

LA ESPECIAL VULNERABILIDAD COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española¹

Clara Moya Guillem

Universidad de Alicante

Title: *The special vulnerability as an aggravating circumstance
Some results of a research on Spanish criminal jurisprudence*

Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología. 3. Resultados. 3.1. Resultados de la investigación cuantitativa. 3.1.1. Resultados en función de la circunstancia que determina la especial vulnerabilidad de la víctima. 3.1.1.1. *La edad*. 3.1.1.2. *La discapacidad y la enfermedad*. 3.1.1.3. *La situación*. 3.1.2. Resultados en función de la tipología delictiva agravada. 3.1.2.1. *Delitos contra la vida*. 3.1.2.2. *Delitos de violencia de género*. 3.1.2.3. *Delito de tráfico de órganos*. 3.1.2.4. *Delitos de acoso*. 3.1.2.5. *Delito de trata de seres humanos*. 3.1.2.6. *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*. 3.1.2.7. *Delitos farmacológicos*. 3.2. Resultados de la investigación cualitativa. Especial referencia a la compatibilidad entre las agravantes de alevosía y especial vulnerabilidad de la víctima. 4. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Resumen: En este trabajo se presentan los resultados del estudio de una muestra compuesta por 58 sentencias condenatorias en las que se aplica el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima que aparece previsto en trece preceptos del Código

¹ La realización de este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación «Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia (ÆQUALITAS)» financiado por Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Ref.: RTI2018-096398-B-I00) y dirigido por el profesor Dr. Antonio Doval País; y «Agresiones y abusos sexuales: perspectiva de género y necesidades de reforma penal» financiado por la Universidad de Alicante (GRE18-18) y dirigido por la profesora Dra. Natalia Sánchez-Moraleta Vilches.

penal. Por un lado, se describen las circunstancias que determinan la especial vulnerabilidad de la víctima (la edad, la discapacidad, la enfermedad y la situación) y cómo se valoran en función de la tipología delictiva cuya pena aumentan. Por otro lado, se identifican los principales problemas detectados por los tribunales en relación con esta circunstancia victimológica (especialmente, su compatibilidad con la alevosía) y las soluciones que ofrecen. La conclusión de este estudio es que el tratamiento que dispensa el Código penal a la agravante es absolutamente dispar y, en consecuencia, la jurisprudencia resulta contradictoria. Por ello, se sugieren algunas pautas interpretativas *de lege lata* y se esboza una propuesta *de lege ferenda*.

Abstract: This paper presents the results of the study of a sample made up of 58 convicting judgments in which the aggravated sub-category of offence is applied based on the special vulnerability of the victim, which is provided for in thirteen provisions of the Criminal Code. On the one hand, it describes the circumstances that determine the special vulnerability of the victim (age, disability, illness and situation) and how they are valued according to the type of crime the sanction of which it increases. On the other hand, the main problems identified by the courts in relation to this victimological circumstance (especially, its compatibility with malice aforethought) and the solutions they offer are identified. It is concluded that the treatment given by the Criminal Code to the aggravating circumstance is absolutely incoherent and, consequently, the jurisprudence is contradictory. For this reason, some interpretive guidelines *de lege lata* are suggested and a proposal *de lege ferenda* is outlined.

Palabras clave: víctima especialmente vulnerable, subtipo cualificado, agravante, alevosía, jurisprudencia penal.

Key words: especially vulnerable victim, aggravated sub-category of offence, aggravating circumstance, malice aforethought, criminal jurisprudence.

1. Introducción

El Código penal español alude expresamente hasta en trece ocasiones a la especial vulnerabilidad de la víctima como una circunstancia agravante específica de tipos penales de toda índole: contra la vida humana independiente, contra la salud individual, contra la libertad e incluso contra la salud pública, entre otros².

² En particular, los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad de la víctima previstos expresamente en el Código penal se ubican en los siguientes artículos:

Esta modalidad de subtipo agravado se prevé en el Código penal desde que se aprobó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y se ha expandido a través de sus sucesivas reformas, llegando a convertirse en una de las cualificaciones más empleadas³. Pese a ello, la ley penal no contiene ninguna definición de vulnerabilidad⁴ ni tampoco la doctrina se ha ocupado de la misma en profundidad⁵, aunque esta falta de atención no ha sido obstáculo para que se critique que el legislador utilice un término cuya vaguedad resulta notable⁶.

La jurisprudencia penal suele definir a las víctimas especialmente vulnerables, con la finalidad de agravar la pena, como aquellos «sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente la sitúan en una posición de

138.2, 140.1.1º, 148.5º, 153.1, 156 bis.4.b), 171.4, 172.2, 172 ter.1.4º, 177 bis.4.b), 180.1.3º, 184.3, 188.3.a) y 362 quater.2.b).

³ El Código penal de 1995 es el primero que contempla la expresión «vulnerable». Pero, de las trece referencias expresas que se contienen en el Código penal a la especial vulnerabilidad de la víctima como circunstancia agravante, solo la relativa a los abusos y agresiones sexuales se creó mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (aunque fue modificada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). El resto se han ido añadiendo con posterioridad: la que agrava el acoso sexual se creó mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril; las cuatro relacionadas con la violencia doméstica, mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre; la relativa a la trata de seres humanos, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (aunque ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo); cinco de ellas, se crearon mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (las que agravan los delitos de homicidio, asesinato, acoso, prostitución de menores o incapaces y delitos farmacológicos); y la que cualifica la pena prevista para el delito de tráfico de órganos se incorporó al Código penal mediante la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero.

⁴ El artículo 177 bis del Código penal determina que «existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso». Esta es, a su vez, la definición que ofrece al respecto la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo*. Pero esta definición está lejos de facilitar la delimitación de quiénes pueden considerarse víctimas vulnerables a los efectos de agravar la pena. Este precepto define de este modo la vulnerabilidad en su primer apartado, por lo que respecta al tipo básico, que también se refiere a la vulnerabilidad de la víctima. No obstante, en el cuarto apartado, en el que se contemplan los subtipos agravados, es en el que se refiere a la especial vulnerabilidad de la víctima como circunstancia agravante. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 102 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicado en noviembre de 2020, establece, en su primer apartado, que «son víctimas especialmente vulnerables a efectos de esta ley aquellas que, por las especiales características del delito y por sus singulares circunstancias personales, precisan adaptar su intervención en el procedimiento a su particular situación».

⁵ Si bien alguna monografía y, sobre todo, no pocos comentarios a la Parte especial del Derecho penal que se citan a lo largo de este trabajo se han referido a esta circunstancia agravante en relación con algún tipo penal en particular, en ningún caso se ha abordado este subtipo cualificado de un modo transversal.

⁶ ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, 2004, pág. 47.

inferioridad y/o debilidad frente al agresor»⁷. En consonancia con esta línea interpretativa de la jurisprudencia, la doctrina penal afirma que esta circunstancia de carácter victimológico se fundamenta en un plus de antijuridicidad de las conductas basado en la menor posibilidad de defensa de estas víctimas, que da lugar a una situación de superioridad del sujeto activo respecto del pasivo⁸. Además, un sector doctrinal sostiene que la *ratio* del subtipo cualificado también reside en un mayor desvalor subjetivo de la conducta (o en un mayor reproche culpabilístico)

⁷ Véase sobre este concepto y sobre las anteriores sentencias que se refieren a esta definición la STS 2163/2019, de 27 de junio. Esta definición es la misma que ofrece el Diccionario del Español Jurídico de la RAE, que define a la «víctima vulnerable» como el «sujeto pasivo del delito con circunstancias personales que determinan que se halle en una situación de inferioridad o indefensión, que comporta una agravación de la responsabilidad penal para el autor del delito». Del mismo modo, la doctrina afirma que «en la Victimología actual el concepto de «vulnerabilidad» se identifica con la pertenencia a un colectivo de riesgo, que puede definirse con parámetros individuales, relacionales, contextuales y socioestructurales». Al respecto, VARONA MARTÍNEZ, G., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. y PÉREZ MACHÍO, A.I., *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención*, 2015, material docente disponible en: <https://ocw.ehu.eus/course/view.php?id=355> (última consulta: 04/08/2020), pág. 35. En el mismo sentido, véase LÓPEZ WONG, R., «La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas», en PÉREZ ALONSO, E. y POMARES CINTAS, E. (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 338. Asimismo, en esta dirección, la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*, establece que la vulnerabilidad se entiende como «exposición a un riesgo de lesión particularmente elevado» (considerando 38), lo cual acarrea una «necesidad de protección especial» (detallada en su capítulo IV).

⁸ Como ha establecido la doctrina, el fundamento de esta agravación reside en los menores mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones de naturaleza personal, como la edad, sea temprana o muy elevada, enfermedad física o psíquica, bajo nivel de inteligencia, o cualquier otra circunstancia fáctica concurrente. Al respecto, FRAILE COLOMA, C. y JAVATO MARTÍN, M., «Artículo 171», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*, Aranzadi, 2015, pág. 341. En el mismo sentido, aunque distinguiendo las situaciones de naturaleza personal (edad, enfermedad) de la mixta (situación), ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, ob. cit., pág. 48; GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 180», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*, Aranzadi, 2015, pág. 496; ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 213; CARBONELL MATEU, J.C., «Homicidio y sus formas», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 50; GÓMEZ RIVERO, M.C., «Delitos contra la salud y la integridad corporal», en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, 2018, pág. 113; y CANCIO MELIÀ, M., «Agresiones sexuales. Violación», en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, pág. 1043. De igual modo, la jurisprudencia ha sostenido que, «la *ratio* de esta agravación es la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de esa condición» (SAP Girona 654/2016, de 30 de diciembre).

que conlleva, al menos, que el sujeto activo del delito sea consciente de la circunstancia constitutiva de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo⁹.

La investigación científica en este campo ha acreditado que las personas vulnerables tienen, no solo un mayor riesgo de sufrir un delito, sino también una mayor dificultad para sobreponerse al mismo, acrecentándose, a su vez, las posibilidades de victimización¹⁰.

A pesar de ello, ni la doctrina ni la jurisprudencia penales suelen referirse a la mayor propensión a sufrir un impacto físico o emocional más intenso tras el hecho traumático, al mayor riesgo de nueva victimización, ni a las mayores posibilidades de victimización secundaria y terciaria¹¹. En definitiva, no inciden en el mayor desvalor del resultado que conlleva la conducta típica realizada sobre una víctima especialmente vulnerable¹². De ahí que, para acotar el sentido de la fórmula «víctima especialmente vulnerable», resulte más adecuado acudir a la definición recogida en las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* (en adelante, Reglas de Brasilia)¹³. Este instru-

⁹ CARBONELL MATEU, J.C., «Homicidio y sus formas», ob. cit., pág. 50; ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio», en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Dykinson, 2018, pág. 7; CANCIO MELIÀ, M., «Agresiones sexuales. Violación», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, pág. 1043. Pero se debate si, a su vez, el sujeto activo debe abusar o no de dicha coyuntura. Peñaranda Ramos considera que debería interpretarse restrictivamente y limitar su aplicación a aquellos casos en los que se hubiese dado un abuso o aprovechamiento de la circunstancia. Véase, al respecto, PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, pág. 808. En este mismo sentido, véase JUANATEY DORADO, C., «Homicidio», en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, 2016, pág. 32. Sierra López, por el contrario, cree que no sería necesario que el sujeto activo abusase de la situación de vulnerabilidad, sino que sería suficiente con que este conociese dicha situación. Al respecto, SIERRA LÓPEZ, M.V., «La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 207.

¹⁰ Véanse, al respecto, MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. y AGUILAR CÁRCELES, M.M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, 2014, pág. 516; y GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., *Víctimas vulnerables*, Editorial Síntesis, 2019, págs. 168 y 169.

¹¹ Sí lo hace, de manera aislada, ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, ob. cit., pág. 56. Y en la jurisprudencia también se localiza de manera aislada esta tesis. Véase, al respecto, la SAP Vizcaya 75/2016, de 18 de noviembre.

¹² Como explica Luzón Peña, «a veces el desvalor del resultado puede aumentar por intensificarse o extenderse el daño, por crearse ulteriores resultados disvaliosos (de lesión o de peligro concreto) o por afectar a una pluralidad de personas. Ello puede ser tenido en cuenta mediante cualificaciones, o mediante tipos autónomos más graves, o mediante agravantes, o por fin, mediante el concurso de delitos, real o ideal, delito continuado o delito masa». Al respecto, LUZÓN PEÑA, DM., *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 174.

¹³ Estas Reglas fueron elaboradas en el año 2008 durante la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en la que participaron los siguientes países: Costa Rica,

mento normativo, a pesar de estar dirigido sobre todo a la regulación del proceso penal, es, actualmente, en este ámbito, el referente indiscutible¹⁴ y establece que «una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas»¹⁵.

Como puede observarse, en las Reglas de Brasilia se emplea la expresión «vulnerable» para aludir a la víctima con una menor capacidad tanto para defenderse del ataque como para recuperarse del mismo. Consecuentemente, define la vulnerabilidad desde una doble perspectiva: la mayor probabilidad tanto de sufrir victimización como de padecer secuelas tras haber experimentado el suceso traumático. En coherencia con ello, a mi juicio, debería entenderse que una persona es vulnerable si tiene más riesgo de ser víctima de un delito, atendiendo a sus menores posibilidades de defensa, y, además, su dificultad para sobreponerse al mismo es mayor, acrecentándose las posibilidades de victimización secundaria, terciaria e incluso de nueva victimización¹⁶.

Andorra, España, Cuba, Portugal, República Dominicana, Guatemala, México, Honduras, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, El Salvador, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela y Paraguay. Sin embargo, para la elaboración del presente trabajo se ha tenido en cuenta la versión actualizada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Quito (Ecuador) en 2018.

¹⁴ Incluso en el «Plan de choque del CGPJ para la reactivación tras el estado de alarma», aprobado en junio de 2020, se parte de este concepto. Así se puso expresamente de manifiesto en el «Primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos especialmente vulnerables para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma», publicado en abril de 2020. En el bloque dedicado a las personas vulnerables se realiza una división entre la vulnerabilidad en función de la edad, del género, de la discapacidad y de causas sociales, económicas, étnicas y/o culturales.

¹⁵ En este contexto, según indica este documento, se consideran en condición de vulnerabilidad «aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». Y, a continuación, especifica que «podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad». Finalmente, sin embargo, se establece que la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

¹⁶ En el ámbito de la Psicología, por el contrario, es habitual la distinción entre «víctima vulnerable» y «víctima de riesgo». Las «víctimas de riesgo» son aquellas que, por sus características, circunstancias, etc., tienen una mayor propensión a ser víctimas de un suceso traumático. En cambio, las «víctimas vulnerables» son aquellas que, tras haber experimentado un suceso traumático, tienen una mayor probabilidad de sufrir un impac-

Pero los problemas de definición de la vulnerabilidad victimal y del fundamento de la agravación que la recoge no son los únicos que plantea esta materia. A estos se suma el hecho de que su regulación en el Código penal sea, como se verá, heterogénea. En consecuencia, su aplicación por parte de los tribunales resulta sumamente confusa.

Teniendo en cuenta tales dificultades y partiendo de la premisa de que esta circunstancia agravante debería tener, bajo mi punto de vista, un mismo fundamento y alcance en todos los preceptos que la contemplan, atendiendo a las conclusiones alcanzadas por la investigación empírica, un estudio transversal al respecto, que todavía no ha sido desarrollado en la literatura científica española, no solo resulta posible, sino conveniente. De este modo, se podrían delimitar los rasgos que definen a una víctima especialmente vulnerable y si se justifica una agravación específica basada en esta razón, advirtiendo la existencia de otras agravantes, como la alevosía o el abuso de superioridad, cuya justificación podría solaparse con la alegada para el subtipo cualificado objeto de este estudio. Sentado lo anterior, igualmente, se podrían sugerir algunas soluciones interpretativas y realizar una propuesta *de lege ferenda*.

Para alcanzar estos objetivos, en el presente trabajo se examina la jurisprudencia penal española más reciente en este ámbito. Se hace referencia, por un lado, al tratamiento dado por los juzgados y tribunales a cada una de las circunstancias expresamente aludidas en el Código penal como constitutivas de la especial vulnerabilidad de la víctima (la edad, la discapacidad, la enfermedad y la situación). Por otro lado, se aborda cómo se han aplicado estas circunstancias en cada uno de los tipos penales que las prevén (delitos contra la vida, de violencia de género, de tráfico de órganos, de acoso, de trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales y contra la salud pública). No obstante, estas páginas no se limitan a presentar los resultados de orden cuantitativo que se extraen del análisis de la muestra de sentencias seleccionada, sino que también recoge un estudio cualitativo con específicas referencias a las principales dificultades que plantea la jurisprudencia penal en este ámbito.

2. Metodología

Para llevar a cabo el análisis jurisprudencial que conforma el grueso de este trabajo se han revisado las sentencias condenatorias que han aplicado esta circunstancia que agrava la responsabilidad penal. En particular, se han examinado las dictadas por el conjunto de órganos que

to físico o emocional más intenso. Véase, sobre las diferencias entre ambas expresiones, GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., *Víctimas vulnerables*, ob. cit., págs. 17 y 18.

integran el orden jurisdiccional penal¹⁷ desde el 1 de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2019¹⁸.

Son dos las variables cuyos datos han sido procesados: por un lado, la tipología delictiva sobre la que se aprecia el subtipo cualificado y, por otro lado, las circunstancias determinantes de la especial vulnerabilidad. Los subtipos cualificados sobre los que se ha indagado en este contexto han sido los recogidos en los siguientes artículos del Código penal: 138.2.a), 140.1.1º, 148.5º, 153.1, 156 bis.4.b), 171.4, 172.2, 172 ter.1.4º, 177 bis.4.b), 180.1.3º, 184.3, 188.3.a) y 362 quater.2.b). Por su parte, las circunstancias examinadas han sido las acogidas de manera manifiesta en el Código penal: la edad, la discapacidad, la enfermedad y la situación.

Se han excluido de la búsqueda, por el contrario, otros preceptos que contienen una agravación de la pena por circunstancias que podrían ser consideradas homologables a la especial vulnerabilidad de la víctima sin estar esta coyuntura recogida de manera expresa¹⁹. También se han excluido aquellas resoluciones que, a pesar de reconocer la especial vulnerabilidad de la víctima, finalmente no aplican el subtipo agravado porque entienden que dicha circunstancia se tiene en cuenta para apreciar el tipo básico del correspondiente delito, por ejemplo, por mediar intimidación o violencia (arts. 178 o 179), por ser constitutiva la vulnerabilidad del tipo básico (art. 177 bis) o por haber sido determinante para considerar la alevosía (art. 140). E, igualmente, han quedado al margen de esta investigación las resoluciones judiciales dictadas en segunda instancia cuando las sentencias de las que conocen ya forman parte de la muestra.

Para poder localizar las sentencias constitutivas de la muestra de la investigación se ha utilizado un triple filtro: en primer lugar, se han identificado aquellas relativas a cada precepto (sin apartados) dictadas por los órganos judiciales que pueden ser competentes para dictarlas en el periodo establecido (01/07/2015 – 31/12/2019). En segundo lugar,

¹⁷ Concretamente, se han examinado las dictadas por los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de Instrucción, los Juzgados de Violencia de Género, las Audiencias Provinciales (incluyendo las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado), los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo. No obstante, la búsqueda de sentencias dictadas por los Juzgados de Instrucción, de lo Penal y de Violencia de Género, así como de las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, solo se ha efectuado respecto de aquellos delitos sobre los que pueden ser objetivamente competentes.

¹⁸ Con la elección de este lapso temporal se pretende dar cuenta de la lectura jurisprudencial de todos los subtipos cualificados que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, atienden a la especial vulnerabilidad de la víctima.

¹⁹ Me refiero, por ejemplo, a la agravación prevista en relación con el delito de hurto «cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo» (art. 235.6º CP).

se ha añadido al filtro de búsqueda la expresión «vulnerable» junto con el precepto completo (con apartados y, en su caso, subapartados). Y, en tercer lugar, se han seleccionado aquellas sentencias en las que se condenaba en aplicación del precepto en cuestión y que lo hacían conforme a circunstancias que todavía hoy serían constitutivas de una especial vulnerabilidad agravante del ilícito penal, aunque los hechos probados sean anteriores a la última reforma que haya sufrido el precepto en el que se inserta.

Así, por ejemplo, para determinar las sentencias dictadas en aplicación del subtipo cualificado previsto en el artículo 180.1.3º del Código penal, el primer paso ha sido la búsqueda de todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, por los Tribunales Superiores de Justicia y por las Audiencias Provinciales (únicos órganos con competencia objetiva en este ámbito) en el periodo indicado, señalando el artículo 180 del Código penal en el buscador, lo que ha generado un total de 729 sentencias. A continuación, se han insertado como filtros para acotar los resultados de la primera búsqueda los términos «vulnerable» y «180.1.3», lo que ha generado un resultado de 131 sentencias. Finalmente, se han leído con detenimiento todas las sentencias para descartar, por un lado, aquellas en las que no se había condenado en aplicación de la agravante en estudio, a pesar de haberla valorado, y, por otro lado, aquellas que se habían dictado en aplicación de circunstancias que en la actualidad no serían constitutivas de la especial vulnerabilidad (por ejemplo, en el caso del artículo 180.1.3º, se han debido descartar aquellas sentencias en las que se aplicaba el subtipo agravado de manera automática por ser la víctima menor de trece años). Tras este último filtro se han obtenido 31 sentencias, que son las que se han incorporado a la muestra objeto de la investigación.

3. Resultados

Del análisis de la muestra obtenida mediante la metodología detallada en el anterior epígrafe se han alcanzado resultados de tipo cuantitativo (y, consecuentemente, esencialmente descriptivos) tanto en relación con las circunstancias determinantes de la especial vulnerabilidad de la víctima como acerca de su aplicación según la tipología delictiva agravada. Asimismo, se han logrado resultados de orden cualitativo, que se centran en el estudio de los problemas de *bis in idem* que ha detectado la jurisprudencia penal en este ámbito y cómo los ha solventado.

A continuación, se abordan ambos extremos de forma independiente.

3.1. Resultados de la investigación cuantitativa

En total se han recopilado 58 sentencias condenatorias en las que se aplica la circunstancia agravante por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima. En particular, han sido 33 por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 180.1.3º y 188.3), nueve por delitos relacionados con la violencia doméstica (arts. 148.5, 153.1 y 171.4), siete por delitos contra la vida (arts. 138.2 y 140.1.1º), cinco por delitos de acoso (arts. 172 ter.1.4º y 184.3) y cuatro por el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis.4). En cambio, no se ha localizado ninguna resolución judicial que cumpla los requisitos expuestos en el anterior epígrafe en aplicación de la agravante prevista para los delitos de coacciones (art. 172.2) o tráfico de órganos (art. 156 bis.4), ni en relación con los delitos farmacológicos (art. 362 quáter).

Este primer resultado de orden cuantitativo muestra que en más de la mitad de las 58 sentencias que componen la muestra se aprecia la agravante por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima en aplicación de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales²⁰. Sin embargo, esto no permite concluir que los delitos que más se cometen sobre personas especialmente vulnerables en proporción al número de delitos que se perpetran sobre la población en general sean este tipo de delitos. Son, por el contrario, los delitos de trata de seres humanos los más representativos. En el intervalo de tiempo ya indicado en la metodología se ha apreciado la circunstancia agravante en estudio en un 4,1% del total de las sentencias condenatorias dictadas en aplicación de este delito, mientras que en relación con el resto de los tipos penales el subtipo cualificado se ha apreciado en menos del 1% del total de las sentencias dictadas²¹.

En cuanto a las circunstancias, la edad se ha tenido en cuenta en 31 de las sentencias analizadas (en veinticuatro, por la minoría de edad y en siete, por la ancianidad); la discapacidad, en veintidós; la situación, en quince casos absolutamente distintos entre sí²²; y, la enfermedad, en

²⁰ De las 58 sentencias que componen la muestra, el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima se ha aplicado en un 57% de las ocasiones por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; en un 15%, por delitos relacionados con la violencia de género; en un 12%, por delitos contra la vida; en un 8%, por delitos de acoso; y en un 7%, por el delito de trata de seres humanos.

²¹ Para poder extraer este dato, he sumado las sentencias dictadas en relación con cada uno de los preceptos en estudio, según las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020.

²² En cuatro casos por embriaguez; en tres, por embarazo; en otros tres, por la pobreza y el desarraigo; en uno, por las dudas acerca de la identidad sexual; en otro, por no estar la víctima menor escolarizada; en otro, por estar desamparada y depender del Estado; en otro, por tratarse de una alumna con dificultades para aprobar su asignatura; y en la última, por vivir en un entorno rural, solitario y desamparado.

catorce. Debe advertirse, no obstante, que mientras que en algunos casos el órgano judicial se refiere abiertamente a la causa por la que estima la especial vulnerabilidad en la víctima, en muchas otras se condena expresamente en aplicación de este subtipo cualificado, pero la razón por la que se aprecia ha debido deducirse de los hechos probados. Igualmente, se debe poner de relieve que en algunas resoluciones judiciales la especial vulnerabilidad de la víctima se ha determinado con base en más de una circunstancia. Por ello, la muestra para este análisis en particular está compuesta por 82 circunstancias extraídas de las 58 sentencias condenatorias localizadas.

Seguidamente, se examina con detenimiento cada circunstancia y, después, se analiza su repercusión en cada tipología delictiva.

3.1.1. Resultados en función de la circunstancia que determina la especial vulnerabilidad de la víctima

El Código penal español alude, en ocasiones, expresamente a determinadas circunstancias de la víctima que la hacen especialmente vulnerable y que justifican una agravación respecto de la pena prevista en los correspondientes tipos básicos. En particular, se refiere a la situación²³, la edad²⁴, la enfermedad²⁵, la discapacidad²⁶ e incluso, en una ocasión, al estado gestacional (que, sin embargo, se considera, en adelante, una «situación» más)²⁷. Pero, hasta en cinco ocasiones se refiere a la especial vulnerabilidad de la víctima sin aludir a ninguna circunstancia constitutiva de vulnerabilidad en particular²⁸.

Como se puede observar, todas las hipótesis de vulnerabilidad expresamente previstas en el Código penal están descritas haciendo referencia a rasgos de carácter individual (también denominados «personales» o «endógenos» porque hacen referencia a las características psicobiológicas de la víctima), excepto la situación, que podría considerarse relacional si se centra en los desequilibrios de poder entre el agresor y la víctima, social si abarca a minorías en situación de desigualdad en la so-

²³ La situación se aprecia en los siguientes preceptos del Código penal: 156 bis.4, 172 ter.1, 177 bis.4 (en este caso habla de «situación personal»), 180.1.3º y 188.3.

²⁴ La edad se contempla en los artículos 138.2, 140.1, 156 bis.4, 172 ter.1, 180.1.3º, 184.3 y 188.3.

²⁵ La enfermedad se prevé en los artículos 138.2, 140.1, 156 bis.4, 172 ter.1, 177 bis.4, 180.1, 184.3 y 188.3.

²⁶ La discapacidad se contempla en los artículos 138.2, 140.1, 156 bis.4, 177 bis.4, 180.1.3º y 188.3.

²⁷ Esta circunstancia, que bien podría entenderse incluida en la «situación personal» que establece el precepto, se contempla en el artículo 177 bis.4.

²⁸ Se trata de las agravaciones previstas en los artículos 148.5, 153.1, 171.4, 172.2 y 362 quáter.

ciudad²⁹, o incluso ocasional si sitúa a la víctima en un estado vulnerable de forma temporal³⁰.

Las características endógenas y su interacción desempeñan un papel muy relevante en este contexto. Por ejemplo, tanto en ancianos como en niños existe un conjunto de variables asociadas a la edad que puede hacerlos más proclives a determinados tipos de victimización (la fuerza física, el estado mental en el que se encuentran, etc.). De manera que, como se ha acreditado en diversos estudios, existe un mayor riesgo de ser víctima de un delito cuando no se han desarrollado determinadas capacidades cognitivas y emocionales o cuando estas se encuentran mermadas³¹. Y, del mismo modo, la capacidad de estas víctimas para sobreponerse al hecho traumático es menor³². Por su parte, los factores exógenos, como serían los problemas socio-económicos constitutivos de la especial vulnerabilidad de la víctima por la «situación» a la que alude el Código penal, también están relacionados con un mayor riesgo de sufrir victimización interpersonal³³. Pero es, sobre todo, la interacción de estos factores con los endógenos la que puede potenciar, según se ha constatado, diferentes formas de victimización³⁴.

A continuación, se examinan por separado las circunstancias constitutivas de la especial Vulnerabilidad de la víctima a las que el Código penal hace referencia expresa.

3.1.1.1. La edad

La edad se ha apreciado en 31 de las sentencias condenatorias que componen la muestra (el 53,4%): doce, en aplicación de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 180.1.3º); ocho, por delitos relacionados con la violencia doméstica (arts. 148.5, 153.1 y 171.4); seis, por delitos contra la vida (arts. 138.2 y 140.1.1º); tres, en aplicación de delitos

²⁹ VARONA MARTÍNEZ, G., et al., *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención*, ob. cit., págs. 28-41.

³⁰ En esta última categoría se incluirían el embarazo y la embriaguez, por ejemplo.

³¹ Véanse, al respecto, ZÚÑIGA-SANTAMARÍA, T. SOSA-ORTIZ, AL., ALONSO-VILATELA, M.E., ACOSTA-CASTILLO, I. y CASAS-MARTÍNEZ, M.L., «Dependencia y maltrato en el anciano con demencia», *Persona y bioética*, n.º 14/2010, págs. 56-66; y MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. y AGUILAR CÁRCELES, M.M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, ob. cit., pág. 516.

³² MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L. et al., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, ob. cit., pág. 566; y GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., *Víctimas vulnerables*, ob. cit., pág. 168 y 169.

³³ Acerca de la influencia de la pobreza en la victimización, véase BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*, Bosch, 2020, pág. 112.

³⁴ GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., *Víctimas vulnerables*, ob. cit., págs. 41 y 42.

de acoso (arts. 172 ter.1.4º y 184.3); y dos, en aplicación del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis).

En la jurisprudencia reciente la minoría de edad es la circunstancia más tenida en cuenta para apreciar la agravante de especial vulnerabilidad y, como se verá a continuación, tendría todavía mayor incidencia si el legislador penal no la hubiese previsto en algunos preceptos en forma de subtipo cualificado autónomo y de aplicación automática. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 156 bis.4.b), que sanciona el tráfico de órganos con la pena superior en grado siempre que «la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación». En este caso debe entenderse que se agravará la pena de manera automática cuando se trate de una víctima menor de edad y que la edad que podrá determinar la cualificación por especial vulnerabilidad se limitará, en cambio, a la ancianidad.

Se pueden distinguir tres criterios político-criminales acerca de la especial tutela que se dispensa a los menores de edad. En primer lugar, en relación con algunos ilícitos penales debe entenderse, ante la ausencia de concreción, que todo menor de dieciocho años puede ser víctima especialmente vulnerable a los efectos de agravar la pena (arts. 153.1, 171.4 y 172.2), pero es el juez o el tribunal quien deberá valorar este extremo en cada caso concreto. En segundo lugar, se observa que en algunas figuras delictivas se presume *iuris et de iure* la vulnerabilidad de todo menor de edad y, en consecuencia, se agrava la pena en el caso de que el comportamiento delictivo se lleve a cabo sobre un menor de edad, sin entrar a valorar su madurez psíquica ni su capacidad física para defenderse del ataque (arts. 156 bis.4, 177 bis.4 y 362 quáter). Por último, en tercer lugar, en una posición intermedia, se sitúan aquellos preceptos que contienen dos agravaciones: una, en la que se presume *iuris et de iure* la vulnerabilidad de los menores de más corta edad; y otra, referida al resto de los menores, cuya vulnerabilidad debe probarse. Esto último es lo que sucede, por un lado, en los delitos contra la vida (arts. 138.2.a y 140.1.1º) y contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 180.1.3º), cuya pena se agrava de forma automática cuando la víctima tenga menos de dieciséis años, pero se requiere evaluar cuando tenga entre dieciséis y dieciocho años. Por otro lado, también se lleva a cabo esta misma distinción en el artículo 148 del Código penal, aunque diferenciando en este caso entre las víctimas menores de doce años, cuya vulnerabilidad se presume, y las mayores de dicha edad³⁵.

³⁵ Debe advertirse, sin embargo, que el *Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, aprobado el 19 de junio de 2020, prevé la reforma del artículo 148.3 para agravar la pena «si la víctima fuere menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección», por lo que la especial vulnerabilidad prevista en el quinto apartado del precepto solo acogería a los menores de más de catorce años (no de doce).

Sin pretensión alguna de profundizar en estas páginas sobre la cuestión, esta disparidad de criterio parece carecer de fundamento. Considero que, al menos, la especial vulnerabilidad de los menores de muy corta edad debería presumirse en todo caso y, por el contrario, la de todos los menores de entre dieciséis y dieciocho años debería valorarse atendiendo a su desarrollo. De hecho, a pesar de lo dispuesto en el Código penal, este es el criterio que estarían siguiendo los tribunales cuando aplican el subtipo cualificado en estudio, si atendemos a la falta de argumentación contenida en las sentencias para acreditar la especial vulnerabilidad de los menores de edad, así como la escasez de resoluciones judiciales en las que se aplica cuando se trata de menores de entre dieciséis y dieciocho años. En cualquier caso, esta es una cuestión que deberé analizar con detenimiento en otra ocasión.

Hechas estas precisiones, la menor edad como circunstancia constitutiva de la especial vulnerabilidad de la víctima se ha localizado en veinticuatro de las sentencias analizadas³⁶. Las edades han oscilado entre los escasos dos meses de edad hasta los diecisiete años (solo en una ocasión la víctima tenía una edad superior a los dieciséis años). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como se acaba de exponer, en ocasiones, la menor edad de la víctima agrava la pena con independencia de su especial vulnerabilidad, por lo que la mayoría de las sentencias dictadas teniendo en cuenta esta circunstancia no se han incluido en la presente investigación. Además, en catorce de los veinticuatro casos se ha apreciado la menor edad junto con otra circunstancia para determinar la especial vulnerabilidad de la víctima: discapacidad, embriaguez, embarazo, etc.³⁷.

³⁶ SAP Barcelona 766/2015, de 4 de noviembre; SAP Valencia 58/2016, de 29 de enero; SAP Barcelona 482/2016, de 7 de junio; SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo; SAP Sevilla 351/2017, de 24 de julio; SAP Lugo 149/2017, de 31 de julio; Sentencia 292/2017 del Juzgado de lo Penal nº 6 de Málaga, de 11 de septiembre; Sentencia 84/2018 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona, de 3 de abril; SAP Córdoba 434/2017, de 18 de octubre; SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo; SAP Almería 334/2018, de 30 de julio; STSJ País Vasco 37/2018, de 18 de septiembre; SAP Albacete 415/2018, de 12 de noviembre; SAP Rioja 160/2018, de 21 de noviembre; SAP Vizcaya 61/2018, de 17 de diciembre; SAP Lugo 221/2018, de 18 de diciembre; SAP Baleares 127/2018, de 20 de diciembre; SAP Santander 748/2018, de 21 de diciembre; SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero; STS 76/2019, de 12 de febrero; SAP Sevilla 22/2019, de 7 de marzo; SAP Valladolid 137/2019, de 4 de junio; STS 344/2019, de 4 de julio; y SAP Barcelona 398/2019, de 31 de julio.

³⁷ Junto con el embarazo en la SAP Valencia 58/2016, de 29 de enero, y la SAP Lugo 221/2018, de 18 de diciembre. Junto con la discapacidad en la SAP Barcelona 766/2015, de 4 de noviembre; SAP Barcelona 482/2016, de 7 de junio; y SAP Vizcaya 61/2018, de 18 de diciembre. Junto con la enfermedad en la SAP Almería 334/2018, de 30 de julio, y SAP Santander 748/2018, de 21 de diciembre. Junto con la embriaguez en la SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo, y en la STS 344/2019, de 4 de julio. En la SAP Lugo 149/2017, de 31 de julio, porque el menor tenía, además, dudas acerca de su identidad sexual. En la SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero, porque se trataba de una menor desamparada, dependiente del Estado. En la SAP Albacete 415/2018, de 12 de noviembre, porque el menor no estaba escolarizado ni sometido a programas de control de salud. Y en la SAP

Por lo demás, la edad a la que se refiere el Código penal también engloba la ancianidad³⁸. De hecho, siete de las sentencias analizadas han apreciado el subtipo cualificado por esta razón. En todas ellas se ha indicado la edad concreta de la víctima, que ha oscilado entre los 72 y los 93 años³⁹. Sin embargo, debe destacarse que en cuatro de esos siete casos la ancianidad iba acompañada de otra circunstancia constitutiva de vulnerabilidad: la enfermedad. En concreto, en dos casos la víctima padecía alzheimer en estado avanzado⁴⁰ y en otros dos, cáncer⁴¹.

Por último, debe apuntarse que no en todos los casos en los que el legislador ha decidido dispensar una protección especial a los menores de edad ha hecho lo propio respecto de los ancianos. Así, si la especial vulnerabilidad de los menores se ha regulado en un precepto *ad hoc* con la finalidad de establecer una presunción *iuris et de iure* y no se prevé, en consecuencia, la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad como circunstancia agravante, los ancianos no reciben una mayor tutela. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el delito de trata de seres humanos.

3.1.1.2. La discapacidad y la enfermedad

La condición de persona con discapacidad o enfermedad ha sido apreciada, en lo que aquí interesa, en 36 de las 58 sentencias analizadas (el 62%), habiendo sido veintiséis dictadas en aplicación de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 180.1.3º); cinco, de delitos contra la vida (arts. 138.2.a y 140.1.1); dos, del delito relacionado con la violencia doméstica ubicado en el artículo 148.5; otros dos, del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis); y uno, del delito de acoso sexual (art. 184.3).

En particular, se han registrado catorce resoluciones judiciales que agravan la responsabilidad del delito en atención a la enfermedad que

Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo, y la SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo, por la pobreza y el desarraigo.

³⁸ En este contexto, se critica que si se alude a la edad de la víctima, únicamente podrá considerarse la cronológica, es decir, la que corresponde a los años vividos «sin tener en cuenta ninguna otra consideración, como podría ser la madurez psíquica, emocional o efectiva». Al respecto, ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio», ob. cit., pág. 19.

³⁹ SAP Madrid 588/2016, de 29 de diciembre (72 años); SAP Vizcaya 68/2017, de 17 de noviembre (93 años); SAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero (86 años); SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo (73 años); Sentencia 126/2019 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño, de 17 de abril; SAP Castellón 187/2019, de 17 de mayo (81 años); y SAP Baleares 75/2019, de 10 de julio (86 años).

⁴⁰ SAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero, y SAP Vizcaya 68/2017, de 17 de noviembre.

⁴¹ SAP Madrid 588 /2016, de 29 de diciembre, y SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo.

padecía la víctima⁴². En ellas las enfermedades pormenorizadas han sido, entre otras, las siguientes: epilepsia, anorexia nerviosa, estrés postraumático, alzheimer y cáncer. Pero cabe subrayar que en doce de estos catorce casos se ha tenido en cuenta la enfermedad junto con otras circunstancias: la ancianidad⁴³, la menor edad⁴⁴ y la discapacidad⁴⁵. Es más, en los casos en los que se aprecia junto con esta última circunstancia no parecen distinguirse discapacidad y enfermedad⁴⁶ o incluso se aplica la agravante «por razón de la enfermedad o discapacidad que sufre la víctima»⁴⁷.

Por su parte, en veintidós de las sentencias analizadas la discapacidad es la circunstancia constitutiva de la especial vulnerabilidad de la víctima a la que se alude, situándose, pues, como la segunda circunstancia más tenida en cuenta para determinar la especial vulnerabilidad de la víctima por detrás de la menor edad. En todas se aprecia la discapacidad psíquica o intelectual como circunstancia agravante⁴⁸, aunque en seis de estos casos, como se acaba de apuntar, también se alude a la enfermedad junto con la discapacidad⁴⁹; en dos, a la discapacidad junto con la mi-

⁴² SAP La Coruña 473/2016, de 29 de julio; SAP Vizcaya 75/2016, de 18 de noviembre; SAP Vizcaya 84/2016, de 20 de diciembre; SAP Madrid 588/2016, de 29 de diciembre; STS 125/2017, de 27 de febrero; SAP Palma de Mallorca 348/2017, de 25 de julio; SAP Vizcaya 68/2017, de 17 de noviembre; SAP Barcelona 938/2017, de 5 de diciembre; SAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero; STSJ Islas Canarias 23/2018, de 7 de junio; SAP Almería 334/2018, de 30 de julio; SAP Santander 748/2018, de 21 de diciembre; SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo; y STS 610/2019, de 11 de diciembre.

⁴³ SAP Madrid 588/2016, de 29 de diciembre; SAP Vizcaya 68/2017, de 17 de noviembre; SAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero; y SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo.

⁴⁴ SAP Almería 334/2018, de 30 de julio, y SAP Santander 748/2018, de 21 de diciembre.

⁴⁵ SAP La Coruña 473/2016, de 29 de julio; SAP Vizcaya 75/2016, de 18 de noviembre; SAP Vizcaya 84/2016, de 20 de diciembre; SAP Barcelona 938/2017, de 5 de diciembre; STSJ Islas Canarias 23/2018, de 7 de junio; y STS 610/2019, de 11 de diciembre.

⁴⁶ En esas sentencias aluden, sin distinguir qué consideran enfermedad y qué discapacidad, al «retraso mental leve-moderado, psicosis y trastorno de la personalidad», al «retraso mental congénito y epilepsia», a la «discapacidad intelectual moderada, retraso mental y epilepsia» y a la «atrofia cerebral y epilepsia focal sintomática, síndrome orgánico de la personalidad y demencia postraumática».

⁴⁷ STSJ Islas Canarias 23/2018, de 7 de junio.

⁴⁸ SAP Barcelona 766/2015, de 4 de noviembre; SAP Navarra 261/2015, de 12 de noviembre; SAP Madrid 285/2016, de 25 de mayo; SAP Barcelona 482/2016, de 7 de junio; SAP Madrid 319/2016, de 8 de junio; SAP Las Palmas 246/2016, de 28 de junio; SAP 473/2016, de 29 de julio; SAP Vizcaya 84/2016, de 20 de diciembre; STS 478/2017, de 27 de junio; STS 653/2017, de 4 de octubre; SAP Barcelona 938/2017, de 5 de diciembre; STS 823/2017, de 14 de diciembre; SAP Guipúzcoa 125/2018, de 5 de junio; STSJ Islas Canarias 23/2018, de 7 de junio; STSJ Extremadura 10/2018, de 18 de septiembre; STS 630/2018, de 12 de diciembre; SAP Vizcaya 61/2018, de 17 de diciembre; SAP Navarra 307/2018, de 27 de diciembre; STS 588/2019, de 27 de noviembre; y STS 610/2019, de 11 de diciembre.

⁴⁹ SAP La Coruña 473/2016, de 29 de julio; SAP Vizcaya 75/2016, de 18 de noviembre; SAP Vizcaya 84/2016, de 20 de diciembre; SAP Barcelona 938/2017, de 5 de diciembre; STSJ Islas Canarias 23/2018, de 7 de junio; y STS 610/2019, de 11 de diciembre.

noría de edad⁵⁰; en un caso, a la discapacidad junto con la situación⁵¹; y en otro caso se aprecia por la discapacidad tanto física como psíquica⁵².

Las Reglas de Brasilia definen la diversidad funcional, a la que denominan «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 presenten tales deficiencias». No obstante, el Código penal español limita la también denominada en este contexto legal «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, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 25). Por lo tanto, mientras que en las Reglas de Brasilia el concepto de «discapacidad» comprende la «enfermedad», el Código penal distingue ambas circunstancias atendiendo al carácter permanente o temporal de la *deficiencia*. Esta aclaración, empero, no ha impedido que ambos términos se hayan abordado indiscriminadamente en numerosas resoluciones judiciales. Sin embargo, la estricta definición que ofrece el Código penal de «discapacidad» imposibilitaría que en los delitos de acoso (arts. 172 ter y 184.3) se pueda agravar la pena atendiendo a la especial vulnerabilidad de la víctima por esta razón al referirse, sorprendentemente, a la enfermedad y no a la discapacidad.

3.1.1.3. La situación

De las distintas «situaciones» constitutivas de especial vulnerabilidad que pueden agravar la pena⁵³, la única expresamente referenciada en el Código penal es el embarazo (art. 177 bis.4). Sin embargo, la jurisprudencia penal ha tenido en cuenta otras. En otro orden de cosas, sorprende que la «situación» no se haya insertado entre las circunstancias de especial vulnerabilidad que pueden agravar los delitos de homicidio y asesinato teniendo en cuenta los atentados contra la vida que se llevan a cabo, por ejemplo, contra personas sin hogar o en contextos de violen-

⁵⁰ SAP Barcelona 766/2015, y SAP Vizcaya 61/2018, de 17 de diciembre.

⁵¹ STSJ Extremadura 10/2018, de 18 de septiembre.

⁵² SAP Madrid 92/2019, de 11 de febrero.

⁵³ Las Reglas de Brasilia definen de manera expresa las siguientes circunstancias de vulnerabilidad, que encajarían en la «situación»: la pertenencia a comunidades indígenas, la victimización, la migración y desplazamiento interno, la pobreza, el género, la pertenencia a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, y la privación de libertad.

cia de género en los que el género no actúa como factor endógeno, sino como definidor de una situación contextual de asimetría entre personas que, en el marco social patriarcal, conduce a la vulnerabilidad.

Entre las 58 sentencias analizadas, quince han agravado la pena por la situación (el 25,8%). De ellas, ocho se han dictado en aplicación de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 180.1.3º y 188.3.a); tres, del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis); otras tres, de delitos de acoso (arts. 172 ter y 184.3); y uno, del delito de violencia de género ubicado en el artículo 148.5 del Código penal.

Las «situaciones» constitutivas de especial vulnerabilidad de la víctima valoradas en las resoluciones judiciales han sido, sobre todo, las siguientes: el embarazo⁵⁴, la embriaguez⁵⁵ y la pobreza junto con el desarraigo⁵⁶. No obstante, también se ha apreciado esta circunstancia en algún caso aislado por acabar de someterse la víctima a una intervención quirúrgica⁵⁷, por las dudas sobre su identidad sexual⁵⁸, por el desamparo⁵⁹, por tratarse de una alumna con dificultades para aprobar su asignatura⁶⁰ y por vivir en un entorno rural y solitario⁶¹.

3.1.2. Resultados en función de la tipología delictiva agravada

A continuación, se verá la repercusión de las circunstancias constitutivas de la especial vulnerabilidad de la víctima acabadas de exponer en cada una de las tipologías delictivas objeto de análisis.

3.1.2.1. Delitos contra la vida

Desde que entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, las penas previstas en los delitos de homicidio y asesinato se han endurecido para el supuesto de que «la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad,

⁵⁴ SAP Valencia 58/2016, de 24 de enero; SAP Ibiza 2517/2018, de 12 de septiembre; y SAP Lugo 221/2018, de 17 de diciembre.

⁵⁵ SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; y STS 344/2019, de 4 de julio.

⁵⁶ STS 178/2016, de 3 de marzo; SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo; y SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo.

⁵⁷ SAP Madrid 807/2017, de 18 de diciembre.

⁵⁸ SAP Lugo 149/2017, de 31 de julio.

⁵⁹ SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero.

⁶⁰ Sentencia 161/2016 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Ponferrada (León), de 21 de octubre.

⁶¹ STSJ Extremadura 10/2018, de 18 de septiembre.

enfermedad o discapacidad» (arts. 138.2.a y 140.1.1º CP)⁶². La principal particularidad que ofrece la regulación de la especial vulnerabilidad en sede de delitos contra la vida es, como se puede apreciar sin dificultad, que la especial vulnerabilidad queda circunscrita, en cuanto a la edad, a los ancianos o a los menores de entre dieciséis y dieciocho años. Como ya se ha expuesto anteriormente, la minoría de dieciséis años se ha separado de la especial vulnerabilidad de la víctima por la conjunción disyuntiva «o», lo que conlleva la aplicación automática del subtipo cualificado en caso de víctima menor de dieciséis años por presumirse *iuris et de iure* la vulnerabilidad en este caso⁶³.

Son siete las resoluciones judiciales que han apreciado este subtipo cualificado en los últimos años en relación con los delitos contra la vida (el 12%).

Con mayor detalle cabe añadir que, en relación con el homicidio, se han localizado cuatro sentencias condenatorias que agravan la pena en virtud de la circunstancia prevista en la letra a) del segundo apartado del artículo 138, tras excluir las resoluciones en las que se agrava la pena por tener la víctima menos de dieciséis años. De ellas, en tres, se trata de personas de edad avanzada (dos de ellas, además, con graves enfermedades)⁶⁴ y en la otra, de menores cuya edad no se determina en la sentencia⁶⁵.

Por lo que se refiere al asesinato, han sido doce las sentencias localizadas en aplicación del artículo 140.1.1º del Código penal. Sin embargo, solo tres lo han sido expresamente por la especial vulnerabilidad de la víctima, al margen de la aplicación automática de la minoría de 16 años: en un caso se apreció por la avanzada edad de la víctima junto con su en-

⁶² Concretamente, respecto del homicidio, se impondrá la pena superior en grado y, respecto del asesinato, la pena de prisión permanente revisable.

⁶³ Ha sido muy criticada por parte de la doctrina esta configuración de los tipos cualificados, ya que conduce a un cierto automatismo con el que el legislador identifica la minoría de 16 años con una condición de objetivo desvalimiento de la víctima e indicador infalible de la existencia de un asesinato de la máxima gravedad. Esto sería cuestionable, por ejemplo, si la víctima es un menor de 15 años y el agresor, uno de 18. Al respecto, MUÑOZ RUIZ, J., «Delitos contra la vida y la integridad física», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, 2015, págs. 355 y 356.

⁶⁴ En la SAP Vizcaya 68/2017, de 17 de noviembre, se aprecia por la avanzada edad de la víctima, que tenía 93 años, y padecía alzheimer. En la SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo, se trata de un señor de 73 años que padecía, entre otras dolencias, un cáncer muy avanzado que le producía incontinencia urinaria, lo que le obligaba a usar pañales y permanecer sondado. En este caso se aprecia además la agravante de abuso de superioridad. Y en la SAP Castellón 187/2019, de 17 de mayo, la víctima es una persona de edad avanzada (81 años). En este caso resulta interesante señalar que se descarta la alevosía porque su ancianidad no conllevó una completa exclusión de sus posibilidades de defensa.

⁶⁵ SAP Baleares 127/2018, de 20 de diciembre.

fermedad⁶⁶; en otro, exclusivamente por la enfermedad⁶⁷; y en el último, por la discapacidad⁶⁸.

3.1.2.2. Delitos de violencia doméstica

Las penas previstas para los delitos de lesiones, amenazas y coacciones se agravan cuando la víctima sea «una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» (arts. 148.5, 153.1, 171.4 y 172.2); es decir, que la agravación en estos casos está asociada a un contexto de violencia doméstica que queda al margen de la violencia de género⁶⁹.

Todas estas agravaciones se crearon mediante la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Pero en ninguno de los preceptos se delimitan las circunstancias que harían a una persona especialmente vulnerable y, a pesar de haber sido creadas al mismo tiempo y tener un mismo fundamento⁷⁰, su alcance es distinto.

Por lo que se refiere al artículo 148 del Código penal⁷¹, tanto en el 3º subtipo cualificado como en el 4º se pueden apreciar víctimas en situación de especial vulnerabilidad, pese a no constar de forma

⁶⁶ Específicamente, se trataba de una señora de 72 años de edad con un cáncer (SAP Madrid 588/2016, de 29 de diciembre)

⁶⁷ La víctima acababa de someterse a una intervención quirúrgica y estaba débil. La sentencia expone que, además, se le había colocado a nivel abdominal una sonda conectada a una bolsa para la recogida de orina (SAP Madrid 807/2017, de 18 de diciembre).

⁶⁸ STSJ Islas Canarias 23/2018, de 7 de junio.

⁶⁹ En todos estos preceptos se contempla un subtipo agravado para la violencia doméstica y otro, para la de género (en el mismo apartado del precepto o en otro).

⁷⁰ La agravación se justifica en que la interacción entre vulnerabilidad y convivencia puede generar tanto un incremento del riesgo de violencia del más fuerte contra el más débil, como una mayor afectación psíquica en la víctima, derivada de los sentimientos de indefensión y miedo a la revictimización. Al respecto, véase TAMARIT SUMALLA, J.M., «Libro II: Título III (Art. 148)», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, Aranzadi, 2016, pág. 1294. Según considera Sierra López, la finalidad de la ley no sería proteger únicamente a personas especialmente vulnerables, desde el punto de vista físico o psicológico, sino también desde un punto de vista estructural y valorativo. Se refiere a la posición del hombre respecto del resto de los miembros de la familia, que son más débiles y vulnerables. Véase, al respecto, SIERRA LÓPEZ, M.V., «La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada», ob. cit., pág. 205.

⁷¹ El artículo 148 establece que «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: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección. 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

expresa⁷². Por lo tanto, cabría entender que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la quinta circunstancia tanto los menores de doce años como los discapacitados, así como las parejas o exparejas del agresor que sean mujeres.

De este modo, su ámbito propio de aplicación quedaría sumamente reducido⁷³. Las lesiones que darían lugar a la aplicación del artículo 148.5, presupuesta la convivencia, serían las causadas entre parejas homosexuales o bien entre parejas donde sea la mujer la autora y el hombre la víctima, así como las cometidas sobre cualquiera de los miembros del ámbito familiar recogidos en el artículo 173.2 del Código penal que no sean menores de doce años ni discapacitados⁷⁴. Se valorará, por ende, tanto la menor edad superior a los doce años como la ancianidad, la discapacidad y, en general, toda circunstancia que genere indefensión en ese grupo de la población. Pero, recuérdese que estas agravaciones solo se evaluarán cuando exista una mayor gravedad atendiendo al resultado causado o al riesgo producido, tal y como exige el precepto⁷⁵.

Por el contrario, el concepto de «víctimas especialmente vulnerables» al que se refieren los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 del Código penal sí incluye a discapacitados, enfermos, menores de cualquier edad, ancianos y otros miembros especialmente vulnerables de la unidad familiar, siempre que no sean la pareja o expareja mujer del agresor⁷⁶.

Advertidos estos problemas de descoordinación normativa, en total se han localizado nueve sentencias condenatorias que agravan la pena prevista para delitos relacionados con la violencia doméstica con base en la especial vulnerabilidad de la víctima. En ellas se han apreciado, a veces

⁷² Pone de manifiesto que la misma indefensión y abuso de superioridad concurre en los subtipos 3º y 4º, FELIP I SABORIT, D., «Las lesiones», en SILVA, SÁNCHEZ, J.M., (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Atelier, 2018, págs. 80-81.

⁷³ SIERRA LÓPEZ afirma, incluso, que este apartado del artículo 148 sería un cajón de sastre en donde incluir supuestos que no dieran lugar a los anteriores (en «La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada», ob. cit., págs. 212-214).

⁷⁴ Asimismo, cabe tener en cuenta la STS 919/2010, de 22 de octubre, en la que se determina que «si los hechos enjuiciados hubieran sido cometidos contra una persona especialmente vulnerable, por ejemplo, un menor que igualmente residiera con el autor, con el que no se dieran los lazos de sangre, la aplicación del subtipo agravado referido concurriría sin género de duda. Pero, si además tal persona especialmente vulnerable es hijo del autor de la agresión, la antijuridicidad de la acción no está completamente abarcada por este cauce agravatorio específico, sino por la concurrencia, además, de la circunstancia agravante de parentesco».

⁷⁵ Sobre este subtipo cualificado, véase ANARTE BORRALLA, E., «Lesiones», en BOIX REIG, J., (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, 2016, pág. 161.

⁷⁶ En los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 se sanciona de forma agravada, en comparación con las lesiones de menor gravedad, las amenazas leves y las coacciones leves, al que agrada «cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

de manera conjunta, tres circunstancias: la minoría de edad, la situación y la enfermedad.

En relación con el artículo 148.5 son cinco las sentencias que encajan en los parámetros fijados para la presente investigación. En cuatro de ellas se ha apreciado la agravante por la menor edad de la víctima, aunque en dos de esos cuatro casos concurrían otras circunstancias de especial vulnerabilidad⁷⁷. Esto lleva a pensar que, al menos, en los otros dos⁷⁸ hubiese sido aconsejable aplicar la agravante del 3º en vez de la del 5º⁷⁹. En el caso restante, se apreció por la enfermedad de la víctima⁸⁰.

La circunstancia agravante prevista en el artículo 153.1 del Código penal se ha aplicado en cinco ocasiones, aunque dos de estas sentencias ya se han tenido en cuenta anteriormente porque condenan, igualmente, por la vía del artículo 148.5⁸¹. En las otras tres, se ha apreciado por la corta edad de la víctima⁸².

Y el subtipo agravado previsto en el artículo 171.4 se ha apreciado una sola vez por ser las víctimas menores de edad indeterminada, hijos del agresor⁸³.

Sin embargo, en relación con el artículo 172.2 se han localizado siete sentencias condenatorias en las que se agrava la pena en aplicación de esta circunstancia agravante, pero en todas ellas se hace en contextos de violencia de género y no por la especial vulnerabilidad de la víctima al margen de esta condición, por lo que han quedado excluidas de esta investigación.

⁷⁷ En la SAP Albacete 415/2018, de 12 de noviembre, el niño contaba con la edad de 12 años y no estaba escolarizado ni sometido a programas de control de salud infantil. En la SAP Santander 748/2018, de 21 de diciembre, se trata de una víctima de 4 años de edad, que desde sus primeros días de vida necesitó cuidados médicos por episodios de apneas centrales.

⁷⁸ En la SAP Sevilla 351/2017, de 24 de julio, se trataba de un bebé de menos de 2 meses y en la SAP Córdoba 434/2017, de 18 de octubre, el menor tenía 7 meses.

⁷⁹ En la SAP Córdoba 434/2017, de 18 de octubre, se afirma expresamente que «quizás hubiese sido conveniente aplicar el número tercero el artículo 148, de ser la víctima menor de 12 años, por su carácter netamente objetivo».

⁸⁰ SAP Palma de Mallorca 348/2017, de 25 de julio. Se hace referencia, en particular, al deterioro cognitivo moderado.

⁸¹ SAP Córdoba 434/2017, de 18 de octubre, y SAP Albacete 415/2018, de 12 de noviembre.

⁸² En la Sentencia 292/2017 del Juzgado nº 6 de Málaga, de 11 de septiembre, no se determina la edad de los dos menores; en la STS 76/2019, de 12 de febrero, se afirma que la víctima tenía 2 años; y en la SAP Valladolid 137/2019, de 4 de junio, tenía 4 años.

⁸³ Sentencia 84/2018 del Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona, de 3 de abril.

3.1.2.3. Delito de tráfico de órganos

La pena prevista en el primer apartado del precepto en el que se recoge el delito de tráfico de órganos se agrava cuando «la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación» (art. 156 bis.4). Sentado lo anterior, no podrá considerarse persona especialmente vulnerable por razón de su edad al menor de edad. Las prácticas ilegales relativas al tráfico de órganos llevadas a cabo sobre este sujeto pasivo recibirán una mayor pena sin necesidad de evaluar su especial vulnerabilidad⁸⁴.

Esta agravación se ha creado mediante la reciente Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, y todavía no se ha apreciado por parte de los tribunales ni considero que vaya a poder aplicarse en el futuro por las siguientes dos razones. Por un lado, en caso de actos tendentes a la obtención ilegal de órganos de personas vivas mediante abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima resultaría de aplicación el artículo 177 bis tras resolver el concurso de normas que se da entre ambas figuras delictivas (la ubicada en el art. 156 bis y la del art. 177 bis)⁸⁵. Por otro lado, en relación con el resto de las conductas típicas previstas en el artículo 156 bis (obtención de órganos de fallecidos; preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos; y uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines), no cabe hablar de víctimas especialmente vulnerables, bien porque el sujeto sobre el que recae la acción es un fallecido, bien porque se trata de prácticas que se llevan a cabo una vez que el órgano ha sido extirpado. De manera que el subtipo cualificado objeto de este estudio resulta en la práctica inaplicable.

⁸⁴ El artículo 156 bis contempla en dos apartados el tipo básico. El primer apartado del precepto establece que «los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida». Y el segundo que, «del mismo modo se castigará a los que, en provecho propio o ajeno: a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos; b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos».

⁸⁵ MOYA GUILLEM, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España*, Marcial Pons, 2018, págs. 310-319.

3.1.2.4. Delitos de acoso

El delito de acoso creado mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, también agrava la pena prevista en su tipo básico en caso de perpetrarse contra «una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación» (art. 172 ter.1.4)⁸⁶. Pero el siguiente apartado (art. 172 ter.2) establece que «cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días». Por lo tanto, a fin de evitar un solapamiento normativo, la persona especialmente vulnerable no debería ser la misma que en los subtipos cualificados previstos en los artículos 171.4 o 172.2, anteriormente examinados. Habría de referirse, por el contrario, a sujetos pasivos que queden al margen de la violencia doméstica⁸⁷.

En relación con este apartado del precepto, son tres las sentencias condenatorias acogidas en la investigación: en una, se apreció la especial vulnerabilidad de la víctima por tratarse de un menor de edad desamparado, dependiente del Estado⁸⁸, que, sin embargo, hubiese encontrado mejor acomodo en el segundo apartado del precepto; en otra, porque la víctima estaba embarazada⁸⁹; y en la última, por tratarse de un anciano de 87 años⁹⁰.

⁸⁶ El primer apartado del artículo 172 ter establece que «será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años».

⁸⁷ Es decir, acoso sobre sujetos pasivos distintos a «quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados».

⁸⁸ SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero.

⁸⁹ SAP Baleares 471/2018, de 12 de septiembre.

⁹⁰ Sentencia 126/2019 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño, de 17 de abril.

A las tres circunstancias que sirven para agravar la pena prevista para el delito de acoso también se refiere el delito de acoso sexual (art. 184.3): «una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación»⁹¹. Esta circunstancia se incorporó al Código penal mediante la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. A pesar de ello, solo se han localizado dos sentencias condenatorias que la apliquen en el periodo objeto de análisis y la razón alegada es, en un caso, que la víctima «tenía dieciséis años recién cumplidos y se encontraba en tratamiento por anorexia nerviosa»⁹² y en el otro, «que se trataba del acoso de un profesor universitario a su alumna, que por su condición de alumna con dificultades para aprobar su asignatura, era una persona especialmente vulnerable»⁹³. Esta escasa aplicación, considerando los años que lleva en vigor, se explica porque la conducta solo es delictiva si se realiza en ámbitos muy concretos: una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual.

En definitiva, son cinco las sentencias dictadas en aplicación de delitos de acoso que han agravado la pena por la especial vulnerabilidad de la víctima (el 8,6) y lo han hecho con base en tres circunstancias que, en ocasiones, se simultanean: la minoría de edad, la situación y la enfermedad.

3.1.2.5. Delito de trata de seres humanos

El artículo 177 bis del Código penal tiene la peculiaridad de que tanto en su tipo básico (art. 177 bis.1) como en uno de sus subtipos cualificados (art. 177 bis.4.b) alude a la vulnerabilidad de la víctima.

En cuanto al tipo básico, se prevé como un medio de doblegación de la voluntad de la víctima «el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima»⁹⁴. Y

⁹¹ El artículo 184 del Código penal, en su tipo básico, sanciona al «que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

⁹² SAP Almería 334/2018, de 30 de julio.

⁹³ Sentencia 162/2016 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Ponferrada (León), de 21 de octubre.

⁹⁴ El primer apartado del artículo 177 bis establece que: «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 capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades

mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se introdujo la siguiente definición al respecto: «existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable que someterse al abuso». Así pues, parece que ambos términos (necesidad y vulnerabilidad) se utilizan como sinónimos. Y, si se revisa la jurisprudencia penal española relativa a la situación de vulnerabilidad en el contexto de la trata de seres humanos, se refiere, en definitiva, a situaciones derivadas de la necesidad socio-económica de la víctima⁹⁵, que serán de frecuente concurrencia en relación con las personas procedentes de países del denominado «tercer mundo» o con personas marginales⁹⁶. La extrema necesidad de las víctimas a causa de la situación de miseria, marginación y desamparo es, de hecho, la causa de la mayoría de los casos de trata de seres humanos a nivel mundial⁹⁷.

Por lo que se refiere al subtipo agravado, fue también la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la que lo modificó, introduciendo la imposición de la pena superior en grado a la fijada en el tipo básico cuando «la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad». Con anterioridad a la reforma se agravaba la pena si la víctima era menor de edad (apartado b) y si era especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación (apartado c).

La principal crítica que ha recibido la reforma de 2015 en esta materia ha sido la relativa a la «situación personal», que no se prevé en ningún otro precepto del Código penal. En el Informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) al Anteproyecto de reforma del Código penal se consideró «demasiado restrictivo pues la realidad pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de víctimas del delito de trata

siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía, c) La explotación para realizar actividades delictivas, d) La extracción de sus órganos corporales, e) La celebración de matrimonios forzados».

⁹⁵ Tradicionalmente, la situación de necesidad viene identificándose con las especiales condiciones socio-económicas que sufre la víctima. Sin embargo, como afirma Villacampa Estiarre, el aprovechamiento de la situación de necesidad por razones económicas solo integrará el delito de trata de seres humanos en los supuestos en que la persona no tenga más alternativa que someterse al abuso. Al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctimas de trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas», *Indret*, n.º 2/2014, pág. 9. Véase un análisis sobre la jurisprudencia penal española más reciente en aplicación del artículo 177 bis, en MOYA GUILLEM, C., *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 38-45.

⁹⁶ SANTANA VEGA, D.M., «El nuevo delito de trata de seres humanos», *CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL*, N.º 104/2011, PÁG. 92; y ESQUINAS VALVERDE, P., «Trata de seres humanos», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 112-113.

⁹⁷ Sobre la trata abusiva, véase MOYA GUILLEM, C., *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, ob. cit., págs. 178-182.

por otras situaciones, como por ejemplo la familiar, social o económica. Por ello, entendemos que en este punto debería mantenerse la redacción actual, que abarca todas las situaciones, dejándose su valoración según las circunstancias concurrentes que se acrediten».

En cualquier caso, el motivo esgrimido para apreciar la especial vulnerabilidad de la víctima que implique la agravación ha de ser necesariamente diferente al que se use para la consideración, en su caso, del tipo básico, en respuesta al principio *non bis in idem*⁹⁸. Por ello, quizás resulte adecuado considerar que el legislador ha pretendido distinguir la «situación personal» que puede servir para agravar la pena del resto de «situaciones» socio-económicas o familiares que quedarían contempladas en el tipo básico.

Sea como fuere, en aplicación de esta agravación se han dictado cinco sentencias condenatorias en el periodo objeto de investigación, de las que solo cuatro pueden tenerse en cuenta (el 6,8%)⁹⁹. En tres de ellas se apreció más de una circunstancia constitutiva de la especial vulnerabilidad de la víctima, de manera que se valoró en dos casos la menor edad; en tres, la situación; y en una, la enfermedad y la discapacidad¹⁰⁰.

3.1.2.6. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Las circunstancias previstas en el cuarto apartado del artículo 156 bis del Código penal también se contemplan para definir la especial vulnerabilidad en dos de los subtipos cualificados ubicados entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 180.1.3º y 188.3). En ambos casos se agrava la pena cuando «la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación».

⁹⁸ ESQUINAS VALVERDE, P., «Trata de seres humanos», ob. cit., págs. 115-116.

⁹⁹ Una de ellas quedaría al margen de este análisis porque se agravó solo por la menor edad de la víctima, que no sería una de las condiciones de vulnerabilidad previstas en el precepto, sino que aparece como una circunstancia agravante independiente aunque prevista en el mismo apartado (SAP Barcelona 398/2019, de 31 de julio).

¹⁰⁰ En dos de las resoluciones se tuvo en cuenta la menor edad de la víctima pero junto con otras circunstancias: en una, la escasez de recursos y los problemas con el alcohol (SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo); y en otra, el hecho de hallarse en un país extranjero del que las víctimas desconocían su idioma y costumbres, careciendo de dinero propio y contactos que pudiesen auxiliarlas (SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo). Ambas se han tenido en cuenta en la presente investigación. En la tercera sentencia la razón fue, según se expone, la enfermedad y discapacidad debida a la «atrofia cerebral y epilepsia focal sintomática, síndrome orgánico de la personalidad y demencia postraumática, siendo dependiente a sustancias psicoactivas» (SAP La Coruña 473/2016, de 29 de julio). Y en la última de ellas se argumentó que el autor del delito se había prevalido «de la situación de vulnerabilidad, tanto en origen como en destino, totalmente precaria de dichas mujeres, desconocedoras del idioma español, careciendo de dinero propio y contactos que pudiesen auxiliarlas» (STS 178/2016, de 3 de marzo).

La primera vez que en el Código penal se utilizó la expresión «vulnerable» fue, precisamente, en relación con esta tipología delictiva¹⁰¹. En ese momento la vulnerabilidad se limitaba a la edad, la enfermedad y la situación. Actualmente, en el artículo 180.1.3º se agravan las penas previstas para los delitos de agresiones sexuales (arts. 178 y 179) cuando «la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183»¹⁰². Y a ese mismo precepto remiten los artículos 181.5 y 182.2, por lo que se refiere a los abusos sexuales¹⁰³. Por lo tanto, esta circunstancia agrava tanto las agresiones como los abusos sexuales. No obstante, quedan al margen de este subtipo cualificado los menores de dieciséis años porque en ese caso resulta de aplicación el artículo 183 del Código penal.

Antes de la reforma operada en este precepto mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el artículo 180.1.3º agravaba la pena «cuando la víctima [fuese] especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando [fuese] menor de trece años». Eso explica el elevado número de sentencias condenatorias localizadas en aplicación de este subtipo cualificado en el periodo escogido, puesto que se aplicaba siempre esta agravante, de modo automático, cuando la minoría de trece años concurría. Pero, puesto que de las 58 sentencias que se han localizado en aplicación de esta agravante, algunas no hubiesen podido reproducirse teniendo en cuenta el precepto en vigor, que deja al margen a los menores de dieciséis años, para este estudio se han tenido en cuenta solo las que resultarían igualmente con el precepto en su redacción actual. Así pues, se han tomado un total de 31 sentencias, aunque, puesto que en trece se apreció más de una circunstancia, se han valorado 45 circunstancias constitutivas de vulnerabilidad.

Las circunstancias tenidas en cuenta han sido: en veinte casos la discapacidad¹⁰⁴; en siete, la situación (concretamente, en cuatro casos

¹⁰¹ Se estableció esta agravante mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tanto en el artículo 180 como en el artículo 182.

¹⁰² El primer apartado del artículo 180 determina que: «las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. 3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183».

¹⁰³ El artículo 182.2 del Código penal establece que «cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª, o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código».

¹⁰⁴ SAP Barcelona 766/2015, de 4 de noviembre; SAP Navarra 261/2015, de 12 de noviembre; SAP Madrid 385/2016, de 25 de mayo; SAP Barcelona 482/2016, de 7 de junio;

por embriaguez; en dos, por embarazo, y en uno por vivir en un entorno rural y solitario)¹⁰⁵; en cinco, la menor edad de entre dieciséis y dieciocho años (o la edad indeterminada en la sentencia)¹⁰⁶; en tres, la enfermedad¹⁰⁷; y en dos, la ancianidad¹⁰⁸. Advuértase, sin embargo, que si la menor edad hubiese sido tenida en cuenta sin restricciones sería la primera causa de vulnerabilidad en este ámbito.

Por su parte, el artículo 188.3 del Código penal agrava la pena prevista en el tipo básico, como ya se ha avanzado, «cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación». No obstante, cabe advertir que el tipo básico sanciona a quienes induzcan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines. Consecuentemente, la especial vulnerabilidad de la víctima en este caso solo debería apreciarse en caso de ancianidad, enfermedad o situación. Otra cosa será que se lleven a cabo actos tendentes a la prostitución de un menor discapacitado, pues en ese caso, una de las circunstancias podría ser determinante del tipo básico y la otra, si fuese de la suficiente entidad, del supuesto agravado.

En relación con este último precepto, cuya agravación por razón de la especial vulnerabilidad se creó mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se han localizado dos sentencias, aunque una de ellas ya ha sido tenida en cuenta para agravar la pena en el delito de trata de seres humanos¹⁰⁹. En la otra, se agrava la pena por la edad de la víctima: los hechos ocurrieron desde que la víctima tenía trece años hasta que cumplió los dieciséis¹¹⁰.

SAP Madrid 319/2016, de 8 de junio; SAP Las Palmas 246/2016, de 28 de junio; SAP Vizcaya 84/2016, de 20 de diciembre; STS 478/2017, de 27 de junio; STS 653/2017, de 4 de octubre; SAP Barcelona 938/2017, de 5 de diciembre; STS 823/2017, de 14 de diciembre; SAP Guipúzcoa 125/2018, de 5 de junio; STSJ Extremadura 10/2018, de 18 de septiembre; STS 630/2018, de 12 de diciembre; SAP Vizcaya 61/2018, de 17 de diciembre; SAP Navarra 307/2018, de 27 de diciembre; SAP Madrid 92/2019, de 11 de febrero; STS 588/2019, de 27 de noviembre; y STS 610/2019, de 11 de diciembre.

¹⁰⁵ SAP Valencia 58/2016, de 29 de enero; SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; STSJ Extremadura 10/2018, de 18 de septiembre; SAP Lugo 221/2018, de 18 de diciembre; y STS 344/2019, de 4 de julio.

¹⁰⁶ SAP Barcelona 766/2015, de 4 de noviembre; SAP Valencia 58/2016, de 29 de enero; SAP Barcelona 482/2016, de 7 de junio; SAP de Lugo 149/2017, de 31 de julio; y SAP La Rioja 160/2018, de 21 de noviembre. En todas estas sentencias se aprecia la edad junto con otra circunstancia: embarazo, discapacidad y dudas sobre su identidad sexual.

¹⁰⁷ SAP Vizcaya 75/2016, de 18 de noviembre; SAP Vizcaya 84/2016, de 20 de diciembre; y STS 739/2017, de 27 de febrero.

¹⁰⁸ SAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero; y SAP Baleares 75/2019, de 10 de julio.

¹⁰⁹ STS 178/2016, de 3 de marzo.

¹¹⁰ SAP Sevilla 22/2019, de 7 de marzo.

3.1.2.7. Delitos farmacológicos

En relación con los delitos farmacológicos no se hace referencia expresa a las situaciones que conformarían la especial vulnerabilidad (art. 362 quáter) ni se puede deducir este extremo de la práctica judicial porque todavía no se ha dictado ninguna sentencia condenatoria, a pesar de haber entrado en vigor mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Además, debe advertirse que, a diferencia del resto de los subtipos cualificados analizados, no se hace referencia a la víctima, al ser un delito contra la salud pública, sino a las «personas especialmente vulnerables»¹¹¹.

Concretamente, este precepto se limita a establecer la mayor pena de los delitos ubicados en los artículos 361, 362, 362 bis y 362 ter en el caso de que los medicamentos, sustancias nocivas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales del artículo 362 se hubieran ofrecido o facilitado a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o «personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado»¹¹².

Según la doctrina, esta circunstancia puede ponerse en relación con las personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación de drogas¹¹³. En cualquier caso, del término «vulnerables» quedarán excluidos los menores de edad y los discapacitados, por estar expresamente

¹¹¹ Ponen de manifiesto las incoherencias en este ámbito cuando se contienen referencias a las víctimas, SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., *Suplementos deportivos, dopaje y salud pública. Aspectos penales*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 72; y DOVAL PAIS, A., «Criterios de tutela penal de la salud pública», en DOVAL PAIS, A. (Dir.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Iustel, 2010, pág. 47.

¹¹² El precepto en cuestión establece que «se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos 361, 362, 362 bis o 362 ter, cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, profesional sanitario, docente, educador, entrenador físico o deportivo, y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. 2.ª Que los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales referidos en el artículo 362: a) se hubieran ofrecido a través de medios de difusión a gran escala; o b) se hubieran ofrecido o facilitado a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado. 3.ª Que el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos. 4.ª Que los hechos fuesen realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos».

¹¹³ FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, pág. 1626. Al respecto, apunta SÁINZ-CANTERO que el mayor problema que generará esta circunstancia radica en que solo se provocará el efecto agravante cuando la especial vulnerabilidad lo sea en relación al concreto producto que se le facilite, y esta previsión es contradictoria con el concepto de salud pública e introduce elementos de responsabilidad objetiva (en «Delitos contra la seguridad colectiva (II)», MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, 2020, págs. 1088-1089).

contemplados en el apartado al margen de las personas que pueden considerarse especialmente vulnerables.

3.2. Resultados de la investigación cualitativa. Especial referencia a la compatibilidad entre las agravantes de alevosía y especial vulnerabilidad de la víctima

Son varios los obstáculos que ha debido afrontar la jurisprudencia penal para tratar de aplicar adecuadamente esta circunstancia de carácter victimológico y que han podido detectarse mediante el estudio de las sentencias objeto de la presente investigación.

Por una parte, los tribunales han alertado acerca de las dificultades para concretar el contenido de la «situación» como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad. Concretamente, en este ámbito, se plantean dos cuestiones: la primera, si puede tratarse de una situación más o menos ocasional, puesto que la agravante suele estar redactada indicando que la víctima «sea» especialmente vulnerable o que «se trate de» una persona especialmente vulnerable; y, la segunda, si debe limitarse a la «situación personal» o puede abarcar también, por ejemplo, la situación socio-económica o familiar de la víctima.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, alguna sentencia ha descartado de manera tajante que el subtipo cualificado pueda apreciarse ante una circunstancia ocasional¹¹⁴. Sin embargo, en otras, se aprecia, como se ha visto, por la embriaguez de la víctima, por ejemplo¹¹⁵. Y, por lo que se refiere a la segunda duda planteada, efectivamente, un sector de la doctrina requiere que la «situación» constitutiva de la especial vulnerabilidad se desprenda de la situación personal de la víctima y no de las condiciones espacio-temporales ya que, por ejemplo, «en cuanto a la violación, la vaciaría de contenido, dado que nunca acaece a plena luz del día y en medio de una multitud»¹¹⁶. No obstante, la situación personal ha sido regulada expresamente en el artículo 177 bis.4 del Código penal y ha recibido duras críticas, precisamente, por dejar fuera la situación familiar, social o económica¹¹⁷.

¹¹⁴ SAP Palmas 246/2016, de 28 de junio.

¹¹⁵ SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; y STS 344/2019, de 4 de julio.

¹¹⁶ ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, ob. cit., pág. 58.

¹¹⁷ De hecho, como ya se ha señalado, en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código penal, se consideró «demasiado restrictivo pues la realidad pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de víctimas del delito de trata por otras situaciones, como por ejemplo la familiar, social o económica. Por ello, entendemos que en este punto

En cualquier caso, se asuma la interpretación que se asuma, esta circunstancia resulta sumamente criticable desde el punto de vista del mandato de taxatividad derivado del principio de legalidad¹¹⁸. Es más, el fundamento de la agravación en estos casos parece diferente al que justificaría la cualificación de los comportamientos delictivos cometidos sobre personas especialmente vulnerables por razón de la edad, la discapacidad o la enfermedad, por lo que convendría reflexionar acerca de la equiparación que contempla el Código penal¹¹⁹.

Es recurrente, por otra parte, el debate acerca de la aplicación de esta agravante cuando la especial vulnerabilidad de la víctima ha sido decisiva para considerar los tipos básicos contra la libertad e indemnidad sexuales. La doctrina ha afirmado reiteradamente, a pesar de lo dispuesto en el artículo 180.1.4º, que el subtipo cualificado previsto en el artículo 180.1.3º del Código penal constituye una concreción de la agravante genérica de abuso de superioridad¹²⁰ y plantea problemas de *bis in idem* cuando la vulnerabilidad de la víctima ha sido determinante para valorar la propia existencia de la intimidación o la violencia constitutivas de la agresión sexual, o incluso la falta de consentimiento en el abuso sexual¹²¹. Sin embargo, la jurisprudencia se ha mostrado contradictoria en cuanto a la admisión del subtipo agravado en estos su-

debería mantenerse la redacción actual, que abarca todas las situaciones, dejándose su valoración según las circunstancias concurrentes que se acrediten».

¹¹⁸ CANCIO MELIÀ, M., «Agresiones sexuales. Violación», ob. cit., pág. 1043.

¹¹⁹ De hecho, en el *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* publicado en noviembre de 2020 solo se contemplan la edad, la enfermedad y la discapacidad entre las circunstancias constitutivas de la especial vulnerabilidad de la víctima (art. 102).

¹²⁰ ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, ob. cit., pág. 208; MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Libro II: Título VIII: Cap. I (Art. 180)», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, Aranzadi, 2016, pág. 1294; y PÉREZ CEPEDA, A.I., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)», en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, 2018, pág. 281. En las SSTS 131/2007, de 16 de febrero, y 971/2006, de 10 de octubre, ya se afirmó que esta especial vulnerabilidad no es sino una redefinición de la agravante genérica de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario donde se desarrolla la agresión sexual, precisándose en la primera de las sentencias, que el concepto de «vulnerabilidad» equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, supone una maniobra desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor.

¹²¹ ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, ob. cit., págs. 47-65; y MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Libro II: Título VIII: Cap. I (Art. 180)», ob. cit., pág. 1295. Alcácer Guirao propone la siguiente solución en relación con las agresiones sexuales: solo en los supuestos en los cuales acontezca un grado de violencia o intimidación que vaya más allá de lo imprescindible para doblegar la oposición a personas inmersas en esa «especial vulnerabilidad» permitirán la aplicación de la agravación. Sin embargo, cuando pueda predicarse la existencia de una violencia o intimidación «bastante» precisamente en virtud de esa especial vulnerabilidad estaremos ante el tipo básico de la agresión sexual o violación. Y cuando no exista ningún tipo de violencia o intimidación por estar ante personas que, dada su especial vulnerabilidad, sean incapaces de ofrecer cualquier tipo de resistencia, será de aplicación el abuso sexual *prima facie* agravado

puestos. En ocasiones, coincidiendo con la postura de la doctrina, se ha mostrado contraria a su aplicación cuando ya ha sido tenida en cuenta para apreciar el tipo básico por problemas de solapamiento¹²². Pero en otras, en cambio, ha defendido su compatibilidad por tener, según alega, distinto fundamento¹²³.

Con todo, si hay una dificultad sobre la que insistentemente se han pronunciado los tribunales ha sido la compatibilidad entre la alevosía constitutiva del delito de asesinato y la hipercualificación que se prevé para los delitos contra la vida humana independiente por la especial vulnerabilidad de la víctima.

La doctrina ha subrayado los problemas de *bis in idem* que genera esta previsión cuando sobre esas víctimas se proyecta la doctrina jurisprudencial sobre seres indefensos¹²⁴. En ambos casos se agrava la pena por el estado de desamparo de la víctima, que le impide defenderse adecuadamente del ataque. Por ello, algunos autores descartan la aplicación conjunta de la alevosía y la especial vulnerabilidad¹²⁵. Esto es, además, lo que sugirió el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de reforma del Código penal¹²⁶. Sin embargo, la jurisprudencia, una vez más, ha dictado sentencias con decisiones dispares en este ámbito.

(págs. 56 y 57). La STS 150/2018, de 18 de marzo, por su parte, declara la imposibilidad de acumular las agravaciones del apartado 3º y 4º del artículo 180 para evitar el *bis in idem*.

¹²² SAP Madrid 154/2019, de 21 de mayo; SAP Málaga 246/2019, de 3 de julio; y SAP Valencia 663/2019, de 12 de diciembre.

¹²³ Entre otras, en la SAP Girona 654/2016, de 30 de noviembre; en la SAP Madrid 184/2019, de 18 de marzo; y en la SAP Murcia 261/2017, de 15 de junio. Así pues, por ejemplo, en la SAP Madrid 184/2019, de 18 de marzo, se estima que, aunque sea cierto que en la intimidación puede influir el grado de desvalimiento del sujeto pasivo, «la acción intimidatoria concreta se encierra a vencer la voluntad de la víctima, mientras que el subtipo agravado de especial vulnerabilidad opera en relación con una situación de libertad cercenada que dificulta la defensa de la misma y en casos en que esto último constituya también ingrediente fáctico de la intimidación no es posible apreciar el subtipo agravado por infracción del *non bis in idem*, pero la sola vulnerabilidad no comporta intimidación por lo ya señalado, ni siquiera la «ambiental» que exige una puesta en escena que excede la especial vulnerabilidad».

¹²⁴ Aluden a este problema, entre otros, MORALES PRATS, F., «Libro II: Título I (Art. 140)», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, Aranzadi, 2016, pág. 987; y MUÑOZ RUIZ, J., «Delitos contra la vida y la integridad física», ob. cit., págs. 355 y 356.

¹²⁵ Peñaranda Ramos, en esta línea, sostiene, en el caso de los menores de 16 años la compatibilidad porque la alevosía por desvalimiento se refiere a menores de muy corta edad. Entonces esta agravante quedaría reservada, a su juicio, para casos en los que la menor edad de la víctima solo conducía hasta ahora a la apreciación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad. En cambio, respecto del resto de circunstancias constitutivas de especial vulnerabilidad, estima que quizás debería reservarse para casos que no conlleven una completa exclusión de las posibilidades de defensa del ofendido (es decir, nuevamente, la reconduce a los casos de abuso de superioridad). Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», ob. cit., pág. 808.

¹²⁶ El CGPJ sostuvo en su Informe a la reforma del Código penal que la circunstancia primera del artículo 140 «evidencia una tendencia al *non bis in idem* por cuanto buena

En algunos casos, en línea con lo defendido por la doctrina y con el Informe del CGPJ, el Tribunal Supremo ha advertido que las circunstancias agravantes de alevosía y especial vulnerabilidad de la víctima son incompatibles, al menos, si se trata de menores de edad¹²⁷. Defiende la aplicación de la alevosía y, por ende, del tipo básico de asesinato cuando se trate de menores de muy corta edad; y en el caso de delitos contra menores de diez o más años considera que debe optarse por el homicidio agravado con base en la especial vulnerabilidad de la víctima por ser un caso de abuso de superioridad y no de alevosía¹²⁸.

En otras sentencias el Tribunal Supremo ha matizado esta postura, con acierto a mi parecer, para afirmar la compatibilidad entre ambas circunstancias agravantes cuando la alevosía no se considere por desvalimiento, sino que sea, por ejemplo, proditoria o inopinada. Sostiene, en esta línea, que concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía y especial vulnerabilidad): si la alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), habría alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima, y si además hubiese una condición de especial vulnerabilidad, ambas previsiones serían compatibles¹²⁹.

Por último, recientemente, el Tribunal Supremo ha defendido, en contra de sus pronunciamientos anteriores, la compatibilidad incluso

parte de los supuestos a los que se refiere (menor edad o persona especialmente vulnerable) terminarán en alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma».

¹²⁷ STS 80/2017, de 10 de febrero. En este línea, sostiene la SAP Guadalajara 3/2018, de 15 de noviembre, que «la muerte de una persona especialmente vulnerable por razón de su corta edad ya merece en el Código Penal un reproche mayor y una sanción agravada, considerándose alevosa por desvalimiento de la víctima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que, si dicha circunstancia fuera la única que cualificara como asesinato la muerte de los dos niños, no resultaría aplicable el apartado primero del artículo 140.1 del Código penal pues supondría *bis in idem*».

¹²⁸ Es más, en la STS 716/2018, de 16 de enero, se afirmó que «dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión con quiebra del principio *non bis in idem*».

¹²⁹ En esta línea, véanse las SSTS 520/2018, de 31 de octubre, y 367/2019, de 18 de julio. También, en esta dirección, estima Muñoz Conde que, teniendo en cuenta que esta cualificación está prevista también para el homicidio y que esta previsión hace insostenible ya la interpretación de que toda muerte de un ser desvalido es automáticamente alevosa, habrá que interpretar que en principio solo será aplicable si primero puede calificarse la muerte como asesinato por alguna otra circunstancia distinta de la alevosía. En otras palabras, si la víctima es especialmente vulnerable y ello hace innecesario usar medios o formas en la producción de la muerte que aseguren la ejecución e impidan la defensa, lo que procede es aplicar homicidio cualificado, no asesinato alevoso. Al respecto, MUÑOZ CONDE, S., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 57.

entre la alevosía por desvalimiento y la hipercualificación del artículo 140.1.1º bajo argumentos que no pueden compartirse. Entiende que «el subtipo cualificado de especial vulnerabilidad de la víctima es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental». Y ese enunciado, según expone, «es algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaliéndose de su imposibilidad de defensa. 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 protección». De manera que se concluye que «conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad [...]. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso»¹³⁰.

Esta conclusión permitiría, igualmente, la aplicación conjunta de las circunstancias 2ª y 5ª del artículo 148 del Código penal, y con más motivo justificaría la compatibilidad entre la agravante de especial vulnerabilidad de la víctima y las de abuso de superioridad y prevalimiento (consideradas, como se sabe, alevosía menor por la jurisprudencia penal) previstas en los artículos 180.1.4º y 188.3.b¹³¹. Pero, como se avanzaba, esta determinación no puede respaldarse por los motivos que se alegan en el siguiente epígrafe.

4. Conclusiones

La revisión de 58 sentencias dictadas por los diversos órganos jurisdiccionales penales entre 2015 y 2019 permite concluir que el sub-

¹³⁰ STS 814/2020, de 5 de mayo.

¹³¹ De estos conflictos la doctrina se ha referido en muchas ocasiones a la relativa a la compatibilidad entre la agravación de pena por prevalimiento (art. 180.1.4º) y por especial vulnerabilidad (art. 180.1.3º). Véanse, al respecto, ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, ob. cit., págs. 47-65; y MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R., «Libro II: Título VIII: Cap. I (Art. 180)», ob. cit., pág. 1295. La STS 150/2018, de 18 de marzo, declara, en esta línea, la imposibilidad de acumular las agravaciones del apartado 3º y 4º del artículo 180 para evitar el *bis in idem*. Pero, en cuanto a la relación entre la menor edad y el prevalimiento, el Tribunal Supremo estima que son realidades distintas con distinto fundamento: «el de la edad descansa en la personal limitación de la víctima invalidante de su formal consentimiento mientras que el prevalimiento se apoya en el abusivo aprovechamiento de una relación de superioridad por quien lo obtiene. Son desvaloraciones diferentes y compatibles entre sí cuando concurre el aprovechamiento por el sujeto de una relación de superioridad facilitadora de la acción por circunstancias distintas de la edad de la víctima» (SAP Las Palmas 28/2016, de 29 de enero, y SAP Girona 654/2016, de 30 de noviembre).

tipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima más aplicado es el previsto en el artículo 180.1.3º del Código penal y la circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad más aludida es la edad (concretamente, la minoría de edad). Sin embargo, el subtipo cualificado que se ha apreciado en mayor medida en proporción al número total de sentencias condenatorias dictadas en aplicación del precepto cuya pena agrava es el previsto para el delito de trata de seres humanos. Asimismo, cabe matizar que la edad no ha sido la circunstancia más utilizada por los tribunales en relación con todas las tipologías delictivas. En el delito de trata de seres humanos la principal causa de la especial vulnerabilidad agravante apreciada por la jurisprudencia ha sido la situación socio-económica en la que se encontraba la víctima y en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, su discapacidad.

Esto se debe, en parte, a que el tratamiento que el Código penal ofrece a la especial vulnerabilidad de la víctima en cuanto que agravante es absolutamente dispar, sobre todo, por lo que se refiere a la menor edad y a la discapacidad. Como se ha señalado, mientras que, en relación con la mayoría de los ilícitos penales, se considera que todos los menores de edad podrían ser víctimas especialmente vulnerables; en otros casos, solo cabe considerar como víctimas especialmente vulnerables a los menores de entre doce y dieciocho años; en otros, a los menores de entre dieciséis y dieciocho años; y en otros, la especial vulnerabilidad del menor de cualquier edad se presume *iuris et de iure*. También sucede que, por ejemplo, en algunas figuras delictivas la discapacidad es causa de especial vulnerabilidad agravante, mientras que la situación no lo es (arts. 138.2.a y 140.1.1º) y en otras, se contempla exactamente lo contrario (art. 172 ter.1).

Diverge, asimismo, la respuesta penal asignada a la agravación sin que, tampoco en este caso, se encuentre una justificación clara para ello: mientras que cinco de los subtipos cualificados examinados obligan a imponer la pena superior en grado¹³², en dos se prevé la pena en su mitad superior¹³³ y en el resto se contempla una agravación específica¹³⁴. Igualmente, sorprende que en la mayoría de los delitos objeto de este estudio se prevea que la agravación será de aplicación preceptiva por parte del órgano judicial, pero, sin embargo, la prevista en el artículo 148.5

¹³² Los previstos en los artículos 138.2, 156 bis.4, 177 bis.4, 188.3 y 362 quáter

¹³³ Artículos 181.5 y 182.2 en relación con el artículo 180.1.3º del Código penal.

¹³⁴ En el artículo 140.1.1, la prisión permanente revisable; en el 148.5, la pena de prisión de dos a cinco años; en el artículo 153.1, la pena de prisión de seis meses a un año; en el 180.1.3, la pena de cinco a diez años de prisión si se trata de las agresiones del artículo 178 y de doce a quince años si se trata de las agresiones del artículo 179; en los artículos 171.4 y 172.2, la pena de prisión de seis meses a un año; en el 172 ter, la pena de prisión de seis meses a dos años; y en el 184.3, la pena de prisión de cinco a siete meses.

sea de aplicación potestativa, teniendo en cuenta el resultado causado o riesgo producido.

En definitiva, el Código penal aborda la agravante por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima de un modo, al menos internamente, incoherente. Por ende, la jurisprudencia penal incurre en numerosas contradicciones en este ámbito. Un claro ejemplo de ello es el constante cambio de rumbo de la jurisprudencia penal por lo que se refiere a la relación entre las agravantes de alevosía por desvalimiento y de especial vulnerabilidad. Asimismo, los tribunales se contradicen a la hora de definir la situación, y de estimar la compatibilidad entre el subtipo cualificado en examen y los abusos o agresiones sexuales cuando la especial vulnerabilidad de la víctima ha sido decisiva para determinar la ausencia de consentimiento, o la existencia de intimidación o violencia.

Se trata, en el caso del solapamiento entre circunstancias agravantes (por ejemplo, en caso de conflicto entre las circunstancias de alevosía o abuso de superioridad y especial vulnerabilidad de la víctima que se prevén en el artículo 148 o 180.1 del Código penal), de concursos de normas que deberían resolverse en aplicación del artículo 8 del Código penal. Para ello, resulta imprescindible determinar de forma precisa el fundamento de la agravación basada en la especial vulnerabilidad de la víctima, que en este trabajo he defendido que vendría conformado, por un lado, por la facilidad con la que alguien puede ser atacado; es decir, por el mayor desvalor de la conducta; y, por otro lado, por las mayores secuelas que sufren estas víctimas y el incremento del riesgo de victimización, que conllevarían un mayor desvalor del resultado.

Siendo ello así, aunque las consecuencias vayan a ser las mismas, debería resultar de aplicación preferente la circunstancia agravante que trae causa en la especial vulnerabilidad de la víctima con base en el principio de especialidad, puesto que abarca el mismo desvalor de la conducta que el resto de agravaciones aludidas, al que se suma un mayor desvalor del resultado.

En cambio, cuando la cuestión reside en determinar si resulta aplicable el subtipo cualificado (por ejemplo, en caso de conflicto entre el asesinato alevoso o las agresiones sexuales y la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad de la víctima que se contempla para cada una de estas figuras delictivas), debería aplicarse, en virtud de la regla de inherencia que asume el artículo 67 del Código penal, el tipo básico cuando la especial vulnerabilidad de la víctima ha sido determinante para su concurrencia.

Por último, podrían contemplarse de manera conjunta las circunstancias agravantes en conflicto y, del mismo modo, apreciar el subtipo cualificado previsto para el asesinato y para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, si la especial vulnerabilidad de la víctima no ha sido determinante para apreciar la norma con la que concurre. Con base

en este razonamiento, resulta difícilmente comprensible la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 5 de mayo de 2020 en defensa de la aplicación conjunta del asesinato alevoso por desvalimiento y la hiper-cualificación basada en la especial vulnerabilidad de la víctima que conllevan la imposición de la prisión permanente revisable.

Con todo, me pregunto si no resultaría conveniente una regulación uniforme de la especial vulnerabilidad de la víctima en el Código penal español, que tuviese el mismo alcance y cuya agravación tuviese las mismas consecuencias jurídico-penales. A mayor abundamiento, cabe plantearse si esta agravante no debería resultar de aplicación a cualquier delito, pues, considerando el fundamento de la misma, quizás tenga sentido su existencia igualmente, por ejemplo, en el delito de hurto, en el de detenciones ilegales o en el de tráfico de drogas, que, de hecho, ya prevén este tipo de agravación con otras fórmulas¹³⁵.

Cabe, entonces, sostener la conveniencia de valorar la posibilidad de que la agravante por la especial vulnerabilidad de la víctima se inserte como genérica en el artículo 22 del Código penal y se pueda delimitar así de un modo más claro la diferencia entre esta, la de abuso de superioridad y la de alevosía¹³⁶. Es más, teniendo en cuenta que el pasado 19 de

¹³⁵ Por ejemplo, el artículo 235 determina que «el hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años: [...] Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito». El artículo 165 establece que «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». Y el artículo 369 concreta que «se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: [...] Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación».

¹³⁶ Como sostiene Peñaranda Ramos, no debe pasarse por alto que la construcción judicial de la llamada «alevosía por desvalimiento», por muy asentada que esté en la jurisprudencia española, no deja de suscitar graves dificultades de fundamentación, especialmente en lo que se refiere a su compatibilidad con la definición auténtica de la alevosía en Derecho y, por tanto, con la vigencia del principio de legalidad. El Tribunal Supremo, tras admitir que la alevosía según la conocida definición legal consiste en el empleo por el autor de medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarle, sin el riesgo que para su persona pudiese proceder de la defensa por parte del ofendido, considera que es cierto que quien acaba con la vida de un recién nacido no tiene que desplegar un especial esfuerzo selectivo a la hora de decidirse por un medio de ejecución carente de riesgos. Pero también lo es que la propia selección de la víctima le garantiza una ejecución sin riesgo. La introducción de la modalidad agravada del homicidio por ser la víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable puede dar ocasión a que el Tribunal Supremo revise la compatibilidad de una interpretación semejante con el tenor literal de la ley y, en particular, la oportunidad de seguir equiparando la selección de los medios,

junio de 2020 se aprobó el *Proyecto de Ley Orgánica de Protección integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia*, en el que se recoge una reforma del Código penal para añadir «por razones de aporofobia y exclusión social» al artículo 22.4, cabe insistir en la relevancia de una correcta regulación en este ámbito que evite solapamientos incomprensibles. Y a ello debería sumarse la reflexión acerca de si debería quedar incluida la «situación» entre las circunstancias determinantes de la especial vulnerabilidad de la víctima, teniendo en cuenta los problemas que plantea su vaguedad y la falta de constatación de riesgos al margen de la victimización primaria¹³⁷.

Referencias bibliográficas:

- ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, 2004.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio», en Lamarca Pérez, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, 2018, págs. 1-33.
- ANARTE BORRALLO, E., «Lesiones», en Boix Reig, J., (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, 2016, págs. 127-184.
- BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*, Bosch, 2020.
- CANCIO MELIÀ, M., «Agresiones sexuales. Violación», en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, págs. 1035-1044.
- CARBONELL MATEU, J.C., «Homicidio y sus formas (I)», en González Cussac, J.L. (Coord.), *Derecho penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 41-57.
- DOVAL PAIS, A., «Criterios de tutela penal de la salud pública», en Doval Pais, A. (Dir.), *Dopaje, intimidación y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Iustel, 2010, págs. 29-47.
- ESQUINAS VALVERDE, P., «El delito de trata de seres humanos» en Marín de Espinosa Ceballos, E. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, 2018, págs. 109-120.

modos o formas de ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, con la selección de una víctima que garantice una ejecución sin riesgo o incluso con la ejecución del hecho sobre una víctima cuya posibilidad de defensa esté de antemano excluida dado su «estado o condición», sin que se pueda decir con propiedad que se haya producido «selección» alguna. Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», ob. cit., págs. 808-809-.

¹³⁷ GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., *Víctimas vulnerables*, ob. cit., págs. 41 y 42.

- FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes», en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, págs. 1623-1630.
- FELIP I SABORIT, D., «Las lesiones», en Silva Sánchez, J.M., (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Barcelona, Atelier, 2018, págs. 73-92.
- FRAILE COLOMA, C. & JAVATO MARTÍN, M., «Artículo 171», en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*, Aranzadi, 2015, págs. 337-360.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., «Delitos contra la salud y la integridad corporal», en Gómez Rivero, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, 2018, págs. 83-120.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «Artículo 180», en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*, Aranzadi, 2015, págs. 493-502.
- GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. & AMOR ANDRÉS, P.J., *Víctimas vulnerables*, Editorial Síntesis, 2019.
- JUANATEY DORADO, C., «Homicidio», en Boix Reig, J., (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, 2016, págs. 17-44.
- LÓPEZ WONG, R., «La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas», en Pérez Alonso, E. & Pomares Cintas, E. (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 321-346.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 2016.
- MORALES PRATS, F. & GARCÍA ALBERO, R., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, Aranzadi, 2016, págs. 1269-1405.
- MORALES PRATS, F., «Título I: Del homicidio y sus formas», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, Aranzadi, 2016, págs. 945-1008.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. & AGUILAR CÁRCELES, M.M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Dykinson, 2014.
- MOYA GUILLEM, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España*, Marcial Pons, 2018.
- MOYA GUILLEM, C., *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, 2020.
- MUÑOZ CONDE, S., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2019.

- MUÑOZ RUIZ, J., «Delitos contra la vida y la integridad física», en Morillas Cueva, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Dykinson, 2015, págs. 335-374.
- ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en González Cussac, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 199-215.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», en Molina Fernández, F. (Coord.), *Memento práctico penal 2019*, Francis Lefebvre, 2018, págs. 787-810.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)», en Gómez Rivero, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, 2018, págs. 259-296.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., «Delitos contra la seguridad colectiva (II)», Morillas Cueva, L. (Dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, 2020, págs. 1077-1098.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., *Suplementos deportivos, dopaje y salud pública. Aspectos penales*, Tirant lo Blanch, 2018.
- SANTANA VEGA, D.M., «El nuevo delito de trata de seres humanos», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 104/2011, págs. 79-108.
- SIERRA LÓPEZ, M.V., «La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada», en Núñez Castaño, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 205-221.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Título III: De las lesiones», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, Aranzadi, 2016, págs. 1021-1082.
- VARONA MARTÍNEZ, G., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. & PÉREZ MACHÍO, A.I., *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención*, 2015, material docente disponible en: <https://ocw.ehu.eus/course/view.php?id=355> (última consulta: 04/08/2020).
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctimas de trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas», *Indret*, n.º 2/2014, págs. 1-31.

Apéndice jurisprudencial

Tribunal	Nº de sentencia	Fecha
Tribunal Supremo	971	10 de octubre de 2006
Tribunal Supremo	131	16 de febrero de 2007
Tribunal Supremo	919	22 de octubre de 2010
AP de Barcelona	766	4 de noviembre de 2015
AP de Navarra	261	12 de noviembre de 2015
AP de Valencia	58	29 de enero de 2016
Tribunal Supremo	178	3 de marzo de 2016
AP de Castellón	148	12 de mayo de 2016
AP de Madrid	385	25 de mayo de 2016
AP de Castellón	179	2 de junio de 2016
AP de Barcelona	482	7 de junio de 2016
AP de Madrid	319	8 de junio de 2016
AP de Las Palmas	246	28 de junio de 2016
AP de La Coruña	473	29 de julio de 2016
Juzgado de lo Penal nº 1 de Ponferrada (León)	162	21 de octubre de 2016
AP de Vizcaya	75	18 de noviembre de 2016
AP de Vizcaya	84	20 de diciembre de 2016
AP de Madrid	588	29 de diciembre de 2016
AP de Girona	654	30 de diciembre de 2016

Tribunal	Nº de sentencia	Fecha
Tribunal Supremo	125	27 de febrero de 2017
AP de Gran Canaria	131	15 de mayo de 2017
AP de Murcia	206	17 de mayo de 2017
Tribunal Supremo	478	27 de junio de 2017
AP de Sevilla	351	24 de julio de 2017
AP de Palma de Mallorca	348	25 de julio de 2017
AP de Lugo	149	31 de julio de 2017
Juzgado de lo Penal nº 6 de Málaga	292	11 de septiembre de 2017
Tribunal Supremo	653	4 de octubre de 2017
AP de Córdoba	434	18 de octubre de 2017
AP de Vizcaya	68	17 de noviembre de 2017
AP de Barcelona	938	5 de diciembre de 2017
Tribunal Supremo	823	14 de diciembre de 2017
AP de Madrid	807	18 de diciembre de 2017
AP de Las Palmas	73	15 de febrero de 2018
Tribunal Supremo	150	18 de marzo de 2018
AP de Madrid	217	20 de marzo de 2018
Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona	84	3 de abril de 2018
AP de Guipúzcoa	125	5 de junio de 2018
TSJ Islas Canarias	23	7 de junio de 2018
AP de Almería	334	30 de julio de 2018

Tribunal	Nº de sentencia	Fecha
AP de Baleares	471	12 de septiembre de 2018
AP de Albacete	415	12 de noviembre de 2018
AP de Guadalajara	3	15 de noviembre de 2018
TSJ Extremadura	10	18 de septiembre de 2018
TSJ País Vasco	37	8 de octubre de 2018
AP de La Rioja	160	21 de noviembre de 2018
Tribunal Supremo	630	12 de diciembre de 2018
AP de Vizcaya	61	17 de diciembre de 2018
AP de Lugo	221	18 de diciembre de 2018
AP de Baleares	127	20 de diciembre de 2018
AP de Santander	748	21 de diciembre de 2018
AP de Navarra	307	27 de diciembre de 2018
AP de Santander	748	21 de diciembre de 2018
AP de Zaragoza	58	6 de febrero de 2019
AP de Madrid	92	11 de febrero de 2019
Tribunal Supremo	76	12 de febrero de 2019
AP de Valencia	106	1 de marzo de 2019
AP de Sevilla	22	7 de marzo de 2019
Juzgado de lo Penal nº 1 de Logroño	126	17 de abril de 2019
AP de Castellón	187	17 de mayo de 2019
AP de Valladolid	137	4 de junio de 2019

Tribunal	Nº de sentencia	Fecha
Tribunal Supremo	331	27 de junio de 2019
Tribunal Supremo	344	4 de julio de 2019
AP de Baleares	75	10 de julio de 2019
AP de Barcelona	398	31 de julio de 2019
Tribunal Supremo	588	27 de noviembre de 2019
Tribunal Supremo	610	11 de diciembre de 2019

