

FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DE LA CLAUSULA DE AGRAVACIÓN «VÍCTIMAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD O DE ESPECIAL VULNERABILIDAD» DEL CÓDIGO PENAL: HACIA UN CONCEPTO DE «VULNERABILIDAD VICTIMAL»¹

Ana I. Pérez Machío

Profesora Titular (Catedrática acredit.) Derecho Penal
Investigadora Instituto Vasco Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

Title: *The criminal-legal basis of the aggravation clause «victims in a vulnerable or especially vulnerable situation» of the criminal code: towards a concept of «victim vulnerability»*

Resumen: Las clausulas de agravación previstas en el Código Penal, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad de la víctima presentan no pocos problemas, tanto desde el punto de vista del fundamento jurídico-penal, como desde la delimitación de las mismas, a la vista de la adopción de una técnica legislativa que, en el presente ámbito, se caracteriza por su heterogeneidad y ausencia de uniformidad. El presente trabajo pretende abordar de una manera exhaustiva la cuestión de la conceptualización de las mencionadas clausulas, así como la concreción del fundamento jurídico-penal en un intento de dotar a las mismas de la coherencia y racionalidad necesarias en el marco de un Derecho Penal propio de un Estado Democrático y de Derecho.

¹ El presente trabajo se desarrolla en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno Vasco GICCAS (IT 1486-22), de la Red de investigación «Violencia contra las mujeres: nuevos desafíos VIOMUJ- (RED2022-134101-T)» y del Proyecto de investigación «La tutela penal de las personas vulnerables: análisis de realidades criminológicas y propuesta de «lege data y de lege ferenda» (REF: PID2020-116407RB-I00)»

Palabras clave: vulnerabilidad social; «víctima en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»; menores de edad; personas con discapacidad; personas con enfermedades; personas mayores adultas; subtipos penales agravados; «vulnerabilidad victimal».

Summary: *The aggravation clauses provides for in the Penal Code, as a consequence of the situation of vulnerability of special vulnerability of the victim, present many problems, both from the point of view of the legal criminal basis, and from the delimitation of them, as a consequence of the adoption of a legislative technique that, in the present field, is characterized by its heterogeneity and lack of uniformity. The present work aims to address in an exhaustive manner the question of the conceptualization of the aforementioned clauses, as well as the concretion of the legal-criminal basis in an attempt to provide them with the necessary coherence and rationality within the framework of its own Criminal Law of a Democratic State.*

Keywords: *social vulnerability; «victim in a situation of vulnerability or special vulnerability»; minors; people with disabilities; people with illnesses; adult seniors; aggravated criminal subtypes; «victim vulnerability».*

Sumario: I. Aproximación al concepto de «vulnerabilidad social». - II. Tratamiento jurídico internacional de la protección penal reforzada de las «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad». - A. Introducción. - B. Disposiciones internacionales para la protección de las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad. - a) La protección internacional de las personas menores de edad en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad. - b) La protección internacional de las personas con discapacidad, con enfermedad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad. - c) La protección internacional de las personas mayores adultas en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad. - C. La protección penal reforzada de menores de edad, personas con discapacidad, personas con enfermedad y personas mayores adultas en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad: un enfoque basado en sus derechos humanos. - III. Delimitación conceptual de la cláusula «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»: hacia la configuración de un concepto jurídico-penal de «vulnerabilidad victimal». - A. Introducción. - B. Delimitación conceptual de la cláusula «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad». - IV. «Víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»: fundamento jurídico penal de los subtipos agravados. - A. El fundamento jurídico-penal de las cláusulas de agravación por razón de la vulnerabilidad victimal del sujeto pasivo. - B. Problemas de compatibilidad entre la cláusula de «vulnerabilidad victimal» y el principio «non bis in ídem»: a propósito del supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas. - a) Introducción. - b) Supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas. - C. Síntesis. - V. Los supuestos de «vulnerabilidad victimal» en el marco del Código Penal: hacia una circunstancia agravante genérica en cuanto propuesta de «lege ferenda». - VI. Bibliografía

I. Aproximación al concepto de «vulnerabilidad social»

Tradicionalmente la «vulnerabilidad» ha estado ligada a la idea de «gestión del riesgo», de maximizar el impacto y la eficiencia de recursos limitados, de predecir ciertos riesgos o de minimizar los daños, cuando

las amenazas o peligros se hacen realidad. La noción de vulnerabilidad, en sentido amplio, alude a la probabilidad (riesgo) de que las personas, hogares o comunidades puedan ser lesionados o dañados, tanto por modificaciones de su entorno, como a raíz de las limitaciones de los atributos que les son propios². Esta noción de vulnerabilidad es multidimensional y multicausal, puesto que se refiere a la convergencia de una constelación de factores externos e internos que se manifiestan a escala de personas, hogares o comunidades en tiempos y espacios determinados³. Desde esta perspectiva, la idea de vulnerabilidad se presenta bajo dos dimensiones: una externa, relativa a la exposición del riesgo y una interna, relativa a la capacidad de afrontarlo⁴. Así, se entiende que la «vulnerabilidad» da lugar a una mayor necesidad de protección, afianzándose la idea de «resiliencia», ligando la vulnerabilidad que sufren determinados grupos a los elementos que los distinguen de otros colectivos que no son tan vulnerables⁵.

Los grupos en situación de vulnerabilidad son entonces aquellos con más probabilidades de sufrir daño o, si lo sufren de recuperarse peor o de no recuperarse, presentándose, entonces, la vulnerabilidad como característica de estos grupos. A partir de esta primera aproximación, podemos entender que la vulnerabilidad está asociada a una situación cualitativamente específica (fragilizada), frente a la posibilidad de daño y desestabilización, en la que un sujeto/agente de vulneración, mediante una relación de poder, coloca a otro sujeto como vulnerable⁶, emergiendo, como consecuencia de esta clasificación, los riesgos de estereotipación, estigmatización, negación o reducción de autonomía y capacidades personales de quienes los integran y, en última instancia, justificando que los miembros de estos grupos sean puestos bajo tutela propiciando así, riesgos de dependencia inducida y la configuración y el control de la nor-

² Por todos, Bonsignore Fouquet, «Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 21.

³ Así lo recoge, muy acertadamente, Comisión económica para América Latina y El Caribe -CEPAL, *Informe de la reunión de expertos: Seminario internacional sobre las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe (Santiago de Chile, 20 y 21 junio 2001)*, p. 6.

⁴ morondo taramundi, «¿Un nuevo paradigma para la igualdad?. La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, p. 209.

⁵ Por todos, osorio pereza, «Vulnerabilidad y vejez: implicaciones y orientaciones epistémicas del concepto de vulnerabilidad», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE, Fortaleza, 2022, p. 379.

⁶ De Oliveira Figueiredo/Carranza Weihmüller/Vermelho/Bacigalupo Araya, «Discusión y construcción de la categoría teórica de vulnerabilidad social», en *Cuadernos de Pesquisa*, vol. 47, 2017, p. 800.

ma a través de sujetos considerados como «marginales», «dependientes», «patológicos», es decir, «no iguales»⁷.

Frente a esta forma de entender la «vulnerabilidad», vinculada a la concurrencia en determinados grupos o colectivos de características concretas, pronto surge una concepción ontológica de la vulnerabilidad, como condición compartida por la totalidad de los seres humanos, es decir, en cuanto condición universal propia de las personas, en la medida en que no somos «invulnerables» y, aunque en la vida real no todas las personas somos igualmente vulnerables, lo somos de algún modo y, en algún momento⁸, debido a la fragilidad de las condiciones que sustentan la vida en general, y la vida humana, en particular⁹. Ahora bien, hablar de vulnerabilidad como inherente a todo ser humano, tiende a ocultar los contextos y circunstancias específicas en las que los individuos se enfrentan a situaciones de riesgo; tampoco permite observar los mecanismos que articulan los recursos y las estrategias con las que se enfrenta el riesgo, ni distinguir entre vulnerabilidad y consistencia, puesto que ser vulnerable no es estar vulnerado, sino la posibilidad de ser afectado por una acción que vulnera¹⁰, cuando precisamente éstos son pieza clave para entender determinado tipo de vulnerabilidad¹¹.

Sin embargo, al margen de esta última interpretación, por lo que respecta al objeto del presente trabajo, vamos a centrar la atención en aquel concepto de «vulnerabilidad» que permite identificar a determinados colectivos de sujetos que pueden llegar a convertirse en potenciales víctimas de delitos, debido a la concurrencia en los mismos de determinadas características y, esto, necesariamente, nos ubica en el concepto tradicional de «vulnerabilidad», vinculada a la gestión de riesgos o en lo que la doctrina mayoritaria ha convenido en denominar como «vulnerabilidad social», es decir, en aquella que centra la atención en las condiciones que generan desigualdades en los grados de vulnerabilidad que una persona puede enfrentar, a causa de su distribución desigual de recursos o capacidades.

Como muy acertadamente destaca Liedo, la «vulnerabilidad social» incide en las condiciones que generan determinadas situaciones de vulnerabilidad, de manera que algunas personas son más vulnerables que otras a causa de una desigualdad estructural. La vulnerabilidad social puede entenderse, continúa la autora, como una exacerbación de la vulnerabilidad ontológica (anteriormente mencionada), agravada por deter-

⁷ Morondo Taramundi, op. cit., p. 210.

⁸ Fineman, «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 20, 2008, p. 1.

⁹ Bonsignore Fouquet, op. cit., p. 23.

¹⁰ Osorio Perez, op. cit., p. 390.

¹¹ Barrère Unzueta, «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica. ¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación?», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2016, p. 19.

minadas circunstancias¹². Al efecto, se puede entender por «grupos en situación de vulnerabilidad» aquellos que, dado el menosprecio generalizado de alguna condición común a sus integrantes, o un prejuicio de naturaleza social que les sirve de estigma, producido por una situación histórica de opresión o injusticia, sufren de manera sistemática en lo que se refiere al disfrute y ejercicio de sus derechos¹³.

En la medida en que la vulnerabilidad social destaca las desigualdades, analizando los peligros a los que se tienen que enfrentar las personas, hay que concluir que la vulnerabilidad se produce en una encrucijada determinada entre persona y entorno, de tal forma, que las condiciones de vulnerabilidad no pueden, entonces, concebirse como algo innato a determinados colectivos, sino que siempre aparecen en un determinado contexto histórico, social, cultural e institucional¹⁴. Por consiguiente, será necesario desglosar la relación que impera entre estructuras sociales e institucionales y las situaciones individuales que las producen, habiendo de tener en cuenta el «género», la «raza», la «posición económica», la «discapacidad», la «orientación sexual», la «edad», el «origen nacional» o la «religión», entre otros factores¹⁵. A partir de aquí, es posible identificar grupos de personas más propensos al daño que otras, esto es, los denominados «grupos en situación de vulnerabilidad».

Atender al concepto de «grupos en situación de vulnerabilidad» requiere, por lo tanto, comprender las dinámicas sociales que preceden a la configuración de las relaciones entre las personas que tienen lugar en un determinado escenario o contexto. En este escenario, se identifica como «grupos en situación de vulnerabilidad» a aquellos constituidos por sujetos que se encuentran en una especial posición de fragilidad e indefensión ante los cambios originados en el entorno.

Varios son, en este sentido, los condicionantes que ubican a los «grupos en situación de vulnerabilidad» en la mencionada posición de fragilidad o debilidad. En primer lugar, nos encontramos con los relativos al desamparo institucional, a partir de aquellas situaciones en las que el Estado no contribuye a fortalecer, ni cuida sistemáticamente de su ciudadanía. En segundo lugar, destacamos los relacionados con la debilidad interna para afrontar concretamente los cambios necesarios de la persona u hogar para aprovechar el conjunto de oportunidades que se le presenta. En tercer lugar, se presentan los asociados a la inseguridad permanente que paraliza, incapacita y desmotiva la posibilidad de pensar estrategias y actuar a futuro para lograr mejores niveles de bienestar

¹² Liedo, «Vulnerabilidad», en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, núm. 20, 2021, p. 246.

¹³ Garrido Gómez, «Vulnerabilidad, grupos vulnerables e interseccionalidad», en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022, p. 308.

¹⁴ Liedo, op. cit., p. 247.

¹⁵ Garrido Gómez, op. cit., p. 310.

y, en cuarto y último lugar, destacamos los vinculados a la degradación de las condiciones que permiten una vida plena y saludable¹⁶, fruto de las relaciones establecidas. En este sentido, concurren en los mismos una serie de características tales como sexo, edad, género, discapacidad, que se convierten en los factores determinantes de su «debilidad» por la atribución de significado social que tienen asociada y, por tanto, se encuentran en mayor riesgo de que sus derechos sean vulnerados¹⁷.

Así, la vulnerabilidad es un asunto relacional y las condiciones que la determinan descansan sobre la estructura de una sociedad. La vulnerabilidad es el resultado de la interacción de estructuras socioeconómicas, políticas y discursivas, siendo por lo tanto, mutable temporal y contextualmente¹⁸. Consecuentemente, la vulnerabilidad es un estado y existe el riesgo de volverse vulnerable de un período temporal a otro¹⁹. Al respecto, parece claro que ese daño se puede vivir por el hecho de encontrarse en situaciones concretas por características vinculadas a desventajas o daños²⁰.

Desde esta perspectiva, las personas pueden estar en situación vulnerable, pero no en un estado fijo de vulnerabilidad. Cuando las personas o grupos se encuentran en desventaja permanente, y se enfrentan de manera continua a situaciones adversas, no deben ser considerados como vulnerables, sino como vulnerados, puesto que la condición de vulnerado refleja el hecho de haber sido dañado ya y estar en estado cuasipermanente de sufrir más daños, sin lograr apenas sobreponerse. Así, situar en el catálogo de «vulnerables» a determinadas poblaciones o colectivos de personas, no puede hacerse sin correr el riesgo de construir sistemas de representaciones forzadas, a partir de referentes puristas e inocentes; imprimiendo, al mismo tiempo, el estigma de la diferencia y haciendo evidente sus condiciones de indefensión y desamparo²¹. Si el vulnerable se relaciona con la exposición al riesgo que proviene de la relación entre lo interno y el entorno, que define las condiciones de vulnerabilidad²² y si se es vulnerable ante la posibilidad de ser afectado por una acción que vulnera, una vez producida la vulneración, el afectado deja de ser vulnerable y se convierte en vulnerado o dañado, parece entonces que no debe-

¹⁶ Véanse, en este sentido, Busso, «Pobreza, exclusión y vulnerabilidad social: usos, limitaciones y potencialidades par el diseño de políticas de desarrollo y de población», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, p. 169.

¹⁷ Rodríguez Fernández, «Violencia intrafamiliar y colectivos especialmente vulnerables: menores y ancianos. Apuntes desde un enfoque interdisciplinar», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 19, 2018, p. 7.

¹⁸ Garrido Gómez, op. cit., p. 308. En idéntico sentido, Busso, op. cit., p. 175.

¹⁹ Es lo que DE Oliveira Figueiredo/Carranza Weihmüller/Vermelho/Bacigalupo Araya, op. cit., p. 813 vienen concibiendo como «vulnerabilidades en proceso».

²⁰ Garrido Gómez, op. cit., p. 311.

²¹ Osorio Perez, op. cit., p. 381.

²² Comisión Económica para América Latina y el Caribe –Cepal op. cit., p. 13.

ríamos hablar de «sistemas vulnerables», sino de «sistemas vulnerados», puesto que al referirnos a personas o poblaciones en estado de vulnerabilidad, hacemos referencia a las condiciones de indefensión, inseguridad, peligro, amenaza y riesgo en las que se encuentran²³.

En última instancia, la «vulnerabilidad social» se refiere a aquel tipo de vulnerabilidad que se construye a partir de estereotipos, roles y prácticas socioculturales establecidas en una determinada comunidad o sociedad, generándose conductas discriminatorias, en razón de la concurrencia, en determinadas personas, de ciertas cualidades del ser humano como la raza, el sexo, la condición o el origen social, la orientación sexual o el hecho de ser mujer, en relación al género²⁴. Se conforma como un espacio en el que confluyen fenómenos que definen situaciones de desventajas relativas a los sujetos para enfrentar riesgos de origen externo y de debilidades internas, a partir de la intervención de factores relacionados con las variables de la estructura y dinámica de la población²⁵. Dicho de otro modo, como muy acertadamente destaca Garrido Gómez, la «vulnerabilidad social» (o socio-estructural) tiene su origen en las desigualdades en las que se encuentran los sujetos o grupos en los que se integran para desarrollar sus capacidades básicas y tiene que ver con las consecuencias de una organización jurídica, política y social que vulnerabiliza a sujetos y grupos, en atención a circunstancias o caracteres que poseen, desencadenándoles daño o discriminación en la salud, educación, trabajo, acceso a la justicia, disfrute de derechos y calidad de vida, entre otros ámbitos. Este daño o condicionamiento, continúa la autora, puede ser también muy variado, pudiendo referirse a aspectos físicos, psicológicos, sociales, culturales, contextuales, biológicos, referentes al género, sexuales, religiosos, étnicos, económicos o relativos a sus relaciones con otros o con el contexto²⁶.

El enfoque social de la vulnerabilidad destaca así, la importancia de las estructuras y procesos socioespaciales dinámicos, determinantes de la vulnerabilidad de las personas y grupos desfavorecidos, enfatizando la comprensión de las condiciones de vida cotidiana de los individuos y comunidades para generar estrategias enfocadas a enfrentar y reducir la vulnerabilidad²⁷. Dicho de otro modo, desde el enfoque social de la vul-

²³ Osorio Perez, op. cit., p. 387.

²⁴ Pérez Contreras, «Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familia», en Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, p. 342.

²⁵ Busso, op. cit., p. 173. En idéntico sentido, Tello Moreno, «Derechos Humanos y vulnerabilidad», en Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, p. 259.

²⁶ Garrido Gómez, op. cit., p. 310.

²⁷ Sánchez González/Egea Jiménez, «Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores», en Papeles de Población, núm. 69, 2011, p. 155.

nerabilidad, ésta se concibe como el resultado de la interacción entre una condición individual y los obstáculos que impiden o dificultan a determinados colectivos la participación en sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas²⁸.

Se aborda así la «vulnerabilidad» desde un enfoque basado en derechos, lo que implica, necesariamente, la implementación de mecanismos que permitan superar, por un lado, los obstáculos que impiden que este colectivo de sujetos participe en la sociedad en condiciones de igualdad y, por otro, las situaciones de discriminación que la misma implica en el marco de relaciones estructurales de poder. Con ello, si bien no se concluye, necesariamente, una interrelación entre «vulnerabilidad» y «discriminación», no se descarta dicho vínculo, en la medida en que la «vulnerabilidad social» constituye un factor que maximiza la posibilidad de sufrir discriminación en un contexto social determinado, en atención a un desequilibrio en la protección de los derechos, motivado por una desventaja, comúnmente agravada por situaciones de pobreza, marginación, edad, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, o el hecho mismo de ser mujer, entre otras²⁹.

El hecho mismo de que el concepto de «vulnerabilidad» o de «colectivos en situación de vulnerabilidad» se haya hecho presente, en los últimos tiempos, desde la perspectiva de la protección y reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, así como en relación al reconocimiento de la igualdad y la prohibición de discriminación, en el sentido que se abordará en los siguientes epígrafes, se presenta como la antesala de lo que puede ser un concepto jurídico de «vulnerabilidad», necesario no sólo para remover los obstáculos que impiden que estos colectivos disfruten de la totalidad de sus derechos en condiciones de igualdad, sino igualmente, para fundamentar, en los distintos supuestos de victimización sufridos, una tutela penal reforzada de los mismos, así como una respuesta punitiva cualificada, sustentada sobre la base de los límites de un Derecho Penal propio de un Estado Democrático y de Derecho.

²⁸ Tello Moreno, op. cit., p. 262.

²⁹ Tello Moreno, op. cit., p. 263. En idéntico sentido, Pérez Contreras, op. cit., p. 334.

II. Tratamiento jurídico internacional de la protección penal reforzada de las «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»

A. Introducción

Desde el punto de vista social, tal y como se ha venido advirtiendo, los grupos en situación de vulnerabilidad presentan características comunes a las posibilidades de sufrir un peligro, una amenaza, un riesgo, esto es, en cuanto probabilidad (riesgo) de ser lesionados o dañados en el contexto de una relación o interacción estructural, socioeconómica, política o discursiva. En efecto, frente a la concepción ontológica de la vulnerabilidad, cuya universalidad identifica a todos los seres humanos con personas en situación de vulnerabilidad, el enfoque social de la misma permite distinguir grados de vulnerabilidad, presentándose la misma como particularmente esclarecedora cuando repercute sobre determinadas personas o grupos en un grado e intensidad superior a la media, entre los que se vienen destacando, entre otras: mujeres, personas migrantes, pertenecientes a minorías, etc.

La tutela penal reforzada de estos colectivos de víctimas en situación de vulnerabilidad desde el enfoque social, se concreta, a nuestro modo de ver, en la regulación de la circunstancia agravante genérica por motivos de discriminación del artículo 22.4 del Código Penal³⁰, cuyo fundamento de agravación reside, desde un punto de vista general, en el mayor contenido del injusto derivado de la situación de desigualdad estructural en la que se ubican los colectivos de víctimas en dicho precepto y de la que se prevale el sujeto activo para la ejecución del hecho delictivo.

Así, si bien la circunstancia agravante genérica del artículo 22.4 CP parece acoger, desde la perspectiva de su ámbito de aplicación subjetivo, el enfoque social de la vulnerabilidad en el sentido anteriormente mencionado, vinculando la misma a los casos de desigualdad estructural sufrida por los colectivos previstos en ella, dicho precepto no contempla los supuestos de «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» que, como veremos a continuación, disponen en el marco del Código Penal de un tratamiento jurídico-penal propio e independiente del ámbito de aplicación de la agravante del artículo 22.4 CP.

En efecto, el Código penal español alude a «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad», para referirse a aquellos colectivos de personas, cuya vulnerabilidad, por motivos diversos, aparece como particularmente severa, al margen del ámbito de aplicación de la agravante del artículo 22.4 CP. Desde esta perspectiva, identifica perso-

³⁰ En adelante CP

nas en situación de especial vulnerabilidad sobre la base de la concurrencia en las mismas de determinados factores de riesgo específicos que los convierte en potenciales víctimas de delitos con un doble objetivo: desde el punto de vista político-victimial, diferenciar y priorizar estrategias y recursos de prevención y de protección; y, desde el ámbito jurídico-penal, configurar subtipos penales agravados, a la vista del mayor desvalor derivado de la situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad de la víctima que se concretan en los siguientes: 1. «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» (arts. 148.5 y 153 CP); 2. Víctima menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación (art. 156 bis 4 b); 3. Víctima menor de 16 años o [...] persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1.1); 4. Víctima [...] especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o [...] menor de edad (art. 177 bis 4 b); 5. Persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia (art. 180.1.3 CP); 6. víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad (art. 184.4 CP).

Una lectura conjunta del tenor literal de los preceptos ahora mencionados, permite deducir que, el/la legislador/a español/a lejos de configurar «clausulas de agravación genéricas» frente a cualquier «víctima en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad», configura, en el sentido manifestado, subtipos penales agravados, cuando las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad sean, mayoritariamente, personas menores de edad, personas con discapacidad, personas con enfermedades y personas mayores adultas, en el ámbito de determinados tipos penales, en un intento de responder, a nuestro modo de ver, a las obligaciones que internacionalmente se han contraído para la protección penal reforzada de estos grupos de víctimas.

Veamos, a continuación, en qué se concretan dichas obligaciones internacionales y cómo han de interpretarse las mismas desde el punto de vista interno.

B. Disposiciones internacionales para la protección de las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad

- a) La protección internacional de las personas menores de edad en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad

Como viene considerando mayoritariamente la doctrina, la especial protección de las personas menores de edad víctimas de delitos se configura sobre la base de su situación de vulnerabilidad, asociada a la falta

de madurez propia de esta etapa vital, según sus características biológicas, psicológicas y socioculturales³¹. Es lo que una parte importante de la doctrina viene denominando como «vulnerabilidad subjetiva», en atención a las circunstancias personales³² (anteriormente identificada con la «vulnerabilidad natural») que hacen incrementar el riesgo de victimización³³. En el supuesto de las personas menores de edad víctimas de delitos, la «vulnerabilidad subjetiva» refleja los supuestos de inferioridad e indefensión victimal en los que se encuentran los/as menores, sustentados sobre la base de las características biológicas y psicológicas que concurren en los/as mismos/as.

Así, cuanto menos edad tenga la persona, menor desarrollo biológico, y a mayor edad, mayor desarrollo, pudiendo en las distintas tipologías delictivas, en las que existen diferencias significativas en cuanto a grupos de edad, aislarse fácilmente un grupo de especial vulnerabilidad, por su escaso desarrollo biológico³⁴.

Partiendo de esta idea de vulnerabilidad subjetiva, la Convención sobre los derechos del niño aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 es un paso adelante en el reconocimiento de los derechos mínimos que se pueden exigir a los Estados en la protección debida a los y las menores de edad. En efecto, los Estados firmantes reconocen los derechos de los/as niños y niñas y, por tanto, se comprometen a adoptar los medios para protegerlos y hacerlos efectivos³⁵, sobre la base del «interés superior del menor»³⁶.

Ahora bien, junto a la vulnerabilidad subjetiva pueden darse, igualmente, supuestos de vulnerabilidad del menor delimitados por las interacciones con el entorno o el contexto que presentan características propias, esto es, niños/as que viven en determinadas condiciones de pobreza, de marginalidad, de desestructuración familiar, de abandono³⁷. En estos contextos, los condicionantes sociales del núcleo familiar van

³¹ Por todos, Andreu Fernández, «Menores víctimas y situaciones de victimización», en Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística, núm. 17, 2023, p. 61; González Agudelo, «El menor como víctima del delito», en Menores: responsabilidad penal y atención psicosocial, coord. por Ruiz Rodríguez y Navarro Guzmán. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, p. 271.

³² Por todos, González Agudelo, op. cit., p. 272.

³³ Herrera Moreno, *La hora de la víctima: Compendio de victimología*. Edit. Edersa. Madrid, 1996. p. 205.

³⁴ Morillas Fernández/Patró Hernández/Aguilar Cárceles, *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Edit. Dykinson. Madrid, 2014, p. 210.

³⁵ González Agudelo, op. cit., p. 294.

³⁶ Así se dispone en el tenor literal del artículo 3.1 de la Convención cuando establece lo siguiente: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»

³⁷ González Agudelo, op. cit., p. 272.

a predisponer a todos los integrantes a una situación de vulnerabilidad no deseada. La dependencia emocional, educativa, cultural, económica, alimentaria e higiénica, entre otras, que los/as niños/as tienen con sus familias se verá satisfecha en relación a las posibilidades humanas, educacionales y económicas del grupo familiar³⁸. Hay pues que incluir como factores de vulnerabilidad infantil, los estructurales por defecto como serían la falta de empleo, la falta de relación personal, el poco cultivo de los valores espirituales o la escasa formación humana y cultural; pero también los estructurales por exceso, como pueden ser la posesión de abundantes bienes materiales difíciles de administrar, el exceso de trabajo que repercute en la calidad de vida, el exceso de vida social que olvida el núcleo familiar o el consumismo y competitividad mal aplicada.

La vulnerabilidad social o situacional incrementa, igualmente, el riesgo de victimización de los/as menores de edad, en tanto que genera, en muchas ocasiones, una doble victimización: la propia del delito que se comete sobre el menor; a la vista del contexto de indefensión y de desprotección en el que se encuentra, desde un punto de vista subjetivo, y la generada como consecuencia de los factores situacionales ahora mencionados.

Desde esta perspectiva, la propensión victimal del/a menor de edad hacia la victimización opera sobre la base de su «vulnerabilidad subjetiva y situacional», esto es, existe un elenco de factores de riesgo personales (falta de desarrollo del mismo) y situacionales (pertenencia a un grupo discriminado) que, en cuanto concurren en la persona del menor de edad, devienen blancos idóneos de victimización violenta y más concretamente de particulares manifestaciones delictivas relacionadas con dicha inferioridad, como puede ser, por ejemplo, el maltrato infantil o el abuso³⁹.

En este sentido, encontramos el 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, que llama la atención de los Estados respecto a la necesidad de implementación de medidas que sean necesarias para tipificar como delito las conductas de abuso sexual, especialmente las cometidas «[...] *abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia*» (artículo 18.1 b). A efectos de la aplicación de este apartado, continúa el tenor literal del artículo 18, «[...] *cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño*» (artículo 18.2). En idéntico

³⁸ Como destaca González Agudelo, op. cit., p. 280, Los adultos pueden elegir sus propias compañías, sin embargo, el grado de dependencia de los menores de edad limita dicha capacidad: no eligen a su familia, tampoco el entorno en el que se relacionan (barrio, escuela), todo ello explica su condición de potencial víctima de delitos.

³⁹ Herrera Moreno, op. cit., p. 206.

sentido, en materia de prostitución de menores (artículo 19), pornografía infantil (artículo 20), corrupción de niños (artículo 22) y proposiciones a niños con fines sexuales (artículo 23), el Convenio se remite al contenido del artículo 18.2, instando a los Estados a adoptar medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delictivas estas conductas, especialmente cuando el/la menor víctima de las mismas se encuentre por debajo de la edad que el Ordenamiento Jurídico de cada Estado Parte fije como límite para la prohibición absoluta de realización de actividades de naturaleza sexual con los/as mismos/as.

Desde esta perspectiva, las conductas objeto de sanción vía Convenio de Lanzarote de 2007, distinguen dos tipos de intervenciones legislativas respecto de la edad de la víctima. Por un lado, la necesidad de intervenir, en general, cuando la víctima de los comportamientos de explotación y abuso sexual se ubique por debajo de los 18 años, y, por otro lado, la necesidad de adoptar medidas legislativas que garanticen la tipificación de dichas conductas cuando la víctima sea un/a menor que se encuentre por debajo de la edad fijada por cada Estado, en tanto que se trata de comportamientos sexuales no permitidos por el Ordenamiento Jurídico interno. Elemento éste que se relaciona directamente con el concepto de vulnerabilidad social al que ya nos hemos referido, esto es, de las disposiciones convencionales se deduce la obligación de tipificar o sancionar especialmente las conductas de naturaleza sexual, dirigidas contra determinados colectivos de menores de edad, habida cuenta su falta de madurez y de desarrollo personal, sin que dicha obligación se haga extensiva a la totalidad de personas que quedan incursas en el concepto de «niño» concretado por el Convenio, esto es, todas aquellas personas menores de 18 años⁴⁰.

En este mismo sentido, a tenor de las disposiciones del Convenio Europeo de 2007, por lo que respecta a la protección de los menores de edad frente a comportamientos de explotación y abuso sexual, parece deducirse que no todos los menores precisan de igual protección. La necesidad o no de que los Estados Parte configuren una tutela reforzada de este colectivo de víctimas estará condicionada, por un lado, a la edad del menor víctima, y, por otro, a su situación de vulnerabilidad. En efecto, por lo que respecta a la primera de las condiciones, esto es, la franja de edad en la que los/as menores víctimas se encuentran, la mencionada tutela reforzada, en términos generales, deberá garantizarse a aquellas personas que

⁴⁰ Idéntica conclusión se deduce, en última instancia, del tenor literal del artículo 28 c) del Convenio en el que se insta a los Estados a configurar como circunstancia agravante del delito, en la medida en que no sea elemento sustantivo del mismo, «[...] *el hecho de que el delito haya sido cometido contra una víctima especialmente vulnerable*». El tenor literal de este precepto, evidencia, por lo tanto, que entre el colectivo de menores víctimas hay que distinguir aquellos que se encuentran en una situación especialmente vulnerable; vulnerabilidad que, en el sentido apuntado en el epígrafe anterior, puede estar asociada a cuestiones subjetivas o situacionales, entre otras.

se encuentren por debajo del límite de edad que el Ordenamiento Jurídico estatal haya fijado para los comportamientos de naturaleza sexual no permitidos con menores de edad, habida cuenta de la falta de madurez y de desarrollo personal en los que se encuentra el/a menor. En segundo lugar, en relación a la vulnerabilidad del/a menor de edad, lejos de hacer referencia la misma al dato cronológico de la edad del menor (que ya queda incurso en la condición anterior), parece referirse a situaciones de «vulnerabilidad situacional».

En efecto, tal y como se deduce del Convenio de Lanzarote 2007, las personas menores de 18 años no son «per se» vulnerables, es decir, no se encuentran en una situación de vulnerabilidad permanente que requiera de una constante y continua protección o tutela reforzada por parte de todos los Estados, en el marco de contextos de victimización. Más allá de la edad penal fijada por cada Estado en el ámbito de las relaciones sexuales (edad por debajo de la que todas las conductas sexuales con menores de edad serán constitutivas de delito), las personas menores de edad no necesariamente van a ser consideradas como víctimas en situación de vulnerabilidad, en la medida en que su situación de vulnerabilidad, esto es, su vulnerabilidad victimal, respecto de determinadas conductas delictivas, va a estar condicionada por la posición de especial desigualdad en la que se encuentre dicha persona menor de edad en el contexto de una relación de poder, generadora de dicho riesgo.

La Directiva 2012/29/UE insiste en esta idea de «vulnerabilidad victimal» de las personas menores de edad, vinculada a los contextos estructurales en los que se ubican las mismas y que generan los riesgos victimales ahora aludidos. En efecto, la Directiva 2012/29/UE sobre derechos de las víctimas de delitos, se refiere de forma más exhaustiva al reconocimiento de derechos, protección, tutela y asistencia de los/as menores de edad en situaciones de victimización. El presente instrumento, en el mismo sentido expresado por la Convención de los Derechos del niño de 1989, parte como principio rector del «Interés superior del menor», reconociendo a todos/as los menores víctimas de delitos la facultad de ejercitar plenamente los derechos que les son reconocidos en cuanto tal, de forma que tenga en cuenta su capacidad de juicio propio⁴¹. Sobre la base del reconocimiento del interés superior del menor, la Directiva destaca especialmente la situación de aquellos menores que por su edad, su grado de madurez, su opinión, sus necesidades o inquietudes requieran de planteamientos especialmente sensibles⁴². Así, sin recurrir al criterio

⁴¹ Así se deduce de los Considerandos números 14, 19 y 42 de la Directiva 2012/29/UE.

⁴² En este sentido se pronuncia el artículo 2.1 de la Directiva, cuando dispone: «Cuando la víctima sea un menor de edad, los Estados miembros velarán por que en la aplicación de la presente Directiva prime el interés superior del menor y dicho interés sea objeto de una evaluación individual. Prevalecerá un planteamiento sensible a la condición de menor, que tenga en cuenta la edad del menor, su grado de madurez y su opinión, al igual que sus

cronológico (puesto que desde un punto de vista general identifica a los/as menores con las personas menores de 18 años)⁴³ de la edad, la Directiva reconoce la existencia de menores de edad que requieren de un tratamiento especialmente «sensible» por *mor* de su edad o de su madurez o falta de la misma. En este sentido, sin especificar si se pueden distinguir franjas de edad en las que el grado de madurez de los/as menores requieran de respuestas especiales, se recoge una disposición genérica para que los Estados tengan en cuenta estas circunstancias biológicas, psicológicas y contextuales desde la perspectiva del desarrollo de una política victimal integral que acoja las especificidades de los colectivos más sensibles.

En última instancia, a tenor de todo lo manifestado, por lo que respecta a los supuestos de personas menores de edad en situación de vulnerabilidad, lejos de configurarse como un estado permanente de indefensión, se condiciona, por un lado, al dato cronológico de la edad (en los supuestos de absoluta indefensión), pero, por otro lado, al contexto relacional que ubica a dicha persona menor de edad en la situación de riesgo, debiendo vincularse la situación de vulnerabilidad de las personas menores de edad, sobre la base de los condicionantes que, en el marco de contextos victimales determinados, las sitúan en una situación de desigualdad.

- b) La protección internacional de las personas con discapacidad, con enfermedad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad

Si bien el tratamiento de la discapacidad sobre la concepción de la vulnerabilidad social contribuye a perpetuar la imagen de personas con discapacidad, como sujetos especiales, fomentando la estigmatización y la minusvaloración del colectivo⁴⁴, no debemos obviar que, desde la perspectiva de los supuestos de vulnerabilidad en el ámbito victimológico, las limitaciones individuales, ocasionadas por el padecimiento de una discapacidad, permiten concluir que, respecto a este colectivo, existe una mayor probabilidad de que los mismos puedan sufrir daño o lesión en el marco de determinadas relaciones de poder, en tanto que dicha vulnerabilidad, efectivamente, es identificada con una condición personal que refleja cierta inferioridad y debilidad, es decir, con una cierta «anormalidad» que le ubican en una potencial situación de victimización⁴⁵ y

necesidades e inquietudes. El menor y su representante legal, si lo hubiere, serán informados de toda medida o derecho centrado específicamente en el menor».

⁴³ Véase, el artículo 2.1.c).

⁴⁴ Cuenca Gómez, «Vulnerabilidad y discapacidad», en *Tiempo de paz*, núm. 138, 2020, p. 68.

⁴⁵ Cuenca Gómez, op. cit., p. 67.

que, desde el estándar del reconocimiento y protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales, exige una protección reforzada por parte del Estado.

En este sentido se pronuncia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en el año 2006, en el marco de las Naciones Unidas, cuando en la letra p) de su preámbulo contempla la preocupación por: *«la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición»*; debiendo los Estados, por lo tanto, *«Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad»*⁴⁶.

Esta forma de entender la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el presente colectivo, los ubica en un contexto de inferioridad o subordinación, producto de un constructo social y de relaciones de poder⁴⁷, que debe centrarse en la lucha contra la discriminación. No en vano, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la letra e) de su Preámbulo, dispone lo siguiente: *«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»*.

Así, el concepto de vulnerabilidad, sin atender a los rasgos personales, se centra en las circunstancias en las que se encuentran estos sujetos. Desde esta óptica, la discapacidad no se entiende ya como una desventaja individual o personal, sino social, esto es, imputable al diseño de la sociedad desde un patrón de «normalidad» —impuesto por quienes responden a parámetros físicos, sensoriales, psíquicos culturalmente dominantes— que no tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad⁴⁸.

⁴⁶ Así se contempla en el artículo 4.1.b) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo tenor literal es el siguiente: Obligaciones Generales. 1. *«Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad»*.

⁴⁷ Barranco Avilés, «Derechos Humanos y vulnerabilidad: los ejemplos del sexismo y del edadismo», en Vulnerabilidad y Derechos Humanos, dirigido por Barranco Avilés y Churrua Muguruza. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 22.

⁴⁸ Cuenca Gómez, op. cit., p. 69.

En este esquema, por lo tanto, la situación de discapacidad funcional no guarda, necesariamente relación exclusiva con las características de las personas sino que, por un lado, puede verse como resultado de la estructura social que genera dominación y opresión (obstáculos a la autonomía y a la autorrealización) y, por otro, las características de las personas se conceptualizan a partir de esas mismas estructuras, de tal forma, que la raza, el sexo y la discapacidad tienen en común, como situaciones de vulnerabilidad, que en relación a ellas, se han construido estereotipos que generan opresión y que pueden confluír al mismo tiempo⁴⁹.

Desde este modelo, las restricciones y limitaciones que padecen las personas con discapacidad funcional en el ejercicio de sus derechos y en el marco de su participación social ya no se aceptan, ni toleran como «naturales o inevitables», sino que se revelan como situaciones de discriminación y de vulnerabilidad en el ámbito delictivo que es necesario erradicar⁵⁰. Efectivamente, en la actualidad, existe una toma de conciencia impulsada por las luchas por el reconocimiento, emprendidas por el movimiento social de personas con discapacidad y quienes les apoyan, que sitúa a la humanidad ante la responsabilidad de evitar el sufrimiento social al que fueron sometidas tales personas a lo largo de la historia y que continúa, en múltiples manifestaciones, en el mundo actual⁵¹.

Más allá, sin embargo, de las disposiciones internacionales que obligan a la adopción de todo tipo de medidas legislativas (también las penales) para la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad, uno de los problemas que podemos observar, desde el punto de vista de la tutela penal reforzada de estos colectivos de víctimas, reside en la concreción de los instrumentos internacionales y de las disposiciones que obligan a la adopción de esta clase de respuestas punitivas, cuando las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad son «personas con enfermedades» o «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», tal y como contempla el Código Penal español en varias de las cláusulas de agravación comentadas, en la medida, en que, aparentemente, no existe instrumento jurídico internacional propio alguno que se ocupe del reconocimiento y garantía de los derechos de estos grupos de personas, en tanto que potenciales víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad y aparentemente distintas de las personas con discapacidad.

Por lo que respecta a las «personas con enfermedad», el punto 3º de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condi-

⁴⁹ Barranco Avilés, «La discapacidad intelectual y la discapacidad psicosocial como situación de vulnerabilidad», en Cuadernos Electrónicos de Teoría del Derecho, núm. 45, 2021, p. 36

⁵⁰ Cuenca Gómez, op. cit., p. 69.

⁵¹ Aparicio Payá, «Derechos humanos y justicia con las personas con diversidad funcional», en Recerca, Revista de Pensament i anàlisi, núm. 19, 2016, p. 30

ciones de vulnerabilidad (versión actualizada en 2018) define la «discapacidad», como *«la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y cualquier tipo de barreras de su entorno, que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. A los efectos de estas Reglas también *«se encuentran en situación de discapacidad, aquellas personas que, de manera temporal, presentan tales deficiencias»*⁵².

Siguiendo el tenor literal de la presente disposición, las Reglas de Brasilia, acogen en el concepto de «discapacidad», tanto la discapacidad en sentido estricto (funcional e intelectual —permanente—), como los supuestos de «enfermedad» que, pueden llegar a ubicar a una potencial víctima en situación de especial vulnerabilidad, en la medida en que se desprende, a nuestro modo de ver, una equivalencia entre «discapacidad» y «enfermedad», entendida esta última como «patología» que genera todo tipo de deficiencias físicas, psicológicas, mentales, psicosociales e, incluso, afectivas.

Desde esta perspectiva, el Código Penal español limita la también denominada «discapacidad» a *«aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, 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 los demás»*⁵³. Sin embargo, a pesar de no referirse, de manera expresa, al concepto «enfermedad», lo cierto es que, a la vista de lo mencionado en el párrafo anterior, y de las limitaciones derivadas de una situación de enfermedad, se puede concluir que, la obligación de adoptar medidas penales para garantizar la lucha contra la discriminación de las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad por «razón de enfermedad» encuentra su fundamento en el contenido de las Reglas de Brasilia y por extensión, en el artículo 25.1 CP.

Como, muy acertadamente, recoge Sánchez-Moraleda Vilches, el contenido del artículo 25.1 CP se orienta, principalmente, a las personas que necesitan asistencia para ejercer su capacidad jurídica y para tomar decisiones válidas sobre su persona o sus derechos. En cualquier caso, continúa la autora, la dependencia es un estado de carácter permanente que puede tener su origen en la edad, la enfermedad o la discapacidad, constituyendo un concepto transversal, vinculado a cualquiera de las tres circunstancias que pueden determinar la especial vulnerabilidad de la víctima⁵⁴. Con la definición recogida en el artículo 25.1 CP para

⁵² Téngase en cuenta el punto 3 . Discapacidad, de la Sección 2ª de las Reglas de Brasilia.

⁵³ Así se recoge en el artículo 25 del Código Penal.

⁵⁴ Sánchez-Moraleda Vilches, «Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la

valorar la cualificación de la especial vulnerabilidad por discapacidad debe realizarse una interpretación contextualizada, que atienda a la finalidad perseguida y al objeto de protección en cada tipo penal, es decir, debe ajustarse al contexto de cada delito, tomando en consideración el bien jurídico protegido, de manera que se compruebe que, en cada caso concreto, la situación de la persona discapacitada se corresponde con el fundamento de la sobreprotección prevista por la ley en la infracción de que se trate⁵⁵.

En idéntico sentido, el ámbito de la situación de vulnerabilidad por razón de la discapacidad, encontramos los supuestos de tipos cualificados, cuando la conducta delictiva se dirige contra «personas con discapacidad necesitada de especial protección», que, a nuestro modo de ver, nos sitúa en los supuestos de situaciones de vulnerabilidad por razón de discapacidad, pero que, sin embargo, parecen acoger, desde el punto de vista jurídico penal, un contexto diverso, en la medida en que generan subtipos cualificados diferentes a los que se fundamentan en la situación de vulnerabilidad por razón de la discapacidad. El párrafo 2º del artículo 25 CP, define la «persona con discapacidad necesitada 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»*.

La protección que el Código Penal atribuye a las «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», se equipara a la dispensada a las personas menores de edad. De hecho, la tutela de ambos colectivos se configura de manera conjunta, tal y como se desprende de los tipos cualificados previstos en los artículos 148.3, 165 o 166 CP, cuando se refieren a «víctima menor (o menor de 14 años) de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección».

El concepto de «persona con discapacidad necesitada de especial protección» se circunscribe, así, a las discapacidades intelectuales o mentales y dentro de éstas a 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, tal y como se desprende del párrafo segundo del artículo 25 CP, exigiéndose, además, que tenga carácter permanente.

(avanzada) edad», en La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 182.

⁵⁵ Martínez Garay, «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)», en Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, dirigido por González Cussac y coordinado por Górriz Royo y Matallín Evangelio. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p. 129 a 131.

La cuestión, tal y como se ha venido destacando, es si la situación de vulnerabilidad por razón de la discapacidad, así como las «situaciones de discapacidad necesitada de especial protección», acogen contextos similares, con idéntico fundamento de agravación o si, por el contrario, como destaca Tapia Ballesteros, a tenor del contenido del párrafo segundo del artículo 25 CP, así como *por mor* del principio de legalidad, se vuelve del todo necesario encontrar el matiz diferenciador entre esta «discapacidad necesitada de especial protección» y las situaciones de vulnerabilidad por razón de discapacidad.

Desde esta perspectiva, Tapia Ballesteros, siguiendo una interpretación sistemática del artículo 25 CP, entiende que pueden darse tres soluciones. Por un lado, 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, continúa la autora, también podría interpretarse que la categoría de «víctima especialmente vulnerable» se constituye como una categoría alternativa a las «personas con discapacidad intelectual», protegiéndose, solo a las personas con discapacidad física. Y, finalmente, una interpretación sistemática permitiría 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 interpretaciones, la autora apuesta por la última, estimando que es la más adecuada, desde el punto de vista teleológico, esto es: 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, siendo, por lo tanto, lo relevante, no tanto la discapacidad en concreto, sino «la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y poder oponerse», lo que deberá analizarse en cada caso concreto⁵⁶.

En efecto, a la vista de la triple interpretación planteada, siguiendo no sólo una lógica sistemática, sino también, a tenor del contenido de las disposiciones internacionales derivadas de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, como de las Reglas de Brasilia, anteriormente mencionadas, que ponían el acento, por un lado, en la naturaleza cambiante del concepto «discapacidad» (no en vano el Convenio

⁵⁶ Tapia Ballesteros, «La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 215.

de Naciones Unidas de 2006, insiste en el hecho de que la «discapacidad» es un concepto en evolución) y, por otro lado, en la vinculación de dicho concepto a personas con disfunciones físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales, en el sentido manifestado, convenimos con Tapia Ballesteros que el concepto de «víctima especialmente vulnerable por razón de discapacidad», se configura como una categoría amplia en la que se subsume tanto «las personas con discapacidad necesitada de especial protección», como las personas con discapacidad física» y a las personas con enfermedad, en la medida en que todas ellas, ubican a la víctima en una situación de indefensión por la ausencia de recursos y medios para decidir libremente y poder oponerse a la agresión en el concreto contexto en el que se ejecuta el delito y del que se prevale el sujeto activo.

Por lo tanto, por lo que respecta a la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad, en idéntico sentido a lo mencionado respecto de las personas menores de edad, lejos de concebir dicha situación de vulnerabilidad como algo inherente a este colectivo de personas, consecuencia de la concurrencia en las mismas de determinadas características que, de manera permanente, las sitúan en una posición de indefensión, la normativa internacional evidencia que la misma se presenta como un estado de inferioridad o subordinación en el que se encuentra la persona con discapacidad, producto de un determinado contexto victimal, que debe abordarse desde la lucha contra la discriminación, a través de todo tipo de medidas legislativas que garanticen sus derechos, debiendo prestar especial atención a las de naturaleza penal.

- c) La protección internacional de las personas mayores adultas en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad

La vulnerabilidad en la vejez ha sido abordada, sobre todo, mediante la identificación de los grupos de alto riesgo, como las personas adultas mayores pobres, dependientes y aisladas⁵⁷. Este enfoque de la vulnerabilidad ha contribuido a mantener los estereotipos del colectivo, más que a favorecer estrategias para su reducción.

La vulnerabilidad, en el sentido ya manifestado, es producto de los procesos sociales que generan una exposición desigual a los riesgos y situaciones de crisis y estrés, donde determinados individuos y grupos, como las personas adultas mayores, son más propensas a los riesgos y a las desigualdades, que se pueden reproducir a su interior, si se tienen en

⁵⁷ Bazo Royo La institución social de la jubilación: de la sociedad industrial a la postmodernidad. Edit. Nau Llibres, Valencia, 2001, p. 78. En idéntico sentido, Sánchez-Moraleda Vilches, op. cit., p. 162, destaca que ello es debido, entre otro 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.

cuenta enfoques como el de la vulnerabilidad social⁵⁸, debiendo insistirse en que el modo en el que la sociedad está organizada, pesa sobre ciertos sujetos, generando una vulnerabilidad que ya no es natural, sino social⁵⁹.

Internacionalmente, la preocupación por el reconocimiento de los derechos humanos de las personas adultas mayores, así como por las situaciones de discriminación en las que las mismas pueden verse involucradas, se traduce, en la adopción de la Resolución 24/20 de 2013 (renovada por Resolución 51/4 de 2022), por la que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, establece el mandato del Experto Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad⁶⁰. El mandato asignado al Experto Independiente reside en lo siguiente: *«analizar e identificar «las mejores prácticas» de aplicación de normas internacionales relativas a la promoción y protección de los derechos de las personas de edad y las deficiencias en la aplicación»* (punto 5.a. de la Resolución 24/20); *«Crear conciencia sobre los problemas que enfrentan las personas de edad para el ejercicio de todos los derechos humanos y velar por que las personas de edad reciban información sobre esos derechos»* (punto 5.c. de la Resolución 24/20).

Además de ello, se ha de observar especialmente a las víctimas de la discriminación múltiple que se encuentran en este grupo humano (punto 5.e. de la Resolución 24/20) y coordinar sus tareas con los del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento y otros órganos de Naciones Unidas que pudieran tratar la cuestión que nos ocupa con el propósito de evitar lagunas y duplicidades innecesarias (punto 5.g. de la Resolución 24/20).

Con este objetivo de velar por la garantía de los derechos humanos de las personas adultas mayores, evitando situaciones de discriminación y de victimización, algunos de los Comités de Naciones Unidas, que tienen la función de controlar el cumplimiento de los Derechos humanos, han adoptado observaciones generales que alcanzan a estos grupos de personas, debido a la discriminación múltiple de la que son víctimas. Es el caso, por ejemplo, de la Recomendación General núm. 27 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer que versa sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos.

La Observación General número 27 del Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer identifica los motivos de preocupación en relación con las mujeres mayores y las recomendaciones para supe-

⁵⁸ Sánchez González/Egea Jiménez, «Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores», en Papeles de Población, núm. 69, 2011, p. 165.

⁵⁹ Barranco Avilés, «Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos», en Tiempo de paz, núm. 138, 2020, p. 78.

⁶⁰ La presente Resolución 24/20, fue aprobada el 27 de septiembre de 2013 y renovada en 2022, mediante la Resolución 51/4.

rarlas. Desde esta perspectiva, parte de la consideración de que la edad es uno de los motivos por los que la mujer puede sufrir múltiples formas de discriminación (punto 2 de la Observación General), en la medida en que el efecto de las desigualdades de género, a lo largo de la vida, se agrava con la vejez y con frecuencia se basa en normas culturales y sociales hondamente arraigadas, siendo, en estos supuestos, la discriminación que sufren las mujeres de edad, el resultado de una distribución injusta de recursos, malos tratos, abandono y restricción del acceso a servicios básicos (punto 11 de la Observación General).

Desde esta perspectiva, los Estados Parte deben reconocer que las mujeres de edad son un recurso importante para la sociedad y tienen la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para eliminar la discriminación contra las mismas. Los Estados partes deberían adoptar políticas y medidas, incluidas medidas especiales de carácter temporal, que tomen en consideración el género y la edad, para velar por que las mujeres de edad puedan participar plena y efectivamente en la vida política, social, económica, cultural y civil, así como en cualquier otro ámbito de la sociedad. (punto 29 de la Observación General).

A la vista de todo lo manifestado, se puede concluir que la condición de personas adultas mayores puede ubicar a dicho colectivo en el marco de estructuras sociales que convierten en vulneradas a las personas mayores, en tanto que las presenta como desprovistas de valor para la sociedad, improductivas, frágiles e incapaces, especialmente en el contexto de una sociedad envejecida que enfrenta desafíos con respecto a su futuro demográfico. La edad sirve, así, como justificación suficiente para tratamientos diferenciados, situaciones de discriminación y de victimización⁶¹, frente a las que los Estados han de intervenir garantizando el disfrute de los derechos humanos que, en cuanto personas, les corresponde también a las de edad avanzada.

En última instancia, por lo que respecta a la «situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» de personas adultas mayores, en idéntico sentido al advertido respecto de los dos colectivos anteriores (menores de edad y personas con discapacidad), hay que concluir que la misma es fruto de los contextos en los que se ubica este grupo de personas que los expone a riesgos y situaciones de crisis, a la vista de determinadas estructuras de poder que la propia sociedad genera y respecto de las que las personas de edad avanzada, por un lado, se presentan como frágiles, incapaces e improductivas y, por otro, son ubicadas en una situación de vulnerabilidad en el ámbito delictivo que no es innata a las características inherentes a las mismas, sino fruto de una determinada

⁶¹ Barranco Avilés, «Vulnerabilidad y personas mayores», cit., p. 79.

situación de desigualdad para cuya erradicación hay que adoptar todo tipo de medidas legislativas, incluidas, también, las penales.

C. La protección penal reforzada de menores de edad, personas con discapacidad, personas con enfermedad y personas mayores adultas en cuanto víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad: un enfoque basado en sus derechos humanos

A la vista de todo lo manifestado, así como de los instrumentos internacionales mencionados, desde los distintos sectores, en principio, no parece que encontremos, de manera expresa en los mismos, una delimitación de lo que jurídicamente podemos llegar a concebir o identificar con «colectivos en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad en el ámbito delictivo», esto es, desde el ámbito victimológico, tendiendo la totalidad de estos instrumentos internacionales a la identificación directa de los colectivos que tradicionalmente han sido considerados en situación de vulnerabilidad y que experimentan una especial vulnerabilidad por la concurrencia en los mismos de determinados factores adicionales.

El concepto de vulnerabilidad permanece implícito en muchos de dichos instrumentos, en la medida en que tienden a la internacionalización expresa de los derechos humanos de los mismos o al reconocimiento del derecho a la igualdad, prohibiendo cualquier forma de discriminación. Sin embargo, en el sentido ya mencionado, no se contempla de manera expresa una delimitación conceptual ni de «vulnerabilidad», ni de «colectivos en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad».

En efecto, podemos encontrar preceptos que aluden de manera más o menos directa a la realidad de grupos en situación de vulnerabilidad, identificando algunas circunstancias que sitúan a determinados colectivos de personas en situación de indefensión, desde el punto de vista del reconocimiento de sus Derechos Humanos y, por ende, desde el ámbito victimológico.

Así se desprende de la normativa de protección de las personas menores de edad, en la que, tomando como punto de partida el principio de interés superior del menor; más allá de considerar a las personas menores de edad, como sujetos vulnerables, se insta a los Estados a la adopción de medidas de especial protección, incluida la previsión de cualificaciones en el marco del Derecho Penal interno de los Estados, respecto de determinadas personas menores de edad que, en cuanto víctimas de delitos, resultan especialmente sensibles como consecuencia de su «edad temprana», grado de madurez», necesidades especiales», «discapacidad» o del hecho de no haber alcanzado la edad de consentimiento sexual establecida por cada uno de los Estados.

Idéntica conclusión se deduce de los instrumentos que se ocupan de las personas de edad avanzada, así como de las personas con discapacidad en los que se recogen obligaciones de garantizar el reconocimiento, respeto y protección de sus Derechos Humanos en cuanto colectivos en situación de vulnerabilidad.

En definitiva, en el sentido manifestado, no podemos deducir un concepto genérico de «grupo en situación de vulnerabilidad» en el ámbito victimológico, que permita acoger una definición amplia y genérica aplicable en el momento de detección de una situación de victimización, sin necesidad de verificar que dicha víctima se ubica o no en el marco de lo que hemos venido identificando como «grupos en situación de vulnerabilidad».

Consecuentemente, la categorización de la vulnerabilidad desde la perspectiva victimológica sobre la base de un enfoque basado en los derechos humanos de estos colectivos, nos ubica, necesariamente, en la órbita de los instrumentos universales de reconocimiento de los derechos humanos y, específicamente, de reconocimiento del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación. Si el concepto de «vulnerabilidad social» viene delimitado por la amenaza a sufrir determinados daños o lesiones, en cuanto causa de desigualdad estructural, la «vulnerabilidad desde el ámbito victimológico» ha de vincularse, necesariamente, a los supuestos de sobreexposición al riesgo de sufrir vulneraciones de Derechos humanos en el concreto contexto victimal en el que se ejecuta el delito, sin que dicha situación de desigualdad se vincule a la pertenencia a colectivo alguno.

Desde esta perspectiva, los supuestos de «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» requieren, como se desprende de los instrumentos internacionales, de todo tipo de medidas legislativas, entre las que deben destacarse las penales, sin que las mismas tengan cabida en el ámbito subjetivo de la agravante del artículo 22.4 CP.

En estos supuestos, las respuestas jurídico-penales orientadas a la protección de estos grupos de víctimas, se ubicarán en un ámbito de tutela propio, el de la vulnerabilidad enfocado desde un ámbito victimológico, ajeno al que se desprende del artículo 22.4 CP ya mencionado.

III. Delimitación conceptual de la clausula «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»: hacia la configuración de un concepto jurídico-penal de «vulnerabilidad victimal»

A. Introducción

A la vista de todo lo mencionado hasta el momento presente, como consecuencia de las obligaciones jurídicas previstas en los instrumen-

tos internacionales anteriormente mencionados, el Código Penal español asume la protección reforzada de las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, fundamentalmente, cuando se trate de menores de edad, de personas con discapacidad, personas con enfermedad y de personas mayores adultas, tal y como hemos venido mencionando.

Sin embargo, a pesar de la concreción de la mencionada expresión en los tipos penales aludidos anteriormente, una de las principales cuestiones a dilucidar reside en la delimitación conceptual de la misma, a la vista de la inexistencia de concreción jurídico-penal alguna al respecto. En efecto, los preceptos que contemplan subtipos penales agravados, como consecuencia de la situación de vulnerabilidad de determinados colectivos se limitan a referirse a dicho estado, sin que de su contenido pueda deducirse delimitación alguna al respecto⁶².

Tal y como hemos venido destacando, la expresión «menor de edad o persona en situación de vulnerabilidad por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación» (o similares) acoge los supuestos que,

⁶² Así se desprende del tenor literal: A. del artículo 148.5 CP, cuando destaca «Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 5. Si la víctima persona especialmente vulnerable que conviva con el autor»; B. Del artículo 156 bis 4. b): «4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el apartado 1 cuando: b) la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación»; C. del artículo 140.1.1: «1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª 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»; D. del artículo 165: «Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones»; E. del artículo 166.2-a): «2. El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección»; F. del artículo 177 bis 4: «4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad»; G. del artículo 180.1.3: «1. Las anteriores conductas serán castigadas, respectivamente, con las penas de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1, de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178.3, de prisión de siete a quince años para las agresiones del artículo 179.1 y de prisión de doce a quince años para las del artículo 179.2, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 3.ª 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»; H. del artículo 184.4: «4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior».

pueden quedar, mayoritariamente, subsumidos en dicho estado de vulnerabilidad, cuya delimitación, desde el punto de vista interno, presenta serias dificultades, no sólo por la inexistencia de concreción alguna al respeto, sino también por la ausencia de uniformidad que, como veremos más adelante, caracteriza la referencia a estas situaciones que fundamentan el recursos a tipos penales cualificados.

B. Delimitación conceptual de la clausula «víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»

La inexistencia de conceptualización alguna al respecto, obliga a acoger una construcción doctrinal y jurisprudencial que permita entender cuándo corresponde acudir a esta clase de supuestos, en atención a una correcta interpretación de lo que el/la legislador/a entiende como «víctima especialmente vulnerable o en situación de especial vulnerabilidad».

Así, la doctrina viene vinculando el concepto de «vulnerabilidad» o «víctima en situación de vulnerabilidad» a situaciones en las que se da una relación de desigualdad entre víctima y autor del delito que proporciona a éste una ventaja de la que se prevale o aprovecha para conseguir sus propósitos⁶³, es decir, hace referencia a la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado en un determinado contexto, a la mayor debilidad de ciertas personas, a sus mayores dificultades para oponerse a los designios de una persona agresora, debiendo este último ser consciente de la situación del sujeto pasivo y de la correlativa superioridad que ello le reporta⁶⁴.

Algunos pronunciamientos jurisprudenciales conectan la «vulnerabilidad» con el hecho de ser susceptible de ser dañado, con desprotección, con el riesgo de sufrir un daño y con las dificultades para prevenir y defenderse en una situación amenazante. Así, se indica que la vulnerabilidad de la víctima es un dato que el legislador toma en consideración para dotar de más reprochabilidad al hecho, en función de la mayor desprotección de la víctima, pudiendo provenir, dicha situación de vulnerabilidad, de las distintas circunstancias que describe la ley penal, esto es, edad, enfermedad, discapacidad o situación, que, en última instancia,

⁶³ En este sentido, Maqueda Abreu, «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (A propósito de las víctimas de la prostitución y el tráfico sexual de mujeres)», en Serta. In memoriam Louk Hulsman, coordinado por García Alfaraz y Díaz Cortés, editado por Pérez Álvarez. Edit. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2016, p. 457.

⁶⁴ Castelló Nicas, «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio non bis in ídem», en La Ley, núm. 3360, 2001, p. 3.

cierran el círculo de las posibilidades imaginables de especial vulnerabilidad⁶⁵.

En efecto, lejos de acoger la «situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» un ámbito de aplicación subjetivo similar al que se identifica socialmente con la idea de «vulnerabilidad» (vinculado a un contexto de desigualdad estructural), las víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad a las que se refiere expresamente con esta clausula el Código Penal, lo son por la facilidad con la que el autor del delito puede dañarles o lesionarles como consecuencia del contexto de desigualdad en el que se ubican en el marco de determinados delitos del que se aprovecha el sujeto activo.

Por otra parte, el/la legislador/a ha optado por limitar los supuestos de «vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, en general, a los casos de minoría de edad, discapacidad, enfermedad, personas mayores adultas o situación personal de la víctima, en la medida en que, a nuestro modo de ver, lejos de tratarse de colectivos que sistemáticamente sufren violencia estructural como consecuencia de la situación de desigualdad, discriminación y subordinación en el que socialmente se encuentran (colectivos estos que ya estarían previstos en el marco de la circunstancia agravante del artículo 22.4 CP), se trata de estados de indefensión en los que puede llegar a ubicarse cualquier persona, a lo largo de las distintas fases de su vida, que generados, en cada caso concreto, por la concurrencia de determinadas circunstancias, ubican a la víctima en un posición de desigualdad de la que se prevale el sujeto activo.

El concepto de «vulnerabilidad» así entendido, equivale, por lo tanto, a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse⁶⁶, lo que supone, en definitiva, una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor⁶⁷.

La interpretación ahora mencionada, tiene encaje directo con las previsiones normativas del único de los preceptos que, en el marco del Código Penal español, parece acoger una aproximación a la «situación de

⁶⁵ Véase el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 72/2013, de 22 de marzo, de la Audiencia Provincial de Guadalajara.

⁶⁶ Sandoval, «Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal?: el caso de la vulnerabilidad victimal», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 19.

⁶⁷ Por todas, Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 180/2021, de 2 de marzo del Tribunal Supremo; Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 221/2021, de 11 de marzo, del Tribunal Supremo; Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo 704/2021, de 16 de septiembre; Fundamento Jurídico 5º, de la Sentencia 770/2021, de 14 octubre.

necesidad o de vulnerabilidad de la víctima», esto es, el artículo 177 bis, en el marco del delito de trata de personas cuando dispone lo siguiente: *«Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, acogiere o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas con cualquiera de las finalidades siguientes [...]»*.

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

Según el Tribunal Supremo, la presente definición hace referencia a la antijuricidad que entraña aprovecharse de una realidad que restringe la libertad decisoria del sujeto pasivo. La vulnerabilidad se contempla aquí 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, continúa el Tribunal, a otras formas de anular o de 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 engaño⁶⁸.

En efecto, el precepto condiciona la situación de vulnerabilidad de la víctima a la inexistencia de alternativa alguna al abuso, es decir, incide en la carencia, por parte de la víctima, de mecanismos que le permitan oponer resistencia o defenderse del ataque o agresión, en el caso específico del delito de trata, desvinculando a la víctima, como destaca De la Mata Barranco, de toda consideración sobre su pertenencia a un determinado colectivo⁶⁹.

En efecto, a tenor de los instrumentos internacionales sobre los que pivota el tenor literal del presente precepto, la vulnerabilidad puede ser de cualquier clase, a saber, física, psicológica, emocional, relacionada con la familia, social o económica, incluyéndose, a modo de ejemplo, la inseguridad o legalidad del estatus administrativo de la víctima, la de-

⁶⁸ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia 677/2022, del Tribunal Supremo, de 4 de julio.

⁶⁹ 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», en Revista Penal, núm. 50, julio 2022, p. 82.

pendencia económica y la salud débil⁷⁰, deduciéndose del mismo, como destaca Benito Sánchez, cualquier estado de adversidad en el que un ser humano es obligado a aceptar su explotación⁷¹. Desde esta perspectiva, continúa esta autora, el concepto de vulnerabilidad tiene dos dimensiones: una externa referente a la exposición al riesgo y una interna, referente a la capacidad para hacer frente a dicho riesgo. A su modo de ver, es precisamente en torno a la capacidad de respuesta al riesgo o de gestión que gira la concepción clásica de vulnerabilidad y que ha influido en la interpretación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» ahora comentada⁷².

Por el contrario, la agravación del número 4 b) del artículo 177bis CP contempla la vulnerabilidad desde un plano de fragilidad subjetiva, de modo que operará en supuestos en los que, además de una restricción de la libertad de opción que determina la existencia del tipo básico, exista una erosión de las reglas más básicas de solidaridad humana.

El precepto ahora mencionado recoge lo siguiente: «4. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: b) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación persona, o sea menor de edad*».

El legislador, precisamente en su función de definir los estándares sociales de más clara exigencia, fija (en este artículo 177 bis 4 b) CP) como personas objeto de protección, a quienes sufran discapacidad o enfermedad, sean menores de edad o a las mujeres que pasen por un embarazo, cuando a su situación se les asigne una exigencia social y ética de especial respeto a su dignidad. En todo caso, el legislador no ha recogido las situaciones de especial protección enumerando un elenco cerrado de dificultades físicas (*numerus clausus*), sino que añade la posibilidad de aplicar la agravación cuando la persona sea «*especialmente vulnerable por su situación personal*», en una referencia más abierta, que permite acoger contextos de distinta naturaleza⁷³.

Esta misma interpretación sobre el concepto de «vulnerabilidad» parece, igualmente, deducirse del contenido de las «Reglas de Brasilia, antes mencionadas, en cuya Sección 2ª se indica lo siguiente: «*Una persona*

⁷⁰ Así se desprende del Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Being, Varsovia, 2005, párrafo 83, del Consejo de Europa.

⁷¹ Benito Sánchez, «La delimitación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el delito de trata de personas», en Sistema penal y exclusión social, dirigido por Benito Sánchez y Gómez Lanz. Edit. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2020, p. 219.

⁷² Benito Sánchez, op. cit., p. 221.

⁷³ Así se desprende del Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia 677/2022, de 18 de julio.

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 [...]».

El presente instrumento internacional pone la atención, en primer lugar, en la concurrencia de determinadas condiciones que ubican de manera temporal a determinados sujetos y/o colectivos en situación de vulnerabilidad, en la medida en que su capacidad de resistencia, de prevención o de superación de la misma está condicionada por determinadas circunstancias que, traen causa en una desigualdad surgida en el contexto de la ejecución del delito.

De hecho, no parece configurar un concepto global de «personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad» aplicable en cualquiera de los Estados firmantes de las mismas, sino que, en el sentido que se desprende de sus disposiciones, *«la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país, dependerá de sus características, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico»*⁷⁴.

Desde esta perspectiva, las Reglas de Brasilia equiparan las «personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad» a víctimas con capacidad de resistencia, de prevención o de superación de un impacto que las ubique en una situación de riesgo no desarrollada o limitada por circunstancias adversas que, variarán de un Estado a otro, en función de su nivel de desarrollo social y económico, es decir, en función de su distinta situación de desigualdad.

Contrariamente a lo que plantea Moya Guillem, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados colectivos —según el tenor literal de las Reglas de Brasilia—, lejos de aumentar la probabilidad tanto de sufrir victimización, como de padecer secuelas tras haber experimentado el suceso traumático⁷⁵, ha de vincularse, a nuestro modo de ver, a causas de desigualdad que, concurren específicamente en el supuesto de hecho y que requieren, desde nuestra perspectiva, de una mayor respuesta punitiva, en tanto que se trata de sujetos con menores mecanismos de autodefensa y ubicados en una posición de inferioridad y/o de debilidad frente al agresor⁷⁶.

En efecto, vincular el concepto de «colectivos vulnerados» al hecho de tener más riesgo de ser víctima de un delito, así como a su dificultad

⁷⁴ Véase, en este sentido el contenido del punto 1 (in fine) de la Sección 2ª de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (versión actualizada 2018).

⁷⁵ Moya Guillem, «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 (julio de 2020), p. 18.

⁷⁶ Muy acertadamente, De la Mata Barranco, op. cit., p. 83.

para sobreponerse al mismo, implica, a nuestro modo de ver, una cierta interpretación paternalista de la «vulnerabilidad» que la aproxima a su concepción ontológica, actualmente superada. Insistir en una visión ontológica de la vulnerabilidad que pivote sobre la imposibilidad de sobreponerse a los riesgos a los que se enfrentan estos colectivos, además de infantilizarlos, negándoles su propia autonomía y derechos, facilita la configuración de un tipo de vulnerabilidad de naturaleza permanente que, en el sentido ya mencionado, oculta los contextos y las circunstancias que motivan dicha situación de vulnerabilidad, sin que tampoco se permitan desarrollar estrategias y recursos efectivos y eficaces para enfrentar la misma.

Por lo tanto, tal y como se recoge en las Reglas de Brasilia, si la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados colectivos depende, fundamentalmente, del nivel de desarrollo social y económico de cada Estado, que los sitúa en condiciones de vulnerabilidad, como consecuencia de los distintos niveles de desigualdad, las «situaciones de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad» a las que se refiere el Código Penal español, evidencian contextos victimocéntricos concretos en los que determinados colectivos (menores, personas con discapacidad, personas enfermas, personas de edad avanzada y personas con una determinada situación personal) se convierten en víctimas de delitos, habida cuenta de las relaciones de desigualdad que dichos contextos delictivos concretos generan.

En definitiva, a la vista de todo lo mencionado, y a pesar de la ausencia de delimitación jurídico-penal del concepto «personas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad», a falta de un análisis del fundamento jurídico de los presentes subtipos agravados (al que procederemos a continuación), una aproximación una aproximación al mismo nos sitúa, por un lado, ante supuestos de vulnerabilidad especialmente graves, no derivados de la situación de vulnerabilidad genérica en la que se puede llegar a ubicar cualquier persona como consecuencia de un proceso de victimización y, por otro, ante contextos específicos en los que la víctima carece de mecanismos que le permitan oponer resistencia o defenderse del ataque o agresión, implícita en la conducta delictiva, como consecuencia de la desigualdad en la que se encuentra y de la que abusa el sujeto activo, a la vista de su edad, de su discapacidad, de su enfermedad, así como de su situación personal.

Delimitados conceptualmente los supuestos de «situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad de la víctima», estos pueden quedar subsumidos en el concepto de «vulnerabilidad victimal», cuando de referirse a la protección penal reforzada de las personas menores de edad, de las personas con discapacidad, de las personas con enfermedades, de las personas mayores adultas o de personas en una determinada situación se trate, en el marco de los distintos procesos de victimización previstos en el Código Penal español. La «vulnerabilidad victimal» de determinados

tipos de víctimas, se conecta así con el hecho de ser susceptible de ser dañado por parte del autor de la agresión, por carecer de mecanismos para defenderse del ataque, como consecuencia de la situación de desigualdad en la que se encuentra en el contexto delictivo de la que se prevale el sujeto activo para su comisión.

IV. «Víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad»: fundamento jurídico penal de los subtipos agravados

A. El fundamento jurídico-penal de las clausulas de agravación por razón de la vulnerabilidad victimal del sujeto pasivo

Una vez delimitado el concepto de «vulnerabilidad victimal», así como los factores que ubican a cada uno de los colectivos afectados en dicha situación, procede, en este momento, concretar el fundamento de su agravación.

Según la jurisprudencia, el fundamento de la cualificación «víctima especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad, discapacidad o situación», reside en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente, por parte del sujeto activo, de una situación de superioridad, frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o situación, lo que implica, en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones del agresor⁷⁷.

Esta circunstancia, continúa el Tribunal Supremo, exige que sea conocida por el autor la situación de vulnerabilidad sobre la que se predica la imposición del subtipo agravado, es decir, que sea consciente de la circunstancia por la que la víctima se encuentra en una situación de inferioridad (no se trata de que objetivamente la víctima la tenga, sino que sea percibida por el autor), así como que exista un prevalimiento sobre dicha vulnerabilidad, que justifica un mayor contenido del injusto, a la vista de las menores posibilidades de defensa que tendrían las personas a las que estos preceptos aluden⁷⁸.

⁷⁷ Así lo recoge el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 2º, de su Sentencia 709/2020, de 18 de diciembre y en el Fundamento Jurídico 5º, de la Sentencia 10/2023, de 19 de enero.

⁷⁸ Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia del Tribunal Supremo 28/2015, de 22 de enero; Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio; Fundamento Jurídico 2º, de la Sentencia 610/2019, de 11 de diciembre y Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 10/2023, de 19 de enero del Tribunal Supremo, entre otras.

Así, siguiendo la interpretación jurisprudencial, la ratio de estos subtipos agravados consiste 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, en la medida en que estos grupos de personas pueden ser atacados y lesionados por ausencia de recursos y de medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor⁷⁹ y radicando, también, dicho fundamento de agravación en la mayor perversidad criminal del autor, consecuencia de la desprotección de la víctima, por cualquiera de tales circunstancias⁸⁰.

En su aplicación, continúa el Tribunal Supremo, deberán concretarse con claridad cuáles son las circunstancias en las que se encuentra la víctima que determinan una mayor dificultad para defenderse de la acción del autor del delito, hasta el punto de dar lugar a una especial vulnerabilidad, que ha de ser superior a la ya necesaria para la ejecución del hecho, no siendo, sin más, el dato objetivo de la edad, la enfermedad, la discapacidad o la situación suficiente, para generar una situación de superioridad de la que se prevale el sujeto activo⁸¹.

En efecto, en los casos de minoría de edad, la situación de especial vulnerabilidad en la que debe encontrarse la persona menor de edad, debe implicar un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe, de modo relevante, su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad delictiva impuesta⁸². En estos supuestos, la vulnerabilidad de la víctima no se predica solamente de su temprana edad, sino de otros factores evaluables legalmente en atención a su edad, enfermedad o situación; de modo, que 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

⁷⁹ Véase, la Sentencia del Tribunal Supremo 131/2007, de 16 de febrero; la Sentencia también del Tribunal Supremo 203/2013, de 7 de marzo; y la Sentencia 588/2022, de 15 de junio, entre otras.

⁸⁰ Téngase en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo 113/2009, de 10 de noviembre; así como el Fundamento Jurídico 2º de su Sentencia 709/2020, de 18 de diciembre.

⁸¹ Así se desprende del Fundamento Jurídico 4º, de la Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio.

⁸² Véase el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 72/2013, de 22 marzo de la Audiencia Provincial de Guadalajara.

la situación en que se encuentre⁸³ y, en última instancia, de la madurez psíquica y de la capacidad física de dicha persona menor de edad, en la medida en que las mismas le permitan disponer de suficientes mecanismos y recursos para defenderse mínimamente del ataque o agresión⁸⁴.

Especial relevancia adquieren los subtipos agravados cuya aplicación está condicionada a que la víctima sea menor de 16 años (art. 140.1.1. CP) o menor de 14 años (art. 148.3 CP), entre otros, es decir, aquellos supuestos en los que la vulnerabilidad de la víctima no emerge de su minoría de edad, en sentido amplio, sino del hecho de encontrarse por debajo de un determinado límite cronológico de edad que, parece abocar a dichos preceptos a su aplicación automática, una vez acreditado el dato objetivo de la edad.

Ahora bien, si, como la jurisprudencia ha venido destacando, el fundamento de la vulnerabilidad de las personas menores de edad no reside, exclusivamente, en el dato objetivo de la edad, siendo además necesario que la situación y el contexto en el que dicha víctima menor de edad se encuentre disminuya o merme sus posibilidades de defensa, la configuración de estos tipos penales cualificados sobre la base de la fijación de un límite de edad objetivo, tropieza, frontalmente, con el fundamento que hasta ahora se ha venido atribuyendo a los mismos.

Aun cuando jurisprudencialmente no parece haberse ofrecido una solución totalmente unívoca sobre este problema⁸⁵, lo cierto es que, como veremos a continuación, existe una tendencia jurisprudencial mayoritaria a interpretar que, en estos supuestos, no debe tenerse en cuenta, exclusivamente, el dato cronológico de la edad, sino todas las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho, así como ciertas características de la víctima menor de edad que, analizadas en cada caso concreto, determinen su vulnerabilidad y, por ello, generen un incremento del desvalor que justifique el recurso al subtipo agravado⁸⁶.

⁸³ En este sentido se aprecia en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 299/2007, de 19 abril de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

⁸⁴ Moya Guillén, op. cit., p. 25.

⁸⁵ Desde la perspectiva de proceder a una aplicación automática de los subtipos agravados como consecuencia de la mera acreditación del dato de la edad de 14 o 16 años, téngase en cuenta el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 1479/2002, de 16 de septiembre.

⁸⁶ Téngase en cuenta, el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 377/2004, de 25 de marzo del Tribunal Supremo, así como el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Supremo 653/2007, de 8 de noviembre. En este mismo sentido, véase, el Fundamento Jurídico 9º de la Sentencia del Tribunal Supremo 964/2013, de 17 de diciembre, cuando indica que *«en cualquier caso la Sala sentenciadora razona la aplicación de la agravación de especial vulnerabilidad por circunstancias adicionales a la edad, como la soledad de la víctima en la vivienda que era aprovechada por el agente encontrándose la menor en una situación de desamparo absoluto por la ausencia de la madre, y la carencia de cualquier otra posibilidad de auxilio»*. Igualmente, apréciase el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo 201/2018, de 25 de abril, cuando destaca que

Por lo que respecta a los supuestos de enfermedad y/o discapacidad, según viene reiterando igualmente la jurisprudencia, no basta el dato fáctico de la misma para el recurso a la agravación, sino su evidencia para el actuar del sujeto, que es lo que atrae la cualificación por su aprovechamiento, ya que si no existe ese conocimiento de la vulnerabilidad por el sujeto activo, no existe este «aprovechamiento» que atrae la agravación y el mayor reproche penal. En un tipo penal de estas características, junto al dato objetivo de la enfermedad o discapacidad, para la justificación de la agravación de la pena respecto del tipo básico, como consecuencia del incremento del desvalor del hecho, será, además, necesaria la concurrencia de ciertas particularidades de la víctima, que, analizadas en cada caso concreto, resultan imprescindibles para determinar su vulnerabilidad⁸⁷.

En última instancia, en cuanto a los supuestos de situación de vulnerabilidad por avanzada edad, la doctrina mayoritaria viene, igualmente, conviniendo, en la imposibilidad de fundamentar una mayor severidad penal en el dato objetivo de la «avanzada edad»⁸⁸. En opinión de Javato Martín, la aplicación de la cualificación, requiere que se constate, en cada caso, no sólo la edad avanzada, sino también que el sujeto se encuentra «en un estado especialmente vulnerable» por su situación física o psíquica, posibilidad de defensa, situación convivencial, discapacidad, situación, etc⁸⁹. En idéntico sentido, 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, o por su precariedad económica⁹⁰, debiendo entenderse, en definitiva, que el desvalimiento o la vulnerabilidad de este colectivo versa sobre una limitación evidente de la capacidad funcional del ser humano por tener una edad avanzada, pero no por el transcurso del tiempo en sí mismo considerado.

Consecuentemente, la especial vulnerabilidad por razón de la edad, no podrá deducirse, directamente, a partir del dato objetivo de la misma,

«Con la descrita edad confluyeron otras circunstancias tomadas en consideración por la Sala sentenciadora, a partir del aprovechamiento por parte del acusado de la facilidad de toda índole que le brindaba la relación análoga a la conyugal que mantenía con la madre de la niña, con la que llegó a tener un hijo en común. Todo ello provocó un correlativo debilitamiento de las posibilidades de comprensión y reacción de la pequeña, que supuso un plus sobre el dato cronológico a la hora de configurar esa situación de particular exposición que implica la especial vulnerabilidad»

⁸⁷ Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 junio.

⁸⁸ Así, Sánchez-Moraleda Vilches, op. cit., p. 180.

⁸⁹ Javato Martín, «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico-penal», en Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 96.

⁹⁰ Muñoz Cuesta, «Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono», en Tratado de Derecho Penal y envejecimiento: la adaptación del Derecho a la nueva longevidad, dirigido por Romeo Casabona. Edit. Wolter Kluwer; 2021, p. 760

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 o tomar decisiones de manera autónoma, entre otras, debiendo otorgarse la especial protección, por tanto, no sólo en atención al dato cronológico, sino a los efectos que la edad puede comportar para el sujeto pasivo, colocándolo en una posición de mayor indefensión⁹¹.

En el supuesto de «situación de especial vulnerabilidad por razón de la situación», que parece configurarse como una expresión jurídicamente indeterminada⁹², deberán concretarse con claridad, destaca la jurisprudencia, cuáles son las circunstancias en las que se encuentra la víctima que determinan una mayor dificultad para defenderse de la acción del autor del delito, hasta el punto de dar lugar a una especial vulnerabilidad, que ha de ser superior a la ya necesaria para la ejecución del hecho⁹³. En este sentido, continúa la jurisprudencia, el concepto de «situación» debe ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad (edad, discapacidad, enfermedad), siendo necesario acreditar la existencia de una vulnerabilidad que, anclada 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 víctima⁹⁴.

B. Problemas de compatibilidad entre la cláusula de «vulnerabilidad victimal» y el principio «non bis in ídem»: a propósito del supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas

a) Introducción

Interpretadas estas situaciones de «vulnerabilidad victimal», en el sentido mencionado, más allá de la mera concurrencia del elemento objetivo de la edad, de la enfermedad o discapacidad y de la situación, los subtipos agravados ahora aludidos serán objeto de aplicación en la medida en que el autor del delito tenga un conocimiento exacto de dicha si-

⁹¹ Sánchez-Moraleda Vilches, op. cit., p. 201.

⁹² Así lo destaca el propio Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 4º de su Sentencia 304/2019, cuando tilda dicha expresión de «excesivamente genérica».

⁹³ Fundamento Jurídico 4º, de la Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio.

⁹⁴ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo 709/2020, de 18 de diciembre. En idéntico sentido se recoge en el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2021, de 11 marzo.

tuación de vulnerabilidad y se prevalega de la misma, en tanto que aspectos que permiten fundamentar el plus de antijuridicidad y culpabilidad requeridos por los mismos⁹⁵.

Esta interpretación no se presenta como una cuestión baladí, puesto que, limitar la «vulnerabilidad victimal» a la concurrencia del dato objetivo de la edad, la enfermedad o discapacidad o la situación, puede llegar a infringir, en alguno de estos subtipos agravados, el principio «non bis in ídem», como parece deducirse del supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas del artículo 140.1.1ª CP que contempla la pena de prisión permanente revisable, cuando *«la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad»*.

b) Supuesto de asesinato alevoso contra víctimas desvalidas

Uno de los ámbitos en los que puede llegar a plantearse la vulneración del principio «non bis in ídem», reside en los supuestos en los que el sujeto pasivo del delito contra la vida es un menor de edad o una persona desvalida. Tradicionalmente, el Tribunal Supremo ha venido interpretando que, en los supuestos de víctimas desvalidas, procedía hacer una interpretación extensiva de la circunstancia de alevosía, entendiendo que la calificación jurídica más adecuada era la de asesinato y no la de homicidio (esto es, recurriendo en estos casos al artículo 139.1.1ª CP)⁹⁶. Ahora bien, el problema reside, actualmente, también en la posibilidad de encajar dichos supuestos (lesión del bien jurídico vida contra víctima desvalida) en el delito del artículo 140.1.1ª que, contempla la prisión permanente revisable, cuando la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, pudiendo implicar ese doble uso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, una lesión a la prohibición del «non bis in ídem».

En ambos supuestos, se agrava la pena por el estado de desamparo de la víctima que le impide defenderse adecuadamente del ataque. Esto ha dado lugar a una jurisprudencia heterogénea, con decisiones muy dispares en este ámbito.

En algunos casos, la jurisprudencia afirma la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento y la hipercualificación del artículo 140.1.1º. No estamos ante un supuesto de «doble alevosía», indica la jurisprudencia. Lo que fundamenta la agravación penológica es que la acción alevo-

⁹⁵ Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 10/2023, de 19 enero del Tribunal Supremo. En idéntico sentido, ya se había venido pronunciando en sentencias anteriores. Así, téngase en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio.

⁹⁶ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia 6984/2008, de 24 de octubre, del Tribunal Supremo

sa, que determina la calificación del delito como asesinato, recae sobre una víctima que reúne determinados indicadores —por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad— que le hacen merecedora de una mayor protección. Consecuentemente, continúa el Tribunal Supremo, esa concreta muerte alevosa incorpora una mayor tasa de antijuricidad, de mayor desvalor, justificando, a la postre, un reproche jurídico penal más grave⁹⁷.

El Tribunal supremo recurre, efectivamente a un doble uso de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima para proceder a la mencionada calificación jurídica. En efecto, si lo que se aprecia para el recurso al delito del artículo 140.1.1 CP reside, como indica el Tribunal, en el hecho de que la conducta recaiga sobre una víctima que reúne determinados indicadores —por su edad o sus condiciones personales de vulnerabilidad— que le hacen merecedora de una mayor protección, por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, el desvalor específico de la circunstancia de alevosía ya está implícito en la situación de vulnerabilidad de la víctima, por lo que, el recurso al tipo hipercualificado del artículo 140.1.1 CP implica una lesión del principio «non bis in ídem». En efecto, si como hemos advertido, el fundamento de la agravación, por razón de la situación de «vulnerabilidad victimal» en la que se encuentra la víctima, trae causa en la mayor facilitación de la comisión delictiva, sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima, por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación, consecuencia de la desprotección de la misma, por cualquiera de tales circunstancias⁹⁸, en el sentido mencionado, resultan del todo incompatibles, desde el punto de vista de la calificación jurídica, las circunstancias de «alevosía» y de «vulnerabilidad victimal».

Sin embargo, parte de la jurisprudencia, alineada con la sentencia del Pleno Jurisdiccional 585/2022, de 14 de junio, insiste en la compatibilidad entre ambos tipos penales (asesinato alevoso por desvalimiento —art. 139.1.^a— y asesinato hiperagravado, cuando la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad —art. 140.1.1^a—), puesto que el artículo 140.1.1^a, no agrava, según dispone en este ámbito el Tribunal Supremo, lo que ya ha sido objeto de agravación en el artículo 139.1, esto es, por ejemplo, la muerte de una persona menor ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural

⁹⁷ Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Supremo 36/2023, de 26 de enero.

⁹⁸ Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 1113/2009, de 10 de noviembre del Tribunal Supremo. En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 709/2020, de 18 de diciembre y en el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 221/2021, de 11 de marzo.

incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección⁹⁹.

A mayor abundamiento, insiste la jurisprudencia, el tipo hipercualificado del artículo 140.1.1 CP 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, siendo este enunciado, algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaleciéndose de su imposibilidad de defensa¹⁰⁰.

La condición de la víctima menor de 16 años de edad supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del/de la legislador/a, y que no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*), sino un «*bis in altera*», por lo que no impide la calificación en el art. 140.1.1 del Código Penal de los hechos referidos.

No todas las víctimas desvalidas están incluidas en esa previsión agravada, continua el Tribunal Supremo. Son perfectamente imaginables supuestos paradigmáticos de desvalimiento y que, sin embargo, no son encajables en el art. 140.1.1 del CP. Piénsese, por ejemplo, en la persona dormida, embriagada o narcotizada que, en atención a ese estado, carece de toda capacidad de reacción defensiva. La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un asesinato ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación. De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección¹⁰¹.

Conforme a esta interpretación, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le obnubilan, porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, en atención a necesidades de especial protección a favor

⁹⁹ Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo 320/2021, de 21 de abril.

¹⁰⁰ Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Supremo 36/2023, de 26 de enero, entre otras.

¹⁰¹ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 2º, de la Sentencia del Tribunal Supremo 320/2021, de 21 abril

de determinados sujetos o colectivos sociales que no resulta ajena a la estructura del Código, *por mor* de la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran¹⁰².

Esta clase de interpretaciones parece obviar la esencia y el fundamento de la agravación por situación de especial vulnerabilidad de la víctima, en el sentido hasta ahora mencionado. Si tal y como hemos venido advirtiendo, la condición de víctima en situación de vulnerabilidad, no viene exclusivamente delimitada por el dato objetivo de la edad, la enfermedad, la discapacidad o la situación, sino por la incapacidad de la víctima de disponer de mecanismos de defensa para enfrentarse a la agresión o ataque contra la vida, la interpretación a la que se acoge en estas sentencias el Tribunal Supremo, parte de la atribución a cada una de ambas circunstancias (alevosía y situación de especial vulnerabilidad de la víctima) de idéntico fundamento, lo que supone, a nuestro modo de ver, una vulneración del principio «non bis in ídem» y, como muy acertadamente apunta Sandoval, no respetan un canon básico de racionalidad jurídico-formal, erosionando la seguridad jurídica y evidenciando, en su opinión, un ejemplo de la «crisis de racionalidad» que aqueja al Derecho Penal¹⁰³.

En efecto, el Tribunal Supremo estima que en la alevosía predomina el aspecto objetivo y que la conducta del autor pretende eliminar las posibilidades de defensa de la víctima, distinguiendo entre alevosía proditoria (acecho, emboscada, insidia), sorpresiva (súbita, inopinada, aprovechándose el autor de la confianza o de la imprevisibilidad de la conducta), doméstica (basada en la relación de confianza, genera una relajación de los recursos defensivos de la víctima respecto al ataque de la persona con la que convive día a día) y de desvalimiento, consistente en el aprovechamiento por parte del autor de la especial situación de desamparo que concurre en la víctima y que es producto de su edad¹⁰⁴, de su grave enfermedad o invalidez, o del hecho de encontrarse la víctima accidentalmente privada de aptitud para defenderse (por estar dormida, drogada o ebria, etc)¹⁰⁵.

Así se desprende de su sentencia 367/2021, cuando destaca que existen dos hechos diferenciados, uno que convierte el homicidio en asesinato y otro que agrava el asesinato, y como consecuencia de ello, no nos hallamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos

¹⁰² Véanse, entre otras, el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo 678/2020, de 11 de diciembre; Fundamento Jurídico único de la Sentencia del Tribunal Supremo 36/2023, de 26 de enero.

¹⁰³ Véase, Sandoval op. cit., p. 105.

¹⁰⁴ En este sentido se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo 596/2006, de 28 de abril, 321/2004, de 11 de marzo, 332/1997, de 17 marzo, entre otras.

¹⁰⁵ Así se recoge en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: 1031/2003, de 8 septiembre; la 879/2005, de 4 julio; la 1252/2009, de 13 noviembre, entre otras.

veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado, concurriendo, en este supuesto, también, un diferente fundamento jurídico para la agravación que determina la prisión permanente revisable¹⁰⁶.

En idéntico sentido lo ha venido declarando con anterioridad en otros pronunciamientos, donde el Tribunal Supremo destaca la concurrencia de un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles: a) la alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), por ejemplo, un estrangulamiento inesperado con un cable, que no deja capacidad de reacción, existiendo, en estos supuestos, alevosía sea cual sea la edad o la situación de la víctima; b) La condición de especial vulnerabilidad por razón de la edad, la discapacidad, enfermedad o situación de la víctima que se fundamenta en la incapacidad de la misma de disponer de mecanismos de defensa para enfrentarse a la agresión o ataque¹⁰⁷.

Podríamos compartir el diferente fundamento que el Tribunal Supremo aprecia entre «alevosía» y «situación de vulnerabilidad de la víctima», si la «alevosía» se limitara al recurso de medios que anulen las posibilidades de defensa de la víctima. Así lo dispone, igualmente, el propio Tribunal en una Sentencia del año 2018, en la que destaca que, cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1º del art. 140.1 CP no contempladas para calificar el ataque como alevoso, será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 139.1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1a (por ser la víctima un menor)¹⁰⁸.

Sin embargo, la referencia exclusiva a la «alevosía sorpresiva e inopinada», parece obviar el resto de modalidades de «alevosía» que la jurisprudencia, en el sentido ya mencionado, ha concretado sobre la base de los requisitos del artículo 22.1 CP, esto es, la «proditoria» (acecho, emboscada, insidia) y de «desvalimiento», consistente en el aprovechamiento por parte del autor de la especial situación de desamparo que concurre en la víctima, por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación. Es precisamente esta última la que genera la problemática de la lesión del principio «non bis in ídem», en la medida en que el recurso a la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP, puede fundamentarse, por un lado, en la alevosía por desvalimiento (lo que implica la calificación jurídica de asesinato alevoso) y, por otro, en la condición de la

¹⁰⁶ Fundamento Jurídico 8º de la Sentencia 367/2021, de 30 de abril, del Tribunal Supremo.

¹⁰⁷ Así, Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia del Tribunal Supremo 520/2018, de 31 de octubre.

¹⁰⁸ Así se desprende del Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 520/2018, de 31 de octubre. En idéntico sentido lo venía advirtiendo en la Sentencia 80/2017, de 10 de febrero.

víctima de ser menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Si como hemos advertido el fundamento de la «alevosía», en estos supuestos, sólo reside en el aprovechamiento por parte del autor de la especial situación de desamparo que concurre en la víctima, por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación y el de la «situación de vulnerabilidad de la víctima» en la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone, en definitiva, una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor (identificada la misma con la minoría de edad, con la edad avanzada, con la discapacidad, con la enfermedad o con una determinada situación), difícilmente se puede conciliar la concurrencia de ambas circunstancias agravantes (alevosía del artículo 139.1.1 CP y situación de vulnerabilidad de la víctima del artículo 140.1.1 C) con la prohibición del principio «non bis in ídem». Así se pronuncia, igualmente, el Tribunal Supremo en su sentencia 520/2018, cuando indica que en los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1a). No cabrá apreciar, además, continúa el Tribunal, el asesinato agravado del art. 140.1.1^aCP, pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía, vulnerándose, en su caso, la prohibición del *bis in idem*¹⁰⁹.

En efecto, si en virtud del contenido del artículo 22.1 CP, la alevosía requiere la utilización de un medio, modo o forma que asegure la comisión del hecho, que concorra un elemento de tendencia o que el autor seleccione los medios y tenga la finalidad de asegurar la comisión del hecho y que se eliminen, totalmente, las posibilidades de defensa de la víctima, en la alevosía de desvalimiento, como muy acertadamente destaca López López, el autor no utiliza un medio, modo o forma alguno, ni concurre elemento tendencial, ni se elimina la capacidad de defensa previa de la víctima, pues no posee ninguna, prevaleciéndose, en estos supuestos el autor, de las circunstancias dadas¹¹⁰ y concurrentes en la víctima. Partiendo de esta interpretación, continúa la autora, cierta parte de la doctrina concluye que, en este caso, no podrá apreciarse alevosía, sino abuso de superioridad, debiendo distinguirse, entre aquella conducta del autor que va dirigida activamente a provocar la indefensión de la víctima (alevosía) y aquellas circunstancias que ya vienen dadas y de las que el

¹⁰⁹ Así se recoge en el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 520./2018, de 31 de octubre.

¹¹⁰ López López «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de delitos contra la vida», en Revista Penal, núm. 48, 2021, p. 106, entiende esta autora que la circunstancia agravante debería aplicarse en aquellos supuestos en los que el autor se aproveche de la total o parcial indefensión consustancial de la víctima para facilitar la comisión del delito.

autor únicamente se aprovecha¹¹¹. Desde esta perspectiva, de mantenerse la interpretación extensiva de la alevosía y de aceptarse que este es el fundamento de la agravación de los sujetos en situación de especial vulnerabilidad del artículo 140.1.1 CP, la actual regulación conduciría a una vulneración del principio non bis in ídem, puesto que sobre la base de la edad del menor o de la especial situación de vulnerabilidad de la víctima, el hecho podría llegar a calificarse como homicidio agravado (art. 138.2 CP); asesinato alevoso (art. 139.1 CP) o asesinato cualificado (art. 140.1.1 CP).

De aceptarse, como muy acertadamente apunta López López, la interpretación restrictiva de la alevosía, la circunstancia agravante del artículo 140.1.1 CP (menor de 16 años y víctima en situación de especial vulnerabilidad por razón de la edad, enfermedad, discapacidad o situación) debería limitarse a los casos en los que, por un lado, la indefensión es producida por el autor (siempre que concurra una modalidad de alevosía proditoria o sorpresiva que tendría perfecto encaje en el artículo 139.1.1^a), e igualmente concurre la situación de vulnerabilidad de la víctima, en tanto que el autor, además, se aprovecha de la carencia de mecanismos de defensa de la víctima para hacer frente a la agresión, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación¹¹².

Huelga decir, en relación a la presente cuestión que respecto al recurso del delito contemplado en el artículo 140.1.1 CP, en relación a la situación de vulnerabilidad en la que aparentemente se encuentran las personas menores de 16 años, convenimos con López López, que la interpretación ahora manejada de aprovechamiento por parte del autor de la situación de indefensión de la víctima, no puede ser traída a colación respecto de todos los supuestos en los que la víctima sea una persona menor de 16 años, en la medida en que son perfectamente imaginables situaciones de menores de 16 años (de 15 o de 14 años) que podrían ser totalmente capaces de defenderse, respecto de los que, incluso, no exista desequilibrio de fuerza alguna con la persona autora del delito¹¹³.

Los ejemplos jurisprudenciales anteriormente manejados evidencian el recurso al subtipo agravado del artículo 140.1.1 CP cuando la víctima del delito contra la vida es una persona menor de 16 años, sin que se exija la acreditación de la situación de indefensión a la que venimos aludiendo, en la medida en que se presume «*iuris et de iure*» que las personas menores de 16 años se encuentran *per se* en una situación de desvalimiento, equiparable al resto de sujetos en situación de especial vulnerabilidad.

La presente interpretación tropieza con el fundamento de la agravante de «vulnerabilidad victimal» de las personas menores de edad ma-

¹¹¹ López López, op. cit., p. 99.

¹¹² López López, op. cit, p. 100.

¹¹³ López López op. cit., p.100.

nejado en este trabajo. En efecto, tal y como hemos concretado, el dato objetivo de la de edad no es suficiente para crear, sin más, una situación de superioridad que justifique el recurso a la agravación, puesto que también resulta necesario que el desnivel y la posible disparidad de madurez entre una y otra persona, hayan sido aprovechadas por la de más edad, para ejecutar el delito. En idéntico sentido, se desprende de las aportaciones de la psicología evolutiva sobre el grado de desarrollo o madurez personal de las personas menores de edad, así como con el propio tratamiento que, desde el Derecho Penal, se dispensa a las personas entre 14 y 18 años responsables de la comisión de hechos delictivos. En efecto, si desde un punto de vista general, se considera que existe un franja de edad a partir de la cual a las personas menores de edad se les presume un cierto grado de desarrollo o madurez personal para la toma de decisiones desde el punto de vista penal (comisión de delitos, 14 años) e incluso, desde el punto de vista sexual, en la medida en que hasta el año 2015 el límite de edad de consentimiento sexual se ubicaba en los 13 años, por lo que respecta a la configuración de la circunstancia agravante del artículo 140.1.1, en lo relativo a las personas menores de 16 años, lejos de responder a un mayor contenido del injusto (en atención a la situación de especial desvalimiento en la que se encuentra la persona menor de dicha edad), es una manifestación más de la tendencia expansiva del Derecho Penal, en la que el incremento punitivo responde a un puro objetivo inculizador (como sucede tras la incorporación de la prisión permanente revisable en estos supuestos), así como a una mayor presencia de lo que algunas autoras hemos convenido en tildar de «Derecho Penal moralizante» (con la fijación en los 16 años por debajo del que se presume una situación de especial vulnerabilidad de las personas menores de dicha edad)¹¹⁴ e inexplicablemente paternalista.

En última instancia, volviendo a la cuestión del principio «non bis in ídem», a nuestro modo de ver, a la vista de todo lo manifestado y asumiendo el fundamento que jurisprudencialmente se ha atribuido a las situaciones de «vulnerabilidad victimal», por lo que respecta a la compatibilidad entre la circunstancia de alevosía (artículo 139.1.1 CP) y la agravante de vulnerabilidad de los colectivos previstos en el artículo 140.1.1 CP, esta última, será objeto de aplicación en todos los casos en los que el autor no sólo conoce, sino también se aprovecha de la situación de indefensión de la víctima, exigiendo el elemento subjetivo de la agravante, el conocimiento de la situación de vulnerabilidad (indefensión) y el prevalimiento de la misma para facilitar la comisión del delito. En estos supuestos, *por mor* del principio «non bis in ídem», la presente circunstancia agravante, contrariamente a lo manifestado jurispuden-

¹¹⁴ Para una profundización de la presente cuestión, véase ampliamente, Pérez Machío, «La sanción de la pornografía infantil virtual y técnica en el código penal: una manifestación más de la expansión del derecho penal», pp. 1 a 32.

cialmente, a nuestro modo de ver, no podrá ser compatible con la alevosía, en la medida en que el recurso, por parte del autor del delito, a cualquier medio, modo o procedimiento tendente a eliminar los escasos mecanismos de defensa de estos colectivos en situación de vulnerabilidad, implicará, siempre, la calificación jurídica de asesinato del artículo 139.1.1, pudiendo sólo acudir a la calificación jurídica de asesinato contra colectivos en situación de vulnerabilidad (art. 140.1.1. CP), en aquellos casos, en los que, junto al conocimiento por parte del autor del delito y del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, concurra cualquier circunstancia definitoria del asesinato (precio, promesa o recompensa; ensañamiento o facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra) o nos encontremos ante cualquier modalidad de alevosía diferente a la de desvalimiento, a saber, proditoria o sorpresiva. En aquellos casos en los que el autor se valga de medios, modos o formas alevosos, eficaces para ubicar en situación de indefensión a colectivos en situación de vulnerabilidad, habrá que acudir a un concurso de normas entre el homicidio agravado (art. 138.2) y asesinato alevoso (art. 139.1.1), que se resolverá por medio de la regla de especialidad y alternatividad¹¹⁵.

C. Síntesis

A la vista de todo lo manifestado, conectada así la «vulnerabilidad victimal» con la facilidad con la que alguien puede ser atacado y lesionado, por carecer de recursos y de medios para decidir libremente y oponerse —lo que, en definitiva, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor, por motivo de la edad, la discapacidad, la enfermedad que se padece, o la situación en la que se encuentra—, la intervención penal reforzada se fundamenta, a la vista de todo lo manifestado, en el mayor contenido del injusto derivado de las menores posibilidades de defensa de la víctima o del mayor riesgo para esta en la ejecución.

Así, el recurso a los subtipos agravados requiere, por un lado, que se acredite el conocimiento del dato objetivo de la «edad, la enfermedad, la

¹¹⁵ En idéntico sentido, López López, op. cit. p. 106. Igualmente lo dispone el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 1º de su Sentencia 520/2018, de 31 de octubre, cuando destaca que: «La muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1a CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4CP). Pero cuando, como sucede aquí, el ataque se concreta en una modalidad alevosa, totalmente independiente de la condición de la víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad pueden operar con nueva agravación a través del art. 140.1.1a. Lo evidencia el razonamiento de la sentencia para fundar la alevosía»

discapacidad o la situación» y, por otro, que el caso objeto de enjuiciamiento se ubique en un determinado contexto de desigualdad en el que la víctima carece de mecanismos que le permitan oponer resistencia a la agresión que, provocado o aprovechado por el sujeto activo colocan a la misma en una situación de indefensión, suficientemente relevante, como para generar un mayor desvalor.

Es necesario incidir en que la ratio de estos subtipos agravados reside en las menores o inexistentes posibilidades de defensa de la víctima, no vinculada al mero dato objetivo de la edad, la enfermedad, la discapacidad o la situación, en la medida en que este concreto fundamento jurídico-penal permite superar la lesión del principio de «non bis in ídem», cuando en el ámbito de los delitos contra la vida, el recurso al asesinato cualificado del artículo 140.1.1 CP se justifica jurisprudencialmente, tanto por la condición de persona en situación de vulnerabilidad de la víctima, así como por la concurrencia de la circunstancia de alevosía por desvalimiento.

Lejos de convenir con este sector jurisprudencial la compatibilidad entre ambas clases de agravaciones, consideramos que precisamente la ratio del recurso a la agravación *por mor* de la situación de vulnerabilidad de la víctima acoge la totalidad del desvalor de la alevosía por desvalimiento, resultando contrario al principio «non bis in ídem» el recurso al delito de asesinato cualificado del artículo 140.1.1 CP. Nada impide la compatibilidad de lo que hemos convenido en denominar como «vulnerabilidad victimal» con el resto de modalidades de alevosía (proditoria, sorpresiva e incluso, doméstica). Sin embargo, si el fundamento de la aplicación del tipo del artículo 140.1.1 CP reside, por un lado, en el dato objetivo de la edad, o de cualquier situación de vulnerabilidad de la víctima y, por otro, en la ausencia de medios de defensa suficiente, por parte de la víctima, para repeler o defenderse de la agresión (en lo que a la concurrencia de alevosía por desvalimiento respecta), la presente interpretación no sólo vacía de contenido la clausula de agravación de «vulneración victimal» del artículo 140.1.1CP, sino que, en el sentido manifestado, supone una lesión al principio «non bis in ídem» que carece de toda racionalidad en el actual sistema penal, a la vista del fundamento sobre el que se sustentan los supuestos de «vulneración victimal», ahora mencionados.

V. Los supuestos de «vulnerabilidad victimal» en el marco del código penal: hacia una circunstancia agravante genérica en cuanto propuesta de «lege ferenda»

Si bien, los supuestos de vulnerabilidad recogidos en el Código Penal requieren de la acreditación de un contexto de desigualdad del que abusa, provoca o se aprovecha el sujeto activo, en el sentido manifestado, la ra-

tio de estos subtipos penales agravados reside en el mayor contenido del injusto derivado de las menores (o inexistentes) posibilidades de defensa del sujeto pasivo, sin que el fundamento de las clausulas de agravación se sustente sobre la base de la pertenencia de estas víctimas a determinados colectivos, como sí parece desprenderse de la circunstancia agravante del artículo 22.4 CP (por motivos de discriminación).

Por lo tanto, por lo que respecta a los supuestos de «vulnerabilidad victimal» en los que hemos subsumido los casos de víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, no nos encontramos ante una manifestación del Derecho Penal antidiscriminatorio. Las personas menores de edad, con discapacidad, con enfermedad, las personas mayores adultas o las ubicadas en una determinada situación, no parten de una posición de partida desfavorable que requiera de una especial atención para asegurar el pleno ejercicio de los derechos que les son inherentes. En efecto, el objeto de tutela de estos subtipos agravados no es la protección de colectivos que, por alguna circunstancia identitaria, se apartan del modelo de normatividad social imperante, como sucede respecto de las manifestaciones del derecho antidiscriminatorio¹¹⁶. Cuando desde la heteronormatividad se discrimina para mantener el control, la vulnerabilidad social, en su manifestación más extrema, actúa como catalizador de la exclusión social¹¹⁷. Sin embargo, los colectivos en situación de vulnerabilidad victimal, a los que ahora nos referimos (menores de edad, personas con discapacidad, personas mayores adultas y personas con una determinada situación), si bien sufren vulneraciones de derechos y discriminaciones, precisando de una protección reforzada, no parten de una posición de inferioridad que resida en la concurrencia en los mismos de unas características de identidad que los alejan del modelo de heteronormatividad.

En efecto, estos grupos en situación de «vulnerabilidad», que bien permiten la configuración una categoría propia de «colectivos en situación de vulnerabilidad victimal», son parte del modelo de normatividad social, en la medida en que sus características de identidad son compartidas y coincidentes con las previstas en el modelo heteronormativo imperante. Por lo tanto, las situaciones de discriminación y victimización de las que pueden ser objeto nada tienen que ver con su pertenencia al colectivo de personas menores de edad, de personas con discapacidad, de personas mayores adultas o de personas en una determinada situación. La «vulnerabilidad victimal» a la que aludimos, pivota, sobre la base de la concurrencia de determinados contextos en los que estos colectivos

¹¹⁶ Laurenzo Copello, «Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados», en *Azafea. Revista de Filosofía*, núm. 23, 2021, p. 85.

¹¹⁷ Rodríguez Núñez «La realidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales: una aproximación a sus vulnerabilidades sociales», en *Revista Sexología y Sociedad*, núm. 22, 2016, p. 4.

pueden sufrir situaciones de discriminación y vulneración de derechos, como consecuencia de la concreta relación de poder que les vincula al sujeto activo, en el marco específico de la ejecución del hecho delictivo.

A partir de aquí, es posible identificar grupos de personas más propensos al daño que otras, esto es, las víctimas que, a nuestro modo de ver, permiten configurar la categoría de «vulnerabilidad victimal», cuyo denominador común consiste en compartir una determinada condición o característica real o atribuida y, por ende, enfrentar obstáculos similares que, en el sentido manifestado, se identifican con la incapacidad de disponer de mecanismos de resistencia que, en el contexto de la ejecución del hecho delictivo, les permitan enfrentarse a la concreta agresión.

Ahora bien, a tenor de lo ahora manifestado, lejos de configurar el Código Penal español una categoría genérica y unitaria de «personas en situación de vulnerabilidad victimal», fundamentada sobre la situación de indefensión del sujeto pasivo de la que se prevale el autor del delito, existen, como hemos visto, al menos, cuatro categorías a tener en cuenta, sin que, inicialmente, pueda vislumbrarse si el/la legislador/a se está refiriendo a idénticas categorías victimales o no, debiendo en estos supuestos plantearse la necesidad de adoptar un concepto homogéneo y uniforme.

En efecto, el legislador, lejos de optar por una categoría que permitiera homogeneizar la totalidad de colectivos que, pueden adquirir la condición de víctimas en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad, apuesta por una técnica legislativa alejada de los postulados de taxatividad y, especialmente, ajena al principio de seguridad jurídica¹¹⁸. Como destaca Sandoval, son un grupo variopinto de infracciones penales que comportan, en su mayoría, dos características fundamentales: la identificación de los sujetos pasivos como víctimas especialmente vulnerables (o que están en situación de especial vulnerabilidad) y la previsión, en su mayor parte, de una sanción penal reforzada¹¹⁹.

Así, hubiese bastado con referirse de manera expresa a cada uno de los colectivos que anteriormente han sido identificados, en cuanto «grupos en situación de vulnerabilidad» (menores, personas con discapacidad, personas con enfermedad, personas mayores adultas y personas con una situación personal). Sin embargo, la referencia a expresiones tan dispares como «*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*» o «*víctima especialmente vulnerable por razón de su [...] situación*», no sólo parecen acoger un fundamento diferente a las situaciones de vulnerabilidad, atendida la concreta redacción de las mismas, sino que resultan sumamente restrictivas, a la vista de que la tutela penal reforzada derivada de los mismos se reserva, incomprensiblemente, sólo a alguno de estos

¹¹⁸ Sandoval, op. cit., p. 99.

¹¹⁹ Sandoval, op. cit., p. 93.

colectivos. Es el supuesto de los artículos 148.3, 165 o 166 CP, cuando se refieren a «víctima menor (o menor de 14 años) de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección», por medio de las que parece haberse renunciado a las exigencias de taxatividad y de seguridad jurídica que se presumen de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho y Democrático¹²⁰.

Las dudas en relación a la taxatividad y a la seguridad jurídica se extienden más allá de la falta de homogeneización de las categorías de víctimas ubicadas en dicho estado de indefensión, para extenderse al ámbito de aplicación específico de estos tipos penales, como consecuencia de la «vulnerabilidad victimal». En efecto, si la intervención penal reforzada parte de la situación de vulnerabilidad o especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, carece de toda lógica jurídico-penal que el incremento de los marcos punitivos sólo se aprecie respecto de determinados tipos penales, sin que exista la posibilidad de que su ámbito de aplicación se haga extensivo a cualquier modalidad delictiva en la que se aprecie la vulnerabilidad del sujeto pasivo ahora comentada o, que en su caso, se plantee la posibilidad de configurar dicha situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad como una circunstancia agravante genérica¹²¹.

Como consecuencia de la actual regulación, la situación de vulnerabilidad de determinados colectivos en cuanto víctimas de delitos, sólo se plantea frente a determinadas modalidades delictivas, generando cláusulas de vulnerabilidad heterogéneas, cuya razón de ser en los ámbitos previstos, carece, en principio, de coherencia, en la medida en que el/la legisladora selecciona los delitos que permiten acoger agravaciones punitivas, sobre la base de la situación de especial vulnerabilidad de las víctimas de los mismos, vedando estos efectos normativos, respecto de otros delitos en los que son perfectamente imaginables situaciones en las que el autor de los mismos con conocimiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, se prevale de dicha condición de desvalimiento para la comisión del hecho delictivo (tal es el caso, por ejemplo, de la ausencia de una circunstancia agravante de la presente naturaleza en el ámbito del delito de tratos degradantes —art. 173.1 CP—, de los delitos de injurias y calumnias, etc.).

¹²⁰ En opinión de De la Mata Barranco, op. cit., p. 82, destaca que la presente heterogeneidad dificulta la tarea de los tribunales de justicia en aplicación de las distintas circunstancias agravatorias. Es difícil entender, continúa el autor, por qué, en unas ocasiones se tienen en cuenta unas y por qué en otras se obvian.

¹²¹ En este sentido se pronuncia, De la Mata Barranco, op. cit., p. 84. En idéntico sentido, véase, Moya Guillén, «La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 313.

Si, tal y como hemos venido admitiendo, la intervención penal reforzada se fundamenta en el mayor contenido del injusto derivado de las menores (o inexistentes) posibilidades de defensa de la víctima, hay que aceptar una idea de «vulnerabilidad victimal» que, por un lado, contemple de manera unívoca la totalidad de la cartografía de situaciones y de víctimas que se pueden encontrar en el estado de indefensión referido y, por otro lado, se extienda a la totalidad de los delitos cuya comisión se favorezca o facilite por la situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo.

En efecto, a la vista del idéntico fundamento jurídico de agravación de la totalidad de las clausulas de vulnerabilidad contenidas en los distintos tipos penales aludidos, las críticas relacionadas con la falta de homogeneidad y de uniformidad de los supuestos de vulnerabilidad, requieren de una revisión de todos ellos, en un intento de incorporar una nueva fórmula capaz de acoger la totalidad de los supuestos de «vulnerabilidad victimal» que precisan de una respuesta punitiva agravada.

La nueva fórmula requiere a nuestro modo de ver, la incorporación de una clausula que acoja el siguiente tenor literal: «víctimas en situación de vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación personal». La presente propuesta, además de permitir una interpretación extensiva de todas aquellas circunstancias que, de manera expresa, pueden generar contextos de indefensión de los que se vale el sujeto activo para la comisión del delito, contempla un «*numerus apertus*» (situación personal de la víctima), en el que pueden tener cabida otra serie de circunstancias de las que se aprovecha el autor en el contexto del delito para su ejecución.

En definitiva, una política criminal racional, respetuosa con los principios de taxatividad, subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto, debe guiarse por el principio de intervención pública y, desde esta perspectiva, tiene que estar atenta a todos los colectivos en situación de «vulnerabilidad victimal», tratando de buscar una técnica legislativa adecuada que, por un lado, permita dotar a los mismos de una protección penal reforzada homogénea y unívoca (en lo que a colectivos en situación de vulnerabilidad victimal, se refiere) y, por otro lado, responda al mandato de taxatividad y seguridad jurídica que, a nuestro modo de ver, en lo que a clausulas de agravación por motivos de vulnerabilidad victimal respecta, sólo puede garantizarse por medio del recurso a una nueva circunstancia agravante genérica que contemple la totalidad de los supuestos «vulnerabilidad victimal» ahora aludidos.

VI. Bibliografía

Andreu Fernández, A. «Menores víctimas y situaciones de victimización», en *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, núm. 17, 2023, pp. 56 a 74.

- Aparicio Payá, M. «Derechos humanos y justicia con las personas con diversidad funcional», en *RECERCA, Revista de Pensament i anàlisi*, núm. 19, 2016, pp. 13 a 33.
- Barranco Avilés, M.C. «Derechos Humanos y vulnerabilidad: los ejemplos del sexismo y del edadismo», en *Vulnerabilidad y Derechos Humanos*, dirigido por Barranco Avilés y Churruca Muguruza. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17 a 44.
- «Vulnerabilidad y personas mayores desde un enfoque basado en derechos», en *Tiempo de paz*, núm. 138, 2020, pp. 73 a 80.
- «La discapacidad intelectual y la discapacidad psicosocial como situación de vulnerabilidad», en *Cuadernos Electrónicos de Teoría del Derecho*, núm. 45, 2021, pp. 25 a 46.
- Barrère Unzueta, M. «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica. ¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación?», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2016, pp. 1 a 34.
- Bazo Royo, M.T. La institución social de la jubilación: de la sociedad industrial a la postmodernidad. Edit. Nau Llibres, Valencia, 2001.
- Benito Sánchez, D. «La delimitación de la expresión «abuso de una situación de vulnerabilidad» en el delito de trata de personas», en *Sistema penal y exclusión social*, dirigido por Benito Sánchez y Gómez Lanz. Edit. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2020, pp. 205 a 233.
- Bonsignore Fouquet, D. «Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 19 a 64.
- Busso, G. «Pobreza, exclusión y vulnerabilidad social: usos, limitaciones y potencialidades par el diseño de políticas de desarrollo y de población», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, pp. 143 a 188.
- Castelló Nicas, N. «La agravante «víctima especialmente vulnerable por razón de su edad» del delito de abuso sexual de los artículos 181 y 182: su aplicación al menor de trece años y la posible vulneración del principio non bis in ídem», en *La Ley*, núm. 3360, 2001, pp. 1 a 10.
- Comisión económica para América Latina y El Caribe -CEPAL, *Informe de la reunión de expertos: Seminario internacional sobre las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe (Santiago de Chile, 20 y 21 de junio 2001)*.
- Contreras Mazarío, J.M. «Minorías y Naciones Unidas, Especial Referencia al Concepto de Minoría Religiosa», en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho*

- Constitucional* / Vol. 2, coordinado por Carrasco; Pérez; Urías y Terol. Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 5007-5043.
- Cuenca Gómez, P. «Vulnerabilidad y discapacidad», en *Tiempo de paz*, núm. 138, 2020, pp. 65 a 72.
- De la Mata Barranco, N. «La víctima en Derecho Penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial», en *Revista Penal*, núm. 50, julio 2022, pp. 64 a 90.
- De Oliveira Figueiredo, G. Carranza Weihmüller, V. Vermelho, S.C. Bacigalupo Araya, J. «Discusión y construcción de la categoría teórica de vulnerabilidad social», en *Cadernos de Pesquisa*, vol. 47, 2017, pp. 796 a 818.
- Fineman, M. «The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition», en *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 20, 2008, pp. 1 a 23.
- Garrido Gómez, M. I. «Vulnerabilidad, grupos vulnerables e interseccionalidad», en *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 17, 2022, pp. 307 a 322.
- González Agudelo, G. «El menor como víctima del delito», en *Menores: responsabilidad penal y atención psicosocial*, coord. por Ruiz Rodríguez y Navarro Guzmán. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pp. 269-302.
- Herrera Moreno, M. *La hora de la víctima: Compendio de victimología*. Edit. Edersa. Madrid, 1996.
- Javato Martín, M. «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico-penal», en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 96.
- Laurenzo Copello, P. «Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados», en *Azafea. Revista de Filosofía*, núm. 23, 2021, pp. 83 a 106.
- Liedo, B. «Vulnerabilidad», en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, núm. 20, 2021, pp. 242 a 257.
- López López, C.I. «La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de delitos contra la vida», en *Revista Penal*, núm. 48, 2021, pp. 94 a 109.
- Maqueda Abreu, M.L. «Cuando el discurso de la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (A propósito de las víctimas de la prostitución y el tráfico sexual de mujeres)», en *SERTA. In memoriam Louk Hulsman*, coordinado por García Alfaraz y Díaz Cortés, editado por Pérez Álvarez. Edit. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2016, pp. 449 a 463.

- Mariño Menéndez, F. *La Protección Internacional de las Minorías*. Edit. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- Martínez Garay, L. «Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25)», en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, dirigido por González Cussac y coordinado por Górriz Royo y Matallín Evangelio. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, pp. 129 a 149.
- Morillas Fernández, D. Patró Hernández, R. Aguilar Cárceles, M. *Victimología. Un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Edit. Dykinson. Madrid, 2014.
- Morondo Taramundi, D. «¿Un nuevo paradigma para la igualdad?. La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 205 a 221.
- 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 (julio de 2020), pp. 13 a 58.
- Moya Guillén, C. «La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bon-signore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 283 a 318.
- Muñoz Cuesta, J. «Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono», en *Tratado de Derecho Penal y envejecimiento: la adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, dirigido por Romeo Casabona. Edit. Wolter Kluwer, 2021. p. 760.
- Osorio Perez, O. «Vulnerabilidad y vejez: implicaciones y orientaciones epistémicas del concepto de vulnerabilidad», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, pp. 379 a 416.
- Pérez Contreras, M. M. «Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familia», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, pp. 333 a 354.
- Pérez Machío, A. I. «La sanción de la pornografía infantil virtual y técnica en el código penal: una manifestación más de la expansión del derecho penal», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 1 a 32.

- Rivera Polo, F. «Protección de minorías y otros grupos vulnerables: La lucha contra la discriminación y la injusticia», en *Serie Minuta*, núm. 7, 2022, pp. 1 a 10.
- Rodríguez Fernández, A. G. «Violencia intrafamiliar y colectivos especialmente vulnerables: menores y ancianos. Apuntes desde un enfoque interdisciplinar», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 19, 2018, pp. 1 a 25.
- Rodríguez Núñez, M. «La realidad de lesbianas, gays, bisexuales, transsexuales e intersexuales: una aproximación a sus vulnerabilidades sociales», en *Revista Sexología y Sociedad*, núm. 22, 2016, pp. 2 a 14.
- Sánchez González, D. Egea Jiménez, C. «Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores», en *Papeles de Población*, núm. 69, 2011, pp. 151 a 185.
- Sánchez-Moraleda Vilches, N. «Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 158 a 204.
- Sandoval, J. C. «Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal?: el caso de la vulnerabilidad victimal», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 90 a 120.
- Soriano, R. *Los derechos de las Minorías*. Editorial MAD: Sevilla, 1999.
- Tapia Ballesteros, P. «La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad», en *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, dirigido por Moya Guillén y coordinado por Bonsignore Fouquet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 205 a 220.
- Tello Moreno, L. F. «Derechos Humanos y vulnerabilidad», en *Los derechos humanos de los vulnerables, marginados y excluidos*, coordinado por Cancado Trindade y Barros Leal. Edit. Fortaleza-CE. Fortaleza, 2022, pp. 257 a 274.

