



La protección de la persona con discapacidad intelectual como víctima del delito en el Código Penal

(The protection of the person with intellectual disability as a victim of criminal offences in the Penal Code)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 15 ISSUE 3 (2025), 941-965: DESAFÍOS SOCIALES Y JURÍDICOS DEL NUEVO PARADIGMA DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL. UN COMPROMISO CON LOS DERECHOS HUMANOS, LA INCLUSIÓN Y LA IGUALDAD

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.2224](https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL.2224)

RECEIVED 17 DECEMBER 2024, ACCEPTED 13 JANUARY 2025, FIRST-ONLINE PUBLISHED 28 JANUARY 2025, VERSION OF RECORD PUBLISHED 2 JUNE 2025

ITZIAR CASANUEVA SANZ*

Resumen

En este trabajo se hace un estudio detenido de los preceptos en los cuales el Código Penal contempla de manera especial a las personas con discapacidad intelectual como víctimas del delito limitándonos a los supuestos en los cuales la víctima es mayor de edad. En un primer momento expondremos el modelo social de discapacidad y discapacidad intelectual del que partimos y, posteriormente, se analizarán dichos preceptos haciendo hincapié en las diferentes expresiones que utiliza el legislador para referirse a las víctimas con discapacidad intelectual, con el objetivo de determinar si se refieren o no a la misma realidad. Asimismo, se intentará dotar de contenido a dichas expresiones y plantear, en su caso, las propuestas de lege lata y lege ferenda oportunas.

Palabras clave

Víctima; discapacidad; discapacidad intelectual; vulnerabilidad

Abstract

This paper makes a detailed study of the precepts in which the Penal Code considers in a special way people with intellectual disabilities as victims of crime, limiting ourselves to the cases in which the victim is of legal age. Firstly, we will present the social model of disability and intellectual disability from which we start and, subsequently, these precepts will be analysed, emphasizing the different expressions that the legislator uses to refer to victims with intellectual disabilities in order to determine whether or not they refer to the same reality. Likewise, we will try to give content to these expressions and propose, if necessary, the appropriate lege lata and lege ferenda proposals.

* Profesora doctora encargada de Derecho Penal. Universidad de Deusto. Email: itziar.casanueva@deusto.es

Key words

Victim; disability; intellectual disability; vulnerability

Table of contents

1. Introducción	944
2. El concepto de discapacidad intelectual	944
2.1. El modelo social de discapacidad. La discapacidad intelectual.....	945
2.2. La discapacidad en el derecho interno	946
3. La discapacidad intelectual en el articulado del CP.....	948
3.1. Personas con discapacidad necesitadas de especial protección.....	949
3.2. Personas con discapacidad. Mención especial a la vulnerabilidad	951
4. Personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Vulnerabilidad por razón de la discapacidad.....	953
4.1. Identidad de significado	953
4.2. Elementos objetivos y subjetivos	955
4.3. El principio non bis in idem	957
5. Algunas conclusiones y varias reflexiones	958
Referencias	962

1. Introducción

Este trabajo es el tercero de los publicados en los últimos años en relación con la discapacidad intelectual (DI). En el primero de ellos se hacía referencia a las personas con DI como posibles autoras y víctimas de un hecho antijurídico, partiendo de la normativa de la Unión Europea y analizando, de manera general, la regulación del CP al respecto. Asimismo, se hacía mención especial al consentimiento en los delitos contra la libertad sexual, a los supuestos de esterilización, al perdón del ofendido y a las principales dificultades a las que se enfrentan las personas con DI en el proceso penal (Casanueva y Benito 2023).

Este primer acercamiento al tema puso en evidencia que casi todos los textos y normas relacionadas con la protección de las personas con DI en su relación con la justicia penal, se han centrado en ellas como víctimas, perjudicadas o, en su caso, testigos. Esta realidad contrasta con el dato de que la prevalencia de personas con DI en prisión es mucho más elevada que entre la población general. Se trata, por lo tanto, de un colectivo sobrerrepresentado en este ámbito, pero lo más grave es que un elevado número de estas personas ingresaron en prisión sin que la discapacidad se hubiera detectado a lo largo del procedimiento penal. De aquí surgió el interés por llevar a cabo una investigación centrada en el análisis de las sentencias del TS de los últimos años en las cuales el autor era una persona con DI, análisis que puso de relieve el poco interés que estas situaciones despiertan en la práctica de los tribunales (Casanueva 2024).

En el presente trabajo lo que se pretende es hacer un estudio más detenido de los preceptos en los cuales el CP contempla de manera especial a las personas con DI como víctimas del delito porque, a diferencia del trabajo anterior, las referencias a este colectivo en el CP son muy numerosas, aunque, como veremos, hay bastante heterogeneidad en las fórmulas utilizadas por el legislador.

Vamos a limitarnos a los supuestos en los cuales la víctima es mayor de edad y, a pesar de ser conscientes de la relevancia práctica de las cuestiones procesales, no vamos a hacer referencia a ajustes de procedimiento o problemas relativos a la credibilidad de las personas con DI ante la imposibilidad de alargar en exceso el texto.

Comenzaremos analizando el concepto de discapacidad y DI que vamos a manejar, así como las referencias que encontramos a ellos en la legislación interna. Posteriormente, acudiremos al CP para fijarnos, en concreto, en los preceptos que hacen referencia a las personas con DI cuando son víctimas de un delito. Ante la variedad de expresiones utilizadas, intentaremos dar contenido a las mismas y determinar los requisitos necesarios para su aplicación. Finalmente, haremos un breve resumen de nuestras conclusiones y propuestas de *lege lata* y *lege ferenda* y terminaremos con unas reflexiones en torno a algunas cuestiones problemáticas que se plantean cuyo origen parece estar en el propio modelo de discapacidad utilizado, así como a las dificultades que tiene su aplicación en el ámbito penal.

2. El concepto de discapacidad intelectual

En un primer momento delimitaremos qué entendemos por DI para, posteriormente, analizar la normativa interna y comprobar si ambos conceptos son compatibles entre sí.

2.1. *El modelo social de discapacidad. La discapacidad intelectual*

Existe un amplio consenso a la hora de afirmar que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (en adelante, la Convención) supuso el punto de inflexión del paso del modelo tradicional de la discapacidad (médico-rehabilitador) al modelo social. El artículo 1 de la Convención señala que las personas con discapacidad son aquellas que tienen “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En el modelo médico-rehabilitador la discapacidad se identificaba con la existencia de ciertas deficiencias, anomalías de carácter patológico que debían ser confirmadas por un diagnóstico médico y que eran la única causa de las limitaciones o dificultades que sufría la persona con discapacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria y para conseguir su integración social. Esto permitía designar individuos y profesionales que controlaran o incluso suplieran su voluntad puesto que se entendía que debían ser “objetos de protección” (Fernández 2020, p. 138, Delgado 2024).

El nuevo modelo social de discapacidad consagrado en la Convención se refiere, por el contrario, a dos elementos, la existencia de deficiencias y, el más importante, la presencia de barreras que dificulten o impidan la plena participación social de la persona que las padece. La discapacidad resulta así de la interacción entre las deficiencias (cualquier condición física, mental, intelectual o sensorial) y las barreras (estructurales, contextuales, cognitivas, comunicativas, actitudinales, digitales, económicas, etc.), siendo estas últimas el principal elemento definitorio del concepto de discapacidad puesto que, si no existieran, solo la presencia de una deficiencia no determinaría la existencia de una discapacidad (Bueno 2022, p. 128, De Lucchi 2022, pp. 3 y 4).

El propósito principal de la Convención es remover dichos obstáculos para asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad (Martínez-Pujalte y Fernández 2016, pp. 10 y ss., Iturri 2021, p. 50). En este modelo social la persona con discapacidad no es ya un objeto de protección, sino un sujeto de derechos y deberes; es capaz de tomar sus propias decisiones si se le proporcionan los apoyos necesarios y son los Estados los que deben garantizar el ejercicio de sus derechos adoptando las medidas de apoyo individuales que cada persona necesite (Fernández 2020, p. 138, Delgado 2024, p. 5).

Este trabajo se centra en un tipo concreto de discapacidad, la intelectual, es decir, la que tiene origen en deficiencias intelectuales. La Asociación americana de discapacidades intelectuales y del desarrollo (en adelante, nos referiremos a ella por sus siglas en inglés, AAIDD), referente en este ámbito, recoge en su 12ª edición, de 2021, la siguiente definición de DI: “La discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones importantes tanto en funcionamiento intelectual como en conducta adaptativa. Esta discapacidad se origina antes de los 22 años”.¹ El funcionamiento intelectual conocido también como “inteligencia” es una capacidad intelectual que incluye varias habilidades (por ejemplo, aprendizaje, razonamiento, resolución de problemas...) y la conducta adaptativa por su parte, abarca un conjunto de habilidades que las personas aprenden y

¹ <https://www.aaid.org/docs/default-source/default-document-library/aaid spanish-2021.pdf>

utilizan en sus vidas diarias como habilidades conceptuales (lenguaje, lectura y escritura, conceptos relacionados con los números y el tiempo y autodirección), habilidades sociales (habilidades interpersonales, responsabilidad social, autoestima, ingenuidad, inocencia, resolver problemas sociales, seguir las normas/obedecer las leyes, y evitar la victimización) y habilidades prácticas (actividades de la vida diaria, laborales, de cuidado de la salud, para viajar y utilizar transportes o seguir horarios y rutinas, de seguridad, uso del dinero y el teléfono, etc.).

La AAIDD señala que es necesario un enfoque multidimensional para comprender de manera adecuada la DI y la concibe como el ajuste entre las capacidades de la persona y el contexto en que ésta funciona y los apoyos necesarios. Lo decisivo es diseñar y desarrollar sistemas de apoyos para que la persona con discapacidad pueda tomar decisiones teniendo en cuenta el contexto en el que se desenvuelve.

Similar es la definición de discapacidad ofrecida por las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad en su versión actualizada de 2018 y por el DSM-5-TR (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales) en su 5ª edición, revisada de 2022.

Como puede observarse, coinciden con el modelo social de discapacidad al que hemos hecho referencia.

Partiendo de que estamos ante un colectivo (personas con DI) muy heterogéneo en el que se incluyen situaciones muy diversas con distintas manifestaciones y orígenes, podemos ofrecer una serie de características, más o menos comunes, como son las limitaciones cognitivas que les hacen más volubles y altamente influenciables a las presiones de los demás, su dificultad para el juicio social, la toma de decisiones, la reflexión, la evaluación de riesgos, la autogestión del comportamiento y las emociones, las relaciones interpersonales o la motivación. La falta de habilidades para la comunicación puede predisponer a comportamientos disruptivos y agresivos y, en muchas ocasiones, existen dificultades para percibir e interpretar de forma precisa las señales sociales de sus iguales, así como para entender el significado de algunas situaciones. La credulidad y el deseo de agradar es un rasgo que incluye la ingenuidad en las relaciones sociales y la tendencia a ser fácilmente manipulado por otros (Fernández 2020, p. 143, Batlló 2022, p. 5, DSM-5-TR 2022, p. 38).

2.2. La discapacidad en el derecho interno

Podemos preguntarnos si en nuestro derecho interno también se ha acogido esta nueva manera de entender la discapacidad. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGDPD) que, en su art. 2, define la discapacidad como “una 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”.

Asimismo, la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, declara en su preámbulo la pretensión de cambiar el sistema de sustitución en la decisión de 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 con el apoyo necesario, manteniéndose la representación como excepción cuando no sea posible la decisión autónoma. En relación con las medidas de apoyo, el art. 249 del Código Civil señala que “las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera (...) procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”. Y, en relación con la representación, indica el mismo artículo que “en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso (...) se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Por lo tanto, partimos del respeto de la libertad y autonomía de las personas con DI para decidir, por sí mismas, en todo lo concerniente al desarrollo de su personalidad y su forma de vida; la DI no las limita, aunque en algunas ocasiones serán necesarios más o menos apoyos para ser el protagonista de su proyecto vital, para asumir responsabilidad tomando decisiones. El apoyo no se ha de ejercitar en interés de las personas con discapacidad, sino atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, lo que incluye el derecho a asumir riesgos y la posibilidad de adoptar decisiones erróneas, al igual que sucede con cualquier otra persona sin DI.

Las medidas de apoyo serán las mínimas e imprescindibles, proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona y han de tener como objetivo primordial su progresiva reducción, en la medida en que se va ampliando la autonomía individual. (González Tascón 2022, pp.107 y ss., Sánchez 2023, pp. 24 y ss.). Excepcionalmente, habrá personas con DI grave que no pueden determinarse libremente ni siquiera con medidas de apoyo, en ese caso, se admiten las funciones representativas con los requisitos citados.

El CP define en el art. 25 la discapacidad “a los efectos de este código” como aquella “situación en la que se encuentra una persona con deficiencias física, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, pueden limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Este artículo fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, con el objetivo se adecuar la norma penal a la Convención, al nuevo concepto de discapacidad y al resto del ordenamiento jurídico. La LO citada sustituye el término incapaz por persona con discapacidad necesitada de especial protección, y los términos minusvalía y minusválido por discapacidad o persona con discapacidad, respectivamente.

En su segundo apartado, el art. 25 hace alusión expresa a supuestos de discapacidad intelectual y mental (anomalías o alteraciones psíquicas diferentes a la DI) al señalar que “Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección 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”.

De este precepto se deduce que, para el CP, no toda persona con discapacidad es una persona con discapacidad necesitada de especial protección; para ser calificada como tal no será suficiente con un diagnóstico de DI, será necesario, además, tener en cuenta el grado de la misma, así como analizar el ámbito y contexto concreto sobre el que tiene que decidir para comprobar si, a pesar de la discapacidad, puede autodeterminarse o si necesita algún tipo de apoyo para tomar decisiones respecto a su persona, derechos o intereses.

Uno de los elementos más controvertidos de esta definición de discapacidad es la exigencia de que las deficiencias tengan carácter permanente, puesto que no permite aplicar los preceptos referidos a la discapacidad en supuestos de limitaciones transitorias (Iturri 2021, pp. 49 y ss., Tapia 2023, pp. 211 y ss.), lo que parece contradecir el carácter dinámico del concepto de discapacidad que se mantiene en la actualidad. Si tenemos en cuenta otros textos citados, la Convención entiende que las deficiencias tienen que ser “a largo plazo”, la LPGCD que han de ser “previsiblemente definitivas” y las Reglas de Brasilia equiparan las deficiencias a largo plazo con las temporales. En relación con esta cuestión señala Moya (2020, p. 29) que posiblemente esta exigencia tiene como finalidad diferenciar la discapacidad (permanente) de la enfermedad (no permanente).

En este ámbito resulta llamativa la STS 938/2023 de 19 de diciembre. En este caso, se planteó la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria del art. 268 a un supuesto en el cual el sujeto activo se aprovechó de una situación de discapacidad transitoria. El TS hace suya la postura del Ministerio Fiscal según la cual, no hay que interpretar el concepto de discapacidad utilizando el art. 25 porque ello “conduce a un resultado contrario al espíritu y finalidad de la norma”, es decir, a la desprotección de la víctima. Se afirma que la “nota de permanencia está superada” y que cobra fuerza la revisión periódica, citando como referente la Convención y la Ley 8/2021. El TS señala que los elementos centrales de este precepto son la idea de vulnerabilidad, desprotección, riesgo y limitación funcional, sin que la idea de permanencia tenga que ser tomada en consideración, y no aplica la excusa absolutoria a pesar de que la discapacidad era transitoria, condenando por un delito de apropiación indebida.

Sin negar que estamos de acuerdo con el fondo de esta argumentación, nos parece muy discutible teniendo en cuenta en principio de legalidad, puesto que el art. 25 es bastante claro, “A los efectos de este Código...”. Esta resolución pone en evidencia la necesidad de modificar tanto el art. 268 como el art. 25 (Casanueva 2022, Gutiérrez 2023).

3. La discapacidad intelectual en el articulado del CP

En este apartado vamos a hacer un recorrido por los preceptos del CP en los cuales el legislador ha creado tipos básicos o agravados, atendiendo a la presencia de una DI en el sujeto pasivo mayor de edad. Se dará cuenta el lector de que se trata de un número muy elevado de preceptos (en los últimos años su aumento ha sido exponencial, Pérez y de la Mata 2023), así como de la diversidad de expresiones utilizadas por el legislador; cuestiones estas sobre las que reflexionaremos más adelante. Vamos a diferenciar los

supuestos en los cuales el CP hace referencia a las “personas con discapacidad necesitan de especial protección”, de aquellos otros en los cuales se hace referencia de una manera más general a la “discapacidad”.

3.1. Personas con discapacidad necesitadas de especial protección

Como hemos señalado, el artículo 25.2 se refiere, utilizando esta expresión a personas cuya discapacidad tiene origen en deficiencias intelectuales o mentales y requieren de apoyos para tomar decisiones respecto de su persona, derechos o intereses. Se refiere, por lo tanto, a la DI así como a otros supuestos de discapacidad mental, aunque en este trabajo vamos a centrarnos en la primera.

En algunas ocasiones, la presencia de esta situación implica la existencia de un delito, mientras que, si la víctima fuera una persona adulta sin discapacidad, la conducta sería atípica. En este sentido, en los delitos contra la vida y la salud encontramos los artículos 143bis y 156ter, que castigan la distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio y la autolesión de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Con una redacción muy similar, el art. 361bis castiga esas mismas conductas si lo que se promueve o facilita es “el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas”.

En relación con los delitos contra la integridad moral, el art. 173.2 castiga los malos tratos habituales en el ámbito de la violencia doméstica cuando la víctima es alguna de las personas mencionadas en el precepto, entre otras, “personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el autor”.

También en los delitos contra la libertad sexual encontramos figuras relacionadas con actos de exhibicionismo, pornografía o prostitución, como el art. 185 que castiga ejecutar o hacer ejecutar actos de exhibición obscena con estas personas, el art. 186 que castiga la venta, difusión o exhibición de material pornográfico entre ellas o los delitos recogidos en los artículos 188.1, 188.4 y 189.

Dentro del grupo de los delitos contra los derechos y deberes familiares, se hace referencia a las personas con discapacidad necesitada de especial protección en el art. 223 (“El que teniendo a su cargo la custodia no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello”), art. 224 (inducir a abandonar el domicilio familiar, o lugar de residencia), art. 229 (abandono), art. 230 (abandono temporal), art. 231 (“El que, teniendo a su cargo la crianza o educación lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado”) y art. 232 (utilizarlos o prestarlos para la práctica de la mendicidad).

En otras ocasiones, el hecho de que la víctima del delito sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección, supone la aplicación de un tipo agravado. Esto ocurre en el art. 148.3ª (lesiones básicas del art. 147.1), en el art. 149.2 (delito de mutilación genital), los artículos 165 y 166 (delitos de detenciones ilegales y secuestro), el art. 197.5 y 7 (descubrimiento y revelación de secretos) así como el art. 362 quater (delito farmacológico) y el art 577 (delitos de terrorismo). En los artículos 153, 171

y 172 en relación con los malos tratos, lesiones, amenazas o coacciones leves, en el ámbito de la violencia de género y doméstica, si el juez lo estima adecuado al interés de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, se podrá imponer, además, de la pena correspondiente al delito, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

El art. 155, por su parte, contempla la posibilidad de atenuar la pena en los delitos de lesiones si media el consentimiento “válido, libre, espontáneo y expresamente emitido” del ofendido, añadiendo que “no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Aunque en este trabajo no nos interesan tanto, también se menciona a este colectivo en la parte general. Por ejemplo, encontramos delitos para cuya persecución es necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal pero que, en el supuesto de que ésta sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se permite también la denuncia del Ministerio Fiscal como en el art. 161 (práctica de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento), art. 191 (agresiones sexuales y acoso sexual), el art. 201 (descubrimiento y revelación de secretos), art. 228 (abandono de familia), art. 267 (daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros), art. 287 (delitos relativos al mercado y a los consumidores) o art. 296 (delitos societarios). El art. 172ter (delito de acoso o *stalking*) señala que si el ofendido es una persona del 173.2, no es necesaria la denuncia del agraviado o su representante legal y debemos recordar que, entre otras, se mencionan las personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el sujeto activo.

El art. 130.1.5º permite que el perdón del ofendido extinga la responsabilidad criminal “cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias de la persona agraviada o la ley así lo prevea” salvo “en los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales”.

En relación con las penas accesorias, el art. 57.2 prescribe que si el delito cometido es alguno de los enumerados en el apartado primero de dicho precepto y la víctima es una persona con discapacidad necesitadas de especial protección que con él conviva, deberá imponerse la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48.

El art. 84 limita la posibilidad de exigir el pago de una multa como condición para suspender la ejecución de las penas privativas de libertad si la víctima es una persona con discapacidad necesitadas de especial protección que conviva con el autor y, finalmente, el art. 36.2, condiciona el acceso al tercer grado en el delito del art. 177bis (trata de seres humanos) cuando la víctima es una persona con discapacidad necesitada de especial protección y la pena impuesta es superior a cinco años, a la exigencia de haber cumplido la mitad de la condena impuesta.

No entendemos el fundamento de esta excepción al acceso al tercer grado, más aún si se tiene en cuenta que esta cualidad de la víctima ya ha supuesto la aplicación del tipo agravado del art. 177bis apartado cuarto. Además, al tipo básico de este delito le corresponde una pena de 5 a 8 años, si aplicamos el tipo agravado hay que imponer la pena superior en grado, lo que excede en todo caso de 5 años. Es decir, el hecho de que la víctima sea una persona con discapacidad necesitada de especial protección supone

que la pena de prisión sea superior a cinco años y esto, a su vez, implica la imposibilidad de obtener el tercer grado hasta que no se haya cumplido la mitad de la pena lo que puede suponer una vulneración del principio *non bis in idem*.

3.2. *Personas con discapacidad. Mención especial a la vulnerabilidad*

En el CP también encontramos referencias genéricas a la persona que tiene una discapacidad, lo que incluye supuestos de DI. El legislador no utiliza una terminología uniforme para referirse a estos supuestos y, junto a la discapacidad, a veces menciona la enfermedad, la edad, la situación u otras circunstancias, tal y como veremos a continuación.

Podemos identificar un primer bloque de preceptos en los cuales se hace referencia a una situación de discriminación por razón, entre otros motivos, de la discapacidad. En este bloque podemos incluir la agravante genérica del art. 22.4, el art. 314 (delitos contra los derechos de los trabajadores) y, dentro del título XXI, los artículos 510 (conocido como delito de odio), 511, 512 y 515. No podemos olvidar los delitos de genocidio del art. 607 y de lesa humanidad del art. 607bis referidos, entre otros colectivos, al de las personas con discapacidad. Si bien estos últimos no utilizan el término discriminación, creemos que pueden incluirse en este bloque al que Tapia (2023, p. 212) denomina derecho penal antidiscriminatorio.

Estos preceptos no van a interesarnos en este trabajo puesto que, en ellos, a la persona con discapacidad se la contempla como miembro de un colectivo que es objeto de discriminación; lo relevante es que el sujeto activo haya pensado en ella como perteneciente a dicho colectivo, no tanto en sí misma considerada. El propio art. 22.4 señala que puede ser aplicado “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”, es decir, ni siquiera hace falta que la víctima tenga una discapacidad para aplicar la agravación.

El resto de supuestos en los que se contempla de manera especial a la víctima con discapacidad, se hace referencia a la existencia de vulnerabilidad por razón de la misma, concepto este, el de vulnerabilidad, en el que vamos a detenernos más adelante.

En primer lugar, podemos citar la excusa absolutoria del art. 268, que no será aplicada si se abusa de la vulnerabilidad de la víctima por tratarse de una persona con discapacidad.

En segundo lugar, nos encontramos con preceptos cuya aplicación da lugar a un tipo agravado. En ocasiones, el legislador exige que la víctima “sea” una persona especialmente vulnerable por razón de la discapacidad. La agravante así redactada la encontramos en el delito de asesinato agravado del art. 140.1.º, también aplicable al homicidio agravado (art. 138.2.a), en el cual junto a la discapacidad se enumera la edad y la enfermedad; el de tráfico ilegal de órganos del art. 156bis en su apartado cuarto, en el cual además de la edad, enfermedad y discapacidad, se incluye la situación; así como el de trata de seres humanos (art. 177bis) que en su apartado cuarto alude a la enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal.

Otras veces el CP condiciona la aplicación del tipo agravado al hecho de que la víctima “se halle” en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su discapacidad. Así, en los artículos 172ter (acoso o *stalking*), 180.3ª (agresiones sexuales), 181.5 (agresiones

sexuales a menores de 16 años), 188 y 189 (prostitución, explotación sexual y corrupción de menores), junto a la discapacidad se menciona la edad, la enfermedad y alguna “otra circunstancia” mientras que en el art. 184 (acoso sexual) solo se menciona la edad, enfermedad y discapacidad.

Asimismo, existen preceptos en los cuales se hace referencia a la vulnerabilidad de la víctima de manera general, sin especificar cuál debe ser el origen de la misma, por lo que podemos incluir los supuestos de DI. Dentro de los delitos contra la libertad sexual, encontramos esta referencia general en el delito de agresión sexual del art. 178 según el cual estaremos ante este delito, entre otros supuestos, si se abusa de la vulnerabilidad de la víctima. También el art. 187.1 castiga al que determine a una persona mayor de edad a ejercer o mantenerse en la prostitución si se abusa de su vulnerabilidad, así como a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona y, en todo caso, se entiende que hay explotación si la víctima se encuentra en una situación de vulnerabilidad personal o económica (los supuestos de DI pueden ser un supuesto de vulnerabilidad personal).

El delito de trata de seres humanos del art. 177bis también recoge como conducta típica, abusar de una situación de vulnerabilidad y, a diferencia del resto de preceptos, define qué es la vulnerabilidad al señalar que concurre cuando “la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Esta definición, de todos modos, solo es aplicable a ese precepto.

Vamos a completar este repaso al CP mencionando algunos preceptos que, aunque no utilizan el término discapacidad, nos parece que la intención del legislador es referirse a estos supuestos.

En primer lugar, el tipo agravado del delito de tráfico de drogas recogida en el art. 370.1º sorprende por la terminología utilizada al hacer referencia a cuando “se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos”. Entendemos que esta referencia a los disminuidos psíquicos debería eliminarse del texto y sustituirla en su caso, por personas con discapacidad o discapacidad necesitadas de especial protección. En sentido similar, la Circular de la FGE 2/2005 de 31 de marzo proponía interpretarla “como situaciones personales en las que, por razón de padecimientos de carácter permanente, el afectado se encuentra limitado en sus facultades de discernimiento y en su capacidad de autodeterminación en relación con la ejecución de estos comportamientos típicos”.

También debemos citar el art. 156. Este precepto se refiere a personas que carezcan absolutamente de aptitud para prestar el consentimiento válido, libre, consciente y expreso en los supuestos de trasplante de órganos esterilizaciones y cirugía transexual, señalando que no será válido el que presten ellos ni el de sus representantes legales. Entendemos que las personas con DI pueden incluirse en este precepto si, debido a la misma, carecen absolutamente de dicha aptitud.

Finalmente, el art 235.1 entre las agravaciones del delito de hurto (también aplicable al delito de robo con fuerza en las cosas), se refiere a los supuestos en los cuales el delito se haya cometido “abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo” de la víctima y la DI puede ser una de estas circunstancias personales.

4. Personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Vulnerabilidad por razón de la discapacidad

En este apartado vamos a intentar demostrar que, en relación con los supuestos de DI que aquí nos interesan, las distintas expresiones utilizadas por el legislador a las que nos acabamos de referir en las páginas precedentes se refieren a los mismos supuestos y podrían reconducirse a una sola.

4.1. Identidad de significado

La referencia a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección nos remite, como ya sabemos, al art. 25.2 del CP y se refiere a personas que tienen una DI y que necesitan apoyos para superar las barreras que les impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones. Para poder aplicar los preceptos que se remiten a estas personas no basta con comprobar la presencia de la DI, además, hay que demostrar que en relación con el delito concreto y el ámbito concreto de que se trate, esa persona necesitaba apoyos para desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, para decidir libremente y manifestar su voluntad.

Entiendo que el precepto no deberá aplicarse si la persona cuenta o ha contado con los apoyos necesarios en ese ámbito concreto de modo que, después de ello, ya ha sido capaz libremente de formar su voluntad y decidir en las mismas condiciones que una persona sin DI. Por el contrario, se aplicará cuando, necesitando dichos apoyos, no los ha recibido (lo que sería un fallo del sistema de protección, que no se los ha ofrecido) o los ha recibido pero no ha conseguido superar sus limitaciones, bien porque sean necesarios durante más tiempo, bien porque no sean los adecuados o bien porque no vayan a ser nunca suficientes debido al grado o características de la discapacidad.

En el resto de expresiones que aparecen en el CP se hace referencia, con unas u otras palabras, a la existencia de vulnerabilidad en la víctima por razón de la discapacidad. La introducción de estos preceptos en el CP se ha hecho de manera descoordinada aludiendo, en ocasiones, a la vulnerabilidad de manera general, haciendo referencia otras veces a motivos concretos que tienen que estar en el origen de la misma y, en este último caso, mencionando la edad, enfermedad, discapacidad, situación, estado gestacional, etc. sin ningún criterio claro e ignorando los problemas de interpretación y aplicación que de ello deriva (Tapia 2018, p. 9, Moya 2020, p. 18); problemas a los que también contribuye el hecho de que no haya ninguna definición genérica de vulnerabilidad en el CP.

La única definición la encontramos en el art. 177bis del CP, pero el propio precepto señala claramente que la misma solo es aplicable a ese delito. Por otro lado, el artículo 102 del Anteproyecto de la Lecrim establecía que “son víctimas especialmente vulnerables a efectos de esta ley 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”, aunque esta redacción no ha sido introducida en el texto finalmente aprobado.

Podemos partir de la definición que nos ofrece la RAE según la cual la persona vulnerable es aquella que puede ser herida o recibir lesión, física o moralmente. Esta definición no resulta muy útil, puesto que la posibilidad de ser “heridos” la tenemos

todos en un momento u otro. De hecho, algunos autores señalan que la vulnerabilidad es intrínseca a la naturaleza humana porque todos somos vulnerables; por eso, afirman, la norma penal nos protege a todos a través de los delitos con sujeto pasivo común (Tresserras 2020, p. 22, Moya 2023, p. 288). Pero también es cierto que algunas personas son especialmente vulnerables y en ellas la posibilidad de ser “heridas” es mayor, por lo que se les ofrece una tutela penal reforzada. De hecho, la RAE, en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, define a la persona vulnerable como aquella que “con mayor riesgo que el común, es susceptible de ser herido o lesionado, física o moralmente”,² definición citada en la STS 331/2023 de 10 de mayo.

Siguiendo a Moya (2023, p. 288), podemos señalar que el sistema de justicia penal protege a toda víctima (potencial o real) desde cuatro perspectivas: 1) a través de políticas de prevención de la criminalidad 2) sancionando ciertas conductas ilícitas 3) en el proceso penal para minimizar el impacto de la victimización secundaria y 4) promoviendo la reparación. Con cada una de estas estrategias, se ofrece una tutela reforzada a determinadas víctimas por considerarlas más vulnerables, de manera que conocer la perspectiva de la que partimos es fundamental para dar contenido al concepto de vulnerabilidad. Todas las definiciones de vulnerabilidad que se manejan pueden ser adecuadas y válidas, pero “no todas se pueden aplicar a los preceptos del CP en los que se hace referencia a personas especialmente vulnerables para protegerlas de manera especial” (Moya 2023, pp. 286 y ss.).

En este trabajo, nos interesa principalmente la segunda perspectiva, puesto que estamos analizando el derecho penal sustantivo, es decir, el instrumento a través del cual el sistema penal protege a la víctima potencial, sancionando conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales. En esta tarea, se tienen en cuenta a esas víctimas más vulnerables, que pueden ser más fácilmente “heridas”.

Desde esta perspectiva, entendemos, junto con la postura mayoritaria, que las víctimas especialmente vulnerables son aquellas que se encuentran en una situación de inferioridad o indefensión, con una menor capacidad de defensa frente a un eventual agresor; con menores mecanismos de autoprotección, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse a la agresión; en ocasiones, ni siquiera alcanzarán a conocer o entender lo que le está ocurriendo. Esto supone, para el sujeto activo, una mayor facilidad para cometer el delito y asegurarse su consumación, puesto que no va a encontrar resistencia o ésta va a ser inferior, lo que da lugar a una situación de superioridad del mismo (Durán 2023, p. 246, Moya 2023, pp. 304 y ss.). Postura, esta, que también parece ser la defendida por la jurisprudencia del TS (SSTS 686/2023 de 21 de septiembre, 331/2023 de 10 de mayo, 10/2023 de 19 de enero).

Además de la situación de indefensión, señalan algunos autores otro fundamento adicional en los supuestos de vulnerabilidad: la “mayor propensión a sufrir un impacto físico o emocional más intenso tras el hecho traumático” (Moya 2020, p. 17, Tapia 2023, p. 205). Estas autoras se basan en las Reglas de Brasilia según las cuales una “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, para ejercitar

² <https://dpej.rae.es/lema/vulnerable>

con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Sin negar que esto pueda ser así en algunas ocasiones, no creo que pueda entenderse como fundamento de la agravación, puesto que no siempre se dará. Imaginemos una persona con una DI grave, de modo que ni siquiera va a entender que ha sido víctima de un delito o que se ha lesionado algún bien jurídico del que es titular; en este caso, el impacto emocional puede ser inferior al que sufriría una víctima no vulnerable. Sin olvidar que estas reglas están pensadas, sobre todo, para regular cuestiones relacionadas con el proceso penal.

Asimismo, señalan algunos autores que el fundamento está en una mayor dificultad para participar en el proceso penal en igualdad de condiciones, remitiéndose a las reglas de Brasilia citadas (Moya 2020, p. 18, Tapia 2023, p. 205). Entendemos que para hacer frente a estas situaciones contamos, principalmente, con normas de carácter procesal que incluiríamos en la tercera perspectiva citada.

En los supuestos en los cuales la vulnerabilidad deriva de la DI, entendemos que se debe a que la persona concreta necesita apoyos para formar su voluntad y decidir libremente en el ámbito de que se trate, apoyos que no ha recibido o no han sido suficientes o en ningún caso van a ser suficientes; es decir, según lo que hemos visto antes, se entiende que su situación es la misma que la de una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Por lo tanto, en principio y de manera general, podemos entender que personas vulnerables por su DI y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, son dos expresiones que hacen referencia a la misma realidad. Incluso podemos equipararla a los supuestos de abuso de superioridad, si la misma se debe a una DI. De hecho, las SSTS 335/2024 de 18 de abril y 686/2023 de 21 de septiembre señalan que “la vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad” y el propio TS, en ocasiones, utiliza indistintamente las citadas expresiones. Un ejemplo es la STS 881/2023 de 29 de noviembre en la cual se señala que “... condenamos a Eulogio como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual con acceso carnal sobre persona especialmente vulnerable”, pero el precepto aplicado (art. 181.1 y 2 vigente en el momento de los hechos) castiga “abusar del trastorno mental de la víctima”; era la agravante del art. 180.1.3º que no se aplicó, la que se refería a víctimas especialmente vulnerables.

4.2. Elementos objetivos y subjetivos

Partiendo de que todas las expresiones citadas, en relación con los supuestos de DI, tienen el mismo contenido, vamos a ver cuáles son los requisitos para su aplicación.

En primer lugar, como hemos señalado, deberá demostrarse que existe una DI, es decir, que existe alguna deficiencia intelectual, extremo este que deberá ser apoyado con las técnicas de evaluación que sean necesarias (Dujo y Horcajo 2017). No hay duda de que las personas con DI, en general, por las características antes vistas, tienen mayor dificultad para generar contextos de autoprotección y autodefensa convirtiéndose así en víctimas especialmente vulnerables (Tresserras 2020, p. 23, Durán 2023, p. 246). De hecho, los estudios al respecto indican que la mayoría de los supuestos en los cuales existe una situación de vulnerabilidad en la víctima, ésta tiene su origen en una DI (García Medina 2018, pp. 612 y ss., Moya 2020, pp. 20 y ss.).

Pero no podemos olvidar que el simple hecho de padecer una DI no supone afirmar automáticamente la especial vulnerabilidad en el caso concreto. Como señala Bonsignore (2023, p. 31) 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 particulares”. Del mismo modo, una persona no tiene que ser vulnerable a todos los efectos ni en todas las áreas de sus vidas porque, por ejemplo, una persona con DI puede ser vulnerable para emitir un “consentimiento válido en relación con delitos patrimoniales, pero no serlo para consentir en relación con la participación en conductas de contenido sexual, o viceversa” (Bonsignore 2023, p. 28).

Por ejemplo, en la STS 881/2023 de 29 de noviembre, la mujer consintió en la interrupción voluntaria del embarazo, pero se condenó por delito contra la libertad sexual al entender que se había abusado de su situación de DI; en la STS 466/2023 de 14 de junio, la víctima tenía autonomía suficiente como para vivir sola, pero se concluye que no tenía capacidad para consentir libremente en los hechos con contenido sexual probados y la STS 881/2023 de 29 de noviembre, incluso afirma la capacidad para consentir libremente la realización de actos sexuales, pero no en todo caso, no con cualquier persona.

En este sentido, lo más importante es probar de la manera más detallada posible cómo afecta la DI a la persona que la padece en relación con el ámbito concreto de que se trate, en su capacidad para poder consentir y decidir válidamente, para autoprotegerse y autodeterminarse.

Pero, para poder aplicar los tipos penales a los que nos estamos refiriendo, hay que analizar, además, la vertiente subjetiva, es decir, el dolo del sujeto activo. Para ello, debe probarse fehacientemente que el sujeto activo conocía la discapacidad (no hace falta que sepa el diagnóstico concreto STS 466/2023 de 14 de junio) si bien, en ocasiones, pueden darse una presunción de conocimiento de la situación de vulnerabilidad en casos evidentes y notorios (STS 881/2023 de 29 de noviembre, 341/2023 DE 10 de mayo, 10/2023 de 19 de enero).

A título de ejemplo, la STS 10/2023 de 19 de enero no aplica la agravación porque, aunque la vulnerabilidad existe, “no puede afirmarse que tal discapacidad hubiere sido percibida por los acusados”; en sentido similar, las SSTs 516/2024 de 31 de mayo y 371/2024 de 9 de mayo. Aunque, en otras ocasiones, se aplica la agravación sin que conste en los hechos probados que el acusado tenía conocimiento de la vulnerabilidad (STS 341/2023 de 10 de mayo).

El dolo no supone solo que el sujeto activo conozca la DI, exige también que tenga conocimiento de la vulnerabilidad que genera la misma, es decir, que esa discapacidad disminuía las posibilidades de conocer-reconocer que el bien jurídico estaba en riesgo, de advertir el peligro, de defenderse, de autoprotegerse; en resumen, que se encontraba en una situación de inferioridad frente al ataque (Moya 2023, p. 299).

Si a pesar de este conocimiento el sujeto actúa, entendemos que quiere aprovecharse de esa situación de indefensión, abusar de ella. Por eso en nuestra opinión, aunque el CP se refiera en ocasiones a que la víctima se “halle” en situación de vulnerabilidad, otras a que “sea” vulnerable o que se “abuse” de la vulnerabilidad, en realidad, en todos los casos se da ese abuso de la vulnerabilidad (Ortega 2020, p. 539). Es decir, el abuso o

aprovechamiento que algunos tipos penales exigen, no es un elemento adicional que exceda del dolo propio de los tipos que estamos analizando. El TS también parece ser de esta opinión si tenemos en cuenta sentencias como la 10/2023 de 19 de enero, en la cual, al interpretar la expresión “víctima sea especialmente vulnerable” del art. 180.1.3º CP, vigente en el momento de los hechos, exige un “prevalimiento” o “aprovechamiento consciente” de esa vulnerabilidad.

4.3. *El principio non bis in idem*

Si llevamos a cabo una interpretación como la que se acaba de proponer, enseguida nos damos cuenta de que hay que aplicar estos preceptos con cautela, para no incurrir en una vulneración del principio *non bis in idem*.

En algunos delitos, identificamos tipos agravados en los cuales aparece más de una de las fórmulas citadas a las que reconducir la situación de DI, lo que plantea dudas en relación con la posibilidad de aplicar más de una o, en su caso, cuál de ellas aplicar. El propio TS (STS 520/2023 de 28 de junio) deja constancia de la dificultad que se plantea a veces para calificar correctamente sin infringir el principio *non bis in idem*, dudando entre aplicar el abuso de superioridad, abuso de trastorno mental y/o la agravante de abuso de la vulnerabilidad.

Los apartados 3º y 5º del art. 148 contemplan la posibilidad de agravar la pena de las lesiones básicas del art. 147.1, si la víctima es una persona con discapacidad necesitada de especial protección y si es una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, respectivamente. Entendemos que, si la víctima convive con el autor y la vulnerabilidad tiene su origen en la DI, es más adecuado aplicar la agravación del apartado 5º; la solución sería distinta si, junto a la DI, concurre otra circunstancia que da lugar a la vulnerabilidad; en ese caso, se podrían aplicar las dos agravantes (Villa 2022, p. 194).

Algo parecido ocurre en el art. 172ter. Este precepto castiga el delito de acoso o *stalking* y determina un tipo agravado castigado con la pena de 6 meses a 2 años de prisión si la víctima se halla en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia. Este mismo precepto, en su segundo apartado, establece un tipo agravado castigado con la pena de 1 a 2 años de prisión, si la víctima es alguna persona del art. 173.2. Este precepto se refiere, entre otras, a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el sujeto activo. Como hemos señalado antes, si el único factor de vulnerabilidad es la DI y, además, hay convivencia, entendemos que sería de aplicación preferente el apartado segundo.

Un problema similar plantean otros preceptos, en los cuales la DI permite aplicar el tipo básico (de otro modo, la conducta sería atípica) y, al mismo tiempo, el tipo agravado. Por ejemplo, el art. 188 castiga conductas relacionadas con la prostitución, si la víctima es una persona con discapacidad necesitada de especial protección y, en el apartado tercero, contempla un tipo agravado cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia. Entendemos que, si el origen de la vulnerabilidad es la DI, no puede aplicarse el tipo agravado, puesto que se estaría infringiendo el principio *non bis in idem*.

Solo sería posible aplicar dicha agravación si el motivo de la vulnerabilidad fuera otro distinto (Moya 2020, p. 49).

El art. 178, por su parte, considera que existe delito de agresión sexual si se abusa de la situación de superioridad o vulnerabilidad o situación mental de la víctima, y el art. 180 establece un tipo agravado si los hechos se cometen contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia. Si, en el caso concreto, la vulnerabilidad deriva exclusivamente de la DI, no podrá aplicarse el tipo agravado (SSTS 881/2023 de 29 de noviembre, 686/2023 de 21 de septiembre); argumentación que puede ser también utilizada en el art. 177bis que, entre otros motivos, entiende aplicable el tipo básico si la víctima es vulnerable y, en su apartado cuarto, recoge un tipo agravado si la misma es especialmente vulnerable por razón de su discapacidad.

A todo ello, debemos añadir las agravaciones por “abuso de superioridad”, puesto que, si dicha situación deriva de la DI de la víctima, el fundamento sería el mismo que el de los supuestos analizados, y también habría que tener cuidado para no infringir el principio *non bis in idem* (Moya 2020, p. 49). En este sentido, el propio TS entiende equiparable prevalerse de la superioridad y la agravación por especial vulnerabilidad (STS 131/2024 de 8 de febrero).

5. Algunas conclusiones y varias reflexiones

Después de la exposición que se acaba de hacer en las páginas precedentes, coincidimos con Sandoval (2023, pp. 96 y ss.) cuando señala que la expansión de los tipos agravados del CP relacionados con la vulnerabilidad de la víctima contrasta con la escasez de debate y explicación de los motivos de dicha expansión, lo que, en su opinión, evidencia una total descoordinación normativa y es revelador “de la pérdida de influencia de la opinión de expertos en la creación del Derecho”. Muy crítico con el legislador se muestra también De la Mata (2022, pp. 82 y ss.), ante la heterogeneidad con la que están regulados estos supuestos de especial vulnerabilidad, lo que dificulta la tarea de los tribunales de justicia en la aplicación de los tipos penales correspondientes. Se refiere este autor al “vómito de expresiones” utilizadas a lo largo del CP.

Ante esta situación, la interpretación que aquí se propone parte de considerar que, en relación con los supuestos de DI, las diferentes expresiones utilizadas por el legislador deben interpretarse de la misma manera y exigen los mismos requisitos. Así y todo, creemos que sería más conveniente que el legislador modificara la redacción de las mismas para simplificar la regulación, facilitar la aplicación de los preceptos y evitar problemas con el principio *non bis in idem*. Esta modificación podría consistir en reducir todas las expresiones citadas a una referencia genérica a la situación de vulnerabilidad de la víctima, sin tener que mencionar las causas de la misma.

La fórmula que use el legislador no debería referirse a que la víctima “sea” vulnerable. Como hemos señalado, las personas no “son” vulnerables, sino que, en algunos momentos, en relación con ciertos hechos y en ciertas situaciones, pueden hallarse en situación de especial vulnerabilidad. En su caso, si el legislador opta por distintas formulaciones, debería hacerlo de manera coherente, clara, sistemática y motivada (Pérez y De la Mata 2023, p. 64).

Ante la duda que plantean algunos autores sobre si la agravación por especial vulnerabilidad debe estar en la parte general o en la parte especial (Bonsignore 2023), entendemos que no se trata de opciones excluyentes. Ya tenemos ejemplos como la alevosía, que es un elemento específico de algunos tipos penales (art. 139.1.1º) y también da lugar a la agravante genérica del art. 22.1. La decisión sería del legislador, aunque, eso sí, sería deseable que fuera una decisión motivada.

De todos modos, el abuso de superioridad del art. 22.2, como hemos señalado, podría aplicarse sin demasiados problemas en estos supuestos de especial vulnerabilidad, siendo también deseable que el legislador indicara algo al respecto, para no originar problemas de interpretación.

En relación con el concepto de discapacidad, también creemos que es necesaria una modificación del art. 25 para eliminar la exigencia de “permanencia”.

Pero, al margen de las propuestas de *lege lata* y *lege ferenda*, nos parece importante terminar haciendo alguna reflexión sobre la DI y el derecho penal porque, como señalan algunos autores, la modificación del art. 25 parece que ha supuesto un cambio terminológico, sin que haya tenido un impacto relevante en la doctrina ni la jurisprudencia al respecto (Nastasache 2020, p. 16, Ortega 2020, p. 536). De hecho, todavía sorprende (negativamente) leer resoluciones en las que se usan términos como “retraso mental” o minusvalía como, por ejemplo, las SSTS 881/2023 de 29 de noviembre, 520/2023 de 28 de junio, 466/2023 de 14 de junio, 341/2023 de 10 de mayo, 10/2023 de 19 de enero.

Indica Pérez (2022, p. 4) que, cuando tratamos este tema, debemos evitar pensar que las personas con DI tienen limitaciones insuperables, que necesitan apoyo y supervisión constante o que no saben relacionarse con los demás; extremos estos que parecen superados en la actualidad. Pero, tampoco podemos incurrir en el prejuicio inverso, es decir, concluir que todas las personas con DI van a poder, en todo caso, velar por sus intereses. De hecho, habrá supuestos límite en los cuales una persona con DI no va a poder decidir sobre sus derechos e intereses ni siquiera contando con apoyos. En este sentido, afirma Quesada (2022, p. 2) que “la mayor debilidad del modelo social es determinar hasta qué punto la discapacidad es netamente de carácter social y, por ende, hasta qué punto la misma puede ser siempre compensada mediante un ajuste”.

Es decir, por un lado, debemos evitar la sobreprotección excesivamente paternalista de estas personas y, en este sentido, critican algunos autores la aplicación, casi automática, que se hace en ocasiones de las agravaciones relacionadas con la vulnerabilidad cuando la víctima tiene una DI, dando por hecho que existe dicha situación de desprotección (Tresserras 2020, pp. 23 y ss., Bonsignore 2023, p. 37). De hecho, la mención de la discapacidad suele ir unida a la minoría de edad, lo que parece indicar que para el legislador se trata de situaciones equiparables, cuando, realmente, se trata de realidades distintas que merecen un tratamiento diferenciado (González Uriel 2022, p. 12).

Esta sobreprotección también implica la existencia de recelos a considerar que decisiones arriesgadas o peligrosas para su persona y sus bienes puedan ser consecuencia de una decisión autónoma y libre de la persona con DI. Como señala Quesada (2022, pp. 5 y ss.), una persona con DI también puede tomar decisiones de este tipo que debemos respetar, igual que lo haríamos si se trata de una persona sin DI, siempre que hayamos

comprobado que es una decisión libre, porque en ese ámbito no necesita apoyos o porque los ha recibido de manera adecuada y eficaz.

Otro ejemplo de sobreprotección lo ven algunos autores en el ámbito de la libertad sexual. Aunque no hay duda de que a pesar de tener una DI la persona puede consentir válidamente en este ámbito (Cendra 2013, p. 4; García Arán 2022, p. 17, STS 520/2023 de 28 de junio), un repaso rápido a la jurisprudencia es suficiente para darse cuenta de que la mayoría de los supuestos en los que se aplica la agravación de especial vulnerabilidad por DI es, precisamente, en estos delitos y que la víctima es, casi siempre, una mujer. Vellaz *et al.* (2021, p. 10) señalan, entre los factores que explican la mayor vulnerabilidad en este ámbito, la sobreprotección del entorno, que se traduce en que no se prepara a las personas con DI para protegerse ante este tipo de delitos, en un intento de mantenerlas alejadas de las conductas de contenido sexual, lo que refleja también un paternalismo inadecuado. González Tascón (2022, p. 141) señala que las investigaciones han constatado que, cuando una persona tiene una DI leve o moderada, se puede recibir educación sexual consistente en información y educación afectivo sexual, facilitar el acceso a los servicios y programas de salud sexual, a métodos seguros y eficaces que permitan regular la fecundidad, así como a información sanitaria sobre sí y sexo seguro. Todo ello ayudaría a un ejercicio autónomo del derecho a la libertad sexual por estas personas y, asimismo, a su autoprotección frente a la violencia sexual (Fernández *et al.* 2021, pp. 290 y ss.).

Vinculado a esto, vamos a hacernos eco brevemente de la regulación de la esterilización en el art. 156 del CP después de la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. La redacción actual señala que el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de esterilizaciones y que no se considerará válido y, por lo tanto no eximirá de responsabilidad penal, el emitido por quien carezca absolutamente de aptitud para prestar dicho consentimiento y, en este caso, tampoco será válido el prestado por sus representantes legales.

Si una persona tiene DI puede que, a pesar de ellos, tenga capacidad para consentir en relación con su esterilización; también puede que necesite apoyos para ello o que la DI sea tan grave que, a pesar de los apoyos, el consentimiento no vaya a ser válido. En este último caso, no podrá consentir ella ni su representante, es decir, la esterilización de las personas con DI tan grave que carezca de aptitud para prestar el consentimiento será siempre delictiva (art. 149 CP).

Antes de la LO 2/2020, el segundo apartado de este precepto contemplaba la posibilidad de que un órgano judicial acordara la esterilización si se producía “un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, (...) todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”. La finalidad era permitir que las afectadas (suelen ser mujeres) pudieran mantener relaciones sexuales sin riesgo de un embarazo cuyas consecuencias no estaban en condiciones de asumir y permitir las relaciones sexuales de las personas con discapacidad, “puesto que la imposibilidad del mantenimiento plenamente responsable de las mismas respecto a sus eventuales consecuencias provocaba un agotador control.” (García Arán 2022, p. 191).

Compartimos la opinión de García Arán cuando señala que la modificación llevada a cabo en este precepto lleva al extremo el modelo social de discapacidad teniendo consecuencias negativas, puesto que al intentar homogeneizar las situaciones y partir de que, de manera generalizada, todas las personas con DI con los apoyos necesarios van a poder autodeterminarse, lo que se consigue es “invisibilizarlas” y caer en otra forma de automatismo que iguala a todas las personas con DI en cuanto a su capacidad para consentir, “lo que puede terminar por diluir la individualidad de cada una”. De hecho, señala, no permitir la sustitución del consentimiento en casos extremos puede conducir a la desprotección de la persona porque se le priva del derecho a una actividad sexual sin la consecuencia del embarazo, de modo que se le expone a situaciones que pueden ser muchos más lesivas de sus derechos, como la vigilancia estrecha, el aborto o experimentar un embarazo, un parto y una maternidad/paternidad que no han elegido libremente; sin contar con que, casi con toda seguridad, se considerará que no son capaces de ejercer de manera adecuada dicha maternidad/paternidad (García Arán 2022, pp. 202 y ss.).

Una consecuencia más, nos parece, de la falta de reflexión sería por parte del legislador en estas cuestiones relacionadas con la DI.

También nos parece inadecuada la redacción del art. 130.1.5º, cuando señala que el perdón del ofendido extingue la responsabilidad criminal en los casos contemplados en el CP, salvo en los delitos cometidos contra menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales. *A sensu contrario* esta redacción da a entender que, si el perdón afecta a bienes jurídicos no eminentemente personales, sí podrá extinguir la responsabilidad penal, lo que, evidentemente, no puede aceptarse. Si se trata de una persona con discapacidad necesitada de especial protección en este ámbito, es porque no tiene capacidad para decidir libremente, por lo que es lógico que el perdón no sea eficaz sea cual sea el bien jurídico afectado. En todo caso, antes de aceptar que no es capaz de conceder el perdón válidamente, deberíamos intentar ofrecer apoyos para ello y solo en caso de que estos no sean eficaces podremos entender que es una persona que no puede perdonar válidamente (penalmente hablando).

Otra cuestión que podemos plantearnos es, ¿qué ocurre si una persona con DI rechaza los apoyos que se le ofrecen? Plantea Quesada (2022, p. 8) que la eventual negativa a los apoyos “resulta operativa, siempre que dicho interesado sea consciente de la trascendencia de su decisión y no perjudique intereses de terceros”. Pero puede resultar difícil saber cuándo afecta a terceros, así como determinar si es consciente de la trascendencia de su decisión.

En relación con lo primero y siguiendo con el ejemplo del perdón del ofendido, si la persona tiene una DI y necesita apoyos para decidir autónomamente al respecto, si se niega a recibirlos, ¿no está perjudicando al autor del delito que no puede ser “perdonado” y por tanto ver extinguida su responsabilidad penal?

En relación con lo segundo, ¿no podría entenderse que el rechazo tiene causa en la DI, es decir, que no entiende las consecuencias e implicaciones de la negativa? Ese rechazo, ¿podría ser una consecuencia de su falta de capacidad de autodeterminarse en ese ámbito en el que necesita apoyos? (Palacios 2019, p. 9).

Podríamos seguir haciendo referencia a muchas cuestiones que suscitan dudas y que raramente se plantean en relación con la DI pero, si realmente asumimos y nos “creemos” el nuevo modelo social de discapacidad, deberían ser objeto de un análisis más detenido. Debemos huir de la sobreprotección excesiva pero tampoco podemos caer en la utopía de pensar que todas las personas con DI, con la ayuda de apoyos, van a poder autogobernarse de manera adecuada. La legislación debe adaptarse a todas las situaciones posibles e intentar darles una solución adecuada e individual sin caer en automatismos o generalizaciones, a pesar de la dificultad que ello supone tanto para el legislador como para el que tiene la obligación de interpretar y aplicar las normas.

Referencias

- Batló, L., 2022. Tratamiento penal de las personas discapacitadas. Aspectos prácticos. *Diario La Ley*, 10070, 1-7.
- Bonsignore, D., 2023. Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad. En: C. Moya, ed., *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 19-64.
- Bueno, L., 2022. Terminología y semántica del derecho de la discapacidad. *Anales de derecho y discapacidad*, 7, 115-141.
- Casanueva, I., 2022. La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente. En: M.T. Duplá, ed., *Cuestiones actuales del derecho de familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 84-118.
- Casanueva, I., 2024. La persona con discapacidad intelectual como sujeto activo del delito en la jurisprudencia. En: A.I. Herrán, ed., *Discapacidad y derecho. Retos normativos del nuevo discurso de la discapacidad intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 61-102.
- Casanueva, I., y Benito, D., 2023. La persona con discapacidad intelectual en el derecho penal español a la luz de las exigencias de la Unión Europea. En: R. Carpi, A. Ginés y M. Avogaro, eds., *Treinta años de la Unión Europea. Una visión desde el derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 113-142.
- Cendra, J., 2013. El consentimiento prestado por personas con discapacidad intelectual en relación con el delito de abusos sexuales. *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 104, 1-13.
- Circular n.º 2/2005, de 31 de marzo, sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas [en línea]. Fiscalía General del Estado. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2005.html
- De la Mata, N., 2022. 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* [en línea], 50, 64-90. Disponible en: <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/article/view/110>

- De Lucchi, Y., 2022. El servicio de facilitación judicial como pieza clave para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad, *Actualidad civil*, 9.
- Delgado, J., 2024. El acceso a la justicia penal de las personas con discapacidad: reforma 2023 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Diario La Ley* [en línea], n. 10435, 1-14. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2024/01/29/el-acceso-a-la-justicia-penal-de-las-personas-con-discapacidad-reforma-2023-de-la-ley-de-enjuiciamiento-criminal>
- Dujo, V., y Horcajo, P.J., 2017. Informe pericial psicológico: discapacidad intelectual y capacidad de consentimiento. *Psicopatología clínica, jurídica y forense* [en línea], 17(1), 108-125. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6674246>
- Durán, C., 2023. La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal Procesal español. En: C. Moya, ed., *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 245-281.
- Fernández, C. et al., 2021. La esterilización de personas con discapacidad. Perspectivas bioéticas y jurídicas. *Actualidad de Derecho Sanitario*, 290, 288-296.
- Fernández, E., 2020. Hacia una justicia penal inclusiva: una evaluación del paso por el procedimiento penal de las personas con discapacidad intelectual o con problemas de aprendizaje. *Cuadernos de Política Criminal*, 132, 135-165.
- García Arán, M., 2022. La esterilización de personas discapacitadas: la radical reforma penal de 2020. *Estudios penales y criminológicos* [en línea], 42, 190-211. Disponible en: <https://doi.org/10.15304/epc.8205>
- García Medina, J., 2018. La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como víctimas de violencia. En: M.P. Pando, P. Garrido y A. Muñoz, eds., *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU. Libro homenaje a la profesora M^a Esther Martínez Quintero* [en línea]. Universidad de Salamanca, 609-627. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctt2111g8r.38>
- González Tascón, M.M., 2022. El consentimiento de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual a la realización de actos sexuales con terceros. En: M.M. González Tascón, ed., *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Valencia: Tirant lo Blanch, 97-142.
- González Uriel, D., 2022, El delito de promoción, fomento o incitación al suicidio de menores o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección mediante las TIC. *La Ley Penal* [en línea], 159, 1-19. Disponible en: <https://doi.org/10.62659/CF2107002>
- Gutiérrez, E., 2023. El abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 CP). En: C. Moya, ed., *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 221-244.
- Iturri, J.C., 2021. Concepto jurídico de discapacidad. *Anales de derecho y discapacidad*, 6, 43-61.

- Martínez-Pujalte, A.L. y Fernández Orrico, F.J., 2016. El concepto de discapacidad a partir de la Convención de Naciones Unidas. *Anales de Derecho y Discapacidad*, 1, 141-148.
- Moya, C., 2020. La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española. *RDPC* [en línea], 24, 13-58. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdpc.24.2020.28085>
- Moya, C., 2023. La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora. En: C. Moya, ed., *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 283-318.
- Nastasache, M. A., 2020. El modelo social de la discapacidad desde la perspectiva penal. *La Ley Penal*, 146, 1-20.
- Ortega, A., 2020. El derecho penal y la persona con discapacidad. En: E. Muñoz, ed., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*. Madrid: Wolters Kluwer España, 507-545.
- Palacios, D., 2019. Discapacidad psíquica y maternidad, *La Ley Derecho de familia*, 23, 1-12.
- Pérez, F., 2022. Mediación, e-mediación e i-mediación con personas con discapacidad intelectual. *Actualidad Civil*, 11, 1-21.
- Pérez, S., y De la Mata, N.J., 2023. Las circunstancias diferenciales y de vulnerabilidad del sujeto pasivo en el Código Penal. En: N.J. de la Mata y A.I. Pérez, eds., *Personas vulnerables y tutela penal*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 19-72.
- Quesada, A.J., 2022. Propuestas para reflexionar sobre discapacidad intelectual, enfermedad mental y nueva sensibilidad social y legal en cuestiones de capacidad jurídica. *Actualidad Civil*, 7-8, 1-17.
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* [en línea]. Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito. Disponible en: <https://brasil100r.com/wp-content/uploads/2020/07/Reglas-de-Brasilia-actualizaci%C3%B3n-2018.pdf>
- Sánchez, A., 2023. Las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica: De la incapacitación al apoyo. En: C. Lasarte y F.J. Jiménez, eds., *La reforma en favor de las personas con discapacidad* [en línea]. Madrid: Dykinson, 17-48. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/jj.8500865.4>
- Sandoval, J.C., 2023. Las circunstancias agravantes específica de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal. En: C. Moya, ed., *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 91-119.
- Tapia, P., 2018. Tratamiento de las personas con discapacidad en el Código Penal. *Papeles el tiempo de los derechos* [en línea], 17, 1-13. Disponible en:

<https://redtiempodelosderechos.com/wp-content/uploads/2018/02/wp17-discapacidad.pdf>

- Tapia, P., 2023. La vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad. En: C. Moya, ed., *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 204-318.
- Tresserras, J., 2020. Vulnerabilidad y discapacidad intelectual. *Informaciones psiquiátricas* [en línea], 240, 19-26. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7835773>
- Vellaz, A., Navas, P., y De Aráoz, I., 2021. Las personas con discapacidad intelectual como víctimas de delitos contra la libertad sexual: una realidad invisible. *Siglo Cero* [en línea], 52(1), 7-26. Disponible en: <https://doi.org/10.14201/scero2021521726>
- Villa, S.V., 2022. Medidas penales frente a la victimización sexual de las personas menores de edad y de las personas con discapacidad intelectual: el tratamiento penal del abuso y la agresión sexual. En: M.M. González, ed., *Delitos sexuales y personas menores de edad o con discapacidad intelectual: Reflexiones jurídicas y psicoeducativas sobre sus derechos y su protección*. Valencia: Tirant lo Blanch, 175-215.