

II

2021

N.º 134

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Dykinson, S.L.

II

2021

N.º 134

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

SECCIÓN ESTUDIOS PENALES

ASPECTOS DE LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA. A LA VEZ UNA REFLEXIÓN ACERCA DEL USO (Y/O ABUSO) DE LA TÉCNICA DE “LEYES INTEGRALES”. <i>Por Pilar Fernández Pantoja</i>	5
DISCAPACIDAD Y DERECHO PENAL A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. <i>Por Fátima Pérez Ferrer</i>	47
LA OCUPACIÓN PACÍFICA DE INMUEBLES: EL DELITO LEVE DE USURPACIÓN (ART. 245.2 CP). <i>Por Josefa Muñoz Ruiz</i>	81
NEUROPREDICCIÓN: OBSERVACIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DE LA PSICOPATÍA. <i>Por María Sánchez Vilanova</i>	125
SOBRE EL USO DE LA RADICALIZACIÓN COMO ELEMENTO VERTEBRADOR DE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO YIHADISTA: DOS TESIS SOBRE LA INOPERANCIA DE UN CONCEPTO Y SUS CONSECUENCIAS SOCIALES. <i>Por Carlos Fernández Abad</i>	157

SECCIÓN ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS

LA REINSERCIÓN POSTPENITENCIARIA EN ESPAÑA: EL CAMINO HACIA LA UNIVERSALIDAD. POR José Cid.....	195
ODOLOGÍA CRIMINALÍSTICA Y PERROS FUNCIONALES: EL PROYECTO BALDO. <i>POR JOSE MANUEL RÍOS CORBACHO</i>	231

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. <i>Por Manuel Jaén Vallejo</i>	273
--	-----

“CUESTIONES DE HECHO” Y “CUESTIONES DE DERECHO” EN EL PROCESO PENAL. Por <i>Manuel Jaén Vallejo</i>	297
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES: PRESTACIONES ECONÓMICAS INCLUIDAS, RESPONSABILIDAD CIVIL Y PERSEGUIBILIDAD. <i>Por José León Alapont</i>	315
SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA	
RECENSIÓN A JOSEFA MUÑOZ RUIZ, <i>RESPUESTA JURÍDICO-PENAL AL CRIMEN ORGANIZADO</i> , TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021, 290 PÁGINAS. Por <i>Ana Belén Pérez Martínez</i>	349
NOTICIARIO	361
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	403

*DISCAPACIDAD Y DERECHO PENAL
A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS
EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO*

*Disability and Criminal Law in the light
of the latest reforms in our legal system*

FÁTIMA PÉREZ FERRER*

Fecha de recepción: 24/06/2021

Fecha de aprobación: 25/08/2021

RESUMEN: La finalidad de este trabajo es realizar una aproximación desde el punto de vista jurídico-penal al tratamiento que reciben las personas con discapacidad en diferentes escenarios, –como sujetos activos y pasivos–, señalando aquellas cuestiones más significativas en relación al artículo 25 CP tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que adapta sus términos a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), y las previsiones contenidas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la Víctima del Delito. Asimismo, se introducen las recientes LO 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente; la Ley

* Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Almería. Este trabajo es elaborado en el marco de la Convocatoria de Ayudas a Transferencia de Investigación “Transfiere 19”: El Derecho y las entidades de carácter social -001468 (01/02/2020 - 31/01/2022) financiado por la Universidad de Almería y la Asociación de Personas con Discapacidad “El Saliente”.

8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modificando algunos aspectos relativos a la responsabilidad civil derivada del delito, y la LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha incorporado de forma transversal algunos aspectos en materia de menores con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; personas con discapacidad necesitadas de especial protección; causas de inimputabilidad; medidas de seguridad; Estatuto de la Víctima del Delito.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to make an approach from the legal-criminal point of view to the treatment received by people with disabilities in different scenarios, –as active and passive subjects–, pointing out those most significant issues in relation to Article 25 CP after the reform operated by the LO 1/2015, of March 30, which adapts its terms to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), and the provisions contained in L. 4/2015, of 27 April, which approves the Statute of the Victim of the Crime. In addition, are introduced the recent LO 2/2020, of December 16, amending the Criminal Code for the eradication of forced or non-consensual sterilization of persons with disabilities who are judicially incapacitated; L. 8/2021, of June 2, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, modifying some aspects relating to civil liability arising from crime, and LO 8/2021, of June 4, on the Comprehensive Protection of Children and Adolescents against Violence, which has incorporated in a cross-cutting manner some aspects relating to minors with disabilities.*

KEY WORDS: *Disability; people with disabilities in need of special protection; causes of inimputability; security measures; Statute of the crime victim.*

SUMARIO: I. Consideraciones generales.- II. Las personas con discapacidad como sujeto activo del delito.- III. Las personas con discapacidad como sujeto pasivo del delito: modificaciones más recientes.- IV. Especial referencia a las personas con discapacidad en la ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la Víctima del Delito.- V. Valoraciones finales.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El propósito fundamental de este trabajo es analizar de forma específica la respuesta que le otorga el Derecho Penal a las personas con

discapacidad como sujetos protagonistas de los comportamientos delictivos, –bien como autores o partícipes–, o bien como sujetos pasivos, –por ser titulares del bien jurídico–, otorgándoles una protección especial¹. Conviene señalar ya *ab initio*, que junto al desarrollo legislativo producido tras la reforma por la LO 1/2015, de 30 marzo, también se ha podido apreciar en el ámbito jurisprudencial una evolución importante en materia de protección de las personas con discapacidad, en aras de conseguir una situación de efectiva y plena igualdad que en el ámbito penal llevaba cuestionándose mucho tiempo².

En nuestro país, y aunque es en las últimas décadas cuando existe un interés creciente en destacar las necesidades especiales que requieren las personas con discapacidad, los derechos y garantías de las mismas aparecen ya recogidos en diversos preceptos de la Constitución. Entre ellos, se encuentra el artículo 14, que establece el principio de igualdad ante la ley de todas las personas “*sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal*”; en segundo lugar, el artículo 9, cuando dispone que corresponde a los Poderes Públicos “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social*”; en tercer lugar, el artículo 10, en el que se recoge la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social; y por último, en el ámbito de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, se incluye un novedoso artículo 49, que prevé que: “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que*

¹ Sobre este tema, también se han pronunciado MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “El tratamiento de la discapacidad en el Derecho Penal”, *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Alcaín Martínez, E. (Coord.), Granada, 2006, pp. 393 y ss.; TAPIA BALLESTEROS, P.: “Tratamiento de las personas con discapacidad en el Código Penal”, *Huri-Age Consolider-Ingenio* 2010, núm. 17, 2018, pp. 1 ss.; ORTEGA MATESANZ, A.: “El Derecho Penal y la persona con discapacidad”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Muñiz Espada, E. (Coord.), 2020, pp. 507 y ss., y PANTALEÓN DÍAZ, M./PUENTE RODRIGUEZ, L.: “Derecho Penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención”, *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: el Derecho en el umbral de la política*, Munar Bernat, P.A. (Dir.), 2021, pp. 117.

² PANTALEÓN DÍAZ, M./PUENTE RODRIGUEZ, L.: “Derecho Penal y discapacidad...”, cit., pp. 117 ss.

requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”³.

En el contexto internacional, el primer instrumento de carácter vinculante que se refiere de manera específica a las personas con discapacidad es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), hecha en Nueva York, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, –ratificada posteriormente por España el 3 de diciembre de 2007–, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Su objetivo esencial consiste en *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”, adoptando, como uno de sus principales desafíos, el “modelo social” de discapacidad vigente en un gran número de países en el ámbito de nuestro Derecho Comparado, y que viene a corregir las lagunas y omisiones del modelo anterior⁴. Bajo esta nueva consideración, en su artículo 2 párrafo segundo determina que *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, con una redacción muy similar, como veremos más adelante, a la que acoge nuestro legislador penal de 2015*”⁵.

³ Más detalladamente, Vid. RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.: “Tratamiento jurídico-social de la discapacidad: breves referencias a su evolución histórica y principales retos actuales”, <http://ecplusproject.uma.es>.

⁴ Esta Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo sobre las Personas con discapacidad, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (Vid. BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008), y mediante el cual todo Estado Parte reconoce la competencia del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para controlar el cumplimiento de lo dispuesto en la Convención.

⁵ A este respecto, Vid. PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2008, p. 66; BLÁZQUEZ MARTÍN, D.: “La garantía en igualdad de la libertad y seguridad de las personas con discapacidad tras la ratificación de la Convención”, *Estudios sobre el impacto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, Madrid, 2010; CABRA DE LUNA, M.: “La protección de la discapacidad en el ámbito internacional: la Unión Europea”, *AAVV, Protección Social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en Homenaje a Adolfo Jiménez*, 2014, pp. 288 y ss; DE LORENZO GARCÍA, R.: “La Convención: un desafío inaplazable”, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Alcaín Martínez, E. (Dir.), Valencia, 2015, pp. 10 y ss.; MANGA ALONSO, M.T.: “Incidencia de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, *Revista Jurídica de*

Tras este cambio de paradigma, se pone de manifiesto que la discapacidad es un concepto en permanente evolución, y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁶. De un modo análogo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) señala que se trata de un fenómeno complejo que refleja “una relación estrecha y al límite entre las características del ser humano y las características del entorno en donde vive”, por lo que incluye no sólo las propias particularidades del sujeto (afectación de una estructura o función corporal, o en la ejecución de acciones tareas), sino también a la interacción con las condiciones sociales⁷.

En nuestra regulación interna, se ha producido un proceso de adaptación normativa, donde se aprueba la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, y en cuya Disposición Adicional Octava, se dispone la sustitución del término “minusválidos” o “personas con minusvalía” por “personas con discapacidad”⁸; y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social⁹, que deroga a la anterior Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU), en la que se sustituía el término “incapaz” por el de “discapacidad”, y “persona con discapacidad necesitada de especial protección”¹⁰.

Se ha de advertir que el término “discapacidad” ha sido incorporado recientemente al ordenamiento jurídico-penal español por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal de 1995, con el ob-

Castilla y León, núm. 48, 2019, pp. 129 ss., y DE LORENZO GARCÍA, R./PÉREZ BUENO, L.C.: *Nuevas fronteras del Derecho de la Discapacidad*, Pamplona, 2021, pp. 11 y ss.

⁶ Cfr. Decisión 2010/48/CE) del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

⁷ Vid. World Health Organization: <http://www.who.int/topics/disabilities/es/>.

⁸ Cfr. Ley 38/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006).

⁹ Cfr. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

¹⁰ AGUILAR CÁRCELES, M.M.: “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género”, *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Madrid, 2015, pp. 74 ss.

jeto de cumplir con las directrices internacionales¹¹. Hasta ese momento sólo existía una efímera referencia a “persona discapacitada” en el artículo 619, donde se sancionaba, en el ámbito de las faltas contras las personas a “(...) *Los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados*”.

Esto no significa que no se previera una especial atención a las personas con discapacidad en determinados tipos penales, o que no se otorgase una respuesta penal diferente cuando el autor era una persona con discapacidad. Lo que ocurría con anterioridad a la reforma es que se empleaban los términos “incapaz” y “minusvalía” para referirse a aquellas personas que, con independencia de que tuvieran declarada su incapacitación, padecieran una enfermedad de carácter persistente que le impidiera gobernar su persona o bienes por sí misma¹². Así, debido al fundamento y fines particulares del sistema de justicia penal, y sin pretender ir más allá de este texto, el artículo 25 de nuestro texto legal establecía que: “*A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que la impida gobernar su persona o bienes por sí misma*”¹³.

No obstante, se ha de recordar que, aunque la fórmula empleada por el legislador penal era muy similar a la que utilizaba el Código Civil en su artículo 200, la previa existencia de una incapacidad civil no provocaba en ningún caso, y de forma automática, el reconocimiento de la persona como incapaz para el Derecho Penal; y a la inversa, como destaca

¹¹ Algunas referencias a la “minusvalía” fueron sustituidas ya en nuestro Código Penal con la aprobación de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la de “discapacidad”. Así, en la circunstancia 4ª del artículo 22, incluyéndose también en el artículo 607 la discapacidad como causa discriminatoria en los delitos de genocidio, y en el delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis, incrementándose la pena si la víctima era una persona especialmente vulnerable por razón de su enfermedad, discapacidad o situación. Vid. ORTEGA MATESANZ, A.: “El Derecho Penal y la persona...”, cit., pp. 512 y ss.

¹² TAPIA BALLESTEROS, P.: “Tratamiento de las personas con discapacidad...”, cit., pp. 1 y ss.

¹³ Un análisis exhaustivo del artículo 25 del Código Penal antes de la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se puede ver en TRAPERO BARREALES, M.A.: “El concepto de incapaz en el Código Penal”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, Vol. V, 1998, pp. 9 y ss; URBANO GÓMEZ: “El concepto de incapaz en el artículo 25 del nuevo Código Penal español”, *La Ley*, 2000, pp. 1753 y ss; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: “El tratamiento de la discapacidad...”, cit., pp. 396 y ss, y SANTANA VEGA, D.M.: “Protección jurídica penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores (I)”, *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, 2008, pp. 39 y ss.

RODRIGUEZ MOURULLO, “(...) sin que su aplicación por parte de los Tribunales de lo Penal pueda trascender al orden civil”¹⁴. Incluso, en un sujeto considerado inimputable de acuerdo con el artículo 20 del Código Penal, a quien debiera aplicársele una medida de seguridad por estar exento de responsabilidad penal, podrían no concurrir las condiciones necesarias para su declaración como incapacitado civil.

En la actualidad, tras la entrada en vigor de la reforma de 2015 se han derogado ambas referencias y se utiliza el término “discapacidad”, tal y como se reconoce en el Apartado XXVII de la Exposición de Motivos cuando establece lo siguiente: “(...) Las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del Código Penal se refiere impropiamente a minusvalía o a incapaces, una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad –(ya derogada)–, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de “discapacidad” y de “persona con discapacidad necesitada de especialmente protección”¹⁵.

A tal fin, se modifica el artículo 25 del Código Penal para actualizar tales términos y ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal. Tal modificación encuentra plena correspondencia con lo establecido en la Ley 38/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, al afirmar en su Disposición Adicional Octava que las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”. Y para mayor claridad y refuerzo de

¹⁴ RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “Artículo 25”, *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo, G. (Dir.), Madrid, 1997, p. 163.

¹⁵ Cfr. Apartado número XXVII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Sobre ello, Vid. AGUILAR CÁRCELES, M.M.: “Proposición para delinquir...”, cit., p. 72.

esta previsión, se incorpora también un apartado doscientos cincuenta y ocho del artículo único de la ley, para que todas las referencias realizadas en el Código Penal al término “*minusvalía*” se sustituyan por el término “*discapacidad*” (apartado primero); y que el término “*incapaz*” se sustituya por el de “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*” (apartado segundo)¹⁶.

El artículo 25 de nuestro texto legal vigente acoge una definición constituida *ex professo* para el ámbito penal, esto es, para la interpretación de los delitos e instituciones en él previstos, y señala que: “*A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente*”.

De la lectura del precepto se puede deducir que las personas con discapacidad configuran un grupo de carácter heterogéneo con necesidades muy dispares, dificultando, en algunas ocasiones, enormemente la identificación como colectivo¹⁷. Sin romper totalmente con la regulación anterior y tal y como señala la doctrina mayoritaria, la alusión de forma genérica a “discapacidad” incluiría a todas las personas con discapacidad, –afectaciones al sistema motriz, al aparato locomotor, sistemas digestivo, cardio-respiratorio, urinario, inmunitario, etc.–, mientras que solo se calificaría como “personas necesitadas de especial protección” a aquellos sujetos que cuentan con una deficiencia intelectual o mental –tengan o no judicialmente modificada su capacidad de obrar–, de manera que requieran por ello de asistencia o apoyo de terceros para el ejercicio de su capacidad jurídica y la toma de decisiones sobre su propia per-

¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G.: “Artículo 25”, *Comentarios al Código Penal*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Tomo I, Navarra, 2016, pp. 337 y ss, y ORTEGA MATESANZ, A.: “El Derecho Penal y la persona...”, cit., pp. 511 y ss.

¹⁷ En esta línea, se ha pronunciado DE ASIS ROIG, R.: “Derecho humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*, Campoy Cervera, I./Palacios Rizzo, A. (Coords.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 7.

sona. Esto es, supuestos referidos únicamente a limitaciones psíquicas y a la dificultad para tomar decisiones válidas en Derecho en los que se necesita complementar su capacidad jurídica¹⁸.

De otra parte, la exigencia del carácter “permanente” de la situación –a diferencia de “persistente” como exigía la norma anterior–, continua planteando el problema de las enfermedades que son cíclicas. Si se atiende a la *ratio legis* del precepto, no parece haber inconveniente en apreciar la discapacidad cuando se esté atravesando por la etapa cíclica o aguda de la enfermedad, ya que aunque sea de forma acotada en el tiempo, si el ataque al bien jurídico se produce en el momento en el que la persona lo padece, –afectando en grado suficiente a su capacidad–, se puede afirmar que persiste esta situación¹⁹. Más problemática es la cuestión de las enfermedades temporales, que *a priori*, deberían ser rechazadas por no dar cumplimiento al requisito de permanencia en el tiempo, aunque en opinión de TRAPERO BARREALES, entre otros autores, esta laguna legal podría solucionarse ampliando el concepto, ya que la situación de indefensión de la víctima que sufre una enfermedad temporal puede ser análoga a la sufrida por el perjudicado en los supuestos en que la enfermedad sea permanente²⁰. En un sentido parecido, también se pronuncia MARTÍNEZ GARAY, en relación principalmente con el delito de lesiones agravadas, dado que el bien jurídico protegido en este caso es la salud, y no estaría carente de fundamento la protección especial, ya que en la *praxis*, pueden provocar una situación de desvalimiento idéntica a la causada por las enfermedades irreversibles²¹.

En efecto, esta diferenciación parece confirmar que no todas las personas con discapacidad requieren idéntica protección porque, en atención a la clase de discapacidad que presente, será necesaria una tutela penal más intensa, o el comportamiento del sujeto activo será más o menos reprochable por aprovecharse (o no) de dicha discapacidad²². Asimismo, más allá de estos cambios terminológicos, con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha incrementado el número de delitos en

¹⁸ TAPIA BALLESTEROS, P.: “Tratamiento de las personas con discapacidad...”, cit., p. 2, y ORTEGA MATESANZ, A.: “El Derecho Penal y la persona...”, cit., p. 530.

¹⁹ En la misma línea, ORTEGA MATESANZ, A.: “El Derecho Penal y la persona...”, cit., pp. 519 y 535.

²⁰ Cfr. TRAPERO BARREALES, M.A.: “El concepto de incapaz...”, cit., pp. 8 y ss.

²¹ MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad y de persona discapacitada necesitada de especial protección (art. 25)”, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, González Cussac, J.L. (Dir.), Valencia, 2015, p. 536.

²² TAPIA BALLESTEROS, P.: “Tratamiento de las personas con discapacidad...”, cit., p. 2.

los que la discapacidad de la víctima es causa específica de agravación de la pena, como veremos *infra*²³.

Finalmente, cabe destacar la recientemente aprobada LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que modifica, entre otros textos, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y a la que se hará referencia en otro apartado de este trabajo. La citada norma, publicada en el Boletín Oficial del Estado el pasado 5 de junio, introduce de forma transversal algunos matices en materia de infancia con discapacidad, al tratarse de sujetos especialmente sensibles y vulnerables a la violencia, y expuestos de forma agravada a sus efectos.

II. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Resulta evidente que el mero diagnóstico o presencia de una discapacidad en quien realiza la acción criminal no siempre se traducirá en beneficios penales, en lo que a efectos de imputabilidad se refiere. El hecho de tener una discapacidad no convierte a una persona en alguien “*incapaz de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme dicha comprensión*”²⁴. Dicho de otro modo, nadie es inimputable por el hecho de ser discapacitado, de la misma forma que se puede ser inimputable y no discapacitado. En este sentido, ACALE SÁNCHEZ afirma que la condición de una persona como discapacitada a efectos de otorgar una mayor protección penal, no se puede deducir de un mero padecimiento, como sería el caso de la sordera o la cojera, pues “*(...) aún siendo causas que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad*”, deberá comprobarse la relación efectiva del comportamiento criminal con el actuar del autor²⁵.

De acuerdo con lo anterior, se pueden distinguir dos situaciones diferenciadas en atención a que el sujeto activo presente una discapacidad

²³ ORTEGA MATESANZ, A.: “El Derecho Penal y la persona...”, cit., p. 524.

²⁴ ACOSTA GONZÁLEZ, N.: “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores (II)”, *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Díaz Palarea, M.D./Santana Vega, D. (Coords.), 2008, pp. 33 y ss., y PÉREZ FERRER, F.: “La responsabilidad penal de los menores con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad”, *La responsabilidad penal de las personas con trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH)*, Morillas Fernández, D.L. (Coord.), Madrid, 2019, p. 115.

²⁵ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Definiciones: Discapacidad”, *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Álvarez García, J. (Dir.)/Dopico Gómez Aller, J. (Coord.), Valencia, 2013, pp. 167 y ss.

intelectual, –con distintas manifestaciones y grados–, y a los que se le suma, en ocasiones, la comorbilidad con otros problemas como el alcohol y las drogas, que pueden aumentar la probabilidad de cometer delitos; o una discapacidad física o sensorial, –la ceguera, entre otras–, con importantes consecuencias a efectos de aplicación de las penas y las medidas de seguridad.

En un primer momento, se evidencian mayores dificultades en los supuestos de personas con discapacidad intelectual que cometen un delito delictivo, entendiendo que la discapacidad intelectual es “*un trastorno que comienza durante el periodo del desarrollo y que incluye tanto limitaciones del funcionamiento intelectual como del comportamiento adaptativo en los dominios conceptual, social y práctico*”²⁶. Nos encontraremos, pues, ante una persona con discapacidad intelectual cuando, además de tener un desarrollo mental diferente del común de las personas, sea víctima de barreras sociales que no le permitan disfrutar de sus derechos como cualquier otra persona. Además, dependiendo de la afectación de estos derechos, se podrá hablar de diferentes grados de discapacidad intelectual, que podrían ir desde leve o moderado, hasta grave o profundo.

Conforme a la Teoría Jurídica del Delito, el elemento que analizará las características de la persona con discapacidad intelectual será la culpabilidad, que por otra parte, actúa como límite al *Ius Puniendi* del Estado. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la culpabilidad presupone la imputabilidad entendida como “capacidad de culpabilidad”, esto es, de comprender los presupuestos que legitiman la sanción penal y de comportarse de acuerdo con dicho entendimiento.²⁷ Ahora bien, es importante tener presente que la discapacidad intelectual no es sinónimo de inimputabilidad, ya que la adopción del modelo social de discapacidad tras la Convención, trae aparejada la necesaria “transformación” de este concepto, siendo necesario en todos los casos, un análisis del contexto de cada delito, indagando en el espíritu de la protección buscada, y sobre todo, en atención al bien jurídico lesionado y puesto en peligro²⁸. De este modo, y aunque no existe una línea interpretativa común por parte de nuestros Tribunales, se reconoce que una persona con discapacidad intelectual que solo requiere de cierto apoyo, tiene capacidad jurídica; razo-

²⁶ Vid. DSM-5 (American Psychiatric Association-APA, 2014).

²⁷ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1999, p. 575, y MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2015, pp. 541 y ss.

²⁸ MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto penal de discapacidad...”, cit., pp. 117 y ss.

nes que, a nuestro juicio, justifican su aptitud para responder penalmente por sus comportamientos.

Aunque el concepto de imputabilidad no ha tenido un desarrollo pacífico en la dogmática penal, el artículo 20 del Código Penal recurre a un criterio negativo para su identificación, enumerando como causas de inimputabilidad (a los efectos que nos interesan en este trabajo) los supuestos contemplados en el apartado 1º, de anomalía o alteración psíquica, por la que el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión²⁹, y el previsto en el apartado 3º, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, alterando gravemente la conciencia de la realidad³⁰.

En primer lugar, se ha de recordar que el momento de observación de la imputabilidad debe apreciarse en el momento de comisión del delito para comprobar si la persona presenta las facultades mínimas requeridas para valorar y comprender la ilicitud del hecho y actuar en los términos previstos por el ordenamiento jurídico; y en segundo lugar, que el Derecho Penal prevé distintos grados de imputabilidad, dependiendo del alcance que estas alteraciones pueden llegar a tener en la capacidad del sujeto a la hora de poder identificar la ilicitud de su comportamiento (elemento cognitivo), y de poder actuar conforme a

²⁹ En los últimos años, la nomenclatura y criterios diagnósticos con relación a la discapacidad intelectual se han ido modificando en el Manual Diagnóstico y Estadístico de las Enfermedades Mentales (DSM-5), elaborado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (www.psychiatryonline.org), y el CIE-10, de Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales, realizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación. www.mscbs.gob.es. Sobre ello, Vid. MERCURIO, E.: "Personas con discapacidad intelectual en el sistema penal. Del proceso de normalización a la discriminación", *Experiencias Nacionales, Repositorio Temático de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Red CDPD)*, 2014, 101, p. 106.

³⁰ Aunque la jurisprudencia no ha sido uniforme en este sentido, existen algunas resoluciones donde se han admitido como posibles causas de alteración de la conciencia, los defectos sensoriales (ceguera o sordomudez), y anomalías cerebrales que impiden procesar o interpretar correctamente los datos suministrados por los sentidos, o producidas en singulares casos de aislamiento o incomunicación de la persona por trastornos de carácter o excepcionales circunstancias ambientales que lo sustraen de todo contacto con el medio cultural y social. Así, la Sentencia de Tribunal Supremo núm. 170/2011, de 24 de marzo. En la doctrina, sobre ello, Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: "Derecho Penal. El tratamiento de la discapacidad...", cit., p. 401; MARTÍNEZ GARAY, L.: "Alteraciones en la percepción desde la infancia", *Memento Penal 2019*, Molina Fernández, F. (Coord.), Madrid, 2018, pp. 292 y ss, y ACOSTA GONZÁLEZ, N.: "Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad...", cit., pp. 33 y ss.

ese conocimiento (elemento volitivo), y sus efectos van a constituir una cuestión vital de cara a la imposición o no, de una pena o una medida de seguridad³¹.

En términos generales, en este precepto se recogen las causas por las que se considera que un sujeto que ha llevado a cabo una conducta típica, está exento de responsabilidad penal, porque no tiene capacidad de comprender el significado y las consecuencias de sus actos. Se trata de situaciones en las que el sujeto es calificado como inimputable porque no cuenta con la capacidad suficiente para comprender la trascendencia de sus actos o para controlarlos. Si esto es así, se considera que el sujeto no puede ser calificado de culpable, y por lo tanto, no es posible imponerle una pena a pesar de que haya realizado un ilícito penal, articulándose un sistema de medidas de seguridad como respuesta penal específica para estos casos³².

Aunque no es objeto de este trabajo realizar un análisis de todos y cada uno de los principios que rigen la aplicación de las medidas de seguridad, el Código Penal de 1995, –frente a la regulación anterior–, convierte la adopción de éstas en facultativa, limitándola a aquellas personas declaradas inimputables que han cometido el hecho tipificado como delito cuando “*de tal hecho y de las circunstancias personales*” del sujeto, se pueda deducir un “*pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*”³³; introduce el criterio de proporcionalidad en relación con la gravedad del delito cometido, (de manera que sólo podrá adoptarse una medida de seguridad que conlleve privación de libertad cuando el delito prevea, asimismo, una pena privativa de libertad y nunca por un tiempo que exceda de la duración de la

³¹ BUSTOS RAMIREZ, J.: “La imputabilidad en un Estado de Derecho”, *Control Social y Sistema Penal*, Barcelona, 1987, pp. 125 y ss; URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Granada, 2004, p. 156; MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal*, Valencia, 2005, pp. 365 y ss; PANTOJA GARCÍA, F./BUENO ARÚS, F.: “Actual doctrina de la imputabilidad penal”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 110, 2006, pp. 96 y ss; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.I.: “Derecho Penal. El tratamiento de la discapacidad...”, cit., pp. 396 y ss, y MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: “Imputabilidad y trastorno por déficit de atención e hiperactividad”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 3, 2013, pp. 6 y ss.

³² CUENCA GÓMEZ, P.: “Discapacidad y privación de libertad”, *Derechos y libertades*, núm. 32, 2015, p. 165.

³³ Con carácter general, sobre las medidas de seguridad Vid. SANZ MORAN, A.J.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 71, y SALAT PAISAL, M.: *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes inimputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 417.

pena abstractamente aplicable al hecho cometido), y determina los requisitos de revisión de la ejecución de las medidas³⁴.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, en el ordenamiento jurídico español, cuando una persona con discapacidad en los términos previstos en los apartados 1º y 3º del artículo 20 del Código Penal realiza un acto delictivo, se le impone una medida de seguridad en lugar de una pena, siempre y cuando cuente con un pronóstico de peligrosidad criminal, –es decir, la probabilidad de que vuelva a delinquir en un futuro–, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, de conformidad con el artículo 6 de nuestro texto punitivo. Dicho de otro modo, la peligrosidad es un requisito inexcusable para que pueda ser aplicada una medida de seguridad, pero *per se*, no justifica su imposición, sino que se exige haber cometido un hecho previsto como delito, de tal forma que solo así puede hablarse de peligrosidad criminal³⁵. Ello, sin olvidar que las medidas de seguridad, al igual que las penas, son una consecuencia jurídica del delito y, por lo tanto, son de carácter post-delictual.

Sin embargo, la cuestión puede resultar más compleja en la práctica, ya que en ocasiones ocurre que el sujeto no tiene plena conciencia pero si cierta capacidad de comprensión, lo cual implica no pocas situaciones conflictivas³⁶. En estos casos, el Código Penal prevé en el artículo 21.1 la aplicación de lo que se denomina una eximente incompleta de los motivos que se comprenden en el artículo 20, calificando al sujeto de semi-

³⁴ Vid. GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 131 y ss; SIERRA LÓPEZ, M.V.: *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.): *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal en el ámbito de la peligrosidad*, Madrid, 2013, pp. 236 y ss, y GONZÁLEZ COLLANTES, T./SÁNCHEZ VILANOVA, M.: “Psicopatía y medidas de seguridad”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014, pp. 127 y ss.

³⁵ MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “Derecho Penal. El tratamiento de la discapacidad...”, cit., p. 406, y PUENTE RODRIGUEZ, L.: “Psicopatía y Derecho Penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 45, 2017, pp. 62 y ss.

³⁶ Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 675/2005, de 29 de septiembre (JUR 2008/28675), aprecia una eximente incompleta, al presentar el acusado un claro trastorno por déficit de atención e hiperactividad junto con un trastorno antisocial de la personalidad y capacidad intelectual límite desde los dos años de edad, lo cual es corroborado por distintos informes médicos. La Audiencia señala que “(...) la capacidad volitiva del sujeto se encuentra seriamente mermada, afectando no sólo a su comportamiento conductual, sino también a la comprensión de la posible gravedad del acto incendiario que se le imputa”.

imputable, y pudiendo aplicar una medida de seguridad y, con carácter sustitutorio, posteriormente una pena³⁷.

Entre las medidas de seguridad a aplicar para los estados de imputabilidad y semi-imputabilidad, el Código Penal prevé en los artículos 96 y siguientes, un catálogo de medidas privativas de libertad, entre las que se encuentran los internamientos para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, y una batería bastante completa de medidas no privativas de libertad, como la custodia familiar, por la que el sujeto quedará sometido al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado; la obligación de participar en programas formativos, culturales, educativos u otros similares, y seguir tratamiento médico externo o someterse a controles médicos periódicos, entre otras³⁸.

En el ámbito de la responsabilidad civil derivada de los delitos, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modifica en su Disposición Final Primera, el artículo 118.1 del Código Penal, al sustituir la referencia como sujetos responsables directos a *“quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables”*; y el artículo 120.1 del mismo texto legal, que sustituye las referencias a las situaciones de responsabilidad civil subsidiaria por patria potestad de mayores de dieciocho años o tutela por la referencia a *“los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia”*. Igualmente, se modifica la Disposición Adicional Primera, que adapta las referencias previas a las medidas de incapacitación o internamiento, a las medidas de apoyo a la persona con discapacidad que se incorporan al ordenamiento jurídico³⁹.

³⁷ También podrá apreciarse una atenuante analógica (artículo 21.7 CP) cuando la disfuncionalidad no sea tan marcada, en relación fundamentalmente a los supuestos previstos en el artículo 20.1 del mismo texto punitivo. Así, PANTALEÓN DÍAZ, M./PUENTE RODRIGUEZ, L.: *“Derecho Penal y discapacidad...”*, cit., p. 131.

³⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, B.I.: *“Derecho Penal. El tratamiento de la discapacidad...”*, cit., pp. 404 y ss, y ACOSTA GONZÁLEZ, N.: *“Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad...”*, cit., pp. 35 y ss.

³⁹ Vid. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021. La presente reforma entrará en vigor el próximo 3 de septiembre, y pretende dar un paso más en la adecuación de nuestro orde-

Finalmente, también se puede realizar una consideración especial en el ámbito penal a las personas con discapacidad física como sujeto activo del delito. En concreto, nos estamos refiriendo a los delitos de omisión, caracterizados por la no realización por parte del sujeto activo de la acción esperada (comportamiento pasivo). Esta conducta debida puede estar expresamente prevista en la ley penal y su mero incumplimiento, independientemente de que conlleve un resultado típico o no, puede ser considerado un delito, en concreto, un delito de omisión pura o propia⁴⁰; o puede que no se evite el resultado porque se ha infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante, de acuerdo con lo previsto con carácter general en el artículo 11 CP. En cualquier caso, en ambos supuestos, para que se pueda atribuir la realización de un delito al sujeto que, efectivamente, debía haber llevado a cabo una conducta concreta, es necesario que cuente con capacidad de socorrer, ya que su no actuar no puede contenerse en el tipo penal⁴¹. De este modo, si el sujeto no contase con la capacidad física necesaria para llevar a cabo la conducta debida, no se podría considerar siquiera que ha realizado una infracción penal. En estos casos, directamente su no actuar, no dará lugar al tipo.

III. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO PASIVO DEL DELITO: MODIFICACIONES MÁS RECIENTES

Aunque no son muy numerosas las investigaciones criminológicas realizadas en los últimos años, éstas han puesto de manifiesto que los discapacitados son un colectivo de riesgo, pues padecen tasas de victimización superiores a las de la población en general; riesgo diferencial

namiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, modificando, –además del Código Penal–, la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, el Código Civil, la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y el Código de Comercio.

⁴⁰ Así, el delito de omisión del deber de socorro (artículo 195 CP), el delito de impago de pensiones (artículo 227 CP), la omisión de promover la persecución de determinados delitos por autoridad o funcionario público (artículo 408 CP), y el de impedir determinados delitos (artículo 450 CP).

⁴¹ TAPIA BALLESTEROS, P.: “Tratamiento de las personas con discapacidad...”, cit., p. 6.

que según TAMARIT SUMALLA “*existe especialmente en relación con las personas con discapacidad psíquica y cognitiva*”⁴².

Las personas con discapacidad son víctimas potenciales de delito al presentar una mayor vulnerabilidad, bien porque están en inferioridad de condiciones para defenderse de determinados ataques por parte del agresor, o porque resultan afectadas de manera más grave por determinados ilícitos criminales. Además, en el caso de las personas con discapacidad intelectual, son numerosas las razones por las que éstas tienen una mayor probabilidad de ser víctimas de delitos, entre ellas, sus elevadas relaciones de dependencia, los contextos de poca intimidad derivados de la necesidad de cuidados por parte de otros, y el déficit en habilidades sociales y comunicativas⁴³.

Como puede advertirse, no sólo la terminología ha experimentado cambios en nuestro texto punitivo, sino que a lo largo de todo el articulado del Libro II del Código Penal se prevén numerosos tipos que hacen referencia a la discapacidad que ostenta el sujeto pasivo del delito, así como a la atribución de una respuesta de mayor gravedad de las infracciones penales⁴⁴.

En el Libro I, concretamente en el ámbito de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, el artículo 22.4 del Código Penal, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y más recientemente, por la LO 8/2021, de 4 de junio⁴⁵, hace referencia a la “discapacidad” cuando establece que: “*Cometer el motivo por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad,*

⁴² TAMARIT SUMALLA: “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan solo una cuestión conceptual?”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares, G. (Dir.), Navarra, 2015, p. 73.

⁴³ CENDRA LÓPEZ, J.: “La figura del facilitador como apoyo a las víctimas con discapacidad intelectual en su paso por el proceso penal”, *Nuevos horizontes en el Derecho de la Discapacidad: hacia un Derecho inclusivo*, Heredia Sánchez, L.S./Martínez Pujalte, A.L. (Dirs.), 2018, pp. 347 y ss, y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “La protección penal de las personas con discapacidad. Una aproximación a los delitos de discriminación en el Código Penal español”, *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar*, Lucas Gutiérrez, A.I. (Dir.), Madrid, 2015, p. 117.

⁴⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “Derecho Penal. El tratamiento de la discapacidad...”, cit., p. 395.

⁴⁵ Cfr. LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021). En la doctrina, más detenidamente, vid. PÉREZ VALLEJO, A.M.: *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de niños, niñas y adolescentes*, Valencia, 2021, pp. 84 y ss.

*orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*⁴⁶. Y también como circunstancia de agravación –en los mismos términos–, en cuanto a los tipos penales en particular regulados en el Libro II. Así, en el delito de discriminación laboral regulado en el artículo 314, modificado por la citada Ley Orgánica de 2021; en los delitos de odio previstos en el artículo 510.1 apartados a), b) y c), y 510.2 apartados a) y b); en los delitos relativos a la denegación de prestaciones a las que se tenga derecho por razón de discapacidad, –artículos 511 y 512– (modificados por la LO 8/2021); y en delito de asociaciones ilícitas que fomenten, promuevan o inciten el odio por su situación de discapacidad (artículo 515), igualmente modificado por esta Ley.

Un importante avance lo constituye la reforma de la excusa absoluta de parentesco en los delitos patrimoniales prevista en el artículo 268 del Código Penal, –modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo–, en consideración no sólo a lo establecido en la citada Convención, sino también a lo solicitado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) que consideraba que con la anterior regulación no se ofrecían las garantías necesarias cuando la persona perjudicada por el delito contra el patrimonio era una persona con discapacidad⁴⁷. Como consecuencia de ello, el actual artículo 268.1 de nuestro texto legal dispone que: *“Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concorra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”*.

⁴⁶ Se ha de tener en cuenta que, en el texto original de 1995 se decía *“enfermedad o minusvalía”*, en vez de *“enfermedad o discapacidad”*, lo que facilitaba la consideración de superflua de la minusvalía por entender que el término enfermedad incluía también el de minusvalía. Sobre esta cuestión, Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, p. 46, y MACHADO RUÍZ, M.D.: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 234.

⁴⁷ Al respecto, Vid. ORTEGA MATASANZ, A.: *“El Derecho Penal y la persona...”*, cit., p. 538, y PANTALEÓN DÍAZ, M./PUENTE RODRIGUEZ, L.: *“Derecho Penal y discapacidad...”*, cit., p. 118.

Por otro lado, resulta imprescindible señalar como a lo largo de todo el Libro II, se equipara a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección con los menores, concurriendo ambas expresiones en un número importante de preceptos. Así sucede en el artículo 148.3^o al tipificar las lesiones agravadas en función de la cualidad de la víctima, modificado ahora por la LO 8/2021, de 4 de junio), cuando establece que la víctima fuere menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección⁴⁸; en el delito de mutilación genital (artículo 149.2 CP); en el delito de lesiones leves causadas en el ámbito familiar previsto en el artículo 153 CP; en la cláusula de atenuación en las lesiones regulada en el artículo 155 CP; en la cláusula de perseguibilidad prevista en los delitos relativos a la reproducción asistida (artículo 161.2 CP); en los delitos de detenciones ilegales y secuestros (artículos 165 y 166 CP); en los delitos de amenazas (artículo 171. 4 CP); en el delito de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 CP); en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, (artículos 185 y 186 CP); en los delitos relativos a la prostitución, donde la LO 8/2021, de 4 de junio, ha modificado el apartado 3 del artículo 188 CP, agravando las penas “(...) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia”; en los delitos relativos a la pornografía infantil regulados en el artículo 189,

⁴⁸ En esta línea, se puede destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 954/2016, de 12 de diciembre (JUR 2017/39139) al afirmar que: “(...) la aplicación del citado subtipo agravado del artículo 148.3 CP se justifica por la mayor desvalorización que reciben las agresiones contra personas incapaces, no solo por su mayor indefensión, sino también por las consecuencias psíquicas sobre las mismas. El concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección que maneja este precepto es un concepto normativo, definido con carácter general de acuerdo con un criterio material en el artículo 25 CP, sin que sea necesario que se haya declarado previamente la incapacidad en la jurisdicción civil para la aplicación de este tipo agravado; siendo suficiente que el Juez considere que la persona no es capaz de gobernar su persona o bienes por sí misma”. La Audiencia entendió que el acusado tenía conocimiento de la discapacidad de la víctima, afecto entre otros, de trastorno de coordinación y equilibrio y hemiparesia izquierda, con una calificación del grado de disminución del 77%, y las palabras malsonantes proferidas antes de acometer al discapacitado le delatan, al denotar y connotar el conocimiento de esa realidad que fue aprovechada, al agarrar con fuerza el cuello y propinar un fuerte empujón a la víctima, haciéndola caer al suelo, causándole las heridas que se describen en el relato de los hechos, y que fueron objetivadas por el informe facultativo de asistencia y por el dictamen médico forense, y precisamente en atención al resultado causado y al riesgo inherente a tal acción de acometimiento, ya lo fuere a título de dolo directo o de dolo eventual, se justifica la aplicación del tipo agravado, por el mayor desvalor, por el incremento, el plus de la antijuridicidad. En la dogmática penal, sobre ello Vid. FELIP I SABORI, D.: “Las lesiones”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2018, pp. 81 y ss.

y cuyo apartado 2 también se ha visto modificado recientemente por la LO 8/2021, de 4 de junio, en los mismos términos que el anterior; en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (artículo 197.5 CP); en el ámbito de los delitos contra los derechos y deberes familiares, los tipos previstos en los artículos 223, 224, 225, 228, 229, 230, 231 y 232 CP; en los delitos contra la salud pública (artículo 362 quater 2^{ab}) CP), añadiendo además la expresión de “personas especialmente vulnerables”⁴⁹, y en los delitos de terrorismo regulados en el artículo 577.2 de nuestro texto punitivo.

Una de las modificaciones más importantes en materia de protección a personas con discapacidad desde el punto de vista bioético y jurídico, –a salvo de la ya producida con anterioridad por la LO 1/2015, de 30 de marzo–⁵⁰, ha sido la supresión por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente–⁵¹, del apartado segundo del artículo 156, (en el ámbito de las lesiones), donde se preveía que no era punible la esterilización realizada por facultativo, y acordada por el órgano judicial, en el caso de personas que, de forma permanente, no pudieran prestar en modo alguno consentimiento, siempre que se tratase de supuestos excep-

⁴⁹ Sin embargo, en este mismo Capítulo, el artículo 369.1. 4^a CP agrava la pena cuando “(...) las sustancias a las 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”, lo cual pone de manifiesto, una vez más, la terminología dispar empleada por nuestro legislador. Sobre ello, Vid. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E.: “Delitos contra la seguridad colectiva (II)”, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Morillas Cueva, L. (Dir.), Madrid, 2020, pp. 1077 y ss.

⁵⁰ Esta Ley introdujo tres modificaciones fundamentales en el precepto, eliminando, en primer lugar, todas las referencias a la persona “incapaz” o “incapacitada”, sustituyéndola por la persona que de forma permanente no puede prestar el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, esto es, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido en su propia esterilización; en segundo lugar, se acentuó la excepcionalidad de la medida, sometiéndola a requisitos más estrictos, y que al parecer, dio lugar a una disminución del número de solicitudes de autorización judicial para la esterilización que se formulaban cada año, y finalmente, se estableció que la autorización habría de obtenerse en un procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, en lugar de en uno de jurisdicción voluntaria, tal y como ocurría hasta el año 2015. Vid. PANTALEÓN DÍAZ, M.: “Adiós a la esterilización de personas con discapacidad. ¿La echaremos de menos?”, *La Ley Digital*, núm. 9773, 2021, p. 4.

⁵¹ Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (BOE núm. 328, de 17 de diciembre de 2020).

cionales en los que se produjera grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado.

Sin duda, el objetivo fundamental de esta ley ha sido erradicar el supuesto de que la esterilización de personas con discapacidad permanente o incapacitadas judicialmente, la pueda acordar un Juez, buscando de este modo la protección de los derechos, especialmente de niñas y mujeres, –según señala el Preámbulo de la Ley Orgánica–, y evitar así la práctica de la llamada “esterilización forzosa o no consentida”; un procedimiento más extendido de lo que es un principio pudiéramos creer⁵². Las mujeres con discapacidad están sujetas a altas tasas de esterilización forzosa y, con frecuencia, se les niega el control de su salud reproductiva y toma de decisiones, suponiendo que no son capaces de consentir el sexo, por lo que la anticoncepción y la esterilización forzosa también pueden dar lugar a la violencia sexual sin la consecuencia del embarazo, sobre todo en el caso de las mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial⁵³.

Aun así, esta opción del legislador español de suprimir drásticamente el párrafo segundo de este precepto, según PANTALEÓN DÍAZ, no soluciona en absoluto los problemas de compatibilidad con el artículo 23 de la Convención, –donde se prevé la obligación de los Estados Parte de asegurar que las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás–, sino que, sorprendentemente, los refuerza⁵⁴. De forma crítica señala que

⁵² Se ha señalado que la esterilización forzada es una práctica más extendida de lo que la opinión pública considera, y según datos del Consejo General del Poder Judicial, en los últimos años se han practicado en nuestro país más de un millar de esterilizaciones forzadas, la mayoría de ellas en mujeres.

⁵³ Cfr. Observación General Núm. 1, 2014, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º Periodo de Sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

⁵⁴ El artículo 23 de la Convención dispone que: “1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

se ha pasado de una interpretación que, en una de sus lecturas posibles daba cabida a inaceptables esterilizaciones forzosas de personas con discapacidad, –pero que permitía también que estas consintieran válidamente en su esterilización–, a otra que descarta por completo esta última posibilidad⁵⁵.

Tras la citada reforma, se deroga también la Disposición Adicional Primera de la LO 1/2015, que preveía los requisitos necesarios para considerar conforme a Derecho la esterilización de personas cuya discapacidad intelectual o psicosocial les impidiera prestar válidamente su consentimiento a la intervención⁵⁶, señalando ahora el precepto que: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”*⁵⁷.

En este mismo texto, el legislador insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales, un Proyecto de Ley de modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica y reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, con el objetivo de reforzar que las personas con discapacidad que precisen de apoyos humanos y materiales, incluidos los tecnológicos, cuenten con la información necesaria y la documentación clínica en formatos, canales y soportes accesibles para que la decisión que adopten en su calidad de paciente sea libre e informada, y para reforzar la obligación de los poderes

⁵⁵ PANTALEÓN DÍAZ, M.: “Adiós a la esterilización de personas con discapacidad...”, cit., p. 8, y PANTALEÓN DÍAZ, M./PUENTE RODRIGUEZ, L.: “Derecho Penal y discapacidad...”, cit., pp. 144 y ss.

⁵⁶ A este respecto, la Disposición Transitoria Única de la LO 2/2020, de 16 de diciembre, prevé que los procedimientos de esterilización forzosa que estuvieran en trámite o tramitados pero no ejecutados a 18 de diciembre de 2020, con arreglo al procedimiento anteriormente descrito, quedarán sin efecto, recuperando la persona objeto de los mismos la plena libertad de decisión respecto de someterse o no al tratamiento médico.

⁵⁷ PANTALEÓN DÍAZ, M.: “Adiós a la esterilización de personas con discapacidad...”, cit., pp. 1 ss., y FERNÁNDEZ PASCUAL, C./CHICO ORTEGA, P./CAZORLA RUÍZ, M.L./GONZÁLEZ ÁLVAREZ, L.: “La esterilización de personas con discapacidad. Perspectivas bioéticas y jurídicas”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, 2021, pp. 288 y ss.

públicos de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad⁵⁸.

En otro de los sentidos indicados, como delito autónomo, se pueden destacar los tipos delictivos de exhibicionismo y provocación sexual (artículos 185 y 186), cuya tipificación depende de que los actos vayan dirigidos a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección, considerando que ambos colectivos son más indefensos, y además, ninguno de ellos cuenta con la madurez suficiente para comprender la trascendencia de determinados comportamientos⁵⁹.

Sin duda, otro de los aspectos más controvertidos, es la referencia a la especial vulnerabilidad que se contiene en algunas circunstancias de agravación específicas con respecto a los correspondientes tipos básicos de alguno de los delitos más graves tipificados en nuestro ordenamiento, empleando la ley penal la expresión de “*personas especialmente vulnerables*”, sin prever ninguna definición de la misma, lo que ha sido objeto de críticas por parte de cierto sector de la doctrina penal, por utilizar un término cuya vaguedad y amplitud resulta más que evidente⁶⁰.

Así ocurre en el delito de homicidio previsto en el artículo 138.2 a) y en el de asesinato castigado con pena de prisión permanente revisable previsto en el artículo 140.1.1^a CP, al señalar no sólo a la víctima menor de dieciséis años de edad, sino a las personas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o discapacidad⁶¹; en el delito de tráfico

⁵⁸ Cfr. Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad.

⁵⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B.: “Derecho Penal. El tratamiento de la discapacidad...”, cit., p. 414, y TAPIA BALLESTEROS, P.: “Tratamiento de las personas con discapacidad...”, cit., p. 8.

⁶⁰ Al respecto, Vid. MOYA GUILLEM, C.: “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 24, 2020, pp. 13 y ss, y ORTEGA MATESANZ, A.: “El Derecho Penal y la persona...”, cit., p. 540.

⁶¹ Sobre la persona especialmente vulnerable por razón de discapacidad en el delito de asesinato, Vid. Sentencia de Tribunal Supremo núm. 716/2018, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2019:82), al padecer la víctima, procedente de un ictus a nivel de tronco encefálico sufrido hace años, una alteración del lenguaje y marcha inestable, por lo que su capacidad de reacción era más lenta y torpe, lo que conocía el acusado; y la Sentencia de Tribunal Supremo núm. 462/2021, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2021/2172), al sufrir la víctima graves enfermedades que requerían dependencia de cuidados las 24 horas del día y gran limitación de su movilidad, donde se plantean, además, la existencia de otras agravantes como la alevosía, y la posible infracción del principio *ne bis in ídem*. En la literatura científica, Vid. MUÑOZ RUIZ, J.: “Delitos contra la vida y la integridad física”, *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Madrid, 2015, pp. 355 y ss.

de órganos, previsto en el artículo 156 bis 4 CP, cuya agravación se ha creado mediante la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero⁶²; en el delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis 4) también modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁶³; o en los delitos de agresiones sexuales, cuando el artículo 180.1.3º (ahora modificado por la LO 8/2021 de 4 de junio) alude a “(...) cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183”;

esto es, lo previsto en el ámbito de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años –artículo 183.4 a)– (también modificado por la misma norma) al señalar que: “Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”.

En este contexto, especial mención requiere el delito de abusos sexuales a personas con discapacidad, ya que fundamentalmente, las personas con discapacidad intelectual son especialmente vulnerables a sufrir abusos⁶⁴. No existe una clasificación de supuestos cerrada ni definitiva,

⁶² Sobre este delito, más detalladamente Vid. MOYA GUILLEM, C.: *La protección jurídica frente al tráfico de órganos. Especial referencia a la tutela penal en España*, 2018, pp. 311 y ss., y PÉREZ FERRER, F.: “Nuevos desafíos del delito de tráfico de órganos en el ordenamiento jurídico-penal español tras la reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 132, 2020, pp. 91 y ss.

⁶³ Sobre este delito, Vid. ESQUINAS VALVERDE, P.: “Trata de seres humanos”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Marín de Espinosa Ceballos, E. (Dir.), Valencia, 2018, pp. 113 y ss., y PÉREZ FERRER, F.: “Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español tras la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios jurídicos penales y criminológicos en Homenaje al Lorenzo Morillas Cueva*, Suarez López, J.M./Barquín Sanz, J./Benitez Ortúzar, I.F. (Coords), Vol. II, 2018, pp. 1471 y ss.

⁶⁴ Los últimos datos publicados de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019 por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género (DGVG, 2020), el 17,4% de las mujeres que tienen una discapacidad acreditada ha sufrido violencia física o sexual, frente al 11% de las mujeres sin discapacidad. Sobre ello, Vid. CASTELLANOS-TORRES, E./CABALLERO PÉREZ, I.: “La violencia contra las mujeres con discapacidad en tiempos de COVID-19 y experiencias grupales de sororidad on line”, *Revista Española de Discapacidad*, 8 (2), 2020, pp. 211 y ss., y MARTÍNEZ-FORTÚN, M.I./GESTEIRA SANTOS, C./MORÁN RODRÍGUEZ, N./GARCÍA VERA, M.P./SANZ FERNÁNDEZ, J.: “Programas de prevención del abuso sexual en personas con discapacidad intelectual y del desarrollo: una revisión sistemática”, *Revista Española de Discapacidad*, 9 (1), 2021, pp. 75 y ss.

y será necesario verificar, caso por caso, la gravedad del hecho y sus circunstancias personales, esto es, sus limitaciones y capacidades (si son de carácter severo o moderado), y como éstas pueden influir a la hora de comprender, discernir y consentir un determinado acto que les afecta⁶⁵.

Precisamente, el artículo 181 apartado segundo del Código Penal prevé que: “A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privados de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare (...)”, habiendo señalado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones que las personas disminuidas psíquicamente mayores de dieciocho años, tienen derecho a ejercer su sexualidad de acuerdo a su capacidad limitada de determinación, por lo que las relaciones sexuales mantenidas libremente, sin que exista constancia de que se ha ejercido violencia intimidatoria o que se actúa sobre una persona con carencia absoluta de la capacidad de querer y entender, deben ser impunes al no estar comprendidos en los límites cronológicos de edad⁶⁶.

Es obvio, que uno de los principales problemas en este ámbito surge porque, junto a la referencia a las “*personas con discapacidad*”, nos encontramos también con la expresión de “*víctimas especialmente vulnerables*”, por lo que resulta imprescindible cuestionarnos por la diferencia entre ambas expresiones. Si se tiene en cuenta la definición de personas con discapacidad necesitadas de especial protección prevista en el artí-

⁶⁵ En esta línea, Vid. Sentencia de Tribunal Supremo núm. 458/2014, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2492), en dos delitos de abusos sexuales continuados (el primero con acceso carnal), donde el acusado, conocedor de las limitaciones de la menor, realiza tocamientos lúbricos a la nieta de trece años de su pareja, quien padece una discapacidad del 66%, con coeficiente intelectual del 59, y una edad mental de 10 años. Con el tiempo, progresan hasta la realización de penetraciones vaginales y anales. Además, también realiza juegos sexuales con otra nieta de su pareja, también discapacitada, la cual sufre de un retraso mental leve, teniendo una capacidad mental límite o “borderline”, consistentes en provocar el contacto de las zonas genitales cuando tiene próxima a la menor. Queda acreditado, pues, “(...) el impacto emocional que en la formación integral de ambas menores ha podido tener, –y tendrán en el futuro–, una secuencia reiterada de abusos que convirtió a ambas menores en un instrumento de satisfacción sexual para el procesado”.

⁶⁶ Así, la Sentencia de Tribunal Supremo núm. 1484/2005, de 1 de diciembre (RJ 2006/1925) afirma que: “La menor padecía un ligero retraso mental que disminuye sus facultades intelectivas y volitivas, teniendo un grado de disminución reconocido del 52%. La víctima, por sus condiciones psicológicas, unido a la amistad que tenía con uno de los acusados, era una persona especialmente vulnerable que la situaba en una posición de indefensión que los acusados aprovecharon conociendo, además, esta circunstancia”. La Sala hace esta afirmación tajante, partiendo de la percepción sensorial de la víctima cuya deficiencia física se puede captar a simple vista, sin perjuicio de los dictámenes complementarios de los médicos.

culo 25 del Código Penal, y la no existencia de ninguna referencia aclaratoria al colectivo de víctimas especialmente vulnerables por razón de su discapacidad, TAPIA BALLESTEROS se plantea tres hipótesis distintas: por una parte, ser una categoría más amplia, en la que se comprendiera a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección y a las personas con una discapacidad física; por otra, podría constituirse como alternativa, relativa entonces en exclusiva a las personas con discapacidad física; o finalmente, aludir a un grupo más limitado donde solo se tutelasen a determinadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección⁶⁷.

En cualquier caso, importa aclarar que con la expresión “*víctimas especialmente vulnerables*” se alude, en general, a colectivos que, bien por sus propias características, o bien por la clase de delito de la que han sido objeto, se encuentran en una situación o posición de desvalimiento, por lo que son potencialmente susceptibles de ser víctimas; y, además, resulta más sencillo que sean objeto de doble victimización o victimización reiterada, o/y objeto de intimidación por parte del sujeto activo. Indudablemente, las personas con discapacidad cumplen con estos requisitos, bien porque físicamente se encuentren más indefensas o porque desde una perspectiva intelectual, sea más fácil lograr que cedan ante el delito, pudiendo ocurrir también que el daño que se les produce sea de mayor gravedad⁶⁸.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEY 4/2015, DE 27 DE ABRIL, POR LA QUE SE APRUEBA EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

Para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias del Derecho Comunitario, en un primer momento, a la Decisión Marco 2001/220/JAI, y posteriormente a 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 delitos⁶⁹, el legislador español aprobó la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, desarrollada por el Real

⁶⁷ TAPIA BALLESTEROS, P.: “Tratamiento de las personas con discapacidad...”, cit., p. 8.

⁶⁸ TAPIA BALLESTEROS, P.: “Ibidem...”, cit., p. 10.

⁶⁹ Vid. Artículo 9 de la Directiva 2012/29/UE que dispone: “(...) *se ha de proteger a las víctimas de delitos frente a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y las represalias; han de recibir apoyo adecuado para facilitar su recuperación y contar con un acceso suficiente a la Justicia*”.

Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, cuyo objetivo fundamental es “ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”⁷⁰.

La protección de las víctimas ha ido adquiriendo una mayor relevancia en los últimos años, y aunque, por razones obvias, no podemos profundizar en todos los aspectos, si debemos mencionar, aunque sea de forma breve, algunas particularidades especialmente significativas⁷¹. A tal efecto, la Ley ha articulado tres niveles de protección acumulativos, –siguiendo el modelo establecido en la Directiva citada *supra*: un nivel básico o estándar que resulta de aplicación a las víctimas de todos los delitos; un segundo nivel, reforzado, de aplicación a las víctimas en que se aprecien necesidades especiales de protección; y un tercer nivel, de máxima protección, aplicable a las víctimas menores de edad y personas con discapacidad o con la capacidad judicialmente modificada, donde las cifras de victimización son manifiestamente superiores a las anteriores⁷².

Entre algunas precisiones conceptuales, se ha de señalar que el Estatuto de la Víctima no define qué debe entenderse por persona con discapacidad, y ante la ausencia de una definición *ad hoc*, se ha de tomar como referencia el concepto previsto en el ya citado artículo 25 de nuestro texto punitivo, conforme a lo preceptuado también en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷⁰ La Convención de 2006 también reconoce en el artículo 13 que las personas con discapacidad “deben tener un acceso a la justicia en igualdad de condiciones”, y para garantizar que ese acceso sea efectivo, se deberán llevar a cabo los ajustes de procedimiento que sean necesarios para que estas personas puedan ser participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales, también en los penales. Sobre ello, Vid. FERNÁNDEZ MOLINA, E.: “Hacia una justicia penal inclusiva: una evaluación del paso por el procedimiento penal de las personas con discapacidad intelectual o con problemas de aprendizaje”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 132, 2020, pp. 135 ss.

⁷¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L./PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M./AGUILAR CÁRCELES, M.M.: *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, 2014, pp. 516 ss; GUTIÉRREZ BERMEJO, B./AMOR ANDRÉS, P.J.: *Víctimas vulnerables*, 2019, pp. 169 y ss, y PANTALEÓN DÍAZ, M./PUENTE RODRIGUEZ, L.: “Derecho Penal y discapacidad...”, cit., pp. 148 y ss.

⁷² TAMARIT SUMALLA, J.M.: “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿tan solo una cuestión conceptual?”, *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares, G. (Coord.), Navarra, 2015, p. 7, y PÉREZ RIVAS, N.: “Víctimas necesitadas de especial protección: especial referencia a las personas con discapacidad”, p. 3.

Entre las previsiones que se han llevado a cabo en esta Ley, se pueden señalar, entre otras, el derecho a entender y ser entendida en el proceso penal (artículo 4); el derecho a la información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido, desde el primer contacto con las autoridades competentes (artículo 5); el derecho a recibir información sobre la causa penal, y a que se le notifiquen las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria (artículo 7); y el derecho a la protección de la víctima durante la investigación penal, recibiéndoles declaración cuando resulte necesario, sin dilaciones indebidas, el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal. Asimismo, se dispone que las víctimas podrán estar acompañadas, además de por su representante procesal, y en su caso, el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario. De igual modo, los reconocimientos médicos de las víctimas sólo se llevarán a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzcan al mínimo el número de los mismos⁷³.

Inicialmente, la determinación de qué víctimas con discapacidad integran la categoría de “víctimas necesitadas de especial protección”, y en su caso, las concretas medidas a adoptar para su tutela reforzada exigen el sometimiento de la víctima a un proceso de evaluación inicial a fin de determinar sus necesidades especiales de protección⁷⁴. De acuerdo con el artículo 23 del Estatuto, en su realización, se tomarán especialmente en consideración los siguientes elementos: en primer lugar, las características personales de la víctima, y en particular, si se trata de una persona con discapacidad o si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito; si se trata de víctimas menores de edad o víctimas necesitadas de especial protección o en las que concurren factores de especial vulnerabilidad; en segundo lugar, la naturaleza del delito y la gravedad de los perjuicios causados a la víctima, así como el riesgo de reiteración del delito; y en tercer lugar, las circunstancias del delito, en particular si se trata de delitos violentos⁷⁵.

⁷³ Vid. Más detalladamente, PÉREZ FERRER, F: “Luces y sombras sobre la aplicación práctica del Estatuto de la víctima del delito”, *Anales de Derecho*, núm. 38, 2020, pp. 7 y ss.

⁷⁴ Vid. También artículo 30.3 del Real Decreto 1109/2015, de por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que establece que: “La evaluación individual atenderá a las necesidades manifestadas por la víctima, así como su voluntad, y respetará plenamente la integridad física, mental y moral de la víctima”.

⁷⁵ PÉREZ RIVAS, N.: “Víctimas necesitadas de especial protección...”, cit., p.6.

Por lo que respecta a las medidas de protección para las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, –además de las previstas en el artículo 25 de esta ley para la fase de investigación y de enjuiciamiento–, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, se adoptarán las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio, se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito, y en particular, serán aplicables las siguientes: a) las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la LECrim; y b) la declaración podrá recibirse por medio de expertos. Asimismo, el Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos: 1. Cuando valore que los representantes legales de la víctima con capacidad judicialmente modificada tenga con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permita confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal; 2. Cuando el conflicto de intereses mencionado con anterioridad exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima con capacidad judicialmente modificada, y 3. Cuando la víctima con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares⁷⁶.

En el marco de las declaraciones de los testigos, se prevé en el artículo 433 LECrim que, al presentarse a declarar, los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma. En el caso de personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de

⁷⁶ PÉREZ RIVAS, N.: “Ibidem...”, cit., p. 12, y PÉREZ FERRER, F.: “Luces y sombras sobre la aplicación práctica...”, cit., pp. 15 y ss.

las partes en el lugar de exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible⁷⁷. Además, el Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

Cuando una persona con discapacidad necesitada de especial protección intervenga en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, la autoridad judicial, acordará en todo caso, practicar la audiencia de esta persona como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral y de conformidad con lo establecido en el artículo 449 bis. De acuerdo con lo previsto en el artículo 449 ter LECrim, la autoridad judicial podrá acordar que la audiencia se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba. En ese caso, las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas. Una vez realizada esta audiencia, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la misma.

El Estatuto de la Víctima también introduce un nuevo artículo 544 quinquies en la LECrim en donde se prevé que en aquellos casos donde se investiguen delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin

⁷⁷ Asimismo, el artículo 448 LECrim establece que: *“La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”*.

de protección de la víctima con la capacidad judicialmente modificada, adoptará motivadamente alguna de las siguientes medidas: a) suspender la patria potestad de alguno de los progenitores, en cuyo caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés de esta persona y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse; b) suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento; c) establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre la persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades competentes; y d) suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección de ésta.

En la celebración del Juicio oral, el artículo 681 LECrim dispone que el Juez o Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia a las mismas, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. Asimismo, según el apartado tercero de este precepto *“Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de las víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares”*⁷⁸.

En relación a la práctica de la prueba en el juicio oral, por lo que respecta al examen de los testigos, y fuera de los casos previstos en el artículo 703 bis LECrim⁷⁹, cuando una persona con discapacidad necesitada de

⁷⁸ HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “Niños y niñas con discapacidad, victimización y proceso penal: algunas reflexiones”, *Discapacidad y menores*, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 33, 2019, pp. 24 y ss. y DÍAZ DOMINGUEZ, P.: “Una revisión a la especial vulnerabilidad del menor con discapacidad”, *Revista Española de Discapacidad*, 9 (1), 2021, pp. 59 y ss.

⁷⁹ Vid. Artículo 703 bis LECrim al señalar que: *“Cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de un testigo, se procederá, a instancia de la parte interesa-*

especial protección deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ella puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual con la persona inculpada. Con este fin, podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible a práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección (artículo 707 LECrim).

V. VALORACIONES FINALES

Lo cierto es que el incremento en las últimas décadas del interés por los problemas relacionados con la discapacidad, ha favorecido el desarrollo de una mayor sensibilización en distintos ámbitos, y entre ellos, el jurídico. El debate ha generado más polémica que nunca, y de hecho, la publicación de algunos estudios e investigaciones científicas, y la creación de distintas Asociaciones, han puesto de manifiesto que no todo está dicho sobre esta materia, y que algunos de sus planteamientos más tradicionales se encuentran en estado permanente de revisión.

De todo lo expuesto con anterioridad, se pueden deducir varias consideraciones en relación a la problemática y al tratamiento que se otorga a las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico penal español, tanto en los supuestos en los que constituye el sujeto activo del delito, como aquellos en los que resulta ser víctima del mismo, lo que dará lugar en la práctica a una respuesta punitiva intensificada.

A este respecto, resulta ineludible señalar que la respuesta penal a los delitos cometidos por personas con discapacidad, puede ir desde la aplicación de la norma general, –cuando dicha discapacidad no ha anulado o modificado las capacidades cognoscitivas y volitivas del sujeto–, o lo que

da, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual, de conformidad con el artículo 730.2, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista. En los supuestos previstos en el artículo 449 ter, la autoridad judicial solo podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio, con carácter excepcional, cuando sea interesada por alguna de las partes y considerada necesaria en resolución motivada, asegurando que la grabación audiovisual cuenta con los apoyos de accesibilidad cuando el testigo sea una persona con discapacidad. En todo caso, la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento, a instancia de parte, podrá acordar su intervención en la vista cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes”.

es lo mismo, cuando esa discapacidad no tiene consecuencia alguna en orden a su imputabilidad, hasta la exención de responsabilidad criminal, en los casos de eximente completa, cuando quedan anuladas tales capacidades y el autor del delito es inimputable. E incluso, se puede recurrir a la atenuación de la pena cuando concurre una eximente incompleta o una atenuante analógica en los supuestos de semi-imputabilidad o imputabilidad reducida. Para ello, será necesario que en el sujeto activo del delito esté presente alguna de las circunstancias previstas en el artículo 20 apartados 1 y 3 del Código Penal.

Sin ánimo de exhaustividad, en los supuestos en los que el sujeto activo cuenta con una discapacidad tal que la impide comprender la trascendencia y repercusión de sus actos o controlarlos, el Código Penal prevé una consecuencia jurídica alternativa a la pena. Como se ha indicado en las páginas anteriores, en estos casos se aplicará una medida de seguridad, siempre y cuando exista un pronóstico de peligrosidad criminal y el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. Esta solución resulta adecuada ya que no se fundamenta en la culpabilidad del autor de los hechos, sino en su peligrosidad. No obstante, su verdadera aplicabilidad resulta cuestionada por la falta de recursos materiales y económicos, lo que ha puesto en entredicho el fundamento y la verdadera finalidad de estas medidas⁸⁰.

Además, resulta de vital importancia incorporar mecanismos que garanticen la adecuada detección de la discapacidad intelectual, a menudo desapercibida por la población en general. Del mismo modo, acreditar esta discapacidad antes o durante el procedimiento penal, puede determinar la posibilidad de la persona para acceder a mecanismos de protección especiales; realizar las adaptaciones procedimentales adecuadas para asegurar la participación y el derecho de defensa de las personas con discapacidad acusadas de un delito en todas las fases del proceso penal; potenciar una mayor concienciación social hacia la situación de este colectivo, y la disponibilidad de medidas alternativas a la privación de libertad –también en el caso de las personas con discapacidad intelectual consideradas imputables–, y promover programas de reinserción social mediante la coordinación de los servicios sociales, sanitarios, judiciales y penitenciarios, en estrecha colaboración con las asociaciones y fundaciones de personas con discapacidad, que en los últimos años han desempeñado una labor fundamental⁸¹.

⁸⁰ TAPIA BALLESTEROS, P.: “Tratamiento de las personas con discapacidad...”, cit., p. 10.

⁸¹ CUENCA GÓMEZ, P.: “Discapacidad y privación...” cit., p. 202.

En lo que a las personas con discapacidad como sujetos pasivos se refiere, se puede destacar que la ley penal les brinda una especial protección al contemplar distintas posibilidades que requieren, o bien de la creación de un delito autónomo o de una modalidad agravada debido al mayor injusto o reprochabilidad que representan: discriminación por razón de discapacidad, persona con discapacidad necesitada de especial protección, y víctima especialmente vulnerable por razón de su discapacidad. No obstante, la confusión terminológica, y el modo en que finalmente se ha plasmado en el papel, no está exento de críticas relevantes, como hemos tenido oportunidad de ver⁸².

En consecuencia, y aunque en la actualidad se ha avanzado en este sentido, con planteamientos cada vez más serios y exhaustivos, sigue resultando especialmente compleja la delimitación entre víctima especialmente vulnerable por razón de su discapacidad y persona con discapacidad necesitada de especial protección. Tal y como hemos señalado, en atención al artículo 25 vidente de nuestro Código Penal, estas últimas serían personas con discapacidad intelectual pero, entonces... ¿quiénes serían las personas especialmente vulnerables? Si observamos los tipos penales en los que se tutela especialmente a este colectivo, no cabe duda que podrán ser personas con discapacidad intelectual o física, pero sin que de forma genérica, cualquier persona con discapacidad sea una víctima especialmente vulnerable. Por ello, creemos que la determinación de la vulnerabilidad constituye un elemento normativo, que junto al bien jurídico protegido, deberá ser objeto de una valoración especial por parte del órgano juzgador en cada supuesto concreto⁸³.

En cualquier caso, y si se admite esta última interpretación, podemos entender que esta circunstancia resulta criticable desde el punto de vista del mandato de determinación o taxatividad derivado del principio de legalidad penal. Siendo ello así, quizás, el legislador tendría que haber aprovechado las últimas reformas para dotar al Código Penal de una mayor uniformidad léxica y alcance, y evitar de este modo, la dispersión terminológica que todavía persiste en el mismo.

⁸² TAPIA BALLESTEROS, P.: "Tratamiento de las personas con discapacidad..." cit., p. 11.

⁸³ TAPIA BALLESTEROS, P.: "Ibidem...", cit., p. 11, y ORTEGA MATESANZ, A.: "El Derecho Penal y la persona...", cit., p. 534.