreto (SAP Murcia 518/2015, de 2 de noviembre, confirmada por la STS 719/2016, de 27 de septiembre).

años, deniega apreciar la cualificación del artículo 180.1.3^a interesada por el Ministerio Fiscal, entendiendo que la edad de la víctima no lo permite por sí sola. De hecho, los Magistrados confirman que al margen de la diferencia de constitución física de los sujetos, y las limitaciones físicas que conlleva el mero transcurso del tiempo en una persona, han podido constatar el correcto estado de sus facultades físicas y psíquicas. De modo que concluyen que “la vulnerabilidad no puede inferirse del mero hecho de contar la víctima con la edad dicha sin otro elemento que permita constatar la pretendida vulnerabilidad. Por lo que no procede apreciar dicha circunstancia”.

De igual modo, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema en una sentencia menos reciente, pero igualmente relevante. Se trataba de otra violación a una víctima mujer de 69 años que fue abordada mientras paseaba por una carretera comarcal. La Sala sentenciadora de instancia denegó la aplicación del reclamado subtipo agravado (art. 180.1.3^a Cp) tomando en consideración que, al no constar otras circunstancias significativas sobre su estado físico, la simple edad del sujeto pasivo ni podía tomarse por sí misma como una circunstancia determinante de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo de una violación, ni significó una importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente al agresor sexual⁷⁶. Así las cosas, el alto tribunal arguye que no ha lugar a estimar el recurso de casación interpuesto por la acusación particular y calificar por el subtipo agravado “por el simple hecho de tal edad, salvo que fuera tan avanzada que pudiera deducirse el desvalimiento físico que el legislador dispuso para tal agravación”. Y pone el énfasis en que el término o expresión (edad) “debe interpretarse de modo que sea equiparable a la enfermedad o a la edad inferior a 13 años, habida cuenta de que esa ha sido la referencia desvalorativa del legislador” (STS 1113/2009, de 10 de noviembre)⁷⁷.

⁷⁶ SAP Alicante 630/2008, de 7 de noviembre.

⁷⁷ En este sentido la Sala se suma a la afirmación contenida en la STS 32/2007, de 26 de enero. Hay que tener en cuenta que la referencia a la edad inferior a 13 años responde a que en el momento de los hechos el tenor literal de la cualificación por especial vulnerabilidad contemplaba la aplicación del subtipo agravado “en todo caso” cuando la víctima fuese menor de esa edad.

3.3.3. Resoluciones que fundamentan adecuadamente la apreciación del subtipo agravado

Avanzando en el análisis, en el tercer grupo se engloban aquellas decisiones jurisprudenciales que han argumentado con corrección la aplicación de la cualificación, una vez verificada fehacientemente la especial vulnerabilidad derivada de la longevidad del sujeto pasivo y su nula o insignificante capacidad de defensa. En general, se advierte que los tribunales se detienen a evaluar principalmente aspectos relacionados con el estado de dependencia en que se encuentra la víctima por razones derivadas de su edad. Es el caso de la SAP Cuenca 11/2019, de 2 de abril, que calificó agravadamente el asesinato alevoso intentado sobre una anciana con limitadas facultades, que caminaba asistida de bastón, circunstancia que era visible y perceptible a simple vista⁷⁸. Indica la resolución que en aquel momento la víctima residía en un centro de mayores dada su incapacidad para vivir sola, ya que presentaba importantes disfunciones para la movilidad.

En lo que atañe a las condenas por infracciones contra la libertad sexual, los juzgadores también han procedido tomando en consideración diversidad de factores que dan prueba de la incidencia de la edad en el sujeto y, por lo tanto, en su capacidad de defensa. Señaladamente, pueden mencionarse algunas decisiones que basan su dictamen en indicios objetivos probados tales como que para deambular la víctima necesitaba muletas⁷⁹, o un andador⁸⁰, o una silla de ruedas; que se trataba de una persona dependiente de terceros para realizar los actos más básicos de la vida diaria, como asearse⁸¹; o que presentaba

⁷⁸ El tribunal fundamentó la alevosía en que se trató de un ataque inopinado, súbito y por la espalda.

⁷⁹ SAP Barcelona 199/2015, de 2 de marzo. En relación con esta resolución, merece reseñarse un hecho que podría desvirtuar la presencia de una especial vulnerabilidad. Y es que, si bien una de las agredidas, de 77 años, tenía problemas de movilidad, lo cierto es que en los hechos probados se hace constar una importante resistencia por su parte que impidió al agresor conseguir penetrarla vaginalmente.

⁸⁰ SAP Barcelona 534/2020, de 13 de octubre. Esta resolución, al igual que la comentada en la nota anterior, ofrece dudas pues, aunque la víctima contaba con 94 años y empleaba un caminador para desplazarse, opuso fuerte resistencia, lo que evitó el acceso carnal.

⁸¹ SAP Madrid 125/2011, de 16 de noviembre. La víctima, una anciana de 94 años estaba ingresada en una residencia de ancianos y fue agredida por uno de los

una importante merma de sus capacidades físicas, apreciable a simple vista en la grabación videográfica de la diligencia de declaración ante el Juzgado, sin que la justificación de su vulnerabilidad requiriese un mayor esfuerzo argumentativo⁸². Debe incluirse también en este grupo la SAP Madrid 431/2020, de 26 de octubre, que si bien se circunscribe a las limitaciones en las facultades físicas del adulto mayor coherentes con su edad (76 años), lo que podría parecer insuficiente para determinar el incremento penológico previsto en el artículo 180.1.3^a, deja patente también que tales limitaciones pudieron apreciarse por el tribunal en la celebración del juicio oral. Se reconoce, pues, la gran fragilidad de la anciana frente a las agresiones y que esta vio limitadas “gravemente” sus posibilidades de defensa frente a ellas⁸³.

3.3.4. Resoluciones que fundamentan la especial vulnerabilidad en la edad y otras circunstancias conjuntamente

Para finalizar, componen el cuarto grupo una serie nutrida de resoluciones que derivan la especial vulnerabilidad además de la edad avanzada, de la concurrencia de alguna otra circunstancia de las que se relacionan en los subtipos cualificados correspondientes.

Así, en un primer momento, cabe destacar que es frecuente que la cualificación se sustente también en el padecimiento de alguna enfermedad. Específicamente, es el caso de pronunciamientos que toman

auxiliares que se encargaba de su cuidado. Aunque no presentaba signo alguno de deterioro cognitivo, precisaba para desplazarse de una silla de ruedas o un andador.

⁸² SAP Pontevedra 28/2007, de 6 de julio. En este supuesto se enjuició el allanamiento de morada, el robo con violencia y la violación de una anciana de 92 años, quedando en evidencia la indefensión de la víctima.

⁸³ También, en la misma línea, la SAP Valencia 225/2021, de 19 de abril, que alude a las circunstancias físicas propias de la edad, “que resultaban enormemente desproporcionadas a las de su agresor y limitaban profundamente su capacidad de respuesta o defensa frente al ataque padecido”.

en consideración enfermedades como el Alzheimer⁸⁴, el cáncer⁸⁵ y otras como el alcoholismo⁸⁶, Parkinson, trastornos paranoides, cardiopatías, enfermedad cerebrovascular, osteoartrosis vertebral, etc.⁸⁷

En un segundo momento, la discapacidad también se configura como una fuente de especial vulnerabilidad que acompaña en ocasiones a la edad, señalándose como causa de una “especial dependencia y desvalimiento”. Esta es la situación que se aborda en la STSJ Islas Canarias 55/2020, de 17 de julio, que confirma la sentencia de instancia⁸⁸ que impuso al autor la pena de prisión permanente revisable por la comisión del asesinato de su tía de 60 años, la cual sufría una discapacidad global del 62%. La Sala dictamina la concurrencia de alevosía sorpresiva e inopinada y ensañamiento, y descarta una posible vulneración del *non bis in idem* aduciendo expresamente que la especial vulnerabilidad se basa en “la ancianidad y la situación de minusvalía”. Se desconocen las razones que llevan al tribunal a afirmar la “ancianidad” de una persona de 60 años, aunque cabe pensar que

⁸⁴ STSJ Cataluña 110/2020, de 8 de junio, que confirma la SAP Barcelona de 23 de abril de 2019; SAP Vizcaya 68/2017, de 17 de noviembre, en un caso de homicidio agravado de una anciana de 93 años; SAP Valencia 275/2009, de 8 de mayo. En esta resolución se condenó por un abuso sexual de una anciana de 79 años que tuvo lugar en un geriátrico, basando la especial vulnerabilidad solamente en la enfermedad de Alzheimer, lo que le producía importantes limitaciones cognitivas. En casación, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia, si bien matizó que la víctima era especialmente vulnerable no solo por su enfermedad, sino también por su edad y su situación.

⁸⁵ SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo (la víctima del homicidio, de 73 años de edad, padecía entre otras dolencias, un cáncer muy avanzado que le producía incontinencia urinaria, lo que le obligaba a usar pañales y permanecer sondado); SAP Madrid 588/2016, de 29 de diciembre.

⁸⁶ La SAP Badajoz 176/2013, de 5 de julio, lo valoró junto con la edad en el caso de un sujeto que agredió sexualmente a un individuo de 73 años que poseía antecedentes psiquiátricos por alcoholismo, causándole la muerte.

⁸⁷ Véase, al respecto, la ya mencionada SAP Barcelona de 23 de abril de 2019, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia 110/2020, de 8 de junio. Se trataba de un caso en el que un gerocultor agredió sexualmente a cinco mujeres mayores (de 89, 91, 84, 60 y 87 años) en una residencia geriátrica. Todas ellas necesitaban ayuda de terceras personas para realizar las actividades diarias básicas y padecían innumerables patologías.

⁸⁸ SAP Santa Cruz de Tenerife, de 14 de febrero de 2020. También considera discapacidades junto a la edad y la enfermedad, la SAP Barcelona de 23 de abril de 2019.

en la actualidad esa edad difícilmente comporta limitaciones evidentes de las capacidades que puedan fundamentar por sí solas la especial vulnerabilidad por razón de edad. Con todo, en este caso resulta irrelevante al concurrir la discapacidad.

Para finalizar, en un tercer momento, es preciso dedicar un espacio a la “situación” como factor de especial vulnerabilidad al que también recurre la jurisprudencia conjuntamente con la edad. De acuerdo con lo apuntado más arriba, esta circunstancia ha sido sustituida en algunas figuras agravadas por la expresión “cualquier otra circunstancia” y, aún más, no se contempla en todos los subtipos cualificados en los que la especial vulnerabilidad puede traer causa de la edad. De hecho, no se recoge ni en los delitos contra la vida ni en el acoso sexual, lo que muestra una cierta incoherencia en la técnica legislativa empleada para regular la circunstancia de especial vulnerabilidad.

De igual forma, esta cláusula ha sido tildada de “excesivamente abierta” por los órganos judiciales, que han insistido en que el concepto de situación debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad⁸⁹. Pues bien, acompañando a la edad, las situaciones constitutivas de especial vulnerabilidad evaluadas en sede judicial han sido variadas. Específicamente, en lo que concierne a las infracciones contra la libertad sexual, pueden indicarse las siguientes: el hecho de que la víctima vivía sola y la agresión se produjo por la noche mientras dormía⁹⁰; que se hallase semiinconsciente por los gol-

⁸⁹ Véase, por todas, la STS 770/2021, de 14 de octubre, que recoge el contenido al respecto de la STS 131/2007, de 16 de febrero. En cuanto a la “situación” como factor detonante de la especial vulnerabilidad, concretamente en lo relativo a si abarca situaciones ocasionales y a si debe limitarse a la situación personal, véase MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, cit., pp. 43-44.

⁹⁰ STS 709/2005, de 7 de junio. Estas circunstancias se mencionan con mucha frecuencia para fundamentar la especial vulnerabilidad, aun cuando no se indique expresamente que la agravación se asienta en la situación, sino en la edad u otro factor desencadenante de los previstos en el subtipo cualificado. Así, por ejemplo: SAP Cádiz, de 18 de octubre (anciano de 79 años, solo en su domicilio); SAP Sevilla 129/08, de 7 de marzo (anciana de 83 años, sola en su domicilio, con escasa complejidad física); SAP Orense 373/07, de 5 de noviembre (anciana de 72 años, sola en su domicilio).

pes propinados previamente por el autor⁹¹; ser una persona sin hogar o sin techo⁹²; o presentar una débil complejión física (ser “delgada y bajita”) y encontrarse maniatada y amordazada⁹³.

IV. CONCLUSIONES

El estudio realizado ha puesto de manifiesto toda una serie de aspectos que demuestran la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las personas de edad avanzada, así como los riesgos que corren de convertirse en víctimas de un delito. En relación con ello, el maltrato a los mayores constituye un fenómeno en expansión que presenta rasgos particulares y que, más allá de otros medios de control social menos drásticos precisa, en última instancia, la intervención del Derecho penal para prevenir y enfrentar los ataques más graves a estos sujetos.

En este contexto, los subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad por razón de la edad (entre otras circunstancias) podrían servir en principio para reforzar la protección de aquellos adultos que reúnan tal condición a causa de su senectud.

Sin embargo, emergen diversos problemas que aparecen vinculados tanto a la formulación legal de la agravación específica como a su aplicación por los tribunales.

En primer lugar, la propia alusión a la “especial vulnerabilidad” resulta vaga y genera incertidumbre, especialmente porque no existe un concepto unívoco de vulnerabilidad, lo que parece imprescindible para interpretar cuál sea el fundamento de la agravante y delimitar su alcance con nitidez.

En segundo lugar, se aprecian, entre otras, incoherencias derivadas del hecho de que en algunos subtipos se contemplan como factores desencadenantes de la especial vulnerabilidad solo la “edad” junto con la “enfermedad” y la “discapacidad”, mientras que en otros se

⁹¹ SAP Cáceres 180/2010, de 2 de julio

⁹² SAP Barcelona 57/2022, de 31 de enero.

⁹³ SAP Madrid 273/2012, de 25 de junio, en un supuesto de agresión sexual a una anciana de 89 años, seguida de un robo con violencia.

añaden la “situación” y “cualquier otra circunstancia”. Si efectivamente se verifica una especial vulnerabilidad que determine una indefensión que sea aprovechada por el autor para cometer el delito con mayor facilidad, no parece muy congruente que la ley establezca esta distinción. Al respecto, se puede confirmar que la protección que se dispensa desde el Código penal a los individuos especialmente vulnerables es heterogénea y dispar. También porque solo se recoge la circunstancia agravante en siete figuras cuando, por ejemplo, los estudios de victimización demuestran que cada vez son más frecuentes los delitos patrimoniales cometidos abusando de la vulnerabilidad de los ancianos, ilícitos para los que no se prevé expresamente la agravación.

En tercer lugar, la cualificación específica, tal y como aparece descrita en el texto penal, no ofrece parámetros precisos para concretar el criterio de la edad como fuente de vulnerabilidad. Se entiende unánimemente que engloba los supuestos de especial vulnerabilidad que tenga su origen tanto en la minoría de edad como en la edad avanzada. Asimismo, existe acuerdo en que el solo transcurso del tiempo no puede fundamentar una mayor severidad en la respuesta penal. Más allá, en la medida en que la propia formulación de la cualificación recoge, además de la edad, la enfermedad o la discapacidad, cabe sostener que todas estas referencias son materialmente análogas, incorporan un idéntico desvalor, por cuanto conllevan la indefensión de la víctima y una mayor facilidad para la ejecución del ilícito.

Desde este entendimiento, y sobre la base de que la vejez no presupone automáticamente la vulnerabilidad ni ha de identificarse necesariamente con la discapacidad o la enfermedad, la vulnerabilidad por razón de la edad versa sobre una limitación evidente de la capacidad funcional del ser humano derivada del transcurso del tiempo. No podrá inferirse directamente a partir del dato de la edad, sino que será necesario constatar su incidencia en el individuo, comprobar que el paso de los años ha afectado a su capacidad para desenvolverse física y mentalmente. Por ende, será preciso también realizar una interpretación contextualizada y teleológica, atenta al bien jurídico protegido en cada figura penal y coherente con las razones que fundamentan la tutela reforzada de las personas longevas. La especial protección debe otorgarse, por tanto, no solo en atención al dato cronológico, sino a los efectos que la edad puede comportar para el sujeto pasivo, colocándolo en una posición de mayor indefensión.

En cuarto lugar, la revisión jurisprudencial realizada pone de manifiesto que la praxis judicial en la interpretación y aplicación de la cualificación de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad no está siendo uniforme. Pese a que el Tribunal Supremo ha insistido en que es obligado acreditar la existencia de una vulnerabilidad que, bien anclada en la edad, o en la enfermedad o en cualquiera de los otros factores contemplados en la ley “patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz”, lo cierto es que proliferan resoluciones carentes de motivación o insuficientemente fundamentadas que, presumiendo la vulnerabilidad simplemente en atención a la edad del sujeto pasivo, aprecian automáticamente la agravación. En sentido contrario, oportunamente, otros pronunciamientos rechazan este automatismo, subrayando que la vulnerabilidad no puede inferirse del mero hecho de contar la víctima con una edad avanzada sin otro elemento que permita constatar la pretendida vulnerabilidad. Se detecta, pues, cierta inconsistencia en la actuación de los tribunales.

Con este panorama, parece necesario trabajar en la dirección, no solo de proporcionar un concepto claro de “especial vulnerabilidad”, sino de exigir a los órganos judiciales que no operen con presunciones, sino con datos objetivos que den prueba de ese especial desvalimiento que justifica la sobreprotección penal. Por añadidura, a la vista de las incoherencias que presenta la regulación legal, cabe plantearse como reflexión final si la cualificación específica constituye la vía adecuada para tutelar a las personas mayores especialmente vulnerables, o si quizás sería conveniente reconsiderar su presencia en el Código penal tal y como ha sido concebida y arbitrar otra herramienta que sea más eficaz para prevenir y evitar el uso de la violencia contra nuestros mayores.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, M.: “Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa”, en JAVATO MARTÍN, M./DE HOYOS SANCHO, M., *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2010.
- BELLO LANDROVE, F.: “Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes”, en JAVATO MARTÍN, M./DE HOYOS

- SANCHO, M., *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2010.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J. R.: “Las personas mayores en el ámbito del Derecho Penal”, en *Estudios Jurídicos*, núm. 2007, 2007.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “Discriminación y estigmatización”, en ROMEO CASABONA, C. M., *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Wolter Kluwer, 2021.
- CARIO, R.: “El mayor como víctima. ¿Fin de un tabú?”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI (Ed.), *El maltrato de personas mayores. Detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*, Hurkoa Fundazioa/Instituto Vasco de Criminología, 2006.
- CHANG E.S./LEVY B.R.: “High prevalence of elder abuse during the COVID-19 pandemic: risk and resilience factors”, *The American Journal of Geriatric Psychiatry*, 2021.
- IBORRA MARMOLEJO, I.: “Concepto y tipos de maltrato de mayores”, en *Violencia contra personas mayores*, Ariel, 2005.
- IBORRA MARMOLEJO, I.: *Maltrato de personas mayores en la familia en España*, Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, Serie Documentos 14, 2008.
- IBORRA MARMOLEJO, I.: “Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española”, *Revista Zerbitzuan*, núm. 45, junio 2009.
- JAVATO MARTÍN, M.: “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídica penal”, en JAVATO MARTÍN, M./DE HOYOS SANCHO, M., *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2010.
- JUANATEY DORADO, C.: “Homicidio”, en BOIX REIG, J., *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, 2016.
- LINDERT, J./ DE LUNA, J./ TORRES-GONZALES, F. et al.: “Abuse and neglect of older persons in seven cities in seven countries in Europe: a cross-sectional community study”, *Int J Public Health* 58, 2013.
- MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M./AGUILAR CÁRCELES, M. M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, 2014.
- MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 24, 2020.

- MOYA GUILLEM, C./DURÁN SILVA, C.: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, en *Indret*, núm. 1, 2022.
- MUÑOZ CUESTA, J.: “Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono”, en ROMEO CASABONA, C. M., *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Wolter Kluwer, 2021.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: “Homicidio”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal 2021*, Francis Lefebvre, 2020.
- PEREDA BELTRÁN, N./TAMARIT SUMALLA, J.M.: “*Victimología teórica y aplicada*”, Huygens, 2013.
- ROMEO CASABONA, C.M.: “Capítulo 1. El homicidio y sus formas”, en ROMEO CASABONA, C.M./SOLA RECHE, E./BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, 2016.
- RUEDA MARTÍN, M.A., en “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.), *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Wolter Kluwer, 2021.
- YON Y./MIKTON C.R./GASSOUMIS Z.D./WILBER K.H. LANCET: “Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis”, *Glob Health*, 2017 Feb;5(2):e147-e156.
- YON Y./RAMIRO-GONZALEZ M./MIKTON C./HUBER M./SETHI D.: “The prevalence of elder abuse in institutional settings: a systematic review and meta-analysis”, *European Journal of Public Health*, 2018.
- ZAPATER, A./SOBERÓN, C./GÓMEZ-GUTIÉRREZ, M.: “Prevalencia y factores de riesgo del maltrato a personas mayores en el ámbito familiar en España: una revisión”, *Revista de Victimología*, núm. 12, 2021.

La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

I. INTRODUCCIÓN

Si partimos, como no puede ser de otra manera, de lo analizado en los epígrafes anteriores, con “víctima especialmente vulnerable” se comprende a quien, bien por sus propias características o bien por la clase de delito de la que ha sido objeto, se encuentra en una posición o situación de desvalimiento¹. Este desvalimiento facilita que sean potencialmente susceptibles de ser víctimas y resulte más sencillo que sean objeto de una doble victimización o de una victimización reiterada o/y objeto de intimidación por parte del sujeto activo o sus colaboradores².

Como es sabido, la preocupación por estos sujetos pasivos surge con la aprobación del Código Penal vigente, aunque de manera un tanto tibia. En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se reconoce el deseo de participar en la garantía de la igualdad real y efectiva que exige la Constitución a los poderes públicos. Con esta finalidad se introdujo un amplio

¹ Es amplia la literatura al respecto. Sirva de referencia VIDAL FERNÁNDEZ, B.: “El Estatuto de la Víctima en el proceso penal en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, 2008, p. 217 y ss.; DE HOYOS SANCHO, M.: “El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea», en DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 60 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, 2ª edición, Aranzadi, 2015, p. 216-219.

² Puede verse, IGLESIAS RÍO, M.A.: “Artículo 25”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, p.398.

catálogo de delitos anti-discriminatorios y se reformó sustancialmente la regulación de los delitos contra la libertad sexual, desterrando la honestidad como bien jurídico protegido³ y, en lo que aquí nos interesa, incorporando como modalidad agravada de los delitos de agresión sexual (artículo 180.1.3º) y de abuso sexual (artículo 182.2º) el que la víctima fuera “especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”⁴. Habrá que esperar hasta la reforma operada mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, para que la tutela a las “víctimas especialmente vulnerables” se desarrolle de manera amplia⁵.

Así, entre las “razones” que se valoran en la determinación de la vulnerabilidad, desde un primer momento, se encuentra la enfermedad, no así la discapacidad. Esta se incorporará a partir de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la que se continúa ampliando la especial protección de las víctimas consideradas vulnerables.

En este epígrafe, nos ocuparemos de la delimitación de ambas razones: la discapacidad y la enfermedad. En la legislación vigente, aparecen conjuntamente en todos los tipos penales en los que el legislador vincula la especial vulnerabilidad de la víctima a determinadas razones o situaciones, pero no solo. También las encontramos de alguna manera relacionadas en los delitos anti-discriminatorios.

Advertido lo anterior, para identificar las características o elementos con los que una persona debe contar para considerar que es especialmente vulnerable por razón de su discapacidad o de su enfermedad, analizaremos la definición jurídico-penal de discapacidad

³ Párrafo octavo de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

⁴ La discapacidad se incorpora con la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Con la última reforma relativa a esta materia, operada a través de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, en el artículo 180.1.3º se alude a “persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia”.

⁵ Esto realizó en el marco de la Decisión n.º 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II).

que se recoge en el artículo 25 del Código Penal y, a continuación, comprobaremos si dicha definición es admisible en la aplicación de los delitos en los que la especial vulnerabilidad es una circunstancia agravante del tipo básico o si, por el contrario, se requiere de una nueva interpretación. En lo que a la enfermedad se refiere, al no existir una interpretación auténtica dentro del texto punitivo, directamente habrá que delimitar su alcance en la determinación de la especial vulnerabilidad de la persona.

II. DISCAPACIDAD

2.1. Concepto de discapacidad en el Código Penal

El término “discapacidad” se ha incorporado de forma relativamente reciente en el Código Penal español. Hasta la reforma operada mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se utilizaban los términos minusvalía e incapaz⁶, en vez de persona con discapacidad.

En concreto, la “minusvalía” se reservaba para el ámbito del Derecho Penal Anti-discriminatorio, mientras que con “incapaz” se hacía referencia a “toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.” (art. 25 CP texto original)⁷, por lo que se le otorgaba una tutela equivalente a la del menor de edad.

⁶ En el texto original del Código Penal, solo se aludía a “persona discapacitada” en el artículo 619 al sancionar penalmente a quien no prestase asistencia o auxilio “a una persona de edad avanzada o discapacitada”. Con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incorpora la discapacidad a algunas modalidades agravadas, pero no es hasta la reforma del año 2015 que se incorpora de forma general al Código Penal en sustitución del término incapaz.

⁷ Sobre el concepto jurídico penal de “incapaz” resulta de interés el reciente trabajo de ORTEGA MATESANZ, A.: “El derecho penal y la persona con discapacidad”, en MUÑIZ ESPADA, E., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 514-523.

En este contexto, la minusvalía aparecerá siempre vinculada a la enfermedad. Esto suscitó el rechazo inicial de una parte de la doctrina por entender que el término “enfermedad” ya comprendía la minusvalía y, por lo tanto, su referencia resultaba superflua⁸. Sin embargo, el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de enero de 2008, reconoció la necesidad de distinguir entre ambas causas, basándose en que “las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples”⁹. Por otro lado, añadimos nosotros, la tutela del valor no ser discriminado por razón de enfermedad y por razón de “minusvalía” (o discapacidad) afecta, o puede afectar, a distintos colectivos que nada tienen que ver. Pensemos, por ejemplo, en una persona portadora del virus VIH frente a una persona con una discapacidad física o intelectual. Quien es portador del virus no tiene por qué contar con ningún tipo de dificultad para realizar una actividad laboral dentro de los márgenes que se califican como normales para cualquier persona, si seguimos con el ejemplo de la Sentencia del Tribunal Supremo, o de cualquier tipo de relación social, más allá de los prejuicios de quienes interactúan con ella. En el caso de una persona con discapacidad física (minusvalía), sin embargo, existe una dificultad intrínseca a su condición que le impedirá desarrollar su faceta laboral y social con normalidad, y ello al

⁸ En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, 1998, p. 46. En contra, MACHADO RUIZ, M.D.: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 234, quien considera que se debe prever la minusvalía junto a la enfermedad para “evitar que supuestos de inferioridad física o psíquica quedaran excluidas del concepto de enfermedad y, con ello, de la protección penal frente a las discriminaciones por este motivo”; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2009, p. 31, distingue entre enfermedad y discapacidad, argumentando que la “enfermedad, invalidante en sí misma, pero, en principio, no generadora de discapacidad hasta que la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial generada por ella se haya estabilizado”. Sobre la dificultad de definir la discapacidad al margen de la enfermedad, resulta de interés el trabajo de MILLIOS, G.: “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, *Derechos y Libertades*, n° 47, junio 2022, p. 246-253.

⁹ Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta de lo Social), de 22 de enero de 2008.

margen de los prejuicios sociales con los que pueda encontrarse. Qué decir, si esto es así, de una persona con discapacidad intelectual y sus posibilidades reales de incorporarse al mundo laboral y de participar activamente en la sociedad.

De este modo, a día de hoy, se considera que el debate está superado, lo que no significa que en un número importante de ocasiones la enfermedad y la minusvalía, o discapacidad, estén vinculadas y cueste distinguir una de otra, especialmente en el ámbito de la valoración de la vulnerabilidad de la víctima¹⁰.

El cambio del término “minusvalía” por el de “discapacidad” se anuncia en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 como una actualización terminológica para adecuarse a lo previsto en la Ley 39/2006, de 15 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹¹. Esto supone la sustitución del término “minusvalía” por el de “discapacidad” y el cambio de la referencia a persona “incapaz” por la de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”¹². Sin

¹⁰ Al respecto, resulta de interés el estudio jurisprudencial que realiza MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n° 24, julio de 2020, p. 28, donde constata que, en las sentencias en las que la causa de vulnerabilidad es el “retraso mental leve-moderado, psicosis y trastorno de personalidad”, “retraso mental congénito y epilepsia”, “discapacidad intelectual moderada, retraso mental y epilepsia” y “atrofia cerebral y epilepsia focal sintomática, síndrome orgánico de la personalidad y demencia postraumática”, no se distingue si se trata de enfermedad o de discapacidad.

¹¹ Si bien, debemos advertir que resulta sorprendente que no se hubiera realizado dicha actualización de forma completa a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En esta reforma, solo se sustituye minusvalía por discapacidad en la circunstancia agravante genérica anti-discriminatoria del artículo 22.4; se incluirá como causa discriminatoria en los delitos de genocidio (artículo 607) y, finalmente, como circunstancia agravante en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima en el delito de trata de seres humanos, incorporado con esta Ley (artículo 177 bis).

¹² Artículo único. Dosecientos cincuenta y ocho de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.
Sustitución de términos en el Código Penal.

1. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a los términos “incapaz” o “incapaces” se sustituyen

embargo, en realidad no es solo una mera modificación de las palabras empleadas.

Se considera persona con discapacidad necesitada de especial protección (antes “incapaz”) a “aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente” (párr. 2º del artículo 25), siendo la discapacidad “aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (párr. 1º del artículo 25).

Así, la discapacidad podrá ser física, psíquica o sensorial. Lo relevante será que pueda implicar una limitación o, directamente, impida la participación plena en la sociedad, con independencia de que la persona tenga la capacidad, o no, de “gobernar su persona o bienes por sí misma”¹³. Entendemos que significa un cambio de paradigma ya que supone el reconocimiento de la responsabilidad pública de salvar esas barreras y hacer desaparecer la limitación o impedimento. Es decir, supone el reconocimiento de que la discapacidad es un problema social con solución social¹⁴.

por los términos “persona con discapacidad necesitada de especial protección” o “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

2. Todas las referencias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al término “minusvalía” se sustituyen por el término discapacidad.

¹³ Como ya se ha indicado, en la redacción original del artículo 25, para considerar a una persona incapaz esta no debía poder gobernar su persona o bienes por sí misma.

¹⁴ Así se desprende del Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, letra e): “Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurría con la definición otorgada a la incapacidad, la discapacidad se desvincula indubitadamente de la enfermedad. Obviamente, podrá ser resultado de una enfermedad, pero no se establece como el origen de la situación de discapacidad¹⁵.

En la nueva redacción, se sustituye la exigencia de que la enfermedad debía ser persistente, por la necesidad de que la discapacidad sea de carácter permanente. *A priori*, existe un matiz diferenciador entre ambas características: “persistente” indica que no es algo ocasional, no se acota temporalmente a un momento concreto, aunque no parece necesario que tenga carácter irreversible o inmutable; mientras que el carácter de “permanente” sí lo exigiría. Si bien, lo cierto es que no se ha otorgado trascendencia práctica a este cambio en la definición¹⁶. Prueba de ello es que se siguen admitiendo dentro de este concepto las discapacidades cíclicas, derivadas de una enfermedad. Este es el caso, por ejemplo, de una persona que padece esquizofrenia. La esquizofrenia es una enfermedad crónica que, sin embargo, se manifiesta en forma de brotes, en función del grado de afección y del funcionamiento de la medicación. Parece que la *ratio legis* admite su consideración si en el momento del ataque al bien jurídico se encuentra presente la situación de discapacidad¹⁷.

¹⁵ En realidad, tal y como recuerda IGLESIAS RÍO, M.A.: “Artículo 25”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, p. 401, con la redacción anterior en vigor, la jurisprudencia incluía todas las situaciones de discapacidad psíquica e intelectual, a través de una interpretación teleológica y sistemática; también MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 130.

¹⁶ ORTEGA MATESANZ, A.: “El derecho penal y la persona con discapacidad”, en MUÑIZ ESPADA, E., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2020, p. 526; MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 125.

¹⁷ Véase, por ejemplo, ORTEGA MATESANZ, A.: “El derecho penal y la persona con discapacidad”, en MUÑIZ ESPADA, E., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2020, p. 535; o PÉREZ FERRER, F.: “Discapacidad y Derecho

No obstante, resulta decepcionante que no se haya aprovechado la modificación para que estos supuestos quedasen taxativamente comprendidos, así como aquellos en los que la discapacidad está directamente limitada en el tiempo. ¿Qué ocurre con quien ha sufrido un ictus y como consecuencia pierde temporalmente la capacidad parcial de movimiento? Si en el caso de las enfermedades/discapacidades cíclicas se realiza una interpretación extensiva que permite su consideración en el artículo 25, esto no es posible con las temporales. Nos encontramos ante una laguna legal absolutamente incomprensible porque lo relevante debería ser que, cuando se producen los hechos delictivos, el sujeto pasivo se encuentra en una situación de indefensión o que su discapacidad facilita la comisión del delito, y no tanto su mantenimiento en el tiempo¹⁸.

2.2. Tutela jurídico penal de la discapacidad

A lo largo del articulado del Código Penal se prevén tipos penales autónomos o modalidades agravadas de otros, en atención a la discapacidad que ostenta el sujeto pasivo. Más exactamente, en atención a la discapacidad, como causa sospechosa de discriminación; a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección; y a la discapacidad como razón que convierte a una persona en víctima especialmente vulnerable.

La discapacidad, o minusvalía hasta la reforma de 2015, como circunstancia sospechosa de discriminación se prevé en todos los tipos penales anti-discriminatorios y en la circunstancia agravante genérica anti-discriminatoria del artículo 22.4 desde la aprobación del Códigi-

Penal a la luz de las últimas reformas en nuestro ordenamiento jurídico”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 134, 2021, p. 55.

¹⁸ IGLESIAS RÍO, M.A.: “Artículo 25”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, p. 403 dirá que el artículo 25 “recoge un concepto material de discapacidad [...] no debería resultar relevante si la situación de discapacidad es de carácter permanente, irreversible, cíclica o temporal”. En un sentido similar puede verse PÉREZ FERRER, F.: “Discapacidad y Derecho Penal a la luz de las últimas reformas en nuestro ordenamiento jurídico”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 134, 2021, p. 55.

go Penal vigente¹⁹. En este caso, la determinación del sujeto pasivo se vincula a su pertenencia o identificación con un colectivo, el de personas con discapacidad. Debe tenerse en cuenta que el valor no ser discriminado como bien jurídico protegido cuenta con una doble dimensión, individual y colectiva. La dimensión individual se refiere a la lesión del bien jurídico de la persona concreta contra la que se dirige la conducta discriminatoria, mientras que la colectiva, abarca la lesión del bien jurídico del colectivo o minoría con la que se relaciona al sujeto discriminado, ya que, ese acto, perpetúa, o ayuda a normalizar, o ahonda en el status de inferioridad²⁰. Esta última dimensión es, precisamente, la que justifica la tutela especial frente a los tratos discriminatorios. El problema está en identificar al colectivo de personas con discapacidad. Este colectivo va a estar integrado por una heterogeneidad de personas ya que la discapacidad se presenta de muy diversas formas y en distintos grados²¹. Esto propicia que las personas con discapacidad no desarrollen un sentimiento de unidad, de pertenencia a un grupo o colectivo que los identifique como parte de algo²². No obstante, lo cierto es que todas las personas con discapacidad se encuentran con dificultades en el acceso al espacio público (y, frecuentemente en el privado) derivado de la interacción de su discapacidad con las diversas barreras existentes que impiden o

¹⁹ Artículos 22.4º, 314, 510, 511, 512 y 515 del Código Penal.

Entendemos que también forman parte del Derecho Penal Anti-discriminatorio los delitos de genocidio (art. 607) y de lesa humanidad (art. 607 bis), únicos delitos anti-discriminatorios en los que se alude a la discapacidad en el catálogo de circunstancias sospechosas de discriminación y no a la enfermedad.

²⁰ LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación en el Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996, p. 237 considera que la dimensión colectiva alcanza al modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución.

²¹ DE ASÍS, R.: “Derechos Humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la Teoría de los Derechos”, en CAMPOY CERVERA, I./PALACIOS, A. (editores), *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, 2007, p. 17, constata la dificultad de identificar el colectivo de personas con discapacidad por estar integrado de personas “en virtud de rasgos diferentes y, además, de un colectivo falto, en ocasiones, de identidad y definido heterónomamente.”.

²² Resulta casi imposible encontrar elementos comunes entre quien sufre una discapacidad vocal con quien tiene una discapacidad motora o quien presenta una falta de madurez mental.

limitan “su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, pero también, en la medida en que esa discapacidad sea más o menos visible y más o menos evidente, se generarán prejuicios que se añaden a la dificultad de su acceso a la esfera pública. En conclusión, podemos decir que, en el ámbito del Derecho Penal Anti-discriminatorio, la referencia a la discapacidad es amplia. Se entenderá, tal y como indica el artículo 25 en su párrafo primero, siempre y cuando dicha discapacidad genere el trato discriminatorio.

Otra vía de tutela de la discapacidad es mediante la protección específica que se otorga a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 25 párr. 2º). En este caso se equipara a las personas con discapacidad con los menores de edad²³, otorgando naturaleza de delitos semi-públicos a los tipos penales en los que se los considera víctimas específicas. Como se ha indicado ya, el propio legislador prevé una concepción de persona con discapacidad necesitada de especial protección, en la que no tienen cabida todas las discapacidades. Se circunscribe a las discapacidades intelectuales o mentales, y dentro de estas, aquellas que precisan de una “asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses”. Además, el legislador exige que tenga carácter permanente. Es decir, no se consideraría persona con discapacidad necesitada de especial protección quien, después de sufrir un traumatismo craneoencefálico que le provoque una disminución de la conciencia, confusión o, incluso, amnesia, durante el tiempo de recuperación, aunque en el momento de los hechos su indefensión fuera la misma que la de una persona con discapacidad intelectual de carácter permanente.

Finalmente, la discapacidad se protege también como una circunstancia o situación que provoca una especial vulnerabilidad de la víctima frente a determinados actos²⁴. En este caso el legislador no indica a qué clase de discapacidad se refiere, más allá de que debe

²³ Artículos 143 bis, 148.3ª, 149.2, 153, 155, 156 ter, 161.2, 165, 166. 2.a), 171.4 y 5, 172.2, 173.2, 185, 186, 188, 189, 191, 192. 2, 197.5, 201, 223, 224, 225, 228-232, 267, 287, 361 bis, 362 quater, 577, 607 bis 1.9º,

²⁴ Artículos 140. 1ª, 156 bis 4.b), 172 ter 1.4ª, 177 bis 4.b), 180. 3ª, 184. 4, 188. 3.a), 189.2.c).

situar al sujeto en una posición de especial vulnerabilidad. Se antoja necesario distinguir, entonces, entre persona con discapacidad necesitada de especial protección y víctima especialmente vulnerable por razón de su discapacidad. Ambas expresiones podrían referirse a lo mismo, pero al existir una definición auténtica en el párrafo segundo del artículo 25 sobre la persona con discapacidad necesitada de especial protección, el principio de legalidad obliga a encontrar el matiz diferenciador con la víctima especialmente vulnerable por razón de su discapacidad.

Si realizamos una interpretación sistemática de esta categoría en relación con la previsión del artículo 25, podemos alcanzar tres soluciones. De este modo, se puede entender que se alude a un colectivo más restrictivo, donde solo se tutela a determinadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, es decir, a algunas de las personas con una discapacidad intelectual. No obstante, también podría interpretarse que la categoría de víctima especialmente vulnerable se constituye como una categoría alternativa a las personas con discapacidad intelectual. De ser esto así, se protegería solo a las personas con discapacidad física. Finalmente, una interpretación sistemática permite concluir, también, que la víctima especialmente vulnerable por razón de su discapacidad es una categoría más amplia, en la que se comprenden las personas con discapacidad necesitadas de especial protección y las personas con una discapacidad física, siempre y cuando cumplan luego con los requisitos de la especial vulnerabilidad.

De las tres propuestas, consideramos esta última la más adecuada, en virtud de una interpretación teleológica: ambas discapacidades pueden situar a la persona en una posición o situación de desvalimiento, son circunstancias que facilitan que la persona sea potencialmente víctima de un delito y que sufra una doble victimización o victimización reiterada. Por lo tanto, lo relevante será, no tanto la discapacidad en concreto sino “la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y poder oponerse”²⁵, lo que deberá analizarse en cada caso concreto. Así, por ejemplo, ante unos hechos similares: mujer con discapacidad

²⁵ Fundamento de Derecho Segundo 1. de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 886/2021, de 17 de diciembre.

intelectual reconocida de un 39 % que es requerida por su expareja para mantener relaciones sexuales, amenazándola con enseñar fotos suyas desnuda a su familia y actual pareja²⁶; y requerimiento a cuatro jóvenes con discapacidad intelectual reconocida que oscila entre el 60 y el 65 % para que vayan a un taller y practiquen sexo oral²⁷; la respuesta de la jurisprudencia es distinta. En el primer caso, se reconoce la especial vulnerabilidad por razón de discapacidad de la mujer, a pesar de que cuenta con una vida independiente, porque “el acusado acometió los hechos que se describen aprovechándose de ello [de su discapacidad intelectual], lo que implica el conocimiento de esa discapacidad, así como el empleo de técnicas y maniobras encaminadas a obtener beneficio de la disminución de las barreras de autoprotección que derivan de la misma.” Sin embargo, el Alto Tribunal consideró en el segundo caso que “del relato de hechos probados que efectúa la sentencia, no se desprende que las víctimas se encontraran en situación que les hiciera especialmente vulnerables. [...] Más allá del debilitamiento, merma o dificultad para prestar libremente su consentimiento a la relación sexual de cada una de las víctimas como consecuencia del grado de discapacidad que presentaban, la sentencia no expresa circunstancia adicional alguna de la que se infiera un plus de antijuridicidad que configura el tipo agravado comentado, por lo que su aplicación en el presente caso vulnera el principio non bis in ídem.”²⁸. Por lo tanto, en este segundo caso, la discapacidad se tuvo en cuenta para la calificación de los hechos como abuso sexual, pero no colmará los requisitos de la modalidad agravada por ser la víctima especialmente vulnerable.

III. ENFERMEDAD

En el caso de la enfermedad, el legislador no ha establecido una definición legal. No obstante, su consideración en el ámbito del Derecho

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 886/2021, de 17 de diciembre.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, 770/2021, de 14 de octubre.

²⁸ Fundamento de Derecho Quinto 4, de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal 770/2021, de 14 de octubre.

Penal Antidiscriminatorio²⁹ y en la valoración de la vulnerabilidad de la víctima en los delitos en los que se tutela a las víctimas especialmente vulnerables, obliga a realizar una interpretación restrictiva del concepto ordinario de enfermedad.

Al no existir una definición legal, la delimitación de la enfermedad se debe realizar teniendo en cuenta el principio de fragmentariedad a la luz de los tipos penales en los que se convierte en un elemento característico y determinante del sujeto pasivo. De este modo, no bastará con padecer cualquier enfermedad para satisfacer los requisitos de estos delitos, sino que deberá ser una enfermedad que provoque potencialmente una situación de discriminación o que sitúe a la persona en una posición de indefensión.

En el caso de la enfermedad como circunstancia sospechosa de discriminación, su incorporación al texto punitivo de 1995 se produce en un momento en el que el SIDA o ser portador del virus VIH resultaba estigmatizante. Y es precisamente en esta enfermedad en la que se está pensando como causa de discriminación si bien se opta por una fórmula amplia en la que tenga cabida cualquier enfermedad, eso sí, que sitúe al sujeto en una posición de marginación³⁰. Téngase en cuenta que los delitos anti-discriminatorios se incorporan al Código Penal de 1995 con la finalidad de lograr una igualdad real y efectiva, reconociendo que esta no existe. Siendo esto así, la referencia a la enfermedad se debe relacionar con la identificación con un grupo o colectivo situado en una posición de desventaja dentro de la sociedad. Estamos con DÍAZ LÓPEZ cuando afirma que debe restringirse la enfermedad “en consonancia con la definición de “discapacidad”, a aquellas enfermedades que tengan un carácter duradero, de forma que puedan incidir en la identidad del sujeto”³¹. Y,

²⁹ En este caso, véase artículos 22.4º, 314, 510, 511, 512 y 515 del Código Penal.

³⁰ Así, defienden una interpretación restrictiva del concepto de enfermedad como causa de discriminación LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, p. 247; MACHADO RUIZ, M.D.: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 233.

³¹ DÍAZ LÓPEZ, J.A.: *Informe de delimitación conceptual en materia de delitos de odio*, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2020, p. 71 [https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/Informe_Delitos_Odio_Final.pdf]

añadimos nosotros, al incidir en la identidad del sujeto se facilita la creación del colectivo, del grupo, afectado por los mismo problemas o tratos discriminatorios.

Distinto es el caso de la enfermedad como circunstancia o elemento que sitúa al sujeto pasivo en una posición de especial vulnerabilidad. Aquí, obviamente, también se exige una interpretación restrictiva del término, pero la delimitación se desvincula de una posición de marginación/discriminatoria para el sujeto. Lo relevante será que “contribuya de manera objetiva a [...] pontencia[r] su posición de debilidad, haciéndola así fácilmente manipulable, eliminando de esta forma sus mecanismos de autodefensa”³². Así, por ejemplo, no tendría sentido admitir una especial vulnerabilidad de una persona que es portadora de VIH o que padece SIDA pero la enfermedad no resulta incapacitante o, mejor dicho, no le impide defenderse.

En este mismo contexto, debemos preguntarnos si, igual que se exige en la definición legal de discapacidad y tal y como se ha considerado para el ámbito de la discriminación por razón de enfermedad, es necesario también el carácter permanente de la enfermedad para admitir la especial vulnerabilidad de la víctima. Entendemos que la respuesta debe ser no. Ya hemos señalado que, con la regulación anterior, la propia norma exigía que la incapacidad/minusvalía/discapacidad estuviera vinculada con una enfermedad que debía ser “persistente”. Sin embargo, tras la reforma del año 2015 se elimina deliberadamente esa conexión al no hacerse ninguna referencia a la causa de la discapacidad. En consecuencia, se da un paso más en la diferenciación entre discapacidad y enfermedad. Esto permite admitir la vulnerabilidad de la víctima derivada de una enfermedad temporal o de la situación de “incapacidad” derivada de una enfermedad temporal, salvando la laguna legal advertida en los supuestos de discapacidad temporal³³.

³² Así lo recuerda el Tribunal Supremo en la Sentencia 588/2022, de 15 junio, al analizar la aplicación de la circunstancia agravante prevista en el artículo 180.1.3^a (especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad, entre otras circunstancias), en un supuesto de abusos sexuales a una menor con “unos trastornos límites de la personalidad, con reiteradas autolesiones y varios episodios de suicidio.” por parte de su terapeuta. Fundamento de Derecho Cuarto 2.

³³ Solo no aparecen juntas cuando se alude a la persona con discapacidad necesitada de especial protección. En estos casos, la discapacidad cuenta con una

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, 1998, pp. 162.
- DE ASÍS ROIG, R.: “Derechos Humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la Teoría de los Derechos”, en CAMPOY CERVERA, I./ PALACIOS, A., *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, 2007, pp. 17-50.
- DE HOYOS SANCHO, M.: “El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea», en DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 49-74.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2009, pp. 11-57.
- GÓMEZ COLOMER, J.L.: *Estatuto Jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, 2ª edición, Aranzadi, 2015, pp. 580.
- IGLESIAS RÍO, M.A.: “Artículo 25”, en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte general. Artículos 1-137*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, pp. 395-404.
- LAURENZO COPELLO, P.: “La discriminación en el Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996, pp. 219-288.
- MACHADO RUIZ, M.D.: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 430.
- MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, pp. 111-135.
- MILIOS, G.: “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, *Derechos y Libertades*, nº 47, junio 2022, pp. 241-271.
- MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº 24, julio de 2020, pp. 13-58.

definición específica (párr. 2º del artículo 25) y se equipara a la minoría de edad.

- ORTEGA MATESANZ, A.: “El derecho penal y la persona con discapacidad”, en MUÑIZ ESPADA, E., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 507-545.
- PÉREZ FERRER, F.: “Discapacidad y Derecho Penal a la luz de las últimas reformas en nuestro ordenamiento jurídico”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 134, 2021, pp. 47-80.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B.: “El Estatuto de la Víctima en el proceso penal en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, 2008, pp. 208-231.

El abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 Cp)

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ

I. INTRODUCCIÓN

Con el parentesco en el Derecho penal se puede emplear el tradicional refrán “dime con quién vas y te diré quién eres”. El parentesco muda su sentido en función de la figura delictiva: puede agravar, atenuar o eximir de responsabilidad penal. La ambivalente naturaleza del parentesco se expresa muy gráficamente, en palabras de QUINTERO OLIVARES, cuando “todo lo grave que puede ser dar muerte al padre, se transforma en gran comprensión si el hijo, en lugar de matarle, lo arruina”¹.

La mayor facilidad para cometer una infracción patrimonial en el seno de la familia, o con ocasión de la relación de parentesco, ha sido cuestionada por la doctrina desde hace más de 50 años². Esa crítica sostenida en el tiempo no ha tambaleado los cimientos de una figura con especial arraigo histórico en nuestra tradición punitiva, que se mantiene desde el Código penal de 1822 hasta nuestros días. La alusión del Tribunal Supremo, casi por inercia, al principio de intervención mínima en el ámbito de las relaciones patrimoniales entre familiares para justificar esta disposición supone una interpretación

¹ QUINTERO OLIVARES, G.: “Las caducas funciones del parentesco en la Ley penal”, *Almacén de Derecho*, 19 de mayo de 2002. El trato conferido a los vínculos familiares en el Código penal, en opinión de CUERDA RIEZU, es un ejemplo de “esquizofrenia legislativa”. Véase CUERDA RIEZU, A.R.: “Inconstitucionalidad de la excusa absolutoria por algunos delitos patrimoniales entre parientes”, en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2020, p. 61

² BAJO FERNÁNDEZ subrayaba, ya en 1972, el injustificado tratamiento conferido a los parientes en el Derecho penal patrimonial, véase *El parentesco en Derecho penal*, Tesis doctoral, UAM, 1972.

ciertamente descontextualizada³. A ello debe añadirse la contradicción, salvada en 2015, que comportaba alegar el cumplimiento del principio de intervención mínima como criterio rector de la excusa absolutoria cuando los parientes eran castigados por faltas de índole patrimonial y, sin embargo, quedaban exonerados de responsabilidad penal en los delitos patrimoniales⁴.

Pese a ello, el legislador se resiste a derogar una disposición que responde a una concepción anacrónica de la familia. Sin embargo, que haya esquivado la derogación de este precepto, dirigiendo la mirada hacia otro lado en las sucesivas reformas, no le ha impedido mirar de soslayo a esta previsión. Así, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, casi en una suerte de “cargo de conciencia”, incorporó una nueva excepción a la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a los parientes mencionados en el art. 268 CP por los delitos patrimoniales cometidos entre sí⁵. No solo los ataques al patrimonio violentos o intimidatorios quedan ahora excluidos del ámbito de aplicación de esta excusa absolutoria, también los cometidos abusando de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad o de discapacidad. El legislador argumentó como principal motivo para esta modificación la necesidad de adaptar la redacción del precepto a la evolución de la familia, por haber experimentado esta institución una significativa renovación en los últimos años, como resultado de ciertos factores, como la coyuntura económica, que podrían haber propiciado que las personas más vulnerables del núcleo familiar padezcan un expolio de su patrimonio. No obstante, esta reforma parece obedecer, en realidad, “más que a una evolución de la institución familiar” a “un cam-

³ PÉREZ ARIAS, J.: “La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, vol. 21, 2019, p. 29.

⁴ CUERDA RIEZU, A.R.: “Inconstitucionalidad de la excusa absolutoria por algunos delitos patrimoniales entre parientes”, *cit.*, p. 71.

⁵ La doctrina ha calificado esta reforma como un “acierto”, en tanto que su fundamento se encuentra “en la reiteración de supuestos de despojos patrimoniales por familiares a personas de edad avanzada o con algún tipo de discapacidad mental”. Véase BORJA JIMÉNEZ, E.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, 2022, p. 363.

bio en las circunstancias que pueden incrementar el riesgo de que un familiar expolie el patrimonio a otro”⁶.

En este trabajo se pretende analizar el impacto que ha tenido esta reforma en los tribunales, con el propósito de dar cuenta de los problemas interpretativos que se están produciendo en la construcción del concepto de víctima vulnerable por razón de edad o de discapacidad en el marco de los delitos patrimoniales. Tras este análisis, se reflexiona acerca de si resulta necesario, como ocurre en otras figuras delictivas, incluir la referencia a la "situación" o a "cualquier otra circunstancia" junto a las ya mencionadas circunstancias de "edad" o "discapacidad".

II. LA APRECIACIÓN DEL “ABUSO DE VULNERABILIDAD” EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA DE PARENTESCO EN LOS DELITOS PATRIMONIALES

La madre que se apropiaba de la pensión de orfandad de su hijo con discapacidad intelectual o el hijo que hacía lo propio con la pensión no contributiva de su anciana madre con demencia senil quedaban exentos de responsabilidad penal⁷. La única razón para mantener este beneficio punitivo era el simple parentesco anudado a conductas no violentas o intimidatorias. La cobertura de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales permitía que los autores de tales comportamientos únicamente respondieran civilmente. Esta posibilidad ha sido etiquetada incluso de “inconstitucional” en un sentido “parcial”, en tanto que generaba una desprotección absoluta a los

⁶ Así lo pone de manifiesto DE VICENTE MARTINEZ, R.: “La capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho penal”, en MORCILLO MORENO, J., *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 99.

⁷ Se trataba de supuestos especialmente frecuentes en la práctica, a los que no se puede aplicar retroactivamente la excepción del abuso de vulnerabilidad de la víctima. Véanse, a título de ejemplo, la SAP Lleida 124/2017, de 29 de marzo o la SAP Madrid 611/2016, de 3 octubre. En esta última resolución la hermana, que es tutora de la víctima (incapacitada como resultado de un accidente de tráfico), se apropia de las indemnizaciones correspondientes que le correspondían a aquella.

discapacitados cuando algún familiar atentaba contra sus derechos patrimoniales (art. 49 CE)⁸.

No obstante, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, que añade una nueva excepción al ámbito de aplicación de la mencionada excusa absoluta, estos supuestos ya no quedarían impunes. El abuso de la situación de vulnerabilidad por razón de edad o de discapacidad excluye su apreciación. Pese a todo, el abuso de la vulnerabilidad de la víctima en el art. 268 CP plantea algunos interrogantes con los que ya se ha topado la jurisprudencia. ¿Los menores y las personas mayores a las que se refiere la disposición deben tratarse de personas *especialmente vulnerables* o basta con que sean *meramente vulnerables*? ¿Son todos los menores vulnerables en los delitos patrimoniales? Para procurar ofrecer una respuesta a estas y otras cuestiones que alteran el perímetro de la excusa absoluta de parentesco en los delitos patrimoniales se analiza cómo está interpretando la jurisprudencia la edad y la discapacidad en el art. 268 CP.

2.1. *El abuso de la vulnerabilidad por razón de edad*

El Código penal no realiza una interpretación auténtica del concepto de vulnerabilidad. La reconstrucción de sus contornos solo puede efectuarse a través de las diseminadas referencias a la vulnerabilidad que trufan el articulado, bien de manera directa o indirecta⁹. Si se rastrea el texto punitivo en busca de un concepto de vulnerabilidad “por razón de edad”, nos daremos de bruces con una maraña de fórmulas a las que es difícil hallar una *ratio* explicativa. El tratamiento de la edad como circunstancia agravante ha sido calificado

⁸ CUERDA RIEZU, A.R.: “Inconstitucionalidad de la excusa absoluta por algunos delitos patrimoniales entre parientes”, cit., p. 67. De hecho, en Argentina, se llega a plantear su inconstitucionalidad, véase QUINCOSE VILALTA, A.M.: “Delitos patrimoniales y excusa absoluta: un análisis a la luz de los nuevos paradigmas de protección de colectivos vulnerables”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019, p. 13.

⁹ Sobre la evolución legal en el tratamiento de la tutela reforzada de distintas situaciones diferenciales, véase, en detalle, DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista penal*, núm. 50, 2022.

como “indescifrable”¹⁰ o incluso como “arbitrario”¹¹, en tanto que se emplea la minoría de edad de manera “opuesta a la vulnerabilidad por razón de edad, en ocasiones, no siempre, y considerada conjuntamente con ella o alternativamente a ella y con utilización de distintas minorías, aleatoriamente referidas, también en ocasiones asociadas a la idea de vulnerabilidad”¹².

Pese a ello, la referencia al abuso de la vulnerabilidad de la víctima “por razón de edad” en el art. 268 CP nos conduce a una primera conclusión. Los parientes vulnerables pueden serlo tanto por escasa edad como por avanzada edad. La edad comprendería la niñez, la juventud y la vejez¹³. La pregunta reside en determinar cuáles son las causas de vulnerabilidad por razón de edad (¿Cuáles de esos niños, jóvenes y ancianos son vulnerables?) en la excusa absolutoria de parentesco. En algunas ocasiones, el legislador presume que la minoría de edad constituye *per se* una causa de vulnerabilidad¹⁴. Sin embargo, no es el caso del art. 268 CP, que no contiene una referencia concreta a una determinada edad, como sí sucede en otros preceptos, como en el homicidio agravado (art. 138.2 CP), en el que se equipara a los menores de 16 años con las personas especialmente vulnerables por razón de edad, enfermedad o discapacidad. En consecuencia, en el homicidio agravado se asimila a efectos penológicos a los menores de

¹⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, cit., p. 85.

¹¹ BLANCO CORDERO, I.: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal”, en PÉREZ MACHÍO, A.I., y DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, 2020, p. 535.

¹² DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, cit., p. 85.

¹³ DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, cit., p. 83.

¹⁴ MOYA GUILLEM, C., y DURÁN SILVA, C.: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal): A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret*, núm. 1, 2022, p. 429; DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, cit., p. 80.

16 años con determinados colectivos vulnerables. Esta homologación en los delitos contra la vida, con independencia del análisis concreto de la situación de vulnerabilidad por ser menor de dieciséis años, es censurable, pues estaría “igualando víctimas con distinta capacidad de reacción defensiva”¹⁵.

El art. 268 CP, por el contrario, exige que el autor abuse de la vulnerabilidad de la víctima *por razón de la edad*. Nótese que no se utiliza la fórmula persona “especialmente vulnerable por razón de edad”¹⁶. El legislador emplea en el art. 268 CP una fórmula propia de una vulnerabilidad *de menor grado* o, en otros términos, denota una vulnerabilidad de menor intensidad, de segundo grado, aunque, como se comprobará de la revisión jurisprudencial efectuada en este trabajo, en los pasajes de las sentencias se emplean referencias a la *especial vulnerabilidad* de los menores o ancianos en este precepto también.

La constatación de la *vulnerabilidad* del sujeto pasivo del delito se encuentra vinculada a una reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima del delito contra el patrimonio¹⁷. La alusión a la vulnerabilidad por razón de edad obliga a analizar en la particular figura delictiva si concurre o no esa condición. Para ello, será necesario, a efectos del art. 268 CP, efectuar un *test de vulnerabilidad*¹⁸: (i) en primer lugar, se debe atender a si la víctima reúne alguna

¹⁵ Así lo ponen de relieve, entre otros, MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 24, 2020, p. 19; DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, cit., p. 79.

¹⁶ El legislador se refiere, por un lado, al menor de edad o menor de determinada edad en los artículos 138.2, 140.1.1º, 143 bis, 148.3, 156 bis.4.b, 156 ter, 165, 166.2, 172 bis.3, 177 bis.4.b, 182.1, 186, 188, 189, 197, 361 bis, 362 quinquies, 369, 577, 607 bis, 612 y, por otro, a la edad como circunstancia de especial vulnerabilidad agravante se contempla en los artículos 138.2, 140.1, 156 bis.4, 172 ter.1, 180.1.3º, 184.3 y 188.3 del CP.

¹⁷ FERRANDIS CIPRIÁN, D.: “Alcance de la excusa absoluta de parentesco en los delitos patrimoniales tras la reforma de 2015”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2016, p. 5.

¹⁸ Sobre su rendimiento en los delitos contra la vida, véase MOYA GUILLEM, C., y SANDOVAL, J.C., “La regulación de los ataques contra víctimas vulnerables en los delitos contra la vida. Otro caso de irracionalidad legislativa”, en DOVAL

de las circunstancias concretadas por el legislador como fuente de debilidad (minoría de edad, ancianidad o persona con discapacidad); (ii) en segundo lugar, se debe verificar si la víctima fue capaz de resistirse, en este caso, al ataque patrimonial. Ambos aspectos han de concurrir para poder afirmar que estamos ante una víctima *vulnerable*. Precisamente, la intensidad con la que se presente este segundo elemento permitirá distinguir entre víctimas vulnerables o especialmente vulnerables. Se trata de *dos escalones* de vulnerabilidad.

En un primer escalón, se situaría la especial vulnerabilidad que, *mutatis mutandis*, guarda similitud con la construcción jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento. El sujeto pasivo no puede desplegar defensa alguna frente al delito. En un segundo escalón, la vulnerabilidad de *menor grado* que, de nuevo, se podría asemejar al desequilibrio de fuerzas que se produce en la agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22. 2 CP). Este doble escalón de vulnerabilidad se puede extraer de las diferentes referencias que el Código penal efectúa, a título de ejemplo, en algunos preceptos, como en el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP), que se distingue entre víctima vulnerable y víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal.

2.1.1. El caso de los menores de edad

Las resoluciones judiciales que se han pronunciado hasta el momento en torno a la concurrencia del abuso de vulnerabilidad de la víctima por razón de edad han puesto de manifiesto un desacuerdo en la interpretación de la vulnerabilidad de los menores en el precepto estudiado. La jurisprudencia ha abordado, en particular, un supuesto especialmente habitual en las familias. Me refiero a aquel en el que los progenitores abren una cuenta de ahorro a nombre de sus hijos para estudios u otras necesidades y uno de ellos, al constar ambos como autorizados, transfiere, sin consentimiento del otro, diversos importes a una cuenta de titularidad exclusiva¹⁹. ¿Cabe aquí la excusa absolu-

PAIS, A., y GUTIÉRREZ PÉREZ, E., *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Aranzadi, 2023 (en prensa).

¹⁹ Este caso es abordado en las siguientes resoluciones: SAP Madrid 368/2022, de 4 de julio; SAP Asturias 15/2022, de 18 de enero; SAP Ciudad Real 164/2020, de

toria de parentesco si se acusa al progenitor por un delito de apropiación indebida o administración desleal? ¿Son todos los menores en estos casos “vulnerables” frente a sus progenitores? Para apreciar la vulnerabilidad del menor debe establecerse una vinculación entre la edad, el abuso y la concreta figura delictiva. Es precisamente el aprovechamiento de esa circunstancia el elemento que debe facilitar la comisión del hecho delictivo²⁰. En el caso de que la víctima tenga una corta edad, para apreciar la vulnerabilidad debería atenderse a la imposibilidad de que sea consciente de las consecuencias del delito patrimonial o, en definitiva, que no cuente con ninguna posibilidad de oponerse²¹. En la doctrina, se ha puesto de manifiesto que, si el legislador hubiera querido excluir a todos los menores de edad en el art. 268 CP, “le hubiera bastado con hacer alusión expresa a la menor edad, o a menores de 18 años”²². Esta omisión a la minoría de edad conduce a determinar si existen realmente algunos menores que no se encuentran en una posición de vulnerabilidad frente a los ataques patrimoniales de sus parientes. Si se recorren las figuras delictivas que preceden al art. 268 CP, excluidas las que emplean como medios comisivos la violencia o intimidación, pronto se advertirá una dificultad inherente al ámbito de aplicación del precepto. Se antoja complicado imaginarse a un menor de 18 años, que además no tiene capacidad para administrar su patrimonio (salvo que se trate de un menor de 16 años emancipado que, por lo demás, constituye un supuesto excepcional o, como se explicitará más adelante, un menor de 16 años que trabaje), capaz de desplegar alguna clase de actividad defensiva

30 de marzo; ATS 902/2019, de 17 de octubre.

- ²⁰ CASTRO CORREDOIRA, M., y GUINARTE CABADA, G., “Excusa absoluta de parentesco del artículo 269 CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 805.
- ²¹ VALEIJE SÁNCHEZ, I.: “La excusa absoluta del art. 268 CP”, en CUGAT MAURI, M., BAUCCELLS LLADÓS, J., AGUILAR ROMO, M., *Manual de litigación penal. Materiales para la prueba de acceso a la profesión de abogado*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 55. En sentido similar, CASANUEVA SANZ, I.: “La excusa absoluta de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente”, cit., p. 95.
- ²² CASTRO CORREDOIRA, M., y GUINARTE CABADA, G., “Excusa absoluta de parentesco del artículo 269 CP”, cit., p. 842. En el mismo sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “Impago de prestaciones económicas familiares, insolvencia punible y excusa de parentesco”, *RECPC*, 2021, p. 19.

frente a conductas de vaciamiento patrimonial (estafa, apropiación indebida, administración desleal) que pueden perpetrar sus parientes frente a su patrimonio²³.

En los supuestos en los que se ha planteado en la jurisprudencia la apreciación de la vulnerabilidad de los menores, a los efectos de neutralizar el efecto exoneratorio de la excusa absolutoria de parentesco, existen dos posturas que conviene analizar. En la SAP Madrid 368/2022, de 4 de julio, los menores tienen 8 y 5 años y se precisa que “con la edad citada no actúan en el mundo jurídico y, por tanto, no pueden intervenir eficazmente en ningún tipo de negocio jurídico”. Sin embargo, no considera el tribunal este dato lo suficientemente significativo como para calificar a los menores como “vulnerables por sí mismos porque la suerte de desvalimiento que podrían sufrir por no tener 18 años o 16 y estar emancipados se habría de suplir a través de la institución de la patria potestad” y remacha que, en el caso enjuiciado, la denuncia que dio lugar al procedimiento fue interpuesta por el padre de los menores. La argumentación del tribunal se basa en otra sentencia del Tribunal Supremo que descarta la aplicación de esta excusa absolutoria cuando la víctima tenía 81 años y sufría de un deterioro cognitivo de carácter moderado. No obstante, en este supuesto, la acusada realizó las transferencias de dinero después de que su madre se hubiera ido a vivir a casa de otra hija, y con posterioridad a que la madre hubiera pretendido bloquear la cuenta bancaria a fin de evitar precisamente una actuación semejante, lo que la Sala no entendía compatible con una situación de vulnerabilidad o indefensión.

Así pues, el rechazo de la condición de vulnerables de los menores en este caso se sustenta en un tercero, en la protección que le dispensa el otro progenitor, mediante el ejercicio de la patria potestad. Se podría afirmar que el órgano judicial interpreta la *especial vulnerabilidad* de los menores en un sentido estricto, de tal modo que no bastaría con que sean *meramente vulnerables* por su edad. Se deben encontrar desprotegidos, casi desamparados, por no contar con el apoyo de ter-

²³ De perfil similar, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO reconoce que “difícilmente un menor de edad será consciente de los hechos, y mucho menos de su trascendencia y relevancia, por lo que estará presente esta circunstancia de especial vulnerabilidad”, en “Impago de prestaciones económicas familiares, insolvencia punible y excusa de parentesco”, *RECPC*, 2021, p. 19.

ceros, en su contexto patrimonial. Esto último no sucedería, a juicio del tribunal, si el menor cuenta con otro progenitor garante de su patrimonio, que incluso lo defiende, denunciando la situación.

En este punto cabe preguntarse si puede un menor reaccionar frente a un delito de apropiación indebida o administración desleal frente a una cuenta de ahorro abierta a su nombre de la que ni siquiera conoce su existencia. ¿Debemos considerar que no se está abusando de su vulnerabilidad por razón de edad por contar con otro progenitor que vela por sus intereses? Esta argumentación conduciría a pensar que en los casos en los que la patria potestad esté atribuida a uno de los progenitores exclusivamente y la guardia y custodia a otro familiar, tampoco podría apreciarse la concurrencia del abuso de vulnerabilidad del menor²⁴. Esta corriente jurisprudencial pone el foco sobre “terceros” ajenos a la víctima y recuerda a la generada en torno a la alevosía por desvalimiento cuando se elimina la fuente de peligro procedente de terceros. Me refiero a los casos en los que el autor “rompe la defensa del menor que ejerce el progenitor o la persona que tenga su guardia o custodia, provocando así una situación de indefensión”²⁵.

Sin embargo, considero que los menores de edad, al no poder ejercitar sus derechos patrimoniales por sí solos, encajarían en el abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, con independencia de la existencia de otro progenitor que pueda defender sus intereses. De lo contrario, tampoco se podría advertir el abuso de la vulnerabilidad de la víctima en el caso de personas de edad avanzada que, por ejemplo, padecen Alzheimer si son estafadas por un tercer pariente del círculo del art. 268 CP, pero contaban con un familiar que les asistía en sus actividades cotidianas con regularidad. Nótese que si se restringe el abuso de vulnerabilidad de la víctima (art. 268 CP) hasta el extremo de exigir el desamparo del menor o del anciano, difícilmente

²⁴ Por ejemplo, en la STSJ Galicia 30/2019, de 3 de abril, se condena por apropiación indebida al padre de la menor (en torno a 11 años), ya que se aprecia su vulnerabilidad por razón de edad, pese a que su abuela tenía atribuida su guardia y custodia (el padre ostentaba la patria potestad) y se encargaba de administrar la cuenta de la menor.

²⁵ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 23.ª ed., 2021, p. 49.

esta clase de comportamientos llegarían a judicializarse. ¿Cómo va a llegar a manos de los tribunales un vaciamiento patrimonial en perjuicio del menor si no existe un “tercero” que trata de protegerlo?

En esta corriente podría enmarcarse la SAP Ciudad Real 164/2020, de 30 de marzo, en la que se afirma que la vulnerabilidad “es más que obvia cuando se trata de niños que no alcanzan los doce años”, por lo que la “exclusión de la pena no alcanza a casos en los que haya existido un aprovechamiento de la víctima por su especial “vulnerabilidad” lo que ocurriría en el caso de delitos cometidos contra menores de edad en los que concurra una relación de parentesco de las contempladas en el art. 268 CP”. En un supuesto similar, en el que el padre se apropiaba de una parte importante de la pensión de orfandad de su hija (más de 400 euros mensuales), el órgano judicial afirma que la “situación de especial vulnerabilidad se aprecia por razón de la edad de la menor que contaba con diez años, careciendo de discernimiento y capacidad de disposición directa sobre los fondos, siendo administrados los mismos por sus tutores legales” (ATS 902/2019, de 17 de octubre).

2.1.2. El caso de las personas de edad avanzada

La jurisprudencia venía interpretando que la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) agravaba la pena en los delitos de carácter personal y la atenuaba en los delitos patrimoniales por analogía con el art. 268 CP²⁶. Un sector doctrinal, sin embargo, venía reclamando una nueva interpretación en los casos de delitos patrimoniales que tuviesen como víctimas a parientes mayores, que no cuentan, por lo demás, con tantas posibilidades de revertir su situación económica como en el caso de las personas más jóvenes²⁷. Se afirmaba que el patrimonio de los parientes de avanzada edad debía ser protegido con

²⁶ PEÑARANDA RAMOS, E.: “Circunstancias agravantes y mixta de parentesco”, *Memento Práctico Penal*, Lefebvre-El Derecho, 2021, pp. 570-571.

²⁷ SANTANA VEGA, D.: “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores”, *Marco Jurídico y Social de las Personas Mayores y de las Personas con Discapacidad*, Reus, 2008, p. 355; JAVATO MARTÍN, A.M.: “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal”, en *Violencia*, aviso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal, Tirant lo Blanch, 2010, p. 92

mayor intensidad, en tanto que se convierte en una especial garantía de bienestar y, en definitiva, de seguridad ante la futura necesidad de someterse a tratamientos médicos o cuidados asistenciales. Las personas mayores conforman un colectivo especialmente propenso a ser sujeto pasivo de delitos en los que media el engaño, como las estafas²⁸. La reformulación efectuada por el legislador de 2015 del art. 268 CP abraza esta corriente doctrinal.

La aplicación de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales se ha descartado en el caso de personas con edad avanzada, en las que concurre, además, una enfermedad, como demencia tipo “Alzheimer” (SAP Zaragoza 79/2021, de 10 de marzo). En otras situaciones, por el contrario, se ha rechazado que la enfermedad de Parkinson pudiera advertirse como abuso de una situación de vulnerabilidad a efectos de excluir la aplicación de la excusa absolutoria y ello por dos razones (SAP Girona 112/2020, de 13 de mayo). En primer lugar, porque la prueba se centró en consecuencias físicas de la enfermedad y no en las psicológicas. En segundo lugar, no se llevó a cabo una pericial para determinar en qué consistía la hipotética vulnerabilidad mental, derivada de tal enfermedad, que la hacía más propicia a los engaños o a los abusos de terceros. En este supuesto, la capacidad defensiva frente al ataque patrimonial la residenció el tribunal en el dato de que la perjudicada reaccionó cancelando la tarjeta. Se aduce, en consecuencia, que “la víctima tenía perfecta capacidad de autogobernarse económicamente, de suerte y manera tal que detectó lo que, a su modo de ver, al menos por lo que expuso en sus manifestaciones, eran operaciones que podía ser extrañas o irregulares pero que nunca llegó a denunciar oportunamente y cuyo rechazo expreso no nos consta”. Así pues, quedó acreditado que, pese a sus problemas físicos, en modo alguno se identificó que la víctima tuviese “algún tipo de deterioro mental en su labor diaria que le impidiera

²⁸ JAVATO MARTÍN, A.M.: “Protección penal de las personas mayores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2021, p. 341. De la misma opinión, CUERDA RIEZU, destacando que “en la praxis eran muy frecuentes los casos de ancianos que vivían solos o en residencias y que eran objeto de conductas depredadoras por parte de desaprensivos familiares que, después de años de ignorarles, se aprovechaban de sus dificultades para resolver por sí mismos sus asuntos económicos”, en “Inconstitucionalidad de la excusa absolutoria por algunos delitos patrimoniales entre parientes”, cit., p. 69.

detectar con facilidad los problemas económicos que se estaban dando en sus cuentas, ni el manejo ordinario de la contratación bancaria a través de operaciones con el ordenador, tarjetas de crédito, números secretos, cambio de tarjetas”.

En un sentido similar, se ha incidido en que el establecimiento de un grado de dependencia físico, y no psíquico, impide la apreciación del abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad (SAP A Coruña 120/2017, de 12 de julio). No se estimó tampoco su concurrencia cuando la víctima, de 87 años, padecía una enfermedad física que la incapacitaba para la realización de sus actividades cotidianas, necesitando ayuda para moverse, pero constaba que ello no le impedía conservar y manifestar de forma consciente su voluntad formada sobre la base de una capacidad de entender y querer suficiente (SAP Jaén 47/2022, de 14 de febrero). Así pues, se distingue la apropiación ilícita con abuso de la vulnerabilidad de la víctima del supuesto que se produce “con ocasión de la convivencia entre los acusados y la víctima, por encontrarse el monetario a su alcance, bien por acompañar al titular a la oficina o cajero, o bien porque el dinero necesariamente se depositó en el domicilio que compartían”.

El Tribunal Supremo traza una distinción entre *persona vulnerable* y *persona influenciable*, precisando que “la capacidad se presume” y aunque las personas mayores pueden ser dependientes en cierta forma, “aunque solo sea a nivel afectivo y pudiera ser crédula, influenciable, o simplemente, o además de todo ello, estar necesitado de compañía y cariño que les daba seguramente la hija con quien convivía y quien les visitaba”, sin embargo, “no era, nada apunta a ello, una persona demente” (STS 238/2020, de 26 de mayo). Así pues, el Alto Tribunal concluye que “no cabe hablar de vulnerabilidad por un estado mental deteriorado o por razón de su edad, sino en una situación que deriva de la relación de padre e hija y que decide que sea esta quien gestione su patrimonio, no se olvide que estaba la madre quien sería titular de la mitad como bienes gananciales, por lo que, no es posible conceputar su estado de vulnerabilidad desde el punto de vista jurídico a los efectos del art. 268 del C. Penal”.

La determinación de la posición de vulnerabilidad de la víctima por “razón de la edad” es independiente de la discapacidad. La vulnerabilidad, como recoge la SAP Alicante 82/2021, de 5 de marzo, “pue-

de resultar de varios factores que se aprecian de forma alternativa y no cumulativa, por lo que, apreciado el efecto por razón de la edad, no se hace necesario acreditar la vulnerabilidad por incapacidad”. En esta resolución se consideró inaplicable la excusa absolutoria en un delito de hurto continuado cometido por la hija frente a su madre, de 92 años de edad, atendiendo a “la propia edad avanzada y las circunstancias concurrentes de deterioro progresivo hacia el que avanzaba hasta el momento de su fallecimiento” que “evidencian el carácter vulnerable de la víctima, cuyo permiso para constituir a su hija como autorizada en las cuentas no puede, por esa misma razón, servir para convalidar las disposiciones sin causa que, una vez autorizada, no consta que conociera su madre”. Las circunstancias que permitían extraer la vulnerabilidad de la víctima de 92 años se sintetizan por el tribunal de la siguiente forma:

“Persona de avanzada edad, en el momento de los hechos padecía una gran discapacidad física pues la misma era dependiente para ir al baño, asearse, vestirse, necesitaba una silla de ruedas para desplazarse, así como necesitaba asistencia activa para comer; padeciendo también una discapacidad psíquica en cuanto tenía dificultad de concentración, desorientación temporo-espacial, un déficit en la capacidad de fijación y retención de nueva información con buena memoria autobiográfica, memoria reciente ineficaz, presentaba olvidos, tenía dificultades en el cálculo debido a su déficit atencional así como dificultades en actividades instrumentales tales como manejar dinero o telefonar, no siendo por tanto capaz de ocuparse ni de su persona ni de sus bienes, avanzado deterioro físico y psíquico que la situaba en una posición de fragilidad y absoluta indefensión” (SAP Alicante 82/2021, de 5 de marzo).

Obsérvese que se estima que concurre la vulnerabilidad por razón de edad, si bien para fundamentarla se alude, por un lado, a la discapacidad física y, por otro, a la discapacidad psíquica sufrida por la víctima de edad avanzada, por lo que, en realidad, podría afirmarse que se están conjugando ambas.

Otra de las cuestiones que se ha planteado es si es significativo que la edad del sujeto activo y del sujeto pasivo esté próxima o no para apreciar la vulnerabilidad por razón de la edad²⁹. Sin embargo,

²⁹ GALLEGO SOLER considera que “no parece que pueda existir un abuso por razón de la edad de la víctima cuando la edad del sujeto activo y pasivo no sean

es posible que la cercanía de la edad no excluya este abuso. Piénsese en el caso de dos hermanos de edad avanzada. Uno de ellos, de 90 años, vive solo y no tiene hijos, con un deterioro cognitivo que le impide manejar el dinero o el estado de sus cuentas y a ello se suma su escasa formación académica. El otro hermano, de 85 años, se encarga de sus cuidados asistenciales, ya que se encuentra en perfectas condiciones mentales y físicas, además, posee una elevada formación cultural y es su único contacto familiar. Este último, aprovechándose de los problemas de comprensión en el ámbito patrimonial de su hermano, planifica un engaño para estafarlo y obtener la propiedad de la vivienda. No considero que, en este caso, excluyamos el abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad simplemente porque exista proximidad en la edad entre autor y víctima. Lo relevante para afirmar la vulnerabilidad de la víctima no es la mayor o menor cercanía cronológica entre los parientes. Es la edad de la víctima y, en particular, que todas las circunstancias que derivan de ella influyan en su capacidad de reacción frente al delito patrimonial.

2.2. El abuso de la vulnerabilidad por tratarse de una persona con discapacidad

El Código penal ofrece una interpretación auténtica de la discapacidad a efectos penales. El art. 25 CP la define como “aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Para la apreciación de la discapacidad no se requiere su declaración formal, ni siquiera que haya sido promovida³⁰. La referencia al carácter permanente de la discapacidad física, mental, intelectual o sensorial genera una laguna en el caso de *situaciones*

particularmente desproporcionadas”, en “Capítulo X. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores. Art. 268”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 933.

³⁰ La defensa lo planteó sin éxito en la SAP Alicante 82/2021, de 5 de marzo.

*temporales o reversibles*³¹, como “una larga convalecencia tras una complicada intervención quirúrgica, en una fractura de cadera o en un cuadro infeccioso agudo”³². A la vista de la definición de discapacidad que efectúa el art. 25 CP, puede afirmarse que no todas las personas aquejadas de una enfermedad pueden integrar el concepto de personas discapacitadas y, por ende, de personas vulnerables conforme a los parámetros del art. 268 CP.

En estos casos, de nuevo, no basta con la concurrencia de la discapacidad de la víctima, incluso declarada judicialmente. Se debe probar el abuso de tal circunstancia para lograr esa mayor facilidad en la conducta delictiva (AAP Badajoz 237/2019, de 20 de junio). En otras ocasiones, se ha tratado de fundar la discapacidad de la víctima infructuosamente en “la edad de 20 años” y “el seguimiento de un tratamiento psicoterapéutico desde el 25 de mayo de 2019 al 5 de febrero de 2020” (AAP Pontevedra 201/2021, de 14 de abril).

2.3. Parientes enfermos o en otras situaciones de vulnerabilidad: ¿desprotegidos?

La relevancia de las enfermedades de las víctimas para apreciar la concurrencia de “abuso de vulnerabilidad” en la excusa absolutoria del art. 268 CP ha venido acompañada, como suplemento, del abuso de vulnerabilidad por razón de la edad. Nótese que la avanzada edad por sí sola no resulta suficiente para advertir la posición de vulnerabilidad de la víctima, por lo que, con carácter general, a la edad se deben anudar una serie de enfermedades o incapacidades físicas o psíquicas que sumadas todas ellas pueden generar una causa de vulnerabilidad. La edad y la enfermedad en las personas mayores se conjugan para

³¹ Muy críticos con esta limitación, entre otros, CASTRO CORREDOIRA, M./ GUINARTE CABADA, G., “Excusa absolutoria de parentesco del artículo 269 CP”, p. 805; MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 125; CASANUEVA SANZ, I.: “La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente”, p. 95.

³² FERRANDIS CIPRIÁN, D.: “Alcance de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales tras la reforma de 2015”, cit., p. 4

apreciar la vulnerabilidad. La cuestión es si las personas que padecen alguna enfermedad encajan en la alusión al abuso de vulnerabilidad por tratarse de personas con discapacidad³³.

La definición de discapacidad que recoge el art. 25 CP no permite, como se ha constatado previamente, extender esta calificación a personas con discapacidades transitorias o reversibles. A la vista de la definición de discapacidad que efectúa el art. 25 CP, puede afirmarse que no todas las personas aquejadas de una enfermedad pueden integrar el concepto de personas discapacitadas y, por ende, de personas vulnerables conforme a los parámetros del art. 268 CP. ¿Por qué no incluyó aquí el legislador, como explicita en otros preceptos, la referencia a la enfermedad o a la situación de la víctima? Nótese que la redacción original de la enmienda que motivó la reforma del art. 268 CP incorporaba las expresiones “persona discapacitada o desvalida”³⁴. La referencia al desvalimiento permitía englobar a una constelación de supuestos que no encajan en el concepto jurídico-penal de discapacidad. Uno de ellos sería el del hijo que, aprovechando que su padre, de 60 años, está recién operado de una rodilla que le impide durante una semana moverse, le hurta 1000 euros del taquillón de su vivienda. ¿No está abusando el hijo de esa situación de vulnerabilidad de su padre? ¿Se trata de una vulnerabilidad de menor grado que no pretende excluir al legislador de la excusa absolutoria? Este caso no quedaría comprendido en el concepto de persona con discapacidad (art. 25 CP) y tampoco encaja en la vulnerabilidad por razón de la edad. Del mismo modo, llama la atención que se haya planteado considerar como “causa de vulnerabilidad” la situación de “completa dependencia y sumisión de la querellante hacia el querellado por el temor de que este dejara la relación calificando su conducta de enfermiza”³⁵. La

³³ Sin embargo, REQUEJO CONDE precisa que la referencia al abuso de vulnerabilidad en el art. 268 CP se incorporó para castigar las “sustracciones a padres ancianos o que están enfermos o en situación de discapacidad por parte de sus hijos o nietos”, en *Introducción al Derecho penal patrimonial. Los delitos de hurto y robo en el Código Penal Español*, Aranzadi, 2022 (versión digital).

³⁴ *Ibidem*, p. 5.

³⁵ Se revoca el auto del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Valencia, que acordaba el sobreseimiento provisional de la causa, entre otras razones, por la hipotética concurrencia del abuso de vulnerabilidad de la víctima (AAP Valencia 618/2019, de 7 de junio). Del relato de los presuntos hechos delictivos, en realidad, se cons-

dependencia emocional del pariente-víctima hacia el pariente-autor no parece acomodarse en la interpretación jurisprudencial del abuso de la vulnerabilidad por razón de edad o discapacidad. La jurisprudencia, de conformidad con la regulación actual, excluye que la dependencia emocional integre el concepto de persona vulnerable, como demuestra que contrapusiera el concepto de persona *influenciable* al de persona *vulnerable*³⁶.

El legislador, probablemente, eludió la referencia expresa a la enfermedad por una razón. Parece que estaba pensando en las personas de avanzada edad, en las que es necesario anudar al elemento cronológico alguna clase de deterioro mental o físico que ponga de manifiesto la imposibilidad de defensa frente al ataque patrimonial. Por esta razón, las personas mayores enfermas quedarían amparadas en el concepto de persona vulnerable por razón de edad (si afecta a la capacidad de reacción frente al concreto delito patrimonial). No sucede lo mismo en el caso de parientes jóvenes que pueden padecer una situación de discapacidad momentánea o reversible y, pese a ello, quedarían desprotegidos. No obstante, en este punto se plantea ya, desde una perspectiva político-criminal, si tiene sentido mantener la impunidad de estas conductas, pese a que no exista una vulnerabilidad de gran intensidad.

Las causas de especial vulnerabilidad en el Código penal también pueden producirse “por cualquier otra circunstancia”, así se recoge, a título de ejemplo, en el delito de *hostigamiento* (art. 172 ter CP)³⁷ o en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (arts. 180.1.3º CP), mientras que en el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis

tata un contexto intimidatorio difícilmente conciliable con la excusa absolutoria de parentesco, ya que se describe, según la querellante, que “mantuvieron una relación durante año y medio, y que en dicha condición y por el miedo que el querellado abandonase a la ahora apelante, ésta le entregó las distintas cantidades de dinero que relata en su escrito llegando incluso recibir amenazas e insultos por parte de Juan Pablo si intentaba averiguar la veracidad de los motivos por los que le pedía los referidos importes”.

³⁶ STS 238/2020, de 26 de mayo.

³⁷ El art. 172 ter CP recoge como subtipo agravado “cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de seis meses a dos años.

CP) se alude a la “situación personal”. Antes de las reformas operadas por las LO 8/2021, de 4 de junio, y 10/2020, de 8 de octubre en estos tipos penales se hacía alusión a las “situaciones” de las víctimas. Estas “situaciones” reconocidas por la jurisprudencia han sido, con carácter general, el embarazo, la embriaguez y la pobreza junto con el desarraigo³⁸. Si bien también se han apreciado, aunque en menor medida, por estar la víctima convaleciente tras una intervención quirúrgica o por vivir en un entorno rural y solitario³⁹. La incorporación a la letra de la ley “de la situación o cualquier otra circunstancia” podría haber contribuido a recoger estas situaciones que, siendo igualmente graves, como la del hijo que conociendo la penuria económica de sus padres les hurta, quedan impunes.

En la doctrina se ha planteado si esta restricción del ámbito de aplicación del precepto “por razón de edad o persona con discapacidad” alcanza al caso del hijo que pide a su padre, de edad avanzada, pero en pleno uso de sus facultades mentales y físicas, que le transfiera determinada cantidad si quiere seguir viviendo en su casa en lugar de enviarlo a un centro asistencial. Se ha propuesto que, en este supuesto, se podría aplicar el concepto de vulnerabilidad que se define en sede del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP), esto es, “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”⁴⁰. En el caso expuesto, sin embargo, considero que se produce un contexto intimidatorio para lograr la transferencia patrimonial y, por tanto, se incurriría en un delito de extorsión (art. 243 CP) que no estaría ni siquiera amparado por la excusa absolutoria.

Así pues, no es posible interpretar extensivamente el precepto, en tanto que el legislador se ha referido a dos parámetros para excluir

³⁸ En detalle, MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, cit., p. 30.

³⁹ MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, cit., p. 30.

⁴⁰ Véase este ejemplo y esta propuesta en GALLEGO SOLER, J.I.: “Capítulo X. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores. Art. 268”, en CORCOY BIDA-SOLO, M./ MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 933.

su aplicación: la edad y la discapacidad⁴¹. Con todo, dada la fisonomía de los delitos patrimoniales (a excepción del hurto, el robo con fuerza en las cosas o los daños) sobre los que se proyecta esta excusa absoluta, las discapacidades más relevantes serán de las de carácter sensorial o psíquico⁴².

III. CONCLUSIONES

La incorporación del abuso de la vulnerabilidad de la víctima como excepción para la aplicación de la excusa absoluta de parentesco en los delitos patrimoniales ha generado una primera consecuencia de índole práctica. Los órganos judiciales podían rechazar la concurrencia de los presupuestos de esta excusa absoluta en fase de instrucción cuando existiesen claros indicios de su desestimación. Sin embargo, la referencia al abuso de la vulnerabilidad de la víctima añade un nuevo presupuesto para verificar su aplicabilidad. Se requiere de un estadio probatorio mayor y, por tanto, comporta una prolongación del procedimiento. Así se ha advertido ya en algunas instancias judiciales, que descartan el sobreseimiento del procedimiento en fase de instrucción, en tanto que pueden existir indicios de abuso de vulnerabilidad⁴³.

Desde el punto de vista conceptual, se ha puesto de manifiesto que la fórmula empleada por el legislador, al referirse a la vulnerabilidad “por razón de edad” o “persona con discapacidad” plantea diversos problemas interpretativos. El primero de ellos recae sobre la víctima menor de edad. Se cuestiona si todos los menores (no emancipados) son vulnerables por el mero hecho de serlo o, por el contrario, si

⁴¹ A favor de incluir otros supuestos en los que se abuse de la vulnerabilidad de la víctima, sea cual sea el motivo, FERRANDIS CIPRIÁN, D.: “Alcance de la excusa absoluta de parentesco en los delitos patrimoniales tras la reforma de 2015”, cit., p.5; CASANUEVA SANZ, I.: “La excusa absoluta de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente”, cit., p. 97.

⁴² FERRANDIS CIPRIÁN, D.: “Alcance de la excusa absoluta de parentesco en los delitos patrimoniales tras la reforma de 2015”, cit., p. 5.

⁴³ AAP Asturias 226/2021, de 27 de abril; AAP Huelva 79/2018, de 13 de marzo; AAP Valencia 618/2019, de 7 de junio.

tienen capacidad defensiva para reaccionar frente al delito de su pariente. A este respecto, conviene diferenciar en función de la tipología delictiva. Si se trata de un delito que requiere conocimiento de las facultades de disposición del patrimonio, como los delitos de estafa, administración desleal o apropiación indebida, considero que los menores de 16 años, precisamente, por tener vedadas las facultades de gestión de su propio patrimonio encajan en el concepto de víctima vulnerable por razón de edad. No me parece adecuada la argumentación que permite la aplicación de la excusa absolutoria simplemente porque existe un tercero que ejerce la patria potestad del menor y que denuncia los hechos. El eje de la vulnerabilidad debe proyectarse sobre la víctima y no sobre terceros. Una interpretación tan estricta de la vulnerabilidad de la víctima en el art. 268 CP haría inoperativa la excepción, en tanto que el desamparo difícilmente permitiría que se conocieran los hechos.

Asimismo, conviene tener presente que la edad legal para trabajar en España es de 16 años, con consentimiento de los padres o tutores, por lo que la víctima podría ser un menor de 16 o 17 años que trabaja. En este caso, sin embargo, el menor es consciente de cuánto ingresa en concepto de salario y, con carácter general, tendrá una tarjeta bancaria asociada a su cuenta e incluso una web o una aplicación en la que podrá consultar su saldo y movimientos⁴⁴. Todo ello conduce a interpretar que sus posibilidades para reaccionar frente al delito patrimonial son mayores, por lo que la valoración de la posición de vulnerabilidad por razón de edad no es inherente a la minoría de edad, deberá realizarse *ad casum*.

Si se trata de un delito de apoderamiento, como el delito de hurto, debemos incidir, de nuevo, en la franja de edad. Parece, a todas luces, claro el caso de los menores de corta edad, que difícilmente podrán comprender el alcance del delito. Sin embargo, en esta clase de delitos, a partir de cierta edad, los menores sí pueden tener más consciencia de la “despatrimonialización”, pero una ínfima capacidad para resis-

⁴⁴ El 73% de los bancos ofrecen una tarjeta bancaria para menores y para poder contratarla la edad más frecuente es la de 14 años. Sin embargo, en el caso de las tarjetas prepago, encontramos excepciones, hay algunas entidades que fijan el límite a partir de los 12 años. Véase “¿Tarjetas bancarias para menores? Cinco preguntas con respuesta”, *Economía digital*, 27 de octubre de 2019.

tirse al delito patrimonial. ¿Cómo va a tener esa resistencia al ataque patrimonial el menor de 10 años al que su abuelo le hurta los 200 euros que guardaba en su hucha? Por ello, también en estas figuras delictivas, la edad de 16 años, coincidiendo con la edad legal de trabajo, podría servir como criterio rector, sin automatismos. En suma, y aunque el legislador se revuelve, parece obvio que los parientes que se tratan como “extraños” deberían recibir la misma pena que aquellos que no poseen ningún lazo de parentesco.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El parentesco en Derecho penal*, Tesis doctoral, UAM, 1972.
- BLANCO CORDERO, I.: “Análisis de los tipos agravados por razón de la menor edad en el Código penal”, en PÉREZ MACHÍO, A.I., y DE LA MATA BARRANCO, N.J., *La integración social dell/la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, 2020.
- BORJA JIMÉNEZ, E.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, 2022.
- CASANUEVA SANZ, I.: “La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente”, en DUPLÁ MARÍN, M.T.: *Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, 2022.
- CASTRO CORREDOIRA, M./ GUINARTE CABADA, G.: “Excusa absolutoria de parentesco del artículo 269 CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, 2015.
- CUERDA RIEZU, A.R.: “Inconstitucionalidad de la excusa absolutoria por algunos delitos patrimoniales entre parientes”, en *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Servicios de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2020.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista penal*, núm. 50, 2022.
- DE VICENTE MARTINEZ, R.: “La capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual en el Derecho penal”, en MORCILLO MORENO, J., *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, 2019.

- FERRANDIS CIPRIÁN, D.: “Alcance de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales tras la reforma de 2015”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2016.
- GALLEGO SOLER, J.I.: “Capítulo X. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores. Art. 268”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y lo 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015.
- GARCÍA DAVID, A.J.: “La excusa absolutoria del artículo 268 del Código penal: problemática principal y necesidad de enjuiciamiento”, *La Ley Penal*, núm. 146, 2020.
- ÍÑIGO CORROZA, E.: “Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia”, *InDret*, núm. 4, 2011.
- JAVATO MARTÍN, A.M.: “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal”, en *Violencia, aviso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, 2010.
- JAVATO MARTÍN, A.M.: “Protección penal de las personas mayores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2021.
- MAGRO SERVET, V.: “Interpretación de la excusa absolutoria del art. 268 CP. Hacia una propuesta de derogación de la exención de responsabilidad penal por los delitos patrimoniales cometidos entre parientes”, *La Ley Penal*, núm. 80, 2011.
- MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.
- MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 24, 2020.
- MOYA GUILLEM, C./ DURÁN SILVA, C.: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal): A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret*, núm. 1, 2022.
- MOYA GUILLEM, C./ SANDOVAL, J.C., “La regulación de los ataques contra víctimas vulnerables en los delitos contra la vida. Otro caso de irracionalidad legislativa”, en DOVAL PAIS, A./ GUTIÉRREZ PÉREZ, E., *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal*, Aranzadi, 2023
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 23.^a ed., 2021.

- PEÑARANDA RAMOS, E.: “Circunstancias agravantes y mixta de parentesco”, *Memento Práctico Penal*, Lefevre-El Derecho, 2021.
- PÉREZ ARIAS, J.: “La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, vol. 21, 2019.
- QUINCOSE VILALTA, A.M.: “Delitos patrimoniales y excusa absolutoria: un análisis a la luz de los nuevos paradigmas de protección de colectivos vulnerables”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 31, 2019.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Las caducas funciones del parentesco en la Ley penal”, *Almacén de Derecho*, 19 de mayo de 2002.
- REQUEJO CONDE, C.: *Introducción al Derecho penal patrimonial. Los delitos de hurto y robo en el Código Penal Español*, Aranzadi, 2022 (versión digital).
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “Impago de prestaciones económicas familiares, insolvencia punible y excusa de parentesco”, *RECPC*, 2021.
- VALEIJE SÁNCHEZ, I.: “La excusa absolutoria del art. 268 CP”, en CUGAT MAURI, M./ BAUCELLS LLADÓS, J./ AGUILAR ROMO, M., *Manual de litigación penal. Materiales para la prueba de acceso a la profesión de abogado*, Tirant lo Blanch, 2022.

La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal Procesal español

CARMEN DURÁN SILVA

I. INTRODUCCIÓN: CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA VULNERABILIDAD VICTIMAL

El proceso penal constituye un espacio de confrontación entre dos partes que ocupan posiciones diametralmente opuestas donde, en aras de obtener la verdad material, se producen limitaciones y reconocimientos de derechos fundamentales. A través de él, defensa y acusación plantearán pretensiones de distinto alcance y contenido a las que la autoridad judicial deberá dar respuesta en la sentencia.

En este contexto, constituye una premisa fundamental la afirmación de que la mayor extensión de los derechos y garantías del acusado, en cuanto sujeto titular del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución Española (en adelante, CE), no puede traducirse en un tratamiento de los derechos de la defensa -en cuanto víctima o perjudicada por el delito- supeditado a sus intereses¹. Máxime cuando se trata de derechos cuya lesión puede afectar a niveles de protección indisponibles, esto es, a aquellos valores y derechos que se encuentran vinculados a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del individuo². Por ello, el resultado de

¹ Afortunadamente, en las últimas décadas la tutela y protección a las víctimas de delitos -y, especialmente, a las víctimas más vulnerables- ha adquirido una gran relevancia en diversos ámbitos de la sociedad, entre los que se encuentra el proceso penal. MARTÍN RÍOS, P.: *Víctima y justicia penal*, Atelier, 2012, p. 438.

² En torno a esta cuestión, HERNÁNDEZ GARCÍA destaca como uno de los principales ejes del cambio del tratamiento procesal a las víctimas de los delitos, el reconocimiento que realiza la propia Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, de la bidireccionalidad procesal en su apartado 9, cuya dicción literal reconoce que *el delito constituye un injusto contra la sociedad y una violación de los derechos individuales de las víctimas. Por ello, las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional*. HERNÁNDEZ

la necesidad de conjugar adecuadamente los derechos e intereses de ambas partes procesales debe traducirse en un tratamiento adecuado de la víctima del delito, la cual, en calidad de sujeto del proceso, tiene derecho a ser tratada como sujeto con identidad propia y con derecho a ser protegida y reconocida³.

Respecto a los sujetos que pueden ocupar la posición procesal de víctima, cabe señalar que, precisamente, el perfil de la víctima del delito está integrado por un conjunto de elementos heterogéneos que obligan a individualizar y examinar las circunstancias concretas del caso, pues sólo de esta manera es posible ofrecerles un adecuado tratamiento procesal. No obstante, los resultados de los estudios desarrollados por la victimología nos demuestran que, al margen del examen individualizado de la concreta víctima, existen grupos de sujetos respecto de los que es posible presumir una mayor tendencia a ser victimizados. Entre ellos, los menores de edad y personas con ciertos tipos de discapacidad, precisamente, debido a que sus características biológicas y psicológicas los hacen más propensos a sufrir determinados tipos de delitos -contra la libertad e indemnidad sexual, lesiones, etc.- en la medida en que son incapaces de generar contextos de autoprotección y autodefensa⁴, convirtiéndoles así en víctimas más vul-

GARCÍA, J.: “Niños y niñas con discapacidad, victimización y proceso penal: algunas reflexiones”, *Diario La Ley*, núm. 9494, 2019, p. 1.

³ El art. 2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito define dos tipos de víctimas, las directas y las indirectas. La primera se refiere a todas aquellas personas físicas que hayan sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. La segunda, contempla como víctimas indirectas a ciertos parientes de la víctima directa fallecida o desaparecida. En el ámbito de los menores de edad, siguiendo a SEMPERE FAUS, podemos afirmar que un niño es víctima desde el momento en el que se judicializa su problema y cuando es sujeto pasivo de un delito. SEMPERE FAUS, S.: “La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n°13, agosto 2020, p. 876

⁴ Los postulados de la victimología del desarrollo entienden que la victimización de menores pivota sobre dos pilares: por un lado, el mayor riesgo de victimización que caracteriza a ese colectivo y, por otro, la capacidad del infante de afrontar la situación traumática experimentada. PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y la vulnerabilidad del/la menor de

nerables que otras en quienes no concurren estas características. Por tanto, entra en juego otro elemento valorativo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de analizar la intervención procesal de las víctimas.

Se trata de una característica que no cuenta con una definición propia en nuestro régimen legal interno pero que sí se ha definido en el marco internacional. En particular, podemos encontrar una definición de la vulnerabilidad en las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad -edición 2018-, cuya regla 3^o la define como la condición en la que se encuentra una persona cuando carece de capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, o la misma no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, por lo que no puede ejercitarla con plenitud ante el sistema de justicia ni ante los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. A continuación, la regla 4^a establece un listado de causas de vulnerabilidad entre las que se encuentran la edad y la discapacidad⁵.

En relación con los menores de edad, son cuantiosos los textos internacionales⁶ que los sitúan en el centro de su articulado como sujetos merecedores de una especial protección, precisamente en atención a esa mayor vulnerabilidad que presentan. La misma que no sólo los convierte en víctimas ideales respecto de ciertos delitos, con una mayor propensión a sufrirlos, sino que también los sitúa como sujetos especialmente propensos a padecer con mayor intensidad los efectos

edad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3^a Época, n^o25 (enero 2021), p. 266 y 269.

⁵ Junto a ellas también contempla la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.

⁶ En torno a las necesidades de especial protección de los menores de edad existen cuantiosas normas internacionales y europeas que proclaman, desde hace casi 200 años, la importancia de proteger a la infancia y adolescencia. Entre otros, la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, también conocido como Convenio de Lanzarote, de 2007 o Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011 -Convenio de Estambul-.

derivados de la victimización secundaria⁷; cuales son, los daños o perjuicios psicológicos, sociales o judiciales -en definitiva, el conjunto de costes personales- que se derivan como consecuencia de su intervención en el proceso judicial⁸.

Sin embargo, esa mayor vulnerabilidad de la víctima no sólo debe identificarse con la existencia de un mayor riesgo de victimización, en este caso, secundaria por razón de la edad. En el ámbito procesal, la mayor vulnerabilidad también puede venir condicionada por otras limitaciones personales del sujeto, extrínsecas a la edad, como la discapacidad. De este modo, podemos encontrar a víctimas que, siendo mayores de edad, presenten una condición personal que les haga especialmente vulnerables de cara al proceso penal. Esta circunstancia se produce en los supuestos de discapacidad física o sensorial donde la vulnerabilidad es resultado de esa limitación física o de algún sentido, que imposibilita o dificulta el desarrollo normal de la actividad de la persona que la padece, y, en definitiva, su vulnerabilidad no está asociada a su desarrollo biológico o psicológico.

Uno de los principales problemas identificados en torno al tratamiento de los sujetos vulnerables queda evidenciado inmediatamente después de repasar las distintas normas donde se regula el tratamiento que debe recibir la víctima del delito. Y es que el legislador nacional, con el fin de no especificar y definir la vulnerabilidad para no quedar-

⁷ Pese a que a nivel legislativo sí se contempla este tipo de victimización como consecuencia derivada de la intervención y relación de la víctima en el proceso, es cierto que nuestro panorama nacional se caracteriza por la ausencia de una definición legal expresa, salvo la recogida en la Ley 5/2008, de 24 de abril -norma que opera en el ámbito legislativo catalán- del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, cuyo art. 3 letra h la define como *el maltrato adicional ejercido contra las mujeres que se hallan en situaciones de violencia machista como consecuencia directa o indirecta de los déficits -cuantitativos y cualitativos- de las actuaciones llevadas a cabo por los organismos responsables, así como por las actuaciones no acertadas provenientes de otros agentes implicados*.

⁸ Véase, al respecto, TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 17; SEMPERE FAUS, S.: “La protección de la víctima menor de edad...”, ob. cit. p. 879 y DE PRADO GARCÍA: “Cuestiones médico-forenses con especial trascendencia en el proceso penal”. Especial referencia a la salud mental”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2020, p. 7.

se, quizás, obsoleto en un período de tiempo que prevé más corto que largo, ha recurrido a conceptos indeterminados que tampoco define y que, además, emplea de forma indiscriminada. Práctica, sin duda heredada de la propia Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (en lo sucesivo, Directiva 2012/29/UE) donde las expresiones “víctimas con necesidades especiales de protección” y “víctimas especialmente vulnerables” se utilizan con aparente sinonimia, y, que se traslada a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en lo sucesivo, EVD) donde, a modo de ejemplo, destaca el art. 23, relativo a la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección cuyo punto 2, apartado a.2º, recoge, en cuanto a característica o circunstancia personal de la víctima a valorar, expresiones como “víctimas menores de edad”, “víctimas necesitadas de especial protección” o “víctimas en las que concurran factores de especial vulnerabilidad”. Es más, junto a la ausencia de definición expresa de estos conceptos, encontramos la dificultad añadida del empleo de la conjunción “o” que puede tener valor exclusivo o inclusivo con las distintas connotaciones que de ello podrían derivarse.

No obstante lo expuesto, el objetivo perseguido con la configuración de la víctima que ofrece la Directiva, y, por ende, el EVD es totalmente legítimo y encuentra respaldo entre una amplia corriente doctrinal, pues, como acertadamente sostiene TAMARIT SUMALLA, con él se trata de evitar la clasificación automatizada de los sujetos víctimas en compartimentos estancos, dentro de los cuales ubicarlas como resultado de la atribución apriorística de la condición de especialmente vulnerable y la regulación tasada de los efectos de esta declaración, haciendo prevalecer para ello la idea de “necesidades especiales de protección” en cuanto concepto que implica la evaluación individualizada de la víctima para identificar sus concretos factores de riesgo y vulnerabilidad⁹. Desde nuestro punto de vista, entendemos

⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La protección de las víctimas vulnerables en el Derecho de la Unión Europea”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./PÉREZ

el planteamiento que sostiene el referido autor y alabamos que tanto la Directiva 2012/29/UE como el EVD aboguen por el examen individualizado de la víctima partiendo del concepto de vulnerabilidad universal, es decir, del hecho de que todos los individuos, en algún momento de nuestra vida, podemos encontrarnos en una situación de especial vulnerabilidad que implique la necesidad de adoptar medidas especiales para nuestra protección procesal. Pero también consideramos que esa ausencia de definición explícita dificulta la coherente aplicación de la norma y requiere, para solventar dicho problema, de la conveniente acotación de las particularidades que permitan calificar a una víctima como “especialmente vulnerable” o “con necesidades especiales de protección”¹⁰.

Por otra parte, volviendo a los objetivos que persiguen las normas procesales penales cuando articulan el régimen de la intervención de las víctimas a las que nos venimos refiriendo en el presente trabajo, junto con la finalidad de evitar o disminuir los efectos derivados de la victimización secundaria encontramos el de garantizar el acceso a la justicia y la participación efectiva de todas las personas en el proceso y, además, el de garantizar que los procesos resulten eficaces¹¹.

MACHÍO, A.I./ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, I., *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2013, p. 439-440.

¹⁰ Entre la corriente doctrinal que se muestra partidaria de la necesidad de delimitar los requisitos que lleven a la catalogación de las víctimas bien como especialmente vulnerables, bien con necesidades especiales de protección se encuentra PEREIRA PUIGVERT, S.: “Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, p. 7. En el mismo sentido se pronuncia VILLACAMPA ESTIARTE para quien el mutismo del legislador acerca de los indicadores que permiten determinar las características personales de la víctima y afirmar, con base en ellas, si se trata de una víctima necesitada de especial protección o en la que concurren factores de especial vulnerabilidad, debe traducirse en la supresión de uno de los términos. De lo contrario, en su opinión, será altamente complejo delimitar cuando confluye una u otra cuando el fundamento sea una circunstancia de carácter esencial. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 257.

¹¹ Y es que, el proceso penal, a fuerza de ser eficaz, se convierte en una revivida puesta en escena de los hechos que acontecieron. Ello no solamente trae como

Todos ellos se consiguen a través de las adaptaciones procesales necesarias que la autoridad judicial estime pertinente adoptar tras la evaluación de la víctima, previo informe de los expertos. Y es que para que el proceso sea eficaz es imprescindible que las autoridades encargadas de la investigación conozcan las condiciones psicofísicas de la víctima e identifiquen las disfunciones que puedan afectarle en el plano de su autonomía personal, tanto para adoptar decisiones por sí misma como para aportar información relevante, comprender el alcance de sus decisiones, y, en definitiva, actuar de forma efectiva y válida en el proceso¹².

Examinados los aspectos previos que consideramos más relevantes para comprender adecuadamente la base sobre la que se articula la protección de los menores de edad procede detenernos ahora en el análisis, aunque sea breve, del tratamiento procesal de la discapacidad, para, a continuación, detenernos en la protección que de la misma realiza el EVD y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim).

La discapacidad es un concepto complejo y que puede definirse atendiendo a distintos factores. La Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) recoge una propuesta abierta en su art. 1 al indicar que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Nuestra norma penal material se adhiere a esta definición en su art. 25 al definir la discapacidad en idénticos términos que la Convención con la salvedad de que sustituye la expresión “a largo plazo” por “de carácter permanente”. Por su parte, el párrafo segundo del mismo cuerpo normativo se refiere a la persona con discapacidad necesitada

consecuencia un alto grado de victimización secundaria, sino que, además, repercute negativamente en la calidad del testimonio de las víctimas. MOYA GUI- LLEM, C./ DURÁN SILVA, C.: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret*, núm. 4, 2022, p. 435.

¹² HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Niños y niñas con discapacidad, victimización...”, ob. cit., p. 10.

de especial protección como “(...) aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

Por su parte, el RD 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en lo sucesivo, RD 1/2013) define la discapacidad como la “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹³.

Del examen de las distintas definiciones recogidas en los textos examinados se aprecia cómo la discapacidad se aborda tomando como punto de partida su carácter dinámico, pues se trata de un concepto en constante evolución en la medida en que es el resultado de la interacción del concreto sujeto de que se trate con el entorno que le rodea. Así, en función de esa relación podremos hablar de discapacidad física, psíquica y sensorial. La primera de ellas se presenta cuando el estado físico de la persona le impide o dificulta, de forma permanente, moverse con plena funcionalidad, es decir, la discapacidad afecta a su sistema psicomotor. La segunda, se caracteriza por limitaciones de dos tipos: relativas al funcionamiento cognitivo y a la conducta adaptativa -por ejemplo, síndrome de asperger o trastorno por déficit de atención con hiperactividad-; y, la tercera, la sensorial, relativa a la discapacidad que afecta a los sentidos, en particular, al de la vista, el oído y el habla -entendido estos dos últimos en el concepto amplio de lenguaje-.

¹³ Como acertadamente señala GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, el RD 1/2013 tiene un amplio ámbito de aplicación que abarca la totalidad de la administración de justicia, por lo que dentro de cualquier orden jurisdiccional debe quedar asegurado el acceso de las personas con discapacidad. GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, M.: “Derechos de la persona con discapacidad y detención”, en ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*, Reus, 2020, p. 36.

El segundo elemento del tipo es que estas deficiencias sean de carácter permanente, entendida dicha expresión como definitivas, crónicas o inmodificables¹⁴.

El tercer requisito viene determinado por la discriminación que la discapacidad provoca en la vida diaria de las personas que la sufren, provocando situaciones de vulnerabilidad que deben protegerse tanto a través del Código Penal como de las normas procesales. Así, por ejemplo, la discapacidad constituye un factor victimizador cuando el delincuente se prevalece de esa posición de desigualdad derivada de la condición particular en la que se sitúa la persona que sufre la discapacidad, pero también se traduce en una fuente de desigualdad en cuanto al acceso de las mismas al proceso. Esta situación trae la necesidad de efectuar las adaptaciones pertinentes para que dicho acceso se desarrolle en condiciones de igualdad, pero también implica la obligación de adoptar las medidas imprescindibles y necesarias para minimizar la victimización secundaria que pueden sufrir las personas con discapacidad¹⁵.

¹⁴ Este carácter de permanencia se aprecia, a efectos penales, en las enfermedades cíclicas. NASTASCHE, M.: “El modelo social de la discapacidad desde la perspectiva penal, *La Ley Penal*, núm. 146, 2020, p. 6.

¹⁵ Siguiendo a GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, es importante resaltar que las definiciones hasta aquí analizadas no responden a diagnósticos médicos, de modo que los ajustes de procedimiento que deban efectuarse y los apoyos que se prevean no pueden estar condicionados a un determinado diagnóstico, sino que resultarán de la evaluación individual del sujeto. GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, M.: “Derechos de la persona con discapacidad...”, ob. cit., p. 36.

II. REGULACIÓN EN VIGOR

2.1. Menores

2.1.1. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito

El EVD es una de las principales normas procesales destinada a la protección de las víctimas. Constituye el cuerpo normativo a través del cual se procedió a la adaptación a nuestro ordenamiento interno de la ya mencionada Directiva 2012/29/UE donde se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En consonancia con la norma europea, el EVD huye de las fórmulas presuntivas donde la especial vulnerabilidad se atribuye por la mera pertenencia a un grupo y busca ofrecer medidas protectoras basadas en la evaluación individual de la víctima, recogiendo, a tal fin, un modelo de protección basado en tres niveles¹⁶. Su finalidad, como se desprende de su Exposición de Motivos y de su articulado, es protegerlas en o a través del proceso penal pero también frente al mismo¹⁷. Para conseguir tales objetivos prevé medidas que eviten el retraso injustificado de las investigaciones o garantizar el acceso a la asistencia jurídica gratuita y medidas que eviten el contacto directo entre víctima y encausado.

Respecto a los menores de edad, si bien el EVD trata de hacer prevalecer a lo largo de su articulado un sistema de protección de carácter generalizador, no puede negarse que parte de la existencia de distintas tipologías de víctimas, algunas de las cuales deben tener un tratamiento específico y una protección reforzada¹⁸. Y uno de esos grupos es el integrado por los menores. En particular, la norma los sitúa dentro del tercer nivel de protección al que se refiere expresamente su art. 26, junto con las personas con discapacidad necesitadas de

¹⁶ SERRANO MASIP, M.: “Medidas de protección de las víctimas”, en DE HOYOS SANCHO, M.: *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, 2017, p. 140.

¹⁷ SERRANO MASIP, M.: “Medidas de protección de las víctimas...”, ob. cit., p. 142.

¹⁸ SERRANO MASIP, M.: “Medidas de protección de las víctimas...”, ob. cit., p. 142.

especial protección y las víctimas de violencias sexuales. Las medidas que recoge se encuentran destinadas a evitar la victimización secundaria tal y como pone de manifiesto en su apartado 1 al reconocer que “se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito”.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (en lo sucesivo, LO 10/2022), nos planteamos si la introducción de las víctimas de violencias sexuales como víctimas especialmente vulnerables implica, o no, una modificación sustancial del régimen de protección articulado en el Estatuto.

En este contexto, la LO 10/2022 se configura como una norma dirigida a proteger a las mujeres, niños y niñas que han sido víctimas de violencia sexual, entendiéndose por tal todas las conductas tipificadas en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. De su ámbito de aplicación -art. 3- se desprende que la especial vulnerabilidad de estas víctimas se determina atendiendo a la catalogación de la misma dentro del colectivo menor de edad o mujer y a la tipología delictiva, ambos criterios presuntivos de mayor victimización. La combinación de esos dos criterios es, precisamente, la que llevaba al legislador a situar a las mujeres víctimas de ciertos delitos dentro del nivel intermedio de protección del EVD, tal y como se desprende de su art. 23.2. Parece ser que, tras la modificación de ciertos preceptos del Estatuto acaecidos con la entrada en vigor de la LO 10/2022, dentro del tercer nivel de protección se encontrarán las víctimas menores, desligadas de concretas tipologías delictivas, así como los menores víctimas de delitos de violencias sexuales junto a los discapacitados necesitados de especial protección y las mujeres víctimas de violencias sexuales.

En cualquier caso, desde nuestro punto de vista, y por cuanto se refiere a los menores de edad, consideramos que el EVD los protege en cuanto a grupo especialmente vulnerable, por la circunstancia de

concurrir en ellos el elemento minoría de edad. Supuesto básico que no impide ni exime de la necesidad de evaluación individualizada del concreto menor.

En este sentido, podemos afirmar que este deber especial de protección del colectivo menor de edad deriva directamente del art. 39 CE, cuyo apartado 4 hace una remisión expresa a los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los menores. Y, en torno a dicha normativa, es imprescindible destacar la relevancia de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas donde se recoge el interés superior del menor como principio de actuación en la protección de menores¹⁹.

Si bien es un principio jurídico indeterminado, ello no implica que su apreciación sea arbitraria y que no esté dotado de un contenido específico. Al contrario, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (en adelante, LO 8/2015) incorporó al art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en lo sucesivo, LORPM) la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia y los criterios de la Observación General n° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

¹⁹ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I./ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “La protección del menor como víctima frente al derecho constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, p. 255.

En la actualidad, el interés del menor se encuentra vinculado al desarrollo de su personalidad y a la protección de sus derechos fundamentales, debiendo tenerse en cuenta en todos los casos en los que el menor sea parte de un proceso penal²⁰. No obstante, es importante recordar en este punto que se trata de un interés a nivel individual, esto es, del menor concreto en sus circunstancias particulares y no de un interés de la infancia en general o de la infancia como colectivo²¹.

En cuanto al objetivo que persigue este concreto nivel de protección está claro que es evitar o minorizar los efectos derivados del paso de la víctima por el proceso, la victimización secundaria, en este caso, de los menores de edad. Esta posición de especial vulnerabilidad se agudiza cuando el menor es, a su vez, víctima de un delito especialmente estigmatizante como lo son los de naturaleza sexual o cuando su agresor se encuentra en el propio entorno familiar. A todo ello debe sumarse el estrés derivado de revivir la experiencia traumática con posterioridad, en el propio marco del proceso penal, cuando el menor se ve expuesto a un número indeterminado de evaluaciones-entrevistas que contribuyen a reexperimentar de forma continuada las emociones negativas derivadas de la agresión sufrida²².

²⁰ Sobre la importancia de tener presente este principio en el proceso penal cuando intervienen menores se han pronunciado ARANGÜENA FANEGO y PILLADO GONZÁLEZ. Véase, al respecto, ARANGÜENA FANEGO, C.: “Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, 2022, p. 1099 y PILLADO GONZÁLEZ, E.: “La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización”, en BARONA VILAR, S.: *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, 2022, p. 542 y 543.

²¹ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I./ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “La protección del menor como víctima...”, ob. cit., p. 256.

²² Para SUBIJANA ZUNZUNEGUI y ECHEBURÚA ODRIOZOLA, la victimización secundaria se agudiza en aquellas situaciones en las que el menor sufre una sensación de descrédito constante al tener que reproducir continuamente su testimonio, hecho que afecta a su autoestima y que, asimismo, puede ocasionar sentimiento de culpa. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I./ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.: “Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2018, p. 23.

A pesar de esta realidad, en opinión de GALÁN RODRÍGUEZ, no se puede dispensar el mismo trato a un menor que se encuentra dentro del período de niñez que a uno que está en la etapa de la adolescencia pues ambos tienen diferentes capacidades cognitivas, por lo que en el caso del niño prevalecerá el deber de cuidarle mientras que en el caso del adolescente será necesario encontrar el equilibrio entre el cuidado y la obligación de respetar su capacidad de decisión y autonomía²³. Dicho en otras palabras, la tutela que merece el menor en el proceso penal difiere dependiendo de la etapa en la que se encuentre²⁴. Es por ello que se precisa de una evaluación individualizada que determine las concretas medidas a adoptar en el caso concreto respecto a una determinada víctima, aunque se trate de un menor de edad.

2.1.2. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia

Tras la promulgación del EVD, la entrada en vigor de la LO 8/2021 ha supuesto un punto de inflexión en materia del tratamiento de los menores en el procedimiento²⁵. Se trata de una reforma de amplio

²³ GALÁN RODRÍGUEZ, A.: “La perspectiva psicológica de la víctima menor de edad”, en ARMENTA DEU, T./ OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *La víctima menor de edad: Un estudio comparado Europa-América*, Colex, La Coruña, 2010, p. 54.

²⁴ Así, por ejemplo, ante un supuesto de maltrato infantil y abuso sexual a una menor de 3 años por parte de sus progenitores, el Tribunal Supremo responde a las alegaciones formuladas en el recurso de casación sobre la obligación de declaración de la menor en el procedimiento inadmitiéndolas dado que, a su juicio “la denuncia sobre la ausencia de una exploración de la menor como prueba preconstituida o en el juicio oral carece de base atendible, pues ni fue solicitado su testimonio y el dispuesto por el Juzgado fue suspendido atendiendo a los informes forenses que así lo aconsejaban y, en definitiva, al no ser necesaria en la acreditación de los hechos. La prima de la menor que la acogió participó sus temores a los servicios médicos e iniciaron una indagación sobre los hechos resultando los abusos que sufrió la menor narrada por la misma y expuesta al tribunal por los peritos y la prima que la acogió narrando lo que la menor había participado. STS 820/2022, de 17 de octubre. En la misma línea que la resolución anterior, pero referida a la no declaración de una menor de 16 años en el acto del juicio oral previa preconstitución de su exploración, ATS 904/2022, de 6 de octubre.

²⁵ La entrada en vigor de la LO 8/2021 ha modificado la regulación de la sobreprotección de la víctima menor de edad en el marco del proceso penal, donde el le-

calado que va más allá de lo sustancial o superfluo, pues implica un auténtico cambio integral del desarrollo del proceso penal aparejado a la edad cronológica del menor y al grado de madurez y desarrollo psicológico, cuya concurrencia se presume en función de la franja de edad en la que se encuentre.

En atención, precisamente, a ese desarrollo madurativo, la intervención del menor víctima como testigo en el proceso penal no puede desarrollarse de cualquier manera sino, todo lo contrario, ha de articularse en torno a sus particulares circunstancias. Aun partiendo siempre de que el mero hecho de la minoridad le hace merecedor de un tratamiento especial, la intensidad de la protección debe graduarse atendiendo a la concreta edad del menor, a la naturaleza del delito, su gravedad, el sexo y si guarda parentesco con el encausado, tal y como se desprende de la regulación contenida en el EVD y a la que ya nos hemos referido. En definitiva, tanto el legislador como la doctrina toman como base la realidad de que las medidas de protección para menores víctimas y/o testigos de delitos no pueden tener un alcance ilimitado²⁶, pues en el proceso penal, junto con los intereses de la víctima coexisten otros intereses, generalmente contrapuestos, que deben ser debidamente atendidos, en especial las garantías de defensa y el derecho a un proceso justo. Así pues, cuando entran en colisión los derechos fundamentales del menor víctima y los del inculcado es preciso atender a una serie de factores: la naturaleza y valor de los derechos implicados, el momento procesal concreto y la situación de especial vulnerabilidad en que se puede encontrar un menor, todo ello bajo el amparo del principio de proporcionalidad²⁷.

gislador introduce cambios muy significativos en los artículos 109 bis, apartado 1º, y 110, referidos a la personación de la víctima o perjudicado en el proceso; los artículos 261 y 416, sobre la dispensa de denunciar y declarar; y los artículos 433, 448, 449 bis, 449 ter, 544 ter, 703 bis, 707, 730, 77.3 y 778.

²⁶ DOLZ LAGO, M. J.: “Abusos sexuales a menores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a la luz de la presunción de inocencia”, *Diario La Ley*, 2017, p. 13.

²⁷ CHOZAS ALONSO, J.M.: *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, 2015, pp. 222-223.

Desde el punto de vista teórico y práctico²⁸, puede constatar-se cómo con el transcurso del tiempo las exigencias de la presencia del menor en el plenario se han flexibilizado. De este modo, los arts. 433 y 448 LECrim, previos a la reforma introducida mediante la LO 8/2021, ya contemplaban la posibilidad de recurrir a las nuevas tecnologías con el fin de evitar la confrontación directa entre víctima menor y su agresor, posibilitando de este modo que el interrogatorio discurriera en espacios físicos separados, si la autoridad judicial, tras el examen de las circunstancias del caso concreto, lo consideraba pertinente, es decir, nos encontrábamos ante una medida de carácter facultativo que podía adoptarse si concurrían razones para ello. En particular, el apartado cuarto del art. 433 permitía que los menores de edad -entendiéndose como tal todo menor de 18 años ante la falta de referencia numérica expresa- prestasen declaración a través de expertos y con la intervención del Ministerio Fiscal. Si bien, a continuación, matizaba que, para adoptar esta cautela el juez de instrucción debía examinar la falta de madurez de la víctima. Por su parte, el párrafo tercero del art. 448 recogía la declaración tanto de testigos menores de edad como de personas con la capacidad judicialmente modificada a través de mecanismos tecnológicos que evitasen la confrontación visual entre estos y el acusado.

En consonancia con ambos preceptos, se observa una clara tendencia jurisprudencial a eximir al menor de testificar en el juicio oral en atención, precisamente, a esa mayor victimización secundaria derivada de tal intervención. Evidentemente, para que pudiera prescindirse de la presencia de la víctima en el juicio oral, la declaración prestada por él en esta fase de instrucción debía reunir las máximas garantías; es decir, satisfacer los requisitos materiales, subjetivos, objetivos y formales²⁹.

²⁸ De este modo, el propio Tribunal Supremo, en sentencia 44/2020, Penal, de 11 de febrero, reconocía que la presencia de un menor en el proceso penal no tenía por qué comportar un debilitamiento de los principios de inmediación y contradicción y que no resultaba, en consecuencia, incompatible con la preservación de otros derechos confluyentes en la fase de enjuiciamiento.

²⁹ En el mismo sentido se pronunciaba la propia Fiscalía General del Estado, dentro del Seminario sobre valoración testifical, pericial y exploración de menores celebrado en 2009, abogaba por una interpretación abierta del artículo 448 LECrim, al considerar que, sin duda alguna, permitía la preconstitución de la prue-

En este contexto, el Tribunal Supremo³⁰ ante el temor de que los ya mencionados preceptos se convirtiesen en una vía para evitar la declaración del menor durante el juicio oral con independencia del delito sufrido, del impacto psicológico inherente a este o de su relación con el investigado por la mera circunstancia de ser menor de edad, sintió la necesidad asegurar que el impulso que se estaba concediendo al recurso a la preconstitución de la declaración no se convirtiese en la norma general. En suma, dicha forma de proceder sólo debía permitirse cuando el tribunal que examinase el caso concreto verificase, antes de proceder, que existían motivos que hacían necesario acudir a este instituto procesal, pues, actuar de otro modo suponía la absoluta inversión de la regla general del artículo 741 LECrim³¹.

La actual regulación recogida en la LECrim prevé un régimen general de protección de los menores de edad víctimas que trata de conjugar todos los extremos ya apuntados, esto es, el derecho del menor a ser oído, su protección con el objeto de evitar su victimización secundaria y garantizar el derecho de defensa del encausado, precisamente,

ba como procedimiento más recomendable en el caso de que existieran testigos menores de edad.

³⁰ Entre otras, a este respecto, pueden destacarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS 44/2020, Penal, de 11 de febrero, STS 579/2019, Penal, de 26 de noviembre y 663/2018, de 11 de febrero.

³¹ El Tribunal Supremo huía de la aplicación mecanicista de la preconstitución. Por ello se mostró partidario de que su declaración transcurriese en unas condiciones concretas, atendiendo a las particulares circunstancias y necesidades del menor, pero en el momento procesal correspondiente para la práctica de prueba; en definitiva, el juicio oral. Para sostener su postura se inclinó por trasladar modelos utilizados en países de nuestro entorno, tales como Islandia y Suecia, donde se emplea el sistema de la “Casa de los niños”, utilizado para atender a los menores víctimas de agresiones sexuales. STS 44/2020, Penal, de 11 de febrero. Respecto a esta “casa de los niños” a la que se refiere la citada sentencia, constituyen espacios que muestran el aspecto de una vivienda. Habitualmente, cuentan con dos plantas: la de arriba, donde se reúne el menor con el psicólogo o trabajador social encargado de entrevistarle y la de abajo, donde se encuentran el juez, el fiscal, los abogados, y, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, el acusado, quienes siguen la entrevista a través de una pantalla. En otros países como Argentina o Costa Rica se utilizan sistemas muy similares, en concreto, la «cámara de Gesell». Por su parte, en Estados Unidos la sala se adapta a los menores de tal forma que el personal del juzgado evita el uso de togas o uniformes, así como de formalismos consiguiendo, de este modo, un ambiente mucho más distendido

a través de un sistema de preconstitución probatoria que permita dejar constancia de los hechos acaecidos. Por primera vez, una norma introduce una modificación parcial de uno de los principios generales del proceso, el de que las pruebas válidas son aquellas practicadas en el acto del juicio oral, introduciendo, así, un mandato que convierte un supuesto excepcional en la regla general cuando de menores de 14 años se trata. Conforme al régimen legal previsto en la LO 8/2021, todo sujeto menor de 18 años prestará declaración preferentemente en la fase de instrucción, mientras que los menores de 14 años declararán necesariamente en el procedimiento, siempre que se trate de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo -art. 449 ter-, mediante la práctica de la preconstitución de la prueba, en presencia, además, de un equipo psicosocial que estudiará las circunstancias concretas del menor relativas a su persona, familia y entorno social. Todas las medidas anunciadas podrán aplicarse incluso en los supuestos en los que el delito tenga la consideración de leve.

Precisamente, de la dicción literal del art. 449 ter cabe plantearse si el régimen de preconstitución previsto en él opera también para los menores con edad cronológica por encima de los 14 años y para los menores dentro de la franja de edad que marca, pero víctimas de otros delitos no comprendidos en el listado al que hace referencia expresa. En torno a esta cuestión, tanto ARANGÜENA FANEGO como PILLADO GONZÁLEZ consideran que pese a la ausencia de referencia expresa a tal posibilidad en el precepto referido, la ausencia de modificación de los arts. 448.1, 449 y 777.2 LECrim, unido a la corriente jurisprudencial que considera como supuesto de imposibilidad material que permite la preconstitución probatoria la imposibilidad para testificar en el juicio oral el riesgo a sufrir graves perjuicios psicológicos, debe entenderse incluida la posibilidad de hacerlo extensivo

a tales casos siempre que la evaluación de los expertos lo acrediten debidamente³².

En definitiva, con el art. 449 ter, el legislador nos está indicando que por debajo de la edad cronológica de los 14 años presume la ausencia de madurez de los menores y asume que, vinculado a esa falta de madurez coexiste un menor desarrollo psicológico³³, propio de la edad, que precisa ofrecer una respuesta procesal específica fundamentada en la innecesariedad de practicar declaraciones reiterativas durante la sustanciación del proceso cuando la víctima lo sea por razón de los delitos ya enunciados, caracterizados todos ellos por producir un alto grado de victimización primaria lo que, en consecuencia, puede derivar en un alto grado de victimización secundaria³⁴. Además, junto con el objetivo de evitar o minimizar la victimización secundaria, con la preconstitución de la declaración del menor también se trata de ofrecer una mayor protección del elemento probatorio en aras de obtener la

³² La diferencia entre movernos en el ámbito de la preferencia y el de la necesidad es que los menores situados en la franja de edad de los 14 a los 17 años testificarán en el juicio oral salvo que una previa evaluación de los expertos lo desaconseje por todas las razones que hemos analizado hasta aquí. ARANGÜENA FANEGO, C.: “Declaración de personas vulnerables y preconstitución...”, ob. cit., p. 1111 y PILLADO GONZÁLEZ, E.: “La declaración de la víctima menor y las medidas...”, ob. cit.,

³³ La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, sobre protección de los menores víctimas y testigos, establece que, “como parámetros meramente orientativos, de acuerdo con las aportaciones de la psicología del testimonio, podríamos distinguir entre una edad límite para el testimonio infantil, situada en torno a los tres años de edad, fase en que concurre una muy reducida capacidad cognitiva-léxica y la pericial psicológica y la testifical de referencia adquieren un protagonismo indiscutible. Los niños entre los 2/3 y 6/7 años presentan claras limitaciones como testigos, siendo necesario restringir drásticamente la extensión de las actuaciones procesales sobre ellos. Los niños entre 6/7 y 10/11 años tienen más 11 desarrollados sus aspectos cognitivos. Finalmente, los adolescentes hasta los 16 años tienen una capacidad verbal y un desarrollo cognitivo que hace que su testimonio no presente diferencias sustanciales con el del adulto, pero pueden presentar alteraciones derivadas tanto de la victimización como de las características del momento evolutivo de su personalidad (rebeldía, desconfianza en las figuras de autoridad, confusión de la autoimagen, desarrollo sexual, etc.)”.

³⁴ Los tribunales se están pronunciando sobre la conveniencia de que el menor intervenga en el proceso a través del recurso a la preconstitución recogido en el art. 449 ter LECrim en sentencias como la SAP de Valladolid 28/2022, de 14 de febrero o la STS 3593/2022, de 7 de octubre.

verdad material. Y es que establecer la realidad judicial de los hechos, esto es, determinar cómo se ha producido el hecho de la vida cotidiana que tiene reflejo en una norma jurídica, precisa de diferentes medios de prueba. Entre los más comunes están los materiales, documentales, periciales y testificales. Esta última, relacionada con las declaraciones sobre los hechos y las identificaciones de los autores. Tanto una como otras tratan de obtener una descripción sobre lo ocurrido y las personas participantes y, sobre estas tareas, influyen los procesos atencionales, perceptivos, de memoria, lenguaje y pensamiento³⁵.

Sabemos que la prueba debe guardar una cadena de custodia para evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones. El procedimiento de custodia incluye la forma de extraer o recolectar la prueba, su conservación y la entrega fiscalizada. Generalmente se aplica a la prueba material, sin embargo, por extensión debería aplicarse a cualquier prueba, incluida la testifical³⁶. La realidad es que, habitualmente, la prueba testifical es excluida de modo casi automático de estos procedimientos y las declaraciones no guardan la cadena de custodia que permita evitar que los recuerdos se alteren, sustituyan, contaminen o destruyan. Se trata de una precaución sumamente importante, pues la memoria no es infalible ni inmutable. En general, todos estamos de acuerdo en que no tendría sentido acudir a la escena del crimen a recoger muestras transcurrido un tiempo suficientemente largo, y que cada vez que alguien acude allí puede contaminar las pruebas si no se hace con el cuidado suficiente. De igual modo, el recuerdo se deteriora transcurrido un plazo de tiempo y se reconstruye cada vez que la víctima recuerda y narra los hechos, con posibilidad de que estos se contaminen con información del entorno, las preguntas formuladas o los comentarios de otros. Esta degradación y contaminación de los recuerdos es especialmente grave cuando se trata de víctimas vulnerables por lo que el recurso a la preconstitu-

³⁵ Un estudio pormenorizado sobre la debilidad de la huella de la memoria y sobre la protocolización de la intervención del psicólogo jurídico durante la preconstitución probatoria puede consultarse en SOTOCA, A./ MANUEL MUÑOZ, J./ GONZÁLEZ, J.L./ MANZANERO A.L.: “La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica”, *La Ley Penal*, n° 102, mayo-junio 2013, p. 115 y 116.

³⁶ SOTOCA, A./ MANUEL MUÑOZ, J./ GONZÁLEZ, J.L./ MANZANERO A.L.: “La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil...”, *ob. cit.*, p. 115.

ción constituye un mecanismo idóneo para asegurar la fidelidad de la declaración³⁷.

2.2. *Personas con discapacidad*

2.2.1. **Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito**

En torno al régimen legal de protección de las personas con discapacidad, del mismo modo que en el ámbito de los menores de edad, el EVD, dentro de los tres niveles de protección, las sitúa dentro del primer, segundo nivel y/o del tercer nivel dependiendo del tipo de discapacidad que presenten. Además, confiere a las personas con discapacidad el derecho a que el procedimiento se ajuste a sus necesidades para que puedan participar en igualdad de condiciones que el resto de los sujetos. Se trata de proveer “un medio para hacer valer efectivamente el derecho (...) a participar en la administración de la justicia y son un elemento intrínseco del derecho de acceso a la justicia”³⁸.

Las necesidades de adaptación dependerán del tipo de discapacidad de la persona que acude al proceso. De este modo, si se trata de una persona con una discapacidad física, concurrirá en ella un factor de vulnerabilidad que puede ser que la convierta en una víctima necesitada de especial protección o no. Así, por ejemplo, si la discapacidad física es de carácter impeditivo y la víctima sufre una tetraplegia pero no presenta riesgo a la victimización secundaria porque el delito sufrido no tiene el perfil victimizador que sí concurre en otros por tratarse, en este supuesto, de una estafa, la víctima tendrá derecho a que el proceso se adapte para garantizar su derecho de acceso a la justicia y a participar activamente en el proceso -art. 11 EVD-. Para conseguir tal fin será preciso recurrir a medidas tecnológicas que posibiliten la

³⁷ Los recuerdos están en continua transformación y se ven afectados por los procesos de deterioro debido al paso del tiempo y a las condiciones en las que se ha generado el mismo. SÁNCHEZ MEGLAR, J.: “Prueba preconstituida en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 32, 2021, p. 2 y 3.

³⁸ Derecho de acceso a la justicia. Art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 27 de diciembre 2017. A/HRC/37/25.

declaración de la víctima en el proceso, pero no conllevará la adopción de medidas especiales de protección del art. 25 EVD, por lo que resultará de aplicación el nivel de protección genérico previsto para todas las víctimas.

Respecto a la víctima con una discapacidad sensorial, podemos encontrarnos ante idéntico supuesto al planteado. Que el delito sufrido no sea especialmente victimizador o que sí lo sea. En el caso de respuesta negativa, las adaptaciones procedimentales se dirigirán a adoptar medidas de accesibilidad, necesarias para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Entre otras, adoptar mecanismos y medios de apoyo que faciliten y permitan su acceso a sedes judiciales, a los documentos que obren en la causa, y, en general, todas aquellas medidas dirigidas a asegurar su movilidad y comunicación -máxime si se trata de una persona con discapacidad del lenguaje-.

En cuanto a la víctima con discapacidad psíquica o intelectual, el principal obstáculo con el que cuenta es el de entender y ser entendida, pero en una dimensión mucho más amplia que la correspondiente a las personas con discapacidad sensorial pues, en el caso de estas últimas, las dificultades asociadas al lenguaje se superan, normalmente, a través del recurso a intérpretes mientras que en el caso de la discapacidad intelectual la dificultad se identifica tanto en la expresión del lenguaje como en la capacidad de comprensión. Y es que este tipo de discapacidad implica, en un gran número de casos, la presencia de sesgos cognitivos que impiden la manifestación clara de lo que sucedió³⁹. Si a esta circunstancia le añadimos el hecho de haber sufrido un delito especialmente victimizador nos encontraremos ante el deber no solo de garantizar su acceso a la justicia en situaciones de igualdad sino también el de protegerla de la victimización secundaria.

En este contexto, el EVD, identifica a la víctima con discapacidad como merecedora de una protección reforzada -segundo nivel de protección- cuando atendiendo a la evaluación individual de su

³⁹ ARIZA COLMENAREJO, M. J.: “Tratamiento procesal de las personas con discapacidad intelectual como víctimas, en ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*, Reus, 2020, P. 86.

discapacidad, de su relación con el autor del delito, la naturaleza y gravedad del delito sufrido -art. 23 EVD- sea necesario adoptar alguna o algunas de las medidas del art. 25 EVD. En definitiva, para acceder a las medidas de protección “intermedias” ha de concurrir discapacidad física, psíquica o sensorial. En cambio, para que la persona discapacitada sea protegida a través del tercer nivel previsto en el Estatuto es requisito imprescindible que se le haya evaluado como persona discapacitada necesitada de especial protección y, recuérdese en este punto, ello implica, de conformidad con el art. 25 CP, que su “discapacidad requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”. De este modo, es claro que la discapacidad necesitada de especial protección se identifica con la discapacidad psíquica, esto es, con aquella relativa al funcionamiento cognitivo y a la conducta adaptativa. El motivo que lleva al legislador a conceder este nivel de protección sólo a la discapacidad intelectual se debe a que la finalidad de los preceptos comprendidos en los arts. 25 y 26 del EVD se dirigen a evitar la victimización secundaria y no a garantizar la accesibilidad de la víctima al procedimiento. Siendo tal su finalidad, como ya hemos tenido ocasión de analizar al comienzo de este trabajo, carece de justificación alguna eximir a una persona con discapacidad física o sensorial de declarar en la fase de juicio oral si no se encuentra dentro de contexto especialmente victimizador, pues, al fin y al cabo, las medidas especiales de protección de los arts. 25 y 26 se dirigen a minimizar el contacto entre víctima y agresor y la intervención procesal de la primera.

En definitiva, para ofrecer un tratamiento adecuado a la víctima con discapacidad primero tendremos que examinar los concretos factores y circunstancias en las que el delito que le afecta se ha producido y la finalidad concreta que persigue, en su caso, la norma procesal. Las medidas a adoptar serán distintas dependiendo de si lo que queremos es proteger a la víctima de una posible victimización secundaria o garantizar su derecho a participar en condiciones de igualdad en el

proceso⁴⁰. Claramente, un fin no excluye al otro; pero la prevalencia de uno de ellos, en cada caso concreto, sí produce una modificación sustancial del régimen de protección.

2.2.2. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia

Pese a haber examinado ya, en el correspondiente apartado referido a los menores, la preconstitución probatoria del art. 449 bis y ter de la LECrim es necesario detenerse brevemente en la misma figura, pero en relación a las personas con discapacidad. En particular, de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. La concreta referencia a este concepto nos muestra la voluntad del legislador de circunscribir el recurso generalizado a tal instituto ante un tipo de discapacidad concreta, cual es, la discapacidad psíquica que implique la necesidad de asistencia o apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica quedando condicionado el resto de supuestos a la discrecionalidad de la autoridad judicial.

Por otra parte, la reforma de 2021 modifica los arts. 261 y 416 de la LECrim, fijando criterios relativos a la dispensa de la obligación de denunciar y declarar, respectivamente y que afectan tanto a menores como discapaces. En este contexto, la finalidad de la dispensa es preservar la paz familiar evitando colocar al deponente en una postura “difícil”. La nueva redacción de la LECrim tiene como objetivo acabar con aquellas situaciones en las que uno de los progenitores o

⁴⁰ Una precisa delimitación la encontramos en el trabajo de LUCCHI LÓPEZ-TAPIA sobre el servicio de facilitación judicial para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. En concreto, la referida autora identifica los ajustes del EVD y de otras normas internacionales con el cumplimiento de los siguientes derechos: a entender y ser entendida -art. 4-; a estar acompañada por una persona de su elección -art. 4.c)- y a la protección a su intimidad -art. 22-. Asimismo, recoge el derecho a un intérprete en lengua de signos, que deriva del art. 124 y 520.2 LECrim, el derecho a contar con medios de apoyo en la comunicación oral -art. 127 LECrim y el derecho a la información en un lenguaje comprensible y accesible -art. 118 y 520.2 LECrim-. Al respecto, véase, LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: “El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2022, p. 7.

familiares conocen de los abusos o malos tratos de otro familiar hacia el menor o el discapaz. Así, cuando la víctima del delito tenga menos de 18 años o sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección no podrá alegarse dispensa alguna de tal obligación -del deber de denunciar- por las razones de parentesco que, con carácter previo a la entrada en vigor de la LO 8/2021, sí lo permitían. No obstante, el apartado 2 del artículo 261 no recoge una obligación imperativa ante cualquier supuesto delictual, sino que, por el contrario, introduce un *numerus clausus* de delitos como condicionante, junto con dicha minoría de edad o discapacidad, para que los cónyuges, personas ligadas por análoga relación, ascendientes, descendientes y parientes colaterales queden eximidos de la dispensa de denunciar. Estos son: delito contra la vida, de homicidio, delitos de lesiones de los artículos 149 y 150 del CP, delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual o delito de trata de seres humanos.

Por su parte, el art. 416, relativo a la dispensa del deber de declarar, en consonancia con el art. 261 exime de dicho deber a los mismos parientes. De su lectura podemos observar que, a diferencia del art. 449 *ter*, en torno a la dispensa no se establece una presunción *iuris tantum* de vulnerabilidad del grupo menores de 14 años, pero sí de la discapacidad necesitada de especial protección, pues, cuando incide en los supuestos en los que no procede aplicar la dispensa del deber de declarar el precepto se refiere a aquellos testigos que “por razón de su edad o discapacidad no puedan comprender el sentido de la dispensa”.

Por tanto, la ausencia de recurso a presunción alguna para fijar, por un lado, la edad cronológica límite a partir de la cual se presupone que el menor no puede alcanzar a comprender el sentido de la dispensa, así como la discapacidad, obliga a proceder al examen individualizado, asistido a tal fin de peritos, si fuera necesario, para resolver⁴¹.

⁴¹ En este contexto, son numerosas las resoluciones judiciales que reconocen el derecho de los menores a que se les informe sobre la posibilidad de guardar silencio derivada de su relación de parentesco y que puedan ejercer su derecho a la dispensa. En materia de discapacidad, tras la reforma de 2021, no hemos encontrado, por el momento, resolución que se pronuncie expresamente. En cuanto

Esta es la interpretación más acorde no solo con la reforma introducida por la LO 8/2021 sino también con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021). La nueva legislación constituye la mayor reforma legal sobre la discapacidad en nuestro país y su principal propósito es garantizar que la persona con discapacidad psíquica tome sus propias decisiones con ayuda. Para ello suprime figuras como la de la tutela y la patria potestad prorrogada y la sustituye por la curatela representativa y un completo sistema de apoyos voluntarios terminando con la incapacitación judicial -arts. 249 y ss-.

Se impone así el cambio de un sistema en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Este cambio en el tratamiento procesal de la persona con discapacidad se manifiesta no sólo en el ámbito civil sino también en el penal, de ahí que la reforma del art. 416.3° exija que la falta de capacidad para comprender el sentido de la dispensa quede acreditada, de lo contrario, la persona con discapacidad podrá decidir personalmente acogerse o no esta facultad asistida por el sistema de apoyo que se haya determinado previamente en el proceso civil correspondiente. Prueba de ello es que una de las enmiendas rechazadas durante la tramitación parlamentaria de la LO 8/2021 fue la propuesta del Grupo Parlamentario Popular, quienes planteaban condicionar la exención del deber de declarar del menor de edad o discapacitado necesitado de especial protección a la decisión de sus representantes legales o, en caso de conflicto de intereses, al Ministerio Fiscal.

a los menores, pueden destacarse las SAP de Madrid, 252/2022, de 23 de mayo, SAP de Albacete, 160/2022, de 9 mayo.

III. LA REGULACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIMIENTO CRIMINAL DE 2020

En noviembre de 2020 se publicó el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, ALECrím). Pese a que no existen indicios que hagan pensar en una cercana entrada en vigor del mismo, resulta interesante realizar un recorrido por su articulado con el fin de comparar el régimen previsto en éste en cuanto al tratamiento de los menores víctimas del delito y de las personas con discapacidad, también víctimas, y el que finalmente se les ha dado en la LO 8/2021. Piénsese que ambas propuestas se han discutido en paralelo.

Destaca que en la propia Exposición de Motivos del ALECrím ya se advierte que se introduce el “archivo de oportunidad” mediante el cual es posible poner fin al proceso siempre y cuando se trate de delitos que no excedan de dos años de privación de libertad posibilitando la terminación “anormal” salvo que la víctima del delito sea un menor de 13 años.

Debe partirse de que el ALECrím contempla una reforma integral de la LECrím mientras que la LO 8/2021 se centra en regular la protección integral de los menores y otros colectivos vulnerables en todos los ámbitos normativos posibles; por lo que, necesariamente, el régimen legal del ALECrím se detiene en aspectos en los que por razones obvias no ha podido centrarse la LO 8/2021. Por ejemplo, el ALECrím recoge no sólo el régimen legal de las declaraciones testificales de los menores y las personas con discapacidad, asegurando su adaptación a las particulares condiciones y circunstancias concurrentes, con posible intervención de expertos, sino que, además, contempla una serie de actualizaciones especialmente relevantes en materia de prueba pericial como la introducción de reglas que disciplinan concretas pericias relativas a los instrumentos de valoración de riesgo de violencia o reincidencia y, sobre todo, de las pruebas periciales sobre credibilidad de los testimonios de menores de edad y personas con discapacidad. Se garantiza, en todo caso, que estas últimas se realicen siempre por expertos en psicología del testimonio con experiencia acreditada en la realización de este tipo de informes.

Es cierto que el ALECrím contempla el régimen legal de la persona encausada con discapacidad, pero, dado que el análisis del mismo excedería del objeto del presente trabajo debemos advertir que nos

limitaremos a analizar los preceptos que se refieren a la persona con discapacidad cuando interviene en calidad de víctima.

En este contexto, dentro del Capítulo V, referido al estatuto de la víctima en el proceso penal, el legislador dedica el artículo 101 a las “víctimas menores o con discapacidad”, estableciendo que en aquellos casos en los que las víctimas, por razón de su edad o de su discapacidad no puedan ejercer por sí mismas los derechos que esta ley les reconoce, lo hará en su nombre o interés su representante legal. A continuación, el artículo 102 se refiere a la edad y a la discapacidad como uno de los criterios a valorar para afirmar que una víctima es especialmente vulnerable.

Pese a que los mencionados preceptos no recojan una definición procesal de víctima con discapacidad sí contamos con el concepto discapacidad dentro del título dedicado a la persona encausada con discapacidad. Noción que podemos trasladar para definir a la parte contraria. Así, a los efectos del presente Anteproyecto se entiende “por discapacidad la situación en que se encuentre una persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales”.

En nuestra opinión, la definición que de la discapacidad ofrece la norma es poco acertada debido a que, como puede observarse, pese a que contempla todos los tipos posibles de discapacidad, los trata de forma confusa. Así, debería distinguirse la discapacidad física o sensorial por un lado que, en todo caso, limitará o imposibilitará a la persona valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos u obligaciones procesales, de la discapacidad mental e intelectual que no sólo le limitará en este ámbito sino también comprender el significado y consecuencia del proceso que, en este caso, se sigue a su favor.

En otro orden de cosas, el ALECrím exige que la especial vulnerabilidad de la víctima sea declarada mediante resolución judicial motivada y, a continuación, recabe el auxilio de expertos para examinarlas. Del mismo modo, con el fin de protegerlas de las consecuencias de prestar declaración en presencia de la persona encausada, se acordará

que la declaración testifical se realice empleando medios que eviten la confrontación visual -art. 102. 2 y 3 ALECRim-.

Por su parte, el art. 103 prevé expresamente las medidas dirigidas a evitar la victimización secundaria, pese a que tampoco la define. En este sentido, obliga a que todas las autoridades que intervengan en el proceso penal -tanto policiales como fiscales y judiciales- adopten las medidas precisas para evitar que la víctima se vea sometida a situaciones que puedan causarle un sufrimiento innecesario o desproporcionado. A tal fin velarán para que se les reciba declaración sin dilaciones indebidas evitando la reiteración de las mismas. La víctima recibirá un trato digno en toda diligencia en la que intervenga, habilitándose dependencias adecuadas y permitiendo que permanezca en ellas junto a su representante o persona que la acompañe. En particular, las dependencias de las fiscalías y de los tribunales tendrán espacios de espera especialmente habilitados para acoger a las víctimas. En el acto del juicio oral se reservará un lugar específico a la víctima y, en su caso, a su representante o persona que la acompañe.

El art. 107 reconoce el derecho de las víctimas a entender y ser entendidas. Para ello todas las comunicaciones, orales o escritas, se realizarán en un lenguaje claro, sencillo y accesible. En particular, se tomarán en consideración las características personales y las necesidades individuales, especialmente cuando se trate de personas vulnerables por razón de su minoría de edad o de su discapacidad sensorial o intelectual. Asimismo, se proporcionará a las víctimas la asistencia necesaria para hacerse entender, incluida la interpretación a la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral que precisen las personas con discapacidad auditiva.

En el art. 148, relativo a la publicidad de las actuaciones desarrolladas en la fase de juicio oral, se impide captar la imagen y el sonido de las actuaciones cuando se trate de menores o discapacitados con necesidades especiales de protección. Es evidente que dicho precepto no resulta de aplicación ante cualquier tipo de discapacidad. El problema es que la norma proyectada no define qué discapacidad es aquella que necesita de especial protección.

En la misma línea con lo expuesto, el artículo 330 del ALECRim de 2020, relativo a las inspecciones e intervenciones corporales sobre personas no investigadas, exige que cuando la persona que deba ser

sometida a esta diligencia sea un menor de edad o una persona con la capacidad de obrar modificada judicialmente, será preciso su consentimiento cuando, por sus condiciones personales o de madurez, puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia. Evidentemente, surge la duda de a qué se está refiriendo el legislador con las expresiones “condiciones personales o de madurez”. Sin duda, se precisa de una norma complementaria donde la evaluación de tales extremos se encuentre absolutamente detallada en aras de garantizar la seguridad jurídica que debe estar presente en todo proceso.

Sin embargo, el artículo 337, relativo a las garantías e información durante toma de muestras de personas no investigadas, permite a los menores de edad que sean mayores de 14 años y a las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente prestar el consentimiento cuando por razones personales y de madurez puedan comprender el significado y la finalidad de la diligencia. La cuestión entonces es por qué en este caso se exige que se trate de menores que sean mayores de 14 años y en el supuesto de las inspecciones e intervenciones corporales basta con que sean menores de edad que puedan comprender el significado de la diligencia. Más, considerando la distinta gravedad entre realizar una intervención corporal de índole más íntima y extraer una muestra de ADN.

En cuanto al desarrollo de las declaraciones de los menores de edad en el proceso, el artículo 469 ALECCrim es, desde nuestro punto de vista, un claro ejemplo de la sobreprotección que se ha decidido dispensar a los menores de edad víctimas por el mero hecho de que su edad cronológica esté por debajo de los 18 años. En este sentido, el citado precepto introduce como requisito necesario que todos los menores declaren acompañados de quien ejerza su patria potestad, tutela o guarda, salvo que el procedimiento se dirija contra dichas personas o que el fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde otra cosa. En caso alguno el menor depondrá solo pues si se produjera el hecho excepcional de que no declare acompañado de los anteriores sujetos, el organismo competente en materia de protección de menores debe designar una persona que le asista durante la declaración. A continuación, se detallan los extremos en los que ha de producirse tal declaración matizando que el interrogatorio debe acomodarse a las especiales necesidades del menor, de acuerdo con sus habilidades,

edad y madurez intelectual y realizarse en el menor lapso de tiempo posible desde que se tiene constancia del delito.

Cuando las condiciones del menor lo requieran, la declaración se tomará con la intervención de un perito experto en psicología del testimonio con experiencia en esta clase de pericia, a quien previamente se exigirá que preste juramento o promesa. En este caso, podrá acordarse que las preguntas se trasladen al testigo directamente por el perito excluyendo la presencia del fiscal y de las demás partes en el lugar del interrogatorio. No obstante, se garantizará que las partes puedan presenciar la declaración del menor a través de medios técnicos que impidan que puedan ser vistos por el menor que preste testimonio. Seguidamente, se expresa la necesidad de grabar la declaración en soporte audiovisual y no reiterar su práctica salvo que sea imprescindible para los fines de la investigación. Por último, establece la norma que, si por razón de la edad y situación de vulnerabilidad el testigo no debe ser sometido al examen contradictorio de las partes en el acto del juicio oral, se procederá a asegurar la fuente de prueba conforme a lo dispuesto en su artículo 600.

En consonancia con la declaración testifical del menor, el art. 470 ALECrim prevé los términos en los que debe desarrollarse la declaración de la persona con discapacidad. Pese al mutismo de la norma sobre el tipo de discapacidad, de los términos de su redacción se desprende, sin margen de duda alguna, que está pensando en las personas con discapacidad mental o intelectual al articular a lo largo de los distintos apartados el régimen de intervención de la institución de apoyo y las constantes referencias a la evaluación de su capacidad.

IV. CONCLUSIONES

El examen de las distintas normas procesales y cómo articulan el régimen de protección de las víctimas especialmente vulnerables nos permite llegar a concluir que el legislador no especifica ni define la vulnerabilidad para no quedarse, quizás, obsoleto en un período de tiempo que prevé más corto que largo. La ausencia de definición obliga a recurrir a conceptos indeterminados que tampoco define y que, además, emplea de forma indiscriminada. Ejemplo claro de esta situación lo encontramos en el EVD donde las expresiones víctimas

con necesidades especiales de protección, víctimas especialmente vulnerables y víctimas en las que concurren factores de especial vulnerabilidad se utilizan con aparente sinonimia.

Junto con la indefinición conceptual debemos destacar que la sistemática utilizada para tutelar a las víctimas tampoco es clara. Por un lado, el EVD se centra en la protección individualizada del sujeto, es decir, su régimen se articula en torno a la protección de la persona vulnerable identificando y evaluando sus necesidades especiales de protección, con independencia del grupo al que pertenezca. Por otro lado, la LECrim tutela a las víctimas especialmente vulnerables de dos maneras distintas; la primera de ellas, mediante su integración en un grupo vulnerable, con independencia de la especial vulnerabilidad del concreto individuo, atendiendo para ello a su edad o tipo de discapacidad y al delito, presumiendo su vulnerabilidad. Es el caso, por ejemplo, de los menores de 14 años o discapacitados necesitados de especial protección víctimas de abusos sexuales; la segunda posibilidad es tutelarlas de forma individualizada, del mismo modo que el EVD, efectuando para ello una evaluación previa que permitirá a la autoridad judicial concretar las necesidades especiales de protección. Sistemática que será de aplicación a los menores de edad situados entre la franja de los 14-17 años y para discapacitados no necesitados de especial protección.

Por otra parte, hemos observado que las distintas finalidades perseguidas con el régimen de protección de las víctimas especialmente vulnerables se confunden al no delimitarse de forma clara los distintos objetivos. Este hecho puede llevar a identificar contradicciones que con una correcta formulación podrían evitarse. Así sucede en la LECrim cuando se observa el régimen previsto para la preconstitución probatoria de los menores de 14 años -art. 449 ter- y la dispensa del deber de declarar de los menores -art. 416-. Mientras que el primer precepto recoge una presunción iuris tantum de vulnerabilidad de todo menor cuya edad cronológica se encuentre por debajo de 14 y haya sido víctima de alguno de los delitos contemplados en él, traducéndose en la suficiencia de practicar una única exploración durante la instrucción que le exime de intervenir en cualquier otro momento procesal, el art. 416 prevé, precisamente, todo lo contrario, que la ausencia de madurez de cualquier menor de edad -no solamente los menores de 14 años- debe acreditarse y en caso alguno presumirse,

por lo que, salvo informe de un perito aconsejando lo contrario, podrá manifestar su voluntad de no declarar en contra del familiar que ha acometido el delito contra su persona. Es decir, se presume que tiene la madurez suficiente para alcanzar a comprender las consecuencias procesales derivadas de su decisión y ponderar su derecho a la tutela judicial efectiva junto con el derecho a preservar sus relaciones familiares. Este distinto abordaje se debe a que, como señalábamos al principio del tercer punto, el objeto que persigue la norma en cada uno de los artículos no está bien delimitado. Con el art. 449 ter se pretende evitar o minimizar la victimización secundaria del menor que, necesariamente, va a deponer en el proceso. Con el art. 416 se pretende salvaguardar el derecho del menor a ser oído en todas las causas que le afecten, valorando su voluntad en atención a la presencia o ausencia de madurez, criterio que se utilizará para determinar si le exime de prestar declaración o no. En caso afirmativo debemos tener presente que finaliza su relación con el proceso y, en consecuencia, el riesgo de victimización secundaria derivada de su intervención. En caso negativo, deberá deponer en la fase de instrucción y es cuando acudiremos a la presunción del art. 449 ter.

La conclusión alcanzada en este trabajo es que las normas procesales gradúan la vulnerabilidad victimal del menor de edad y de las personas con discapacidad con el objetivo de evitar su victimización secundaria, al mismo tiempo que tratan de garantizar su derecho de acceso al proceso en igualdad de condiciones y su derecho a ser oídas. Para alcanzar tales fines utilizan criterios de medición que toman como eje de referencia la edad y el desarrollo cognitivo y psicológico vinculado a esta, en el caso de los menores y al tipo de discapacidad, en el caso de estos últimos. El problema radica en que nuestras normas procesales recurren a conceptos indeterminados que no solo no definen, sino que tampoco delimitan, aunque sea de forma aproximada, lo que conlleva, especialmente en el ámbito del EVD, la dificultad de determinar a qué sujeto ha de conferirse los distintos niveles de protección. Asimismo, consideramos que la LECrim, en cuanto norma vertebradora de nuestro proceso penal, no debe limitar la preconstitución de la declaración a estos grupos de víctimas vulnerables. Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, la especial vulnerabilidad puede concurrir en víctimas que, siendo mayores de edad o sufriendo un tipo de discapacidad que no implique el estar asistidas de apoyos,

hayan sufrido un delito especialmente victimizador como los previstos en la LO 10/2022, relativos a las violencias sexuales. Abogamos, en este sentido, a la creación de un precepto donde expresamente se reconozca a cualquier tipo de víctima, que, con independencia de su edad, se halle en una situación que le haga especialmente vulnerable en atención al delito sufrido y a las circunstancias que lo rodeen, la posibilidad de que su testimonio quede preconstituido con todas las garantías si, previa evaluación de sus personales circunstancias, se determina que su reiterada intervención procesal va a producirle un grave perjuicio psicológico.

En el otro extremo nos encontramos con que tampoco se prevén en la LECrim los apoyos, ajustes de procedimiento y accesibilidad cuando se trate de víctimas doblemente vulnerables como puede ser menores con discapacidad.

En cuanto al régimen legal proyectado en el Anteproyecto, podemos afirmar que mientras que la LO 8/2021 toma como referencia, por un lado, los 18 años para otorgar a los menores que se encuentren por debajo de esa franja de edad una especial protección en el momento en el que se les tome declaración, y, por otro lado, los 14 años para concederles una protección hiperreforzada con base en su especial vulnerabilidad por el hecho de que su edad esté por debajo de dicha franja, el ALECrIm presenta contradicciones que hemos encontrado en distintos puntos de su cuerpo normativo. Así, su Exposición de Motivos contempla los 13 años como edad límite a partir de la cual no se puede proceder al “archivo de oportunidad”. A nuestro juicio, el límite debería fijarse en los 12 años para que guardase la coherencia necesaria con los resultados de los estudios en psicología examinados en el presente trabajo. Por su parte, existe una total incertidumbre respecto a la edad mínima de los menores a partir de la cual se presume que comprenden el alcance de una inspección o intervención corporal. El Anteproyecto deja esta cuestión al examen de aspectos indeterminados como son la madurez y sus condiciones personales sin especificar cómo deben valorarse tales extremos. De este modo, los menores podrán consentir la práctica de ambas diligencias si presentan la madurez suficiente o si sus condiciones personales indican que goza de la misma. En cambio, sí contempla los 14 años como edad límite bajo cuyo umbral será necesario el consentimiento del representante legal del menor para obtener marcadores de ADN.

Asimismo, en lo referente a la toma de declaraciones de los menores, a diferencia de la LO 8/2021, en el ALECrím no se prevé un régimen de preconstitución necesaria respecto de los menores de 14 años y en cuanto a una serie de delitos determinados, sino que la especialidad en el examen de éstos abarca desde los 18 años, lo que nos permite afirmar que el ALECrím no parte de las premisas de la psicología evolutiva a diferencia de la LO 8/2021, confiando, en su dicción literal, una protección absoluta a todos los menores hasta los 17 años.

En cuanto al tratamiento procesal de los discapacitados, el ALECrím define el concepto de discapacidad en el art. 61 relativo a la persona encausada con discapacidad. De acuerdo con esta definición, la discapacidad viene referida a la situación en que se encuentre una persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales. El problema que presenta esta definición es que no delimita los tipos de discapacidad y los objetivos que deben alcanzarse con las adaptaciones procesales que deban llevarse a cabo. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, cuando accede al proceso una persona con discapacidad física la norma procesal y las adaptaciones se han de dirigir a conseguir que su intervención se desarrolle en condiciones de igualdad, no porque presente una especial vulnerabilidad en el sentido de que su discapacidad lo convierta en víctima especialmente vulnerable sino porque debe facilitársele, por ejemplo, el acceso a las infraestructuras judiciales. Idéntico supuesto se produce en el caso de la discapacidad sensorial de una víctima con nula audición. En este caso no precisa apoyos judiciales, necesita un intérprete y ello no la convierte en víctima discapacitada necesitada de especial protección.

En definitiva, el ALECrím incurre en los mismos errores que las normas en vigor, al no delimitar adecuadamente el tratamiento procesal de estos sujetos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a. I. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F.: “La protección del menor como víctima frente al derecho constitucional de defensa. Aspectos constitucionales de la victimización secundaria”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013.
- ARANGÜENA FANEGO, C.: “Declaración de personas vulnerables y preconstitución de la prueba en el proceso penal”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, núm. 3, 2022.
- ARIZA COLMENAREJO, M. J.: “Tratamiento procesal de las personas con discapacidad intelectual como víctimas”, en ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*, Reus, 2020.
- CHOZAS ALONSO, J.M.: *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, 2015.
- DE PRADO GARCÍA,: “Cuestiones médico-forenses con especial trascendencia en el proceso penal. Especial referencia a la salud mental”, *Centro de Estudios Jurídicos*, 2020.
- DOLZ LAGO, M. J.: “Abusos sexuales a menores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a la luz de la presunción de inocencia”, *Diario La Ley*, 2017.
- GALÁN RODRÍGUEZ, A.: “La perspectiva psicológica de la víctima menor de edad”, en ARMENTA DEU, T./ OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *La víctima menor de edad: Un estudio comparado Europa-América*, Colex, La Coruña, 2010.
- GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, M.: “Derechos de la persona con discapacidad y detención”, en ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*, Reus, 2020.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “Niños y niñas con discapacidad, victimización y proceso penal: algunas reflexiones”, *Diario La Ley*, núm. 9494, 2019.
- LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: “El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2022.
- MARTÍN RÍOS, P.: *Víctima y justicia penal*, Atelier, 2012.
- MOYA GUILLEM, C., y DURÁN SILVA, C.: “La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021”, *InDret*, núm. 4, 2022.
- NASTASCHE, M.: “El modelo social de la discapacidad desde la perspectiva penal”, *La Ley Penal*, n° 146, 2020.
- PEREIRA PUIGVERT, S.: “Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de

- información y apoyo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013.
- PÉREZ MACHÍO, A.I.: “La protección penal del/de la menor víctima de delitos. Hacia un derecho penal basado en el paradigma de la victimología evolutiva y la vulnerabilidad del/la menor de edad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº25 (enero 2021).
- PILLADO GONZÁLEZ, E.: “La declaración de la víctima menor y las medidas para evitar su revictimización”, en BARONA VILAR, S., *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, 2022.
- SÁNCHEZ MEGLAR, J.: “Prueba preconstituída en las declaraciones de los menores y discapacitados, tras la LO 8/2021”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 32, 2021.
- SEMPERE FAUS, S.: “La protección de la víctima menor de edad y la victimización secundaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº13, agosto 2020.
- SERRANO MASIP, M.: “Medidas de protección de las víctimas”, en DE HOYOS SANCHO, M., *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, 2017.
- SOTOCA, A./ MANUEL MUÑOZ, J./ GONZÁLEZ, J.L./ MANZANERO A.L.: “La prueba preconstituída en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica”, *La Ley Penal*, nº 102, mayo-junio 2013.
- SUBIJANA ZUNZÚINEGUI, I./ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.: “Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, 2018.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2016.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La protección de las víctimas vulnerables en el Derecho de la Unión Europea”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./ PÉREZ MACHÍO, A.I./ UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, I.: *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2013.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La protección de las víctimas en el proceso penal: consideraciones generales e instrumentos de protección”, en TAMARIT SUMALLA, J.M., *El Estatuto de las víctimas de delitos. Comentarios a la Ley 4/2015*, Tirant lo Blanch, 2015.

La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora

CLARA MOYA GUILLEM

I. INTRODUCCIÓN

El empleo del término *vulnerabilidad*, a pesar de las dudas que suscita a causa de su vaguedad¹, es extremadamente recurrente desde hace décadas en diversas áreas del conocimiento como la antropología, la sociología, la ciencia política, las geociencias o la ingeniería². Asimismo, la vulnerabilidad es el eje sobre el que se han elaborado conocidas teorías que tratan de explicarla y que han tenido una gran repercusión³. Por el contrario, su incorporación al Derecho es relati-

¹ REY MARCOS denuncia, con acierto, lo siguiente: “el uso de términos como vulnerabilidad, colectivos vulnerables u otros relacionados se ha hecho tan generalizado en nuestro lenguaje que ya apenas se usan otros que venían utilizándose, con mayor o menor rigor y fortuna, para definir las situaciones en las que ahora todo lo ocupa la vulnerabilidad. Y así, términos y conceptos como situaciones de extrema pobreza, grupos marginales o marginalizados, poblaciones excluidas, desfavorecidas, empobrecidas y muchos otros, han ido dejando paso a la vulnerabilidad como concepto que todo lo engloba” [en “¿Grupos vulnerables o vulnerados?”, diario *El País*, de 13 de abril de 2020, disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/planeta_futuro/1586425616_757834.html]. También sobre estos problemas, en relación con el concepto de vulnerabilidad en el campo de la bioética, véase DELGADO RODRÍGUEZ, J.: “The relevance of the ethics of vulnerability in bioethics”, *Les ateliers de l'éthique*, nº 12/2018, pp. 154-179.

² Se refiere al creciente interés por la vulnerabilidad desde distintos enfoques, RUIZ RIVERA, N.: “La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo”, *Investigaciones geográficas*, nº 77/2012, p. 64.

³ El profesor BONSIGNORE FOUQUET se ha referido a las más relevantes teorías acerca de la vulnerabilidad en el primer capítulo de esta obra colectiva.

vamente reciente⁴ y, en consecuencia, son escasas las investigaciones jurídicas que se han centrado en su estudio⁵.

Específicamente en este ámbito, la expansión de las voces *vulnerable* y *vulnerabilidad* es constante en los últimos años⁶. En particular, en el marco del sistema de justicia penal español, aunque ya se aludió de manera aislada a la *vulnerabilidad* anteriormente⁷, ha sido, sobre

⁴ Solo en los instrumentos normativos aprobados en los últimos años se hace referencia a la *vulnerabilidad* de una forma expresa. En esta dirección, véanse, entre otras, la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica; la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ámbito de su capacidad jurídica; o el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

⁵ Véanse, a modo de ejemplo, las siguientes publicaciones: DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista penal*, n.º 50/2022, pp. 64-90; QUINTIÁ PASTRANA, A. / NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dirs.): *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad: las medidas públicas de protección frente a la emergencia social*, Aranzadi, 2022; CARRANZA, G. / ZALAZAR, C. (dirs.): *Nuevas perspectivas de vulnerabilidad en el Derecho a la salud*, Tirant lo Blanch, 2021; ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.I. (coord.): *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: De la teoría a la práctica*, Reus, 2020; y GONZÁLEZ MONJE, A. (coord.): *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables: aspectos interdisciplinarios*, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.

⁶ Igualmente, se ha hecho notar el uso creciente de los términos *vulnerabilidad* y *grupos vulnerables* tanto en las políticas de la Unión Europea como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En particular, resulta interesante consultar el informe “Human rights priorities in the European Union’s external and internal policies: an assessment of consistency with a special focus on vulnerable groups” publicado en 2015 en el marco FRAME de la Comisión Europea, disponible en: <https://fp7-frame.eu/wp-content/uploads/2016/08/24-Deliverable-12.2.pdf>

⁷ Concretamente, se aludió expresamente a las *personas especialmente vulnerables* en el artículo 180 del Código penal aprobado a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. En efecto, esta ley aprueba el primer texto punitivo que contempla la expresión *vulnerable*. Concretamente, la contempla en una circunstancia agravante específica de los delitos de abusos y agresiones sexuales que resultaba de aplicación “cuando la víctima [era] una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación” (art. 180.3º). El resto de las referencias en el Código penal a la vulnerabilidad se han ido añadiendo con posterioridad. Así, por ejemplo, la que agrava el acoso sexual se creó me-

todo, a partir del año 2015 cuando la expresión ha irradiado en los instrumentos mediante los que se materializa la denominada “política victimal”⁸.

Fue precisamente en ese año cuando se aprobaron, entre otras, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad Ciudadana; la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito; o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal⁹. En todas estas normas se localizan numerosas alusiones literales a la víctima o persona vulnerable, sobre la que versa particularmente esta obra colectiva, y también a los grupos vulnerables. En ninguna de ellas, ni tampoco en otras, empero, se prevé una definición auténtica al respecto con carácter general¹⁰ y los

dante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril; las cuatro relacionadas con la violencia doméstica, mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre; o la relativa a la trata de seres humanos, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

⁸ Con la expresión “política victimal” se hace referencia a todas aquellas iniciativas, legales y de otro tipo, que emanan de una autoridad en el marco de la respuesta a la victimización. Al respecto, VARONA MARTÍNEZ, G.: “El impacto de la política victimal de la Unión Europea en el sistema penal español estudio particular de los efectos reales de la Directiva 2012/29/UE sobre derechos de las víctimas de delitos”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / DE LA MATA BARRANCO, N.J. / BLANCO CORDERO, I. (coords.): *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, 2017, p. 546. Concretamente, me refiero en este trabajo a aquellas estrategias orientadas a la prevención de la victimización en todas sus formas, así como a la reparación de los daños ocasionados a la víctima por el delito y por el propio proceso penal.

⁹ Por ejemplo, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se crearon agravantes específicas para cualificar los delitos de homicidio, asesinato, acoso, prostitución de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección y delitos farmacológicos con base en la especial vulnerabilidad victimal. A partir de entonces, se han reiterado las alusiones a la *vulnerabilidad* en las Leyes Orgánicas 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional; 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; y 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

¹⁰ El artículo 177 bis del Código penal define la *situación de necesidad o vulnerabilidad* como aquella que se da “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Sin embargo, esta definición solo afecta al delito de trata de personas.

esclarecimientos que se facilitan por parte de las escasas referencias bibliográficas y jurisprudenciales que han abordado esta cuestión resultan incluso contradictorias¹¹.

Efectivamente, el análisis de la documentación disponible en la materia permite concluir que conviven numerosas acepciones de la expresión *víctima vulnerable*. Se emplea para referirse a aquella persona sobre la que existe mayor prevalencia de victimización, a la que se halla desvalida, a aquella que desarrolla mayores secuelas derivadas del delito, etc. Por su parte, el Diccionario de la RAE define *vulnerable* como el adjetivo que describe al que “puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. Por lo tanto, todas las definiciones que acabo de mencionar, y también otras muchas, son perfectamente válidas. Pero lo cierto es que no todas resultan útiles para delimitar el alcance de las diversas normas que sobreprotegen a las víctimas más vulnerables o persiguen su reparación integral¹². En otras palabras, por ejemplo, no todas ellas pueden definir a las *personas especialmente vulnerables* a las que tutelan con mayor intensidad las normas de Derecho penal sustantivo en las que se ha centrado, de manera especial, este libro.

Todas las explicaciones citadas, así como aquellas que se ofrecen desde otros campos del conocimiento, tienen en común dos rasgos

¹¹ En la mayoría de las ocasiones se da por hecho que determinadas víctimas son especialmente vulnerables sin ninguna reflexión al respecto. Esto sucede especialmente al abordarse el tratamiento que reciben los menores de edad y las personas con discapacidad.

¹² Así, el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, establece que se debe realizar un plan de apoyo psicológico para víctimas especialmente vulnerables (arts. 19 y 32). Pero las víctimas a las que dicha norma hace referencia no parecen identificarse con aquellas a las que alude el último Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal publicado en el año 2020. Esta legislación proyectada define a las *víctimas en situación de especial vulnerabilidad* como “aquellas que, por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales, precisan adaptar su intervención en el procedimiento a su particular situación” (art. 102). Y esta definición, a su vez, no parece servir para determinar el concreto alcance de los subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad vic-timal recogidos en el Libro II del Código penal (por ejemplo, en los arts. 140.1.1º y 177 bis.4.b).

distintivos sobre los que ha escrito RUIZ RIVERA: “por un lado, la vulnerabilidad se define siempre en relación con algún tipo de amenaza y, por otro lado, el análisis de la construcción de vulnerabilidad se hace en dos momentos distintos del proceso. En primer lugar, en las condiciones que la unidad de análisis tiene antes de una situación de estrés, que le hacen más o menos propensa a una pérdida específica (susceptibilidad). En segundo lugar, están las formas que desarrolla la unidad de análisis para enfrentar una situación de estrés una vez que ésta ha ocurrido, y que se relacionan con la capacidad de ajuste”¹³.

A pesar de estas similitudes, como ya he indicado, el contenido de los significados diverge porque la vulnerabilidad tiene múltiples facetas y su concreción va ligada a esa *unidad de análisis* de la que habla el mencionado autor. No se es, sin más, vulnerable; sino que se es vulnerable respecto de alguna amenaza en particular. Esta es la razón por la que existen numerosos preceptos con gran impacto en el sistema de justicia penal que se refieren a personas o víctimas vulnerables y persiguen su sobreprotección frente a distintos peligros.

Sentado lo anterior, cabe concluir que si se pretende delimitar con precisión quiénes son las víctimas vulnerables a las que tutela de un modo reforzado una norma en particular, deberá detectarse, primero, el propósito de esa disposición. Este es, pues, el único procedimiento que permitirá circunscribir el ámbito de aplicación de la norma.

En definitiva, son numerosos los instrumentos normativos a través de los que se desarrolla la política victimal que sobreprotege a las personas más vulnerables, pero su determinación obliga a realizar, de forma previa, un análisis de la disposición de la que se parte y, específicamente, de su fundamento material.

Alcanzada esta conclusión preliminar, son, al menos, cuatro los distintos momentos en los que se tutela de un modo más intenso a la víctima del delito considerada vulnerable. A continuación, voy a tratar de delinearlos para abordar, más adelante, en particular, el alcance de los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad victimal. Finalmente, considerando lo examinado en los primeros

¹³ RUIZ RIVERA, N.: “La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo”, cit., p.64.

epígrafes del trabajo, expondré las propuestas *de lege ferenda* que considero más razonables en este ámbito.

II. LAS CUATRO DIMENSIONES DE LA VULNERABILIDAD VICTIMAL. DELIMITACIÓN Y ANÁLISIS DE SU IMPACTO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

El sistema de justicia penal protege a toda víctima (real o potencial) desde, al menos, cuatro perspectivas. Esto sucede porque todos somos, como concluye MARTHA FINEMAN en sus estudios, vulnerables¹⁴. En primer lugar, se ampara a la potencial víctima del delito a través de las políticas de prevención de la criminalidad y, más específicamente, de prevención de la victimización. En segundo lugar, se tutela, igualmente, a la potencial víctima del delito mediante la sanción penal de determinados comportamientos ilícitos. Se considera, por ello, que la pena cumple una importante finalidad preventivo-general. En tercer lugar, se protege a las víctimas reales que intervienen en el proceso penal, entre otras finalidades, para minimizar el impacto de la victimización secundaria. Por último, se defiende a las víctimas reales promoviendo su reparación material e inmaterial frente a los daños derivados del delito y del propio contacto con la justicia.

Estas son, señaladas de forma necesariamente sucinta, las cuatro estrategias político-criminales para proteger a las víctimas del delito. Y todas ellas ofrecen, asimismo, una tutela reforzada a determinadas víctimas por considerarlas más vulnerables que el resto.

La distinción de las cuatro dimensiones mencionadas resulta esencial, por un lado, para determinar el ámbito de aplicación de las nor-

¹⁴ La teoría de la vulnerabilidad de FINEMAN parte del reconocimiento de que todos los seres humanos son vulnerables a hechos adversos, en su caso delitos, a lo largo de su vida. Esa característica común en los seres humanos, e incluso a otras formas de vida, de la que emana su necesidad de conexión y cuidado, supone el fundamento último de la vida social y la obligación de los Estados de minimizar, reparar o responder a ella de forma adecuada, no provocando más daños [“The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, n.º 20/2008, pp. 9-15].

mas que sobreprotegen a las víctimas especialmente vulnerables y confeccionar, en su caso, el instrumento de medición de la vulnerabilidad que debe emplearse en cada caso. Por otro lado, diferenciarlas es imprescindible para evaluar críticamente las políticas implementadas en cada ámbito y realizar propuestas para mejorarlas.

Seguidamente, me detendré en cada una de estas cuatro estrategias de política victimal para luego abordar con detenimiento la desarrollada, particularmente, desde el Derecho penal sustantivo.

2.1. La prevención de la victimización a través de políticas públicas de seguridad

Las políticas públicas deben, entre otras cosas, garantizar la seguridad ciudadana. Para ello resulta básica la prevención del fenómeno delictivo en su conjunto que debe servir, asimismo, para evitar (en la medida de lo posible) tanto la victimización como la revictimización¹⁵.

Con estos propósitos se elaboran habitualmente, además de otros recursos, planes estratégicos para la prevención primaria orientados a evitar, en general, la victimización de cualquier integrante de la sociedad. Estas políticas, sin embargo, no deben ser las únicas en este ámbito. También resultan cruciales aquellas destinadas, de un modo específico, hacia los colectivos de riesgo (prevención secundaria) y las que tratan de impedir la revictimización (prevención terciaria)¹⁶. Sobre estas dos últimas tratarán las siguientes líneas.

Por un lado, las estrategias de prevención secundaria deberían focalizarse en quienes suelen ser víctimas más frecuentemente. Sería conveniente, por lo tanto, que considerasen, no solo los hábitos de vida que convierten a algunos en grupo de alto riesgo o victimización, sino todos sus factores endógenos y exógenos.

¹⁵ *Victimización* es el concepto que define el proceso por el que una persona se convierte en víctima, mientras que *revictimización* es el proceso por el que una víctima que vuelve a serlo.

¹⁶ Sobre estas modalidades de prevención victimal, véase TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en BACA BALDOMERO, E. / ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. / TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p.35.

Considerando lo anterior, esta primera dimensión de la política victimal debería basarse, fundamentalmente, en los estudios epidemiológicos disponibles para decidir quién es en cada contexto la persona más vulnerable al delito; es decir, aquella que de manera más probable lo sufrirá¹⁷. Una vez trazado el perfil de esa víctima del fenómeno criminal, que obviamente debería actualizarse periódicamente, quien encaje perfectamente en ese contorno podrá ser considerada una víctima especialmente vulnerable. En cambio, cuantos menos elementos en común con ese grupo de riesgo tenga alguien, menos vulnerable será y menos atención deberá recibir, en principio, de las políticas destinadas a la prevención de esa forma de delincuencia.

De este modo, para señalar quién sería la víctima especialmente vulnerable, por ejemplo, del fenómeno criminal de la trata de personas debería realizarse la siguiente deducción. Parece acreditado que la mayor prevalencia de victimización en este ámbito se da en mujeres jóvenes, extranjeras y sin recursos económicos a las que se

¹⁷ Un sector de la doctrina afirma que “en la Victimología actual el concepto de *vulnerabilidad* se identifica con la pertenencia a un colectivo de riesgo, que puede definirse con parámetros individuales, relacionales, contextuales y socioestructurales”. Al respecto, VARONA MARTÍNEZ, G. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / MAYORDOMO RODRIGO, V. / PÉREZ MACHÍO, A.I.: *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención*, 2015, material docente disponible en: <https://ocw.ehu.es/course/view.php?id=355>. En el mismo sentido, véase LÓPEZ WONG, R.: “La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas”, en PÉREZ ALONSO, E. / POMARES CINTAS, E. (coords.): *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 338. Asimismo, en esta dirección, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, establece que la vulnerabilidad se entiende como “exposición a un riesgo de lesión particularmente elevado” (considerando 38), lo cual acarrea una “necesidad de protección especial” (detallada en su capítulo IV). Con todo, también es producto de la Victimología la clásica la distinción entre “víctima de riesgo” y “víctima vulnerable”. Por víctima de riesgo se entiende la persona que tiene una mayor probabilidad de ser víctima y por víctima vulnerable aquella que cuando ha sufrido una agresión queda más afectada psicológicamente por lo ocurrido. Véase, sobre las diferencias entre ambas expresiones, GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. / AMOR ANDRÉS, P.J.: *Víctimas vulnerables*, Editorial Síntesis, 2019, pp. 17 y 18.

intenta explotar sexualmente¹⁸. Estas conforman, en consecuencia, el principal grupo de riesgo; es decir, las potenciales víctimas más vulnerables a este tipo de criminalidad. De manera que, si el propósito de una determinada estrategia preventiva fuese evitar la victimización en este perímetro, sobre ellas debería incidirse de un modo específico y a ellas deberían dirigirse, por ejemplo, las campañas de información. Así es como funciona parte del programa ÖDOS frente a la explotación sexual¹⁹.

La perfilación victimal señalada arrojará, en definitiva, la información necesaria para determinar quiénes son las personas con mayor riesgo de victimización. Pero, incluso en el seno de esta primera dimensión, cuyo foco es la prevención a través de políticas públicas de seguridad, como ya he anunciado, debe distinguirse la prevención secundaria de la terciaria. Para el diseño de ambas inevitablemente habrá que hacer una predicción del riesgo, tomando como base la prevalencia de la victimización o revictimización, según el caso. No obstante, para hacer frente a la revictimización (a través, por ejemplo, de medidas cautelares o de la orden de protección) se requiere de una minuciosa evaluación de cada víctima del delito y de su entorno para conocer si es o no especialmente vulnerable. Las víctimas más vulnerables desde este prisma son las que más probablemente, por sus circunstancias, sufrirán revictimización. Así es como funciona, en parte, actualmente, VIOGEN en relación con las víctimas de la violencia de género²⁰. Este programa, tras evaluar cada caso, determina el nivel de riesgo de revictimización de la víctima (no apreciado, bajo, medio, alto o extremo) y, en consecuencia, se le otorga una tutela más o menos intensa.

¹⁸ MOYA GUILLEM, C.: *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 38-45.

¹⁹ Al respecto, GARCÍA ESPAÑA, E. / CARVALHO DE SILVA, J. / CASTRO PATRICIO, E. / PRADO MANRIQUE, B.: “Una parada en el camino. Estrategia de prevención secundaria de la trata en Andalucía” en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 4/2021, pp. 181-210.

²⁰ Sobre VIOGEN, resulta de interés el trabajo publicado por GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L. / LÓPEZ OSSORIO, J.J. / RODRÍGUEZ DÍAZ, M. / URRUELA CORTÉS, C.: “Sistema de Seguimiento Integral de los Casos de Violencia de Género: Sistema VioGén”, *Behavior & Law Journal*, Vol. 4, nº 1/2018, pp. 29-40.

Siendo ello así, perfectamente podrá existir una víctima de trata de personas varón de 50 años que se encuentre más expuesta a la revictimización que esa víctima especialmente vulnerable que resulta de la perfilación victimal a realizar para prevenir la victimización secundaria.

2.2. La prevención de la victimización a través de la pena

La prevención de la victimización, como se sabe, también es uno de los propósitos de la ley penal sustantiva. Según las teorías relativas de la pena, la mera previsión de la sanción penal emite un claro mensaje dirigido a la sociedad en su conjunto para evitar que se cometan delitos (prevención general). Al mismo tiempo, la imposición de una pena a quien ya ha cometido un delito pretende evitar la reincidencia (prevención especial).

Desde esta perspectiva se identifican dos modelos de tutela reforzada de la vulnerabilidad victimal en el Código penal. Se trata de sobreproteger, por un lado, a los *grupos vulnerables* en los denominados “delitos de odio”, o en los delitos de genocidio y lesa humanidad; y, por otro lado, a las *personas vulnerables* de un modo muy evidente, aunque no exclusivamente, a través de las circunstancias agravantes específicas basadas en la especial vulnerabilidad victimal que están siendo objeto de análisis en esta obra colectiva.

El fundamento de estas previsiones parece distinto. Los preceptos que se refieren a *grupos vulnerables* estarían protegiendo a las minorías y a los colectivos socialmente discriminados frente a las más severas manifestaciones de desigualdad²¹. En cambio, la protección penal de las *personas vulnerables* perseguiría el amparo frente a aquellas situaciones en las que el bien jurídico-penal se encuentra más expuesto. Por eso, debe reconocerse que, en rigor, conviven, al menos, dos modelos de protección según las normas penales se dirijan a *grupos vulnerables*, con independencia de la concreta vulnerabilidad de los individuos que a ellos pertenecen, o a *personas vulnerables*, con inde-

²¹ Véase, sobre esta cuestión, GUARDIOLA GARCÍA, J.: “La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 28/2022, pp. 117-154.

pendencia de su pertenencia a un determinado colectivo. Sobre esta idea volveré más adelante.

En cualquier caso, siguiendo con el ejemplo del fenómeno de la trata de personas planteado en el anterior apartado, habría que distinguir dos comportamientos distintos que agravarían la sanción correspondiente en aplicación del tipo básico previsto en el primer apartado del artículo 177 bis del Código penal. Si el delito se comete con una motivación discriminatoria (por ejemplo, la referente al sexo de la víctima) podría resultar de aplicación la circunstancia agravante genérica prevista en el artículo 22.4. Por el contrario, la *persona especialmente vulnerable* a la que se refiere el subtipo cualificado recogido en el cuarto apartado del artículo 177 bis sería aquella que no pueda defenderse del ataque por ser una mujer en avanzado estado de gestación o una persona con una grave discapacidad intelectual que le impide comprender el alcance del suceso. Las previsiones recogidas en los artículos 22.4 y 177 bis.4.b) perseguirían, pues, propósitos distintos y su aplicación requeriría el empleo de diferentes instrumentos de medición de la vulnerabilidad. En un caso el parámetro sería el nivel de discriminación del colectivo que lleva a sus integrantes a vivir en ciertas parcelas de su cotidianidad en una situación de desventaja; mientras que en el otro, el instrumento de medición se centraría en el grado de capacidad de defensa del concreto sujeto pasivo del delito.

Recapitulando, son cuatro las víctimas especialmente vulnerables identificadas hasta el momento que no coinciden entre sí: las dos correspondientes con las dos vertientes preventivas y las dos a las que alude el Derecho penal sustantivo. Pero todavía puede distinguirse algunas más, a la que me refiero en los siguientes apartados.

2.3. *La prevención de la victimización secundaria*

Desde que una víctima vulnerable interviene, de algún modo, en el sistema penal y es identificada como tal, son diversas las disposiciones que tratan de tutelarla con mayor intensidad que al resto, sobre todo, frente a la conocida “victimización secundaria”²². Otros preceptos

²² La victimización secundaria, como se sabe, hace referencia a los efectos negativos que tiene para una víctima su paso por el proceso penal. Aborda, en particu-

del Derecho procesal penal también declaran proteger de un modo específico a las víctimas más vulnerables, pero lo hacen frente a los obstáculos a los que puedan enfrentarse para acceder al proceso penal en igualdad de condiciones. Con todo, ambos modelos de tutela de la especial vulnerabilidad victimal en el marco de esta tercera dimensión a la que ahora me estoy refiriendo no son los únicos. Todavía puede localizarse un tercer grupo de disposiciones que sobreprotegen a las víctimas vulnerables con la finalidad de que su intervención resulte de la mayor utilidad posible para el esclarecimiento de los hechos. De ahí que, por ejemplo, ante la ausencia de capacidad para el recuerdo de hechos vividos en menores de muy corta edad se pueda acudir, excepcionalmente, al testimonio de referencia (art. 710 LECrim).

Considerando el distinto fundamento de estas normas, también en este caso será diferente la herramienta a través de la que poder graduar la vulnerabilidad. En primer lugar, las disposiciones que tratan de minimizar la victimización secundaria deberían determinar quiénes conforman los grupos de riesgo en este ámbito en función de la prevalencia de victimización secundaria. Habría que acudir, en consecuencia, nuevamente, a la investigación empírica para concretar quiénes son más susceptibles, según la experiencia, de sufrir las más graves secuelas al interactuar con los agentes del proceso penal. Por el contrario, la delimitación de las víctimas especialmente vulnerables en los otros dos grupos de normas mencionados requiere de una evaluación individual previa. Así es como los tribunales podrán, por un lado, adaptar el proceso penal para que la víctima pueda ejercer sus derechos y, por otro, determinar si tiene la suficiente madurez intelectual para otorgar un testimonio válido.

Retomando el ejemplo que me está sirviendo como referente, en este entorno serán víctimas de trata de personas especialmente vulnerables a la victimización secundaria, según indica la investigación psicológica en la materia, las menores de edad que hayan sido, además, sometidas a explotación sexual²³. Esta es quizás la razón por la

lar, esta forma de victimización la profesora DURÁN SILVA en el capítulo que ha elaborado para esta obra colectiva.

²³ FELSON, R.B. / PARE, P.P.: "Gender and the victim's experience with the criminal justice system", *Social Science Research*, nº37/2008, pp. 202-219. Se estima que el principal factor de victimización secundaria para un menor es la

que la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia habría establecido la preconstitución de la prueba para, entre otros, el colectivo de menores de 14 años víctimas de trata de personas, sin necesidad de una evaluación individual previa de su nivel de desarrollo²⁴. Pero las *víctimas en situación de especial vulnerabilidad* a las que alude el artículo 102 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal publicado en 2020²⁵ o el derecho contenido en el artículo 9 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito²⁶, pretenderían proteger a aquellas víctimas de trata de personas, por ejemplo, con una discapacidad sensorial o física que les lleva a necesitar un intérprete de signos o una rampa para acceder a la sala de vistas con silla de ruedas.

sobreexposición a distintas evaluaciones-entrevistas que le suponen una reexperimentación continuada de emociones negativas y una sensación de descrédito (desconfianza), si se pone en cuestión su testimonio, que afecta a su autoestima y puede crearle sentimientos de culpa. Al respecto, GONZÁLEZ, J.L., MUÑOZ, J.M. / SOTOCA, A. / MANZANERO, A.L.: “Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituída en víctimas especialmente vulnerables”, *Papeles del Psicólogo*, n° 34/2013, pp. 227-237.

²⁴ También sobre esta base se construyen las medidas de protección de los artículos 25 y 26 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

²⁵ Este precepto se basa en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad [versión actualizada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Quito (Ecuador) en 2018]. En este documento se establece que «[u]na persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas». Y, en el bloque dedicado a las personas vulnerables, se realiza una división entre la vulnerabilidad en función de la edad, a la vulnerabilidad en función del género, a la vulnerabilidad en función de la discapacidad y a la vulnerabilidad por causas sociales, económicas, étnicas y/o culturales.

²⁶ El artículo 9 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, establece el derecho a la traducción e interpretación. Concretamente, determina que “toda víctima que no hable o no entienda el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate tendrá derecho a ser asistida gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprenda cuando se le reciba declaración en la fase de investigación por el Juez, el Fiscal o funcionarios de policía, o cuando intervenga como testigo en el juicio o en cualquier otra vista oral. Este derecho será también aplicable a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral”.

2.4. *La reparación de la victimización*

Por último, el ordenamiento jurídico español, cuando han fracasado (al menos, en parte) las estrategias preventivas anteriormente mencionadas, se compromete, por lo general, a ofrecer a la víctima una compensación y asistencia por las victimizaciones primaria y secundaria sufridas.

De esta manera, por un lado, debe perseguirse su reparación integral mediante la ayuda económica, social y psicológica que requiera en atención a las secuelas sufridas, considerando, por supuesto, su resiliencia. A esta ayuda se suma, por otro lado, la que se ofrece solo a las víctimas de determinados delitos por razón de su pertenencia a un colectivo que se considera merecedor de una reparación más intensa. Me refiero a las ayudas públicas sectoriales contenidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual; en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo; o en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, desarrollada por el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. A los derechos contenidos en estas últimas leyes tiene acceso la víctima por el mero hecho de pertenecer al colectivo considerado vulnerable de “víctimas de la violencia de género” o “víctimas del terrorismo”.

Siendo ello así, la víctima de trata de personas que haya sufrido un mayor daño recibirá, en consecuencia, una indemnización más elevada en el marco de la responsabilidad civil derivada del delito o un apoyo psicológico más intenso y prolongado en el tiempo. Además, sin necesidad en este caso de realizar ninguna evaluación individual, si esa misma víctima lo fue del delito de trata de personas en su modalidad violenta podrá acceder a las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre. Y, finalmente, si el tratante fuese su pareja o expareja, también podría ser beneficiaria de los derechos recogidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

En conclusión, delimitar con claridad las cuatro dimensiones de la sobreprotección a las víctimas especialmente vulnerables en el marco

del sistema de justicia penal, así como los modelos de tutela que conviven en cada una de ellas, resulta esencial. Como puede observarse, en unos casos bastará con identificar a la víctima del delito como miembro del colectivo vulnerable para otorgarle una protección reforzada, mientras que en otros habrán de evaluarse las distintas capas de vulnerabilidad de la víctima para determinar sus concretas necesidades²⁷. Solo de este modo se podrá interpretar correctamente la norma y, en su caso, diseñar instrumentos de medición de la vulnerabilidad que faciliten su aplicación.

Teniendo esta conclusión en cuenta, en el siguiente epígrafe voy a detenerme en el análisis de la segunda de las dimensiones aludidas con la finalidad de concretar algunas pautas interpretativas y propuestas de mejora. Específicamente, voy a examinar en este contexto los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad victimal que se contienen actualmente en el Código penal.

III. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS BASADAS EN LA ESPECIAL VULNERABILIDAD VICTIMAL

La sobreprotección de personas especialmente vulnerables se prevé expresamente en el Código penal desde que se aprobó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre²⁸. Sin embargo, esta tutela tan reforzada se ha expandido sustancialmente a través de las últimas reformas penales (sobre todo, las operadas mediante las ya citadas Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, 1/2019, de 20 de marzo, y 8/2021, de 4 de junio, así como por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual), convirtiéndose en una de las causas de agravación más reiteradas²⁹.

En la actualidad son numerosos los delitos que contemplan estas cualificaciones específicas, aunque las contienen con dos fórmulas dis-

²⁷ Véase, en este sentido, la metáfora de las capas planteada por la autora Florencia Luna a la que hace referencia el profesor BONSIGNORE FOUQUET en su capítulo de libro para esta obra.

²⁸ Véase la nota n° 7.

²⁹ Véase la nota n° 9.

tintas. Por un lado, la pena prevista en los tipos básicos de los siguientes delitos se agrava cuando el ataque se produzca contra una *persona especialmente vulnerable*: homicidio y asesinato (arts. 138.2.a y 140.1.1º), lesiones (arts. 148.5º), violencia doméstica (arts. 153.1, 171.4, 172.2, 173.2), tráfico de órganos (art. 156 bis.4), detenciones ilegales y secuestro (arts. 165 y 166.2), matrimonio forzado (art. 172 bis.3), trata de personas (art. 177 bis.4) y pornografía infantil (art. 189.2). Por otro lado, se contemplan subtipos cualificados en atención a que la víctima *se halle en una situación de especial vulnerabilidad* en relación con los siguientes delitos: acoso (art. 172 ter.1.4º), agresión sexual (art. 180.1.3º y 181.4), acoso sexual (art. 184.4) y prostitución de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 188.3)³⁰. Y en ambos se asocia la especial vulnerabilidad con varias de las siguientes circunstancias: la edad, la discapacidad, la enfermedad, la situación, etc.

Abordándolos de un modo conjunto, a pesar de las diferencias que existen, en los siguientes apartados trataré de delimitar su fundamento para, a continuación, concretar su ámbito de aplicación.

3.1. De nuevo sobre el fundamento

Como ha expuesto el profesor SANDOVAL CORONADO en esta obra, la determinación del fundamento material de las cualificaciones que están siendo objeto de estudio resulta sumamente controvertido. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado al respecto, sustentando diversas posturas. Por lo general, lo han hecho respecto de la circunstancia agravante específica prevista para un delito en particular. Pero, considerando la similar técnica legislativa que se emplea en todos los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad victimal a los que me voy a referir, estimo que sus re-

³⁰ Las Leyes Orgánicas 8/2021, de 4 de junio, y 10/2022, de 6 de septiembre, han modificado los artículos 172 ter.1.4º, 180.1.3º, 181.4, 184.4 y 188.3 Cp para agravar la pena asociada al ataque contra una persona que “se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia”. Bajo esta nueva fórmula, como puede observarse, caben todo tipo de situaciones generadoras de vulnerabilidad, que no necesariamente tendrán carácter permanente.

flexiones pueden adquirir un alcance general, por lo que las trataré indiscriminadamente.

La tesis que más aceptación ha cosechado hasta el momento entre la doctrina se centra en el plus de antijuridicidad que contienen estos subtipos por la mayor exposición del bien jurídico. Según entienden quienes sustentan esta idea, el mayor contenido de injusto derivaría de las menores posibilidades de defensa que tendrían las personas a las que el precepto alude³¹.

³¹ Sostienen, de uno u otro modo, esta postura MORALES PRATS, F.: “Art. 138”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al Código penal español, Tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 962; GÓMEZ MARTÍN, V.: “Art. 140”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código penal. Reforma Ley Orgánica 1/2015 y Ley Orgánica 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 501; MUÑOZ RUIZ, J.: “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015, p. 338; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 467; CORTÉS BECHIARELLI, E.: “El menor como víctima del delito tras la última reforma del Código penal (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)”, en ARMENTA DEU, T. / OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.): *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, 2010, p. 27; PÉREZ MACHÍO, A. I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. / DE LA MATA BARRANCO, N.J. (dirs.): *La integración social de la menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, 2020, p. 47; FERNÁNDEZ GARCÍA, G.: “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo”, *Revista misión jurídica*, n° 16/2019, p. 179; FRAILE COLOMA, C. / JAVATO MARTÍN, M.: “Artículo 171”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*, Aranzadi, 2015, p.341; GÓMEZ RIVERO, M.C.: “Delitos contra la salud y la integridad corporal”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (coord.): *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, 2018, p.113; CARBONELL MATEU, J. C.: “Homicidio y sus formas (II): Asesinato”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, p.50; ALCÁCER GUIRAO, R.: *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, 2004, p. 48; RUEDA MARTÍN, M.A.: “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, en ROMEO CASABONA, C.M., *Tratado de derecho y envejecimiento: la adaptación del derecho a la nueva longevidad*, 2021, p. 585; y AGUILAR CÁRCELES, M.M.: “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en

Además, algunos autores sostienen que la *ratio* de las cualificaciones por la especial vulnerabilidad de la víctima reside, a su vez, en un mayor reproche culpabilístico. Entienden que ello conlleva, al menos, que el sujeto activo del delito sea consciente de la circunstancia por la que la víctima se encuentra en situación de inferioridad³², aunque la mayoría de los partidarios de esta opción considera que implica, asimismo, un abuso de dicha coyuntura³³.

Estiman algunos autores que, a su vez, el fundamento comprende las mayores secuelas ocasionadas a la víctima e incluso el incremento del riesgo de victimización secundaria. Sostienen, en consecuencia, que el comportamiento ilícito conllevaría un mayor desvalor de resultado consistente en ese mayor componente de daño³⁴.

Finalmente, sobre todo con la finalidad de poder distinguir esta circunstancia de otras como la alevosía o el abuso de superioridad, hay quien las vincula con la protección de un bien jurídico que ven-

MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, 2015, pág.79.

³² A favor de este plus de culpabilidad, CARBONELL MATEU, J.C.: “Homicidio y sus formas”, cit., p. 50; y ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio”, en: LAMARCA PÉREZ, C.: (coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 6.ª ed., Dykinson, 2019, p. 7. Igualmente, MUÑOZ CONDE afirma en este sentido que la aplicación de la cualificación de los arts. 138.2.a) y 140.1.1.º requiere conocimiento siquiera aproximado de la edad de la víctima o de su carácter vulnerable [*Derecho penal. Parte especial*, 23.ª ed., Tirant lo Blanch, 2021, p. 40].

³³ JUANATEY DORADO, C.: “Asesinato”, en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho penal. Parte especial, vol. 1, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal)*, 2.ª ed., Iustel, 2016, p. 808; y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. / VENTURA PÜSCHEL, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015, p. 322. Afirman estos últimos autores que “la concurrencia de las circunstancias in el hecho no implica, per se, un mayor desvalor, a no ser que las referidas características que se predicen del sujeto pasivo fueran buscadas deliberadamente con el propósito de asegurar el resultado del delito sin riesgo para el autor”.

³⁴ ALCÁCER GUIRAO, R.: *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, cit., p. 56. También en esta dirección TAMARIT SUMALLA, J.M.: “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?”, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, p. 75.

dría a ser, según afirma ALONSO ÁLAMO, “la igualdad real que demanda una protección penal más intensa de estas personas”³⁵.

Esta es, precisamente, la toma de postura que parece haberse consolidado en la jurisprudencia. A pesar de que en los últimos años se habían dictado sentencias sumamente contradictorias³⁶, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha confirmado a través de la Sentencia 585/2022, de 14 de junio (por mayoría de 12 votos frente a 4), la jurisprudencia de la Sala que hace compatible la alevosía por desvalimiento constitutiva del delito de asesinato con el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima.

Manifiesta, en esta dirección, el Tribunal Supremo que “el subtipo cualificado de especial vulnerabilidad de la víctima es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental”. Ese enunciado, según expone, “es algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaleándose de su imposibilidad de defensa”. Y concluye que “la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad [...]. Siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso” (STS 814/2020, de 5 de mayo)³⁷. Por lo tanto, según esta interpretación *de lege lata*, se podría aplicar el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabi-

³⁵ ALONSO ÁLAMO, M.: “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 117/2015, p. 38.

³⁶ Aunque la jurisprudencia ha venido sosteniendo que el subtipo cualificado “compporta en la acción una mayor antijuridicidad que justifica una mayor sanción” (SSTS 678/2020, de 11 de diciembre, y 585/2022, de 14 de junio), en algunos casos, como en la SAP Barcelona 954/2016, de 12 de diciembre, respecto al delito de lesiones sobre una *persona con discapacidad necesitada de especial protección*, se establece que “la aplicación del subtipo agravado del art. 148.3 se justifica por la mayor desvaloración que reciben las agresiones contra personas incapaces, no solo por su mayor indefensión, sino también por las consecuencias psíquicas sobre las mismas”. En otras se ha sostenido que «la *ratio* de esta agravación es la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de esa condición» (SAP Girona 654/2016, de 30 de diciembre). Y, finalmente, en algunas se ha asociado al mayor reproche que conlleva el ataque a personas pertenecientes a determinados colectivos (STS 814/2020, de 5 de mayo).

³⁷ En el mismo sentido, véase la SAP de La Rioja 29/2022, de 11 de marzo.

lidad para sancionar un supuesto en el que ya se hubiese apreciado la circunstancia agravante de alevosía por desvalimiento o la de abuso de superioridad porque no se daría el prohibido *bis in idem*.

No obstante, las circunstancias agravantes específicas en estudio exigen que la autoridad judicial determine si la víctima es una persona especialmente vulnerable o que se halla en situación de especial vulnerabilidad y, solo en caso afirmativo, si dicha vulnerabilidad se debe a una de las causas a las que el precepto aplicable haga referencia (su edad, discapacidad, estado gestacional, etc.). Es más, esta segunda comprobación se hace ya innecesaria en la mayoría de los supuestos. En todos ellos, excepto en tres³⁸, la circunstancia cualificadora se refiere a la “vulnerabilidad por razón de su situación” o a “cualquier otra circunstancia”, lo que permite interpretar que la especial vulnerabilidad puede tener cualquier etiología.

Sentado lo anterior, no cabe afirmar que el fundamento material se desprenda del principio de igualdad, tal y como considera el Tribunal Supremo. No se ofrece en estas disposiciones una tutela penal reforzada para amparar a un colectivo frente a comportamientos discriminatorios, sino al individuo frente a las agresiones que sufra. Las causas de la especial vulnerabilidad aparecen como referentes ejemplificativos y lo relevante es evaluar si la víctima era una persona especialmente vulnerable o se hallaba en una situación de especial vulnerabilidad, según el caso. Secundario será, pues (y solo imprescindible en relación con tres delitos), constatar la pertenencia de la víctima al grupo vulnerable.

No debe respaldarse, por ende, el posicionamiento que finalmente ha asumido el Tribunal Supremo, sobre todo, por reforzar los proteccionismos paternalistas pretendidos por el legislador o las tendencias político-criminales inspiradas en el rechazo o la alarma social que suscitan determinados delitos con víctimas vulnerables³⁹. Sostener que

³⁸ Solo en los delitos de homicidio, asesinato y acoso sexual se da un listado cerrado de causas de especial vulnerabilidad referido a la edad, la enfermedad y la discapacidad, sin que puedan aplicarse los subtipos cualificados a otras situaciones de vulnerabilidad.

³⁹ GARCÍA MOSQUERA, M.: “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*, n° 32/2019, p. 38.

el fundamento material se construye sobre el principio de igualdad legitimaría el populismo punitivo que acompaña a las últimas reformas penales.

En definitiva, rechazo esta tesis sobre el fundamento material porque parece confundir la tutela penal dispensada a los *grupos vulnerables* con la sobreprotección a las *personas vulnerables*⁴⁰. Como ya he expuesto en el apartado 2.2, la primera sería la que se desprende, por ejemplo, de la circunstancia agravante por discriminación del artículo 22.4, mientras que en el artículo 140.1.1º o en el 156 bis.4, entre otros, se observaría la segunda.

Los preceptos que se refieren a *grupos vulnerables* estarían protegiendo, como ya he avanzado, en atención al artículo 9.2 de la Constitución española, a las minorías y a los colectivos en desventaja⁴¹. Para ello sancionarían más gravemente los ataques basados en motivos discriminatorios por la afectación que esas conductas tendrían, a su vez, en el grupo en su conjunto, lo que podría identificarse con un mayor desvalor de resultado. Como afirmó el Tribunal Supremo,

⁴⁰ El desconcierto mencionado subyace en la STS 585/2022, de 14 de junio: “no hay vulneración del *non bis in idem* [al apreciar tanto la alevosía constitutiva del delito de asesinato como la hipercualificación por la especial vulnerabilidad] porque el hecho agrede dos bienes jurídicos distintos, uno la cualificación de la acción, la muerte de un desvalido, y otro que afecta al resultado”. A través de esta aseveración, entre otras, el Alto Tribunal trata de mostrar que la agresión a una persona especialmente vulnerable contiene un mayor contenido de injusto desde dos perspectivas distintas. En primer lugar, considera que alberga un mayor desvalor de acción respecto de la agresión a un adulto en tanto que afecta a un bien jurídico-penal absolutamente desprotegido. Dicho plus de antijuridicidad se sancionaría calificando la conducta de asesinato, no de homicidio, por concurrir alevosía por desvalimiento. En segundo lugar, el Tribunal Supremo estima que ese mismo comportamiento también contiene un mayor desvalor de resultado por cuanto la agresión a una persona especialmente vulnerable afecta, además, al grupo vulnerable al que pertenece la víctima. Y este último plus de antijuridicidad es el que se sancionaría, según se desprende de sus palabras, calificando la conducta de asesinato hipercualificado. Este es un posicionamiento que no puedo compartir.

⁴¹ GUARDIOLA GARCÍA, J.: “La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos”, cit., pp. 117-154; y LAURENZO COPELLO, P.: “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, en LAURENZO COPELLO, P. / DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (dirs.): *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, p. 277.

en relación con la circunstancia agravante genérica recogida en el art. 22.4, “se trata de colectivos que presentan una situaciones objetivas de vulnerabilidad que el legislador tiene en cuenta para proteger de forma especial y conformar un modelo social de tolerancia y de convivencia pacífica, sancionando conductas que perturban o ponen en peligro esa convivencia pacífica, al tiempo que persigue conformar una sociedad basada en la necesaria tolerancia” (STS 458/2019, de 9 de octubre). Pero esta tutela a determinados *grupos vulnerables* no es la que dispensan los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad victimal. Los menores de edad, por ejemplo, no son un colectivo excluido ni discriminado; más bien al contrario, son un grupo “bien valorado y protegido en nuestra sociedad”⁴². Por lo tanto, no se justifica ninguna sobreprotección al menor por el mero hecho de pertenecer al colectivo *infancia y adolescencia*, sino, en su caso, en tanto que personas más expuestas al delito por su fragilidad física e inmadurez intelectual.

Como puede observarse, en ambos casos se apela a la vulnerabilidad (colectiva, en un caso, e individual, en el otro) como fundamento de la agravación. Pero no debe confundirse el significado que se le atribuye en cada caso. Al respecto, el Diccionario del Español Jurídico de la RAE define a la *víctima vulnerable* como el “sujeto pasivo del delito con circunstancias personales que determinan que se halle en una situación de inferioridad o indefensión, que comporta una agravación de la responsabilidad penal para el autor del delito”. Esta definición es la válida en el ámbito del Derecho penal sustantivo; no así la que debe emplearse en las otras dimensiones del sistema de justicia penal, anteriormente descritas.

No obstante, mientras que en los *grupos vulnerables* “la situación de inferioridad o indefensión” vendría generada por el rechazo social al colectivo, en el caso de las *personas vulnerables* esa “situación de inferioridad o indefensión” debe entenderse como menor capacidad de defensa frente al ataque. En esta dirección, la STS 180/2021, de 2 de marzo, establece, acertadamente, que, en este ámbito, “el concepto

⁴² Crítica de este modo LAURENZO COPELLO que se haya incorporado la edad a la circunstancia genérica del artículo 22.4 a través de la Ley Orgánica 8/2021 [en “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, cit., p. 277].

de vulnerabilidad equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor”⁴³. De hecho, se descarta la aplicación del subtipo cualificado en estudio, por ejemplo, en la STSJ Andalucía 282/2021, de 16 de noviembre, que determina que se describe en los hechos probados una “situación objetiva de desamparo que no se tradujo en una debilidad efectiva, pues [la víctima] pudo reaccionar frente al ataque con una gran capacidad de defensa”. Consecuentemente, serían *personas vulnerables* en el contexto del Derecho penal sustantivo tanto las desvalidas como las que se encuentran en una situación de inferioridad respecto del victimario. En coherencia con lo anterior, el fundamento material de las agravantes basadas en la especial vulnerabilidad victimal residiría en la menor capacidad funcional de estas personas y no en su aparente o real conexión con un *grupo vulnerable*.

Así pues, estoy con quienes sostienen que la *ratio* de los subtipos cualificados se basa en el mayor contenido de injusto y, más específicamente, en el mayor desvalor de la acción que se lleva a cabo sobre una persona con menor capacidad de defensa. Rechazo, en cambio, en primer lugar, que también se halle en el fundamento material el mayor reproche culpabilístico, pues incluso el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad entiendo que formaría parte del dolo inherente al subtipo cualificado⁴⁴. Tampoco comparto, en segundo lugar, que la mayor antijuridicidad se construya sobre el mayor desvalor de resultado, que no se dará en todo caso (piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la vida) y que puede ser compensado a través de la responsabilidad civil derivada del delito. Y, por supuesto, descarto, en tercer lugar, por las razones antedichas que se tutele el principio genérico de

⁴³ Ya antes había ofrecido una definición similar: “sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor” (STS 2163/2019, de 27 de junio).

⁴⁴ Considera la STS 80/2017, de 10 de febrero, en esta línea, que “el dolo debe abarcar el conocimiento de la situación de vulnerabilidad y que pese a tal conocimiento el autor, decida actuar contra la vida de la persona vulnerable”.

igualdad a través de estas agravantes específicas. Debe ahora concretarse su ámbito de aplicación.

3.2. *Algunas pautas de interpretación de lege lata*

Como ya se ha visto en páginas anteriores, existe una vulnerabilidad que es universal, pues todos somos de algún modo vulnerables. Esta sería la razón por la que a todos nos protege la norma penal material, por ejemplo, a través de los delitos con sujeto pasivo común. Sin embargo, es igualmente cierto que existen algunas personas más vulnerables que otras. A ellas es a quienes se estaría ofreciendo una tutela penal reforzada. Pero no a todas mediante los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad victimal.

La conclusión alcanzada en el anterior epígrafe acerca de su fundamento material resulta elemental, aunque insuficiente, para determinar, específicamente, qué víctimas vulnerables son objeto de amparo a través de estas circunstancias agravantes específicas. Son dos los perfiles de víctimas que podrían ser, en principio, sobreprotegidos por estas cualificaciones: por un lado, las víctimas absolutamente indefensas (como ejemplo paradigmático, los recién nacidos) y, por otro, las víctimas que se encuentran en una posición de desventaja respecto de su agresor; o sea, aquellas que tienen cierta capacidad de reacción, pero que se encuentran en una situación de inferioridad.

Debe advertirse en este punto que el legislador penal no solo se refiere expresamente a la *vulnerabilidad* en los subtipos cualificados anteriormente mencionados, sino que también sanciona, en otras ocasiones, determinadas conductas realizadas con abuso de una situación de vulnerabilidad. Es más, existen preceptos en los que estos dos niveles de vulnerabilidad (que excederían de la mera vulnerabilidad universal) se diferencian claramente. Así, en el delito de trata de personas (art. 177 bis) se prevé el *abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima* como uno de los posibles elementos constitutivo del tipo básico y, además, la pena en él prevista se agrava si el delito se comete contra una *persona especialmente vulnerable* (art. 177 bis.4.b). Al respecto, la STS 677/2022, de 4 de julio, afirma lo siguiente:

“Surge un problema de ajuste entre el tipo básico y el subtipo agravado contemplado en el apartado b. En todos aquellos supuestos en los que la modalidad comisiva descansa en que el autor se sirve de la *vulnerabilidad*

de la víctima para imponer su conducta de abuso, se suscita la cuestión de cuándo el aprovechamiento de la vulnerabilidad puede ser merecedor, sin quebrantar la proscripción del *bis in idem*, de la agravación específica de *especial vulnerabilidad* del artículo 177 bis.4.b).

Una primera aproximación al precepto expresa que la agravación exige de un plus de antijuridicidad respecto de la conducta originaria, lo que el legislador habría recogido con la exigencia de que la víctima sea “*especialmente*” vulnerable. Sin embargo, el distinto contorno semántico del término *vulnerabilidad* utilizado en los dos párrafos perfila que el diferente ámbito de aplicación de cada supuesto no sea meramente cuantitativo y que está directamente relacionado con los bienes jurídicos de libertad y dignidad que la figura delictiva contempla.

[...] La vulnerabilidad se contempla aquí [en el tipo básico] como una realidad socioeconómica personal, familiar o relacional, que condiciona al sujeto a soportar una situación que nunca hubiera aceptado sin unos condicionantes de exclusión social que son directamente instrumentalizados por el autor. Se equipara, por ello, a otras formas de anular o restringir el comportamiento libre y voluntario de la víctima, como lo son también el uso de la violencia o de la intimidación, el abuso de una significativa superioridad o, incluso, el engaño.

Por el contrario, la agravación del número 4 contempla la *vulnerabilidad* desde un plano de fragilidad subjetiva⁴⁵

La principal duda, entonces, para determinar el ámbito de aplicación de la cualificación específica objeto de este apartado del trabajo sería el grado de desvalimiento que debe caracterizar a la víctima. Tres son las posibilidades en este ámbito: a) que se tutele a víctimas totalmente incapaces de reaccionar, compartiendo el fundamento de la controvertida alevosía por desvalimiento; b) que se tutele a víctimas con una capacidad para defenderse limitada, solapándose con el injusto del abuso de superioridad; o c) que, como sostiene ESQUINAS VALVERDE, estemos ante una situación intermedia en la que el sujeto pasivo, por causa de su enfermedad o edad avanzada, tenga disminuidas de modo muy severo sus posibilidades de defensa, pero conserve aún alguna capacidad para ello, de manera residual⁴⁶.

⁴⁵ Las cursivas son de la propia sentencia.

⁴⁶ A esta última posibilidad alude ESQUINAS VALVERDE, P.: “Homicidio doloso y asesinato tras la reforma del Código penal por LO 1/2015: interpretación a la luz de la jurisprudencia más reciente”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS,

Partiendo del rechazo a la doctrina jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento⁴⁷, la reflexión que me lleva a concluir que las agravaciones específicas en estudio sobreprotegen exclusivamente a las personas totalmente desvalidas es la siguiente. El legislador, como se ha visto, distingue el ataque a *personas especialmente vulnerables* del que se produce *abusando de una situación de vulnerabilidad* de la víctima. Y asocia mayor pena, por lo general, al primero.

Las referencias al *abuso de una situación de vulnerabilidad* (no de “especial” vulnerabilidad) se relacionan siempre con el abuso de superioridad⁴⁸, que, como es sabido, implica un desequilibrio de fuerzas pero no el aprovechamiento del total desvalimiento de la víctima. Por ello se le denomina “alevosía menor” o “alevosía de segundo grado”. En cambio, en los dieciséis preceptos en los que se contempla el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad victimal, la pena prevista es la superior en grado⁴⁹ o, al menos, una mayor a la pena en

E. (dir.): *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 449.

⁴⁷ Como se sabe, el artículo 22.1 establece que “hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. Sin embargo, en la alevosía por el desvalimiento de la víctima el sujeto no realiza la conducta para alcanzar ese objetivo, ya que se encuentra con una situación preexistente de indefensión de la víctima, de modo que en rigor no existe el peligro de una “posible reacción defensiva” por parte del ofendido. Por lo demás, los problemas de legalidad que entraña la alevosía por el desvalimiento, en los que no puedo profundizar en estas líneas, traen consigo una aplicación analógica contra reo del art. 22.1 Cp.

⁴⁸ En el artículo 177 bis se sanciona al que realice las conductas típicas en él descritas “abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”. Esto mismo sucede respecto de las agresiones sexuales. En este caso el artículo 178.2 sanciona el comportamiento llevado a cabo con “abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima”. De igual modo, en el delito de prostitución de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 187.1) se sanciona al que realice las prácticas ilegales “abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”. Y, finalmente, en el delito de genocidio (art. 607 bis.9º) se sanciona al que actúe “abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”.

⁴⁹ Así sucede, al menos, en los delitos contra la vida (art. 140.1.1º), tráfico de órganos (art. 156 bis.4), trata de personas (art. 177 bis.4), prostitución de menores y

su mitad superior que resultaría de aplicación en caso de concurrir la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad⁵⁰.

Considerando, por lo tanto, la existencia de una cualificación basada en el abuso de la vulnerabilidad de la víctima que se sanciona con menor pena que la fundada en la especial vulnerabilidad de la víctima, no resulta difícil imaginar una pirámide compuesta por tres escalones de vulnerabilidad victimal con distinto contenido⁵¹. En la base de la pirámide se situaría la vulnerabilidad universal y las normas que la protegen se dirigirían a todo sujeto pasivo del delito, pues todos somos vulnerables en alguna medida. Un escalón intermedio serviría para acoger aquella vulnerabilidad que supone un *plus* respecto de la universal y las disposiciones que se refieren a ella mediante la expresión “abuso de una situación de vulnerabilidad” ampararían a aquellas personas que se encuentran en una posición de desventaja respecto de su agresor, pero que tienen cierta capacidad de reacción. Por último, la cúspide de la pirámide estaría reservada para la vulnerabilidad victimal más extrema; aquella que impide a quien la porta defenderse del ataque. Por lo tanto, los preceptos que aluden a ella estarían tutelando a las víctimas absolutamente desvalidas. Este sería el caso de las circunstancias agravantes específicas en estudio. Se sancionarían, de este modo, con la mayor contundencia las agresiones contra quienes en absoluto pueden resistirse al ataque ni huir del lugar de los hechos.

Llega entonces el momento de facilitar alguna pauta para su aplicación.

A mi juicio, con este objetivo debería realizarse un *test de especial vulnerabilidad* consistente en evaluar si la víctima fue capaz de resistirse a la agresión o, en su caso, capaz de huir. Si la respuesta a esta cuestión es negativa porque no pudo defenderse ni huir del ataque,

personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 188) y pornografía infantil (art. 189).

⁵⁰ Se prevé la pena en su mitad superior para las agresiones sexuales a menores de 16 años (art. 181), el acoso sexual (art. 184) y una pena superior a esta, aunque no alcance la pena en su mitad superior, en las lesiones (art. 148), el acoso (art. 172 ter) y las agresiones sexuales (art. 180.1.1°).

⁵¹ También prevé estos tres niveles de protección, como ha explicado la profesora DURÁN SILVA en su trabajo, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

o ni siquiera se lo planteó por no alcanzar a comprender el alcance de lo acontecido, entonces estaremos ante una persona especialmente vulnerable y, por ende, podrá resultar de aplicación el subtipo cualificado. Este *test de especial vulnerabilidad*, en los casos en los que el legislador ha contemplado un listado cerrado de causas de vulnerabilidad (arts. 138.2, 140.1.1º y 184.4), también debería incluir la verificación de si la especial vulnerabilidad trae causa en alguna de las circunstancias aludidas por el legislador (si es menor, un anciano, una persona enferma o con discapacidad)⁵². Así pues, la autoridad judicial habría de valorar en cada caso si dichas circunstancias han generado en la víctima un menoscabo en su capacidad funcional en el contexto propio de cada delito en el que dicha situación funcione como causa de agravación de la responsabilidad. Con todo, ni siquiera en estos delitos, la edad, la discapacidad o la enfermedad son las que determinan la mayor antijuridicidad del ataque, sino las consecuencias que estas circunstancias generan en quien las posee en relación con el hecho delictivo⁵³.

Por ende, habría de realizarse, en todo caso, una interpretación contextualizada, pues solo en el caso concreto es posible determinar la falta de capacidad material a través de una valoración autónoma e independiente en atención al bien jurídico protegido. No puede utilizarse el mismo criterio para determinar a la persona especialmente vulnerable de un delito de lesiones que de uno contra la libertad sexual. Por eso parece mucho más razonable atender a las consecuencias, por ejemplo, de la enfermedad o la discapacidad en la persona en relación con el delito sufrido.

Para concluir este apartado quisiera retomar el ejemplo que me ha servido de hilo conductor en el anterior. Así, si aceptamos que la

⁵² Esto no será necesario en aquellos preceptos que aluden a la “situación” como causa de la especial vulnerabilidad ni en los que se refieren a “cualquier otra circunstancia”.

⁵³ Como se expone en la STS 224/2003, de 11 de febrero, “la edad puede ser muy escasa o elevada, pero lo importante es que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad, a causa solamente de ese dato, o bien que tal estado potencial de agresión a causa de lo vulnerable de su condición se predique de la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad, o incluso, de las condiciones objetivas de la comisión delictiva, por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad”.

circunstancia agravante específica por la especial vulnerabilidad de la víctima prevista en el artículo 177 bis.4.b) solo resulta de aplicación cuando la víctima de trata de personas fue incapaz de defenderse, podrá concurrir por ejemplo, en caso de víctima con una grave discapacidad intelectual si se confirma que dicha discapacidad le impidió repeler el ataque. Sin embargo, no debería resultar de aplicación esta cualificación si la víctima fue una mujer adulta y perfectamente capaz, aunque haya sufrido graves secuelas o haya sido agredida por su condición de transexual o gitana.

Como ya se ha visto, para reparar la victimización primaria disponemos de otros recursos, entre los que se encuentra la indemnización en el marco de la responsabilidad civil derivada del delito. Por su parte, para sancionar más gravemente los comportamientos motivados por la discriminación debería aplicarse, en su caso, la circunstancia agravante genérica prevista en el artículo 22.4 del Código penal. Es más, si la víctima de trata de personas es vulnerable desde las tres perspectivas aludidas; es decir, tanto por su incapacidad para defenderse como por su pertenencia a un grupo discriminado y también por haber sufrido más secuelas tras la victimización, perfectamente serán compatibles las normas que la sobreprotegen en cada contexto. Siguiendo con el ejemplo, se podría condenar, entonces, al responsable del comportamiento ilícito por el delito agravado de trata de personas (art. 177 bis.4.b) y apreciarse la pena a él asociada en su mitad superior por concurrir la circunstancia agravante genérica por discriminación (art. 22.4). Además, el fallo de la sentencia condenatoria constaría de la pena de prisión que resultase de esa operación y de la indemnización a abonar a la víctima en atención a los perjuicios que le haya podido ocasionar el delito.

IV. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA A MODO DE CONCLUSIÓN

En los apartados anteriores he alcanzado dos conclusiones. Por un lado, he determinado que resulta imprescindible delimitar las distintas perspectivas desde las que se sobreprotege a la víctima vulnerable en el sistema de justicia penal, así como el fundamento de las normas que las conforman, para fijar adecuadamente su ámbito de aplicación.

Por otro lado, en relación específicamente con los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad victimal, he concluido que, partiendo de su fundamento material asociado a la indefensión del sujeto pasivo, su interpretación de *lege lata* es sumamente restringida. En consecuencia, he propuesto alguna pauta para llevarla a cabo.

Sin embargo, a mi juicio, lo óptimo sería modificar el texto punitivo con el propósito de otorgar a las víctimas vulnerables una tutela reforzada más apropiada. Considerando lo sentado en los apartados anteriores, parece obvio que cabe agravar la pena del que atenta contra quien no puede defenderse del ataque ni huir del mismo con independencia de si esa falta de capacidad trae causa en una discapacidad, en la edad escasa o avanzada de la víctima o en cualquier otra circunstancia. Por ello, mi propuesta de *lege ferenda* sería, en primer lugar, sustituir todas las referencias en el Código penal a “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor” (148.5°, 153.1, 171.4 y 172.2), “personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad, discapacidad, situación, etc.” (arts. 140.1.1°, 156 bis.4.b, 172 ter.1.4° y 177 bis.4.b) o “personas que se hallen en situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad, situación, etc.” (arts. 180.1.3°, 181.4.c, 184.4, 188.3.a y 189.2.c) por “personas indefensas” (sin referencia alguna al origen de la indefensión, que debe resultar indiferente) o por la expresión “personas desvalidas”, que ya se emplea en el Código penal al abordar las infracciones no perseguibles de oficio o el perdón del ofendido (arts. 161, 191, 228, 267, 287 y 296). Con ello se evitaría la vulneración del principio de taxatividad que implica el desmesurado empleo del término *vulnerable* unido a su indeterminación⁵⁴. De este modo, igualmente, no habría duda en que exclusivamente debe evaluarse la capacidad de la víctima para defenderse del ataque sufrido.

Es más, convendría reflexionar acerca de la conveniencia de sustituir por algunas de esas expresiones alternativas ciertas referencias a la minoridad o a la discapacidad que se contienen en circunstancias

⁵⁴ Tal y como afirma ÁLVAREZ GARCÍA, “un concepto unitario de *vulnerabilidad* podría servir tanto desde el punto de vista del sujeto activo como desde el juez” [en “Asesinato”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.): *Tratado de Derecho penal español. Parte especial (I). Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, 2021, p.225].

agravantes específicas reguladas en el Libro II del Código penal con idéntico fundamento material que los subtipos basados en la especial vulnerabilidad victimal y que, sin embargo, se aplican actualmente, a pesar de las críticas, de forma automática. Me refiero, por ejemplo, a la circunstancia de que “la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección” que se prevé en los artículos 148.3º, 165 o 229.

Esto, empero, se traduciría en insertar exactamente la misma circunstancia agravante en más de veinte preceptos. Además, quizás también debería insertarse en relación con otros delitos en los que actualmente no se contempla, como los delitos patrimoniales⁵⁵ o los delitos contra el mercado y los consumidores⁵⁶. Por ello, algunos autores nos hemos planteado la posibilidad de incorporar una nueva circunstancia genérica en el artículo 22 del Código penal aplicable cuando la víctima se halle en situación de desvalimiento⁵⁷. Siguiendo la circunstancia agravante genérica que se prevé en el ámbito de la Corte Penal Internacional, podría tener la siguiente redacción: “hallarse la víctima particularmente indefensa”⁵⁸.

⁵⁵ Como explica la profesora SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES en su trabajo sobre la victimización de ancianos que se contiene en esta obra, son muy significativos los datos relativos a las victimizaciones por hurto, robo con violencia o intimidación y estafa.

⁵⁶ A ellos se refiere el profesor BLANCO CORDERO en el capítulo de libro confeccionado para esta obra.

⁵⁷ Yo misma planteé la posibilidad de crear una agravante genérica en términos similares en “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, *Revista de Derecho penal y Criminología (UNED)*, nº 24/2020, p. 50. Y, del mismo modo, Rueda Martín aboga por esta solución. El fundamento de esta circunstancia agravante, según esta segunda autora, residiría en el mayor desvalor del comportamiento y del atentado al bien jurídico protegido cuando se trate de este tipo de víctimas. Sin embargo, a mi juicio equivocadamente, alude a razones de edad, enfermedad, situación o discapacidad en su propuesta *de lege ferenda*. Al respecto, RUEDA MARTÍN, M.A.: “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, cit., p.601.

⁵⁸ A esta circunstancia se ha referido la profesora FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA en el capítulo de libro que ha elaborado para esta obra. Por su parte, el Código penal peruano contiene desde 2015 una circunstancia agravante genérica que resulta de aplicación “si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o inte-

No obstante, esta alternativa para la sobreprotección de las víctimas especialmente vulnerables plantea el problema de que se podría sancionar con la misma contundencia al que agrede a alguien cuyas capacidades de defensa se encuentran limitadas (en aplicación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad) que a quien atenta contra alguien que tiene sus capacidades de defensa absolutamente anuladas (personas, pues, desvalidas), lo que podría suponer un quebrantamiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Ante este obstáculo solo alcanzo a ver una posible solución: la incorporación de una circunstancia genérica en el artículo 22 del Código penal que prevea una más grave consecuencia penológica que las restantes. Esto podría materializarse, perfectamente, a través de una regla de punición especial en el artículo 66.

Esta, en conclusión, sería mi propuesta de *lege ferenda* por las siguientes tres razones. En primer lugar, porque la constante expansión del subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad victimal, así como de aquellos referidos a menores o personas con discapacidad, y también la discutible construcción jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento, muestran la necesidad de disponer de una herramienta que pueda resultar de aplicación en los casos más extremos de ataque contra personas indefensas. En segundo lugar, considero que esta sería la propuesta más conveniente, no solo por razones de economía legislativa, sino también con la finalidad de evitar la actual dispersión normativa que tan confusa resulta y que lleva a jurisprudencia manifiestamente contradictoria. Por último, en tercer lugar, la inserción de esta circunstancia agravante genérica en los términos indicados permitiría visibilizar de un modo más nítido la sobreprotección a las

lectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial” (art. 46.2.n). Aunque, como ya he indicado, esta no sería mi propuesta de *lege ferenda* para el ordenamiento jurídico español, mucho menos lo sería la circunstancia recientemente incorporada al Código penal chileno. Concretamente, desde agosto de 2022 está vigente la circunstancia agravante genérica por “cometer el delito contra una víctima menor de 18 años, un adulto mayor o una persona con discapacidad, en los términos de la ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad”.

víctimas más vulnerables, por lo que la finalidad preventiva de la pena podría alcanzarse con mayor facilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CÁRCELES, M.M.: “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, 2015, pp. 53-80.
- ALCÁCER GUIRAO, R.: *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, 2004.
- ALONSO ÁLAMO, M.: “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117/2015, pp. 5-50.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio”, en: LAMARCA PÉREZ, C.: (coord.): *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 6.ª ed., Dykinson, 2019.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.I. (coord.): *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: De la teoría a la práctica*, Reus, 2020.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. / VENTURA PÜSCHEL, A.: “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis), en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 2015, pp. 313-332
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Asesinato”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.): *Tratado de Derecho penal español. Parte especial I. Delitos contra las personas*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 167-244.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “Homicidio y sus formas (II): Asesinato”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, 2019.
- CARRANZA, G. / ZALAZAR, C. (dirs.): *Nuevas perspectivas de vulnerabilidad en el Derecho a la salud*, Tirant lo Blanch, 2021.
- CORTÉS BECHIARELLI, E.: “El menor como víctima del delito tras la última reforma del Código penal (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)”, en ARMENTA DEU, T. / OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.): *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, 2010, pp. 25-39.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial”, *Revista penal*, nº 50/2022, pp. 64-90.

- DELGADO RODRÍGUEZ, J.: “The relevance of the ethics of vulnerability in bioethics”, *Les ateliers de l'éthique*, nº 12/2018, pp. 154-179.
- ESQUINAS VALVERDE, P.: “Homicidio doloso y asesinato tras la reforma del Código penal por LO 1/2015: interpretación a la luz de la jurisprudencia más reciente”, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.): *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 443-475.
- FELSON, R.B. / PARE, P.P.: “Gender and the victim’s experience with the criminal justice system”, *Social Science Research*, nº 37/2008, pp. 202-219.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G.: “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el Derecho español contemporáneo”, *Revista misión jurídica*, nº 16/2019, pp. 163-195.
- FRAILE COLOMA, C. / JAVATO MARTÍN, M.: “Artículo 171”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*, Aranzadi, 2015.
- GARCÍA ESPAÑA, E. / CARVALHO DE SILVA, J. / CASTRO PATRICIO, E. / PRADO MANRIQUE, B.: “Una parada en el camino. Estrategia de prevención secundaria de la trata en Andalucía”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 4/2021, pp.181-210.
- GARCÍA MOSQUERA, M.: “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*, nº 32/2019.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: “Art. 140”, en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código penal. Reforma Ley Orgánica 1/2015 y Ley Orgánica 2/2015*, Tirant lo Blanch, 2015.
- GÓMEZ RIVERO, M.C.: “Delitos contra la salud y la integridad corporal”, en GÓMEZ RIVERO, M.C. (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, 2018.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L. / LÓPEZ OSSORIO, J.J. / RODRÍGUEZ DÍAZ, M. / URRUELA CORTÉS, C.: “Sistema de Seguimiento Integral de los Casos de Violencia de Género: Sistema VioGén”, *Behavior & Law Journal*, Vol. 4, nº 1/2018, pp. 29-40.
- GONZÁLEZ MONJE, A. (coord.): *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables: aspectos interdisciplinarios*, Aranzadi Thomson Reuters, 2019.
- GONZÁLEZ, J.L. / MUÑOZ, J.M. / SOTOCA, A. / MANZANERO, A.L.: “Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables”, *Papeles del Psicólogo*, nº 34/2013, pp. 227-237.
- GUARDIOLA GARCÍA, J.: “La agravante de discriminación y sus reformas: criterios interpretativos”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 28/2022, pp. 117-154.

- GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. / AMOR ANDRÉS, P.J.: *Víctimas vulnerables*, Editorial Síntesis, 2019.
- JUANATEY DORADO, C.: “Asesinato”, en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho penal. Parte especial, vol. 1, La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal)*, 2.ª ed., Iustel, 2016.
- LAURENZO COPELLO, P.: “No es odio, es discriminación. A propósito del fundamento de los llamados delitos de odio”, en LAURENZO COPELLO, P. / DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (dirs.): *Odio, prejuicios y derechos humanos*, Comares, 2021, pp. 257-284.
- LÓPEZ WONG, R.: “La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas”, en PÉREZ ALONSO, E. / POMARES CINTAS, E. (coords.): *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 167-196.
- MORALES PRATS, F.: “Art. 138”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios al Código penal español, Tomo I*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, *Revista de Derecho penal y Criminología (UNED)*, n° 24/2020, pp.13-58.
- MOYA GUILLEM, C.: *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, 2020.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 23.ª ed., Tirant lo Blanch, 2021.
- MUÑOZ RUIZ, J.: “Delitos contra la vida y la integridad física”, en MORILLAS CUEVA, L. (dir.): *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 2015.
- PÉREZ MACHÍO, A. I. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “La victimología evolutiva (o del desarrollo) y la vulnerabilidad como pilares de la tutela penal reforzada del menor víctima de delitos”, en PÉREZ MACHÍO, A. I. y DE LA MATA BARRANCO, N.J. (dirs.): *La integración social del menor víctima a partir de la tutela penal reforzada*, Aranzadi, 2020.
- QUINTIÁ PASTRANA, A. / NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dirs.): *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad: las medidas públicas de protección frente a la emergencia social*, Aranzadi, 2022.
- REY MARCOS, F.: “¿Grupos vulnerables o vulnerados?”, diario El País, de 13 de abril de 2020.
- RUEDA MARTÍN, M.A.: “Dependencias, discapacidades y capacidades especiales”, en ROMEO CASABONA, C.M., *Tratado de derecho y envejecimiento: la adaptación del derecho a la nueva longevidad*, 2021, pp. 571-606.

- RUIZ RIVERA, N.: “La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo”, *Investigaciones geográficas*, nº 77/2012, pp. 63-74.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan sólo una cuestión conceptual?”, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentario a la reforma penal del 2015*, 2015, pp. 71-76.
- VARONA MARTÍNEZ, G. / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / MAYORDOMO RODRIGO, V. / PÉREZ MACHÍO, A.I.: *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención*, 2015, material docente disponible en: <https://ocw.ehu.eus/course/view.php?id=355> .
- VARONA MARTÍNEZ, G.: “El impacto de la política victimal de la Unión Europea en el sistema penal español estudio particular de los efectos reales de la Directiva 2012/29/UE sobre derechos de las víctimas de delitos”, por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. / DE LA MATA BARRANCO, N.J. / BLANCO CORDERO, I. (coords.): *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Aranzadi, 2017, pp. 545-591.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com