

50

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

HEI S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 50

Sumario

Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i>	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i>	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i>	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i>	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M^a del Carmen Gómez Rivero</i>	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i>	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i>	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i>	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i>	209
Sistemas penales comparados: Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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

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



La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial

Norberto J. De la Mata Barranco

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

Ficha Técnica

Autor: Norberto J. De la Mata Barranco

Abscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

ORCID: 0000-0003-2308-5687

Title: The victim in criminal law and his belonging to different collectives as an aggravatory element of criminal liability: special vulnerability or differential situation

Sumario: I. Introducción. II. La evolución legal en el tratamiento de la tutela reforzada de distintas situaciones diferenciales. 1. La regulación previa a 1995 y el nuevo Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. 2. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. 3. La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 4. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. 5. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 6. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. 7. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 8. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 9. La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. 10. La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. 11. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. III. Análisis de las circunstancias relativas a diferentes colectivos a lo largo del articulado del Código Penal vigente. IV. Aspectos contradictorios de la regulación. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Jurisprudencia.

Summary: I. Introduction. II. The legal evolution in the treatment of the reinforced protection of differential situations. 1. The regulation prior to 1995 and the new Penal Code approved by Organic Law 10/1995, of 23 November. 2. Organic Law 11/1999, of April 30, modifying Title VIII of Book II of the Penal Code, approved by Organic Law 10/1995, of November 23. 3. Organic Law 14/1999, of June 9, amending the Criminal Code of 1995, regarding the protection of victims of mistreatment and the Criminal Procedure Law. 4. Organic Law 11/2003, of September 29, on specific measures regarding citizen security, domestic violence and social integration of foreigners. 5. Organic Law 15/2003, of November 25, which modifies Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code. 6. Organic Law 1/2004, of December 28, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence. 7. Organic Law 5/2010, of June 22, which modifies Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code. 8. Organic Law 1/2015, of March 30, which modifies Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code. 9. Organic Law 2/2015, of March 30, which modifies Organic Law 10/1995, of November 23, of the Criminal Code, on terrorism offenses. 10. Organic Law 1/2019, of

February 20, which modifies Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code, to transpose European Union Directives in the financial and terrorism fields, and address international issues. 11. Organic Law 8/2021, of June 4, on comprehensive protection for children and adolescents against violence. III. Analysis of the circumstances related to different groups throughout the articles of the current Penal Code. IV. Contradictory aspects of regulation. V. Conclusions. VI. Bibliography. VII. Jurisprudence.

Resumen: El reconocimiento de la diferencia en el Código Penal, la necesidad de atender la misma y de, en su caso, ofrecer una protección reforzada contra los ataques a quienes forman parte de determinados colectivos es ya una evidencia. Sin embargo, el modo de acometer esta tarea por parte del legislador no es siempre congruente. Las diferentes Reformas del Código Penal han ido paulatinamente incorporando concretas realidades sin ofrecer al día de hoy un tratamiento lógico de cuanto se quiere tutelar.

Palabras clave: vulnerabilidad, minorías, menores, odio, aporofobia, diversidad funcional, diversidad sexual, situación diferencial.

Abstract: The recognition of the difference in the Penal Code, the need to address it and, where appropriate, offer enhanced protection against attacks to those who are part of certain groups is already evident. However, the way in which the legislator undertakes this task is not always consistent. The different reforms of the Penal Code have gradually incorporated specific realities without currently offering a logical treatment of how much one wants to protect.

Keywords: vulnerability, minorities, minors, hate, aporophobia, functional diversity, sexual diversity, differential situation.

Observaciones: Este trabajo se ha desarrollado en ejecución del Proyecto PID2020-116407RB-I00DER subvencionado por el Ministerio Español de Ciencia e Innovación y dentro de la actividad desarrollada por el Grupo consolidado de investigación GV, IT-1486-22

Rec.: 19/02/2022 **Fav.:** 01/04/2022

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del Código Penal de 1995 encontramos numerosas referencias a los “sujetos vulnerables o necesitados de especial protección” o a determinados grupos de personas considerados de modo diferenciado. La mencionada vulnerabilidad (en ocasiones también se utiliza en los Preámbulos de las distintas Reformas los términos “desvalimiento” o “indefensión”) —supuesta en determinados aspectos, como el género, que nada tienen que ver con ella— o la considerada necesidad de especial protección de determinados sujetos fundamenta en algunos casos la previsión de tipos penales específicos (dirigidos a su protección) y en otros la introducción de circunstancias que agravan la responsabilidad criminal de quienes dirigen la conducta delictiva contra quienes pertenecen a determinados colectivos, en razón de su pertenencia a los mismos o por creer que ello es así.

Analizando el Código vemos efectivamente distintas menciones que, sin embargo, van a ir variando dependiendo del delito o conducta de que se trate. Así, consideraciones sobre la ideología, la raza, la religión, el origen nacional, el género, la discapacidad, la enfermedad, las circunstancias familiares, los motivos políticos o culturales, la edad, el sexo, la identidad u orientación sexual, la aporofobia, la exclusión social, el estado gestante o, en general, las “circunstancias personales” de la víctima, son tomadas en cuenta, no siempre en todos los casos, no siempre de forma conjunta, para brindar mayor protección a sujetos discriminados, menospreciados, violentados por razón de cualquiera de ellas, protección que también se brinda en ocasiones, sin mayor especificación, a la víctima, simplemente, “vulnerable”¹.

En este contexto es de subrayar y de criticar el tratamiento que a ello da nuestro Código Penal por la absoluta heterogeneidad de respuesta, en función de cada

¹ En este sentido, MOYA GUILLÉN, “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, p. 23.

tipo delictivo, con notorias e inexplicables contradicciones y lagunas difíciles de justificar. En estas líneas pretende ponerse de relieve esta deficiente regulación legal, que quizás se explique a partir de las distintas reformas sectoriales que en la materia objeto de estudio han ido aprobándose desde 1995. Por ello procede, en primer lugar, entender cuándo y de dónde surge cada mención a los distintos motivos reconocidos como relevantes penalmente, desde el artículo 22 pfo. único, 4^a y hasta el artículo 607 bis 1.

II. LA EVOLUCIÓN LEGAL EN EL TRATAMIENTO DE LA TUTELA REFORZADA DE DISTINTAS SITUACIONES DIFERENCIALES

1. La regulación previa a 1995 y el nuevo Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

Antes de 1995 las situaciones de especial tutela que se contemplaban en el Código Penal vigente, y suponiendo que pudieran considerarse tales, al menos en alguno de los casos, se limitaban a prever el delito de violación para las menores de doce años, el de abusos deshonestos también de menor de doce años del artículo 430, el estupro de la mujer menor de veintitrés o dieciséis años, según los distintos supuestos, el rapto de mujer menor de doce, dieciséis o veintitrés años, el de prostitución de menor de veintitrés años, los delitos de suposición de parto y usurpación de estado civil y los delitos de sustracción de menores y de abandono de niños, no pudiéndose considerar en absoluto vinculadas a ellas ni la previsión del delito de parricidio del artículo 405 (con otro fundamento vinculado al “respeto familiar”) ni las lesiones parentales del artículo 420 pfo. 2 (al contrario, dada la previsión atenuadora de las lesiones a los hijos del pfo. 3 ejercidas en base al “derecho” de corrección).

En 1995, sin embargo, sí aparece la mención expresa a determinados colectivos para proponer una tutela reforzada. La propia Exposición de Motivos del nuevo Texto punitivo señala como quinto eje de los criterios de adaptación del nuevo Código Penal a los valores constitucionales el “avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva”, “introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias”, aludiéndose específicamente a la protección frente a actividades tendentes a dicha discriminación y a la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual.

Así, se introduce la agravación del artículo 22 pfo. único 4^a para acoger, de modo muy novedoso y ya bastante completo para la época (y sin reiteraciones innecesarias o conceptos difíciles de aprehender), la motivación racista, antisemita 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 u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

Se prevén las lesiones agravadas del artículo 148.3^o causadas a menor de doce años o incapaz (ésta era la terminología de la época).

Se introducen las amenazas específicas dirigidas a una población o grupo étnico en el artículo 170.

Se modifican completamente los delitos contra la libertad sexual reconociendo la especial vulnerabilidad (ya aquí se utiliza un término que se mantendrá en el tiempo, no siempre con criterio, porque la discriminación positiva no ha de tener que ver siempre sólo con ello) por razón de edad, enfermedad o situación en el artículo 180 pfo. 1.3^a, los abusos sexuales sobre menores de doce años, también con previsión de agravación en base a la especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o situación. Se contemplan los delitos de exhibicionismo y provocación sexual en relación a menores de edad [ya desde entonces, incongruentemente, menores de dieciocho años, por tanto, no de doce o, posteriormente, de trece o de dieciséis] o incapaces. También la prostitución de menor de edad o incapaz y su utilización en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

Se prevé en el artículo 197.5 una agravación en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en caso de menor de edad o incapaz y se reconoce también la especial importancia de los datos personales vinculados a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, otorgando indirectamente a determinados colectivos también mayor protección, ya que es ello lo que late en la previsión.

Se siguen manteniendo, modificados, los delitos de suposición de parto y de alteración del estado o condición del menor en los artículos 220 y siguientes. Se reestructuran, manteniendo la protección específica de menores e incapaces, los delitos contra los derechos y deberes familiares en los artículos 223 y siguientes.

Se modifican los delitos contra los derechos de los trabajadores reconociendo situaciones de necesidad en el artículo 311 y se prevé ya específicamente el delito de grave discriminación del artículo 314 por razón de ideología, religión o creencias, pertenencia a etnia, raza o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, representación legal o sindical o uso de lenguas oficiales, como vemos ya desde entonces con diferente redacción de la que se prevé en el artículo 22.4^a.

En el delito de tráfico de drogas del artículo 369 se agrava su facilitación a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos (no incapaces, no minusválidos, conceptos usados todavía en otros lugares del Código).

Y ya aquí se crea el delito del artículo 510.1 de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia

contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referencias a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, de nuevo en redacción parcialmente diferente de la de los artículos 22.4ª y 314. También el delito del artículo 510.2 de difusión de informaciones injuriosas sobre tales grupos, excepto en el caso de la situación familiar. Y el artículo 511 para la denegación de prestaciones, recuperándose la circunstancia de la situación familiar.

En el artículo 522 se prevé el delito contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos.

Y en los artículos 607 y siguientes se regulan los delitos de genocidio y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, atendiendo a grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos, así como a otros colectivos especialmente protegidos por el Derecho Internacional.

Finalmente, entre las faltas, aparece el delito de violencia familiar en el artículo 617.2.

Muchas, por tanto, pero ni mucho menos todas, las situaciones que se atienden en la actualidad, ya con ciertas incoherencias, como se va a ir poniendo de relieve.

2. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

Tal y como explica la Exposición de motivos de la Ley (todavía en esta época existían y no se habían sustituido por los actuales Preámbulos), a través de esta Reforma se revisan los tipos penales para garantizar una auténtica “protección de la integridad y libertad sexual de los menores”. Así, se introducen cambios prestando especial atención a la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y a las directrices del Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, de 29 de noviembre de 1996, acerca de una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños e incapaces. En la Reforma se hace referencia expresa a “la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud

de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”, remarcando con ello de forma clara la vulnerabilidad de estos sujetos o, al menos, su falta de madurez (sexual) y su incapacidad para consentir y, por tanto, para decidir lo que quieren.

Transponiendo esta orientación, se introduce en el Código Penal español una agravación de la pena en el artículo 180.1.3ª para los supuestos en que “la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”, no ya doce (comenzándose paulatinamente a elevar la edad en que a esa víctima se le reconoce capacidad de decisión). Además, la circunstancia prevista en el apartado 4º también pasa a hacer referencia a la vulnerabilidad que sufren las víctimas de violencia en el ámbito doméstico, recogiendo la circunstancia de prevalimiento por una “relación [del autor] de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”.

Por lo que se refiere a los abusos sexuales, se especifica en el artículo 181.2 que “se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare”, también por encontrarse éstas en circunstancia (o situación) de especial vulnerabilidad. Se penalizan en el artículo 183 las conductas de quien “interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis” y se modifica el artículo 184.3 CP para agravar la pena en los supuestos en que “la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación”. Ya aquí se utiliza este concepto de “especial vulnerabilidad por razón de” distinto del también utilizado posteriormente de “u otra situación de especial vulnerabilidad”.

En cuanto a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, el artículo 185 pasa a castigar a “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces”. Y frente a similares destinatarios de la acción punible el artículo 186 sanciona a “El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces”.

La regulación dada a los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores en la Reforma reformula el artículo 187 que acoge la conducta de “El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz”. Y contempla en el artículo 188.1 las conductas referidas a “El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella”, contemplando el mismo artículo una agrava-

ción de pena en su apartado 4 para los supuestos en que se trate de “conductas que se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución”. Obsérvese que ya en estas primeras reformas del Código de 1995 se va utilizando indistintamente el concepto de “vulnerabilidad” bien para mencionarlo genéricamente bien asociado a concretas razones de edad, enfermedad o (entonces) incapacidad.

También la previsión del artículo 189.1 a) acude a la protección de sujetos especialmente vulnerables, regulando conductas en las que “se utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades” y, en el apartado b), en las que se “produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces”. Además, el apartado 3 del precepto contempla los supuestos en que se “haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste” y el apartado 4 aquéllos en que se “tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no [se] haga lo posible para impedir su continuación en tal estado”.

Por último, en relación al delito de maltrato, la Reforma introduce a través del artículo 617.2 los supuestos en los que los malos tratos se causan a “el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan”, haciendo referencia a quienes, posteriormente, pasarán a tener un especial tratamiento en el Código en el ámbito de la violencia de género y en el de la violencia familiar.

3. La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La Reforma operada se circunscribe, como se expresa en la Exposición de motivos, a desarrollar el Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998 y realizar las modificaciones legislativas necesarias para lograr la erradicación de las conductas delictivas de malos tratos para otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de estos delitos.

Así, se modifican los artículos 33, 39, 48, 57, 83 y 105 del Código para poder incluir como pena acceso-

ria de determinados tipos delictivos la prohibición de aproximación a la víctima, con especial atención a la de malos tratos.

Se tipifica también la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas a través del nuevo artículo 153, que castigará a quien “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro”, de nuevo sujetos especialmente vulnerables.

Finalmente, el artículo 617.2 introduce una agravación de pena para “cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153” y el artículo 620.2 hace posible ejercer de oficio la acción penal en los supuestos en que estén concernidas dichas personas.

4. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

La Reforma operada en 2003 introduce numerosos cambios vinculados al fenómeno de la violencia doméstica, con incremento de penalidad y expansión de los ámbitos punitivos. Tal y como se explica en su todavía Exposición de motivos, “los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos”.

En primer lugar, se produce una modificación en el redactado del artículo 23 que queda como “circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

A través de esta Reforma se introduce el delito relativo a la mutilación genital femenina en el artículo 149.2, castigando la conducta de “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”, con especial atención a los supuestos en que “la víctima fuera menor o incapaz”. Tal y como expresa la Exposición de motivos, “la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”,

siendo además que “en la mayoría de las ocasiones son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, [...] la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”.

Se introduce a través de la modificación del artículo 153 CP, relativo al delito de malos tratos, la referencia a los casos en los que el ofendido “fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2”, que es donde se recogen las conductas relativas a quien “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

Por lo que se refiere a los delitos relativos a la prostitución y pornografía infantil, la Reforma modifica el artículo 188, incluyendo en su redacción la conducta referida a quien “se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”, y manteniendo la agravación de la pena para los supuestos en que las “conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución”.

Y en lo que respecta a la reforma del artículo 318 bis, se agrava la pena de quien “promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina [...] abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima”. Modificación, que explica la Reforma, se produce con la intención de “combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino” y de implementar las iniciativas del Consejo de la Unión Europea para establecer un marco penal común relativo a la lucha contra la trata de seres humanos (confundiendo claramente lo que es trata y lo que es migración irregular) y una mayor protección, se dirá, de las víctimas.

5. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La actual previsión del artículo 57.2 surge de la Reforma de 2003 para, según decía la Exposición de Motivos, que fuera más eficaz en la “prevención y represión de los delitos y, en especial, [...] la lucha contra la

violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos”. En su redacción se hace referencia a los delitos “cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados”.

En lo que se refiere a los delitos relativos a la corrupción de menores, se produce una importante reforma en relación al delito de pornografía infantil, por el que se endurecen las penas, se describen e introducen nuevos tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los tan criticados supuestos de la denominada pornografía infantil virtual. Así, el artículo 189 se modifica tipificando en su apartado 2 la conducta de “El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces” y agravando la pena “cuando se utilicen a niños menores de 13 años”. Además, se introduce un apartado 7 por el que se castiga a “el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”.

Se introducen también modificaciones en los delitos contra la salud pública, con un artículo 369 que contempla la agravación para cuando “las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos [no se acude aquí al en otros lugares sí utilizado concepto de “trastorno mental”] o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación”.

Y se tipifican las conductas del nuevo artículo 607 bis mediante el que se incorporan los delitos de lesa humanidad con la finalidad de coordinar la legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional y, en concreto, la punición de ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil o contra una parte de ella por “razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente

reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”.

6. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

El foco de esta nueva Reforma se fija una vez más en las víctimas de violencia de género, como se explica en la Exposición de Motivos y en su alusión a la IV Conferencia Mundial de 1995 de la Organización de Naciones Unidas, que definirá la violencia contra la mujer como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” por la que se producen agresiones “como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”. Se menciona asimismo la necesidad de atender la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la Mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General, las Resoluciones de la Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995, la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud, el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997 y la Declaración de 1999 en el Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género. Y se hace también específica referencia a la Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II).

En base a ello, se introducen modificaciones, en primer lugar, en los artículos 83, 84 y 88, refiriendo ahora ya expresamente los “delitos relacionados con la violencia de género”.

En los delitos de lesiones, se introducen como agravantes del artículo 148 los supuestos en que “la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” y aquellos en los que “la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

En cuanto al delito de malos tratos recogido del artículo 153 se introduce en el apartado 1 la referencia expresa a la víctima que “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él [el autor] por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o

persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” y similares referencias se introducen en los delitos de amenazas, artículo 171, y coacciones, artículo 172.

Por último, se introducen también modificaciones en el artículo 620, que penalizaba las vejaciones de carácter leve, para hacer referencia expresa en su redacción a los sujetos contemplados en el artículo 173.2.

7. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

De entre las reformas llevadas a cabo hay que destacar de entrada la nueva redacción dada a la circunstancia 4º del párrafo primero del artículo 22, incluyendo la identidad sexual (pero no todavía la edad, la identidad de género, la aporofobia o la exclusión social), que considerará agravante desde entonces “Cometer el delito 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, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. A una “realidad cambiante” aludirá el ya (y desde entonces siempre) Preámbulo de la Ley, a la necesidad de solventar carencias o desviaciones que había puesto de relieve la aplicación del Código y al cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Con modernas expresiones o conceptos (en lo que es su recepción legal, no su desarrollo teórico-social), como el de “identidad sexual”, pero con viejas y quizás no del todo acertadas referencias, como la de “discapacidad”.

En el artículo 36.2, y de conformidad con el Preámbulo, se establece que “para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado se establece [entre otros] en el caso de delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años”, de extrema gravedad.

En cuanto al fenómeno de la trata de seres humanos, cabe destacar la introducción del artículo 177 bis, en el que el apartado 1 hace referencia al abuso “de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”, el apartado 2 a la especial vulnerabilidad que presentan los menores de edad y el apartado 4 contempla la agravación para supuesto en que “la víctima sea menor de edad” o “especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación”. Fijémonos en que se utiliza el concepto de vulnerabilidad, en sí mismo, asociado a la que presentan los menores de edad y equiparado (en otras situaciones) a la de estos menores de edad. O sea, se es vulnerable por ser menor de edad o, por ser, entre otras cosas, menor de edad o bien se es vulnerable sin más

(pudiendo serlo por ser menor de edad). Redacción y concepción compleja de la vulnerabilidad que ni ayuda en su entendimiento ni facilita la aplicación de los distintos apartados del precepto.

En el ámbito de los delitos sexuales, la Reforma introduce numerosos cambios con el objetivo de potenciar “la protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas”, de conformidad con la necesidad de transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, que motiva la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código, de un Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». Ya no estamos por tanto ante preceptos aislados vinculados a esta edad, sino ante todo un Capítulo vinculado a ella (y no ni a otra ni a un concepto de vulnerabilidad asociado o asociable a determinada edad). Tal y como se señala, “en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores [de esa edad, habría que añadir, aunque no lo hiciera el Código] el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas”, añadiéndose que “mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”, argumento similar al de 1999. ¿Implica esto mayor tutela de situaciones reconocibles como exigentes de ella —trece y no doce años— o creencia de que la persona niña o adolescente madura en realidad más tardíamente, esto es, que con más información, más atención, más desarrollo social y cultural el proceso formativo es más lento?

En base a ello, se modifica el artículo 180.1 CP, con una nueva circunstancia 3ª de agravación para “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación”.

También se reforma el Art.181.2 CP que pasa a considerar abusos sexuales no consentidos “los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

Se penaliza, asimismo, en el artículo 182.1, a quien “interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis”.

En el artículo 183.1 CP se introduce la conducta de abuso sexual para quien “realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años”, previéndose en el apartado 4 la aplicación de la pena en su mitad superior cuando el sujeto sea especialmente vulnerable, en concreto: “a) Cuando el

escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años” y d) cuando el autor tenga “una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines”.

Se crea también un nuevo artículo 183 bis que regula el internacionalmente denominado *child grooming*, castigando a “El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento”. Como se explica en el Preámbulo, entendiéndose que “la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado [afirmación hecha, que no justificada, aunque pueda serlo] la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual”.

En cuanto a los delitos relativos a la prostitución y pornografía infantil, el Preámbulo hace referencia a la transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, que obliga a tipificar nuevas conductas, reformular algunos tipos e introducir penas como la relativa a la privación de la patria potestad. Así, el artículo 187.1 castigará las conductas de quien “induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz”, incluyendo los supuestos en que se “solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz”; el apartado 2 introduce una agravación de la pena para los supuestos en que se “realicen las conductas descritas en el apartado 1 siendo la víctima menor de trece años”; y el apartado 5 prevé la imposición de las penas “sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces”; el artículo 188.3 introduce una agravación de pena para supuestos con víctima menor de trece años; y el artículo 189 eleva las penas previstas con anterioridad para estos delitos.

También se producen modificaciones en el artículo 607.1, incluyéndose las conductas referidas a quienes “con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos” que describe a continuación. Y el artículo 607 bis considera delito de lesa humanidad el cometido “1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos,

raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”.

8. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El Preámbulo de esta nueva Ley atiende expresamente al “género” como “fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”² y atiende también la discapacidad para prevenir “conductas discriminatorias que puedan impedir el disfrute de derechos en igualdad de condiciones”³.

En relación a esto último se produce una sustitución de los términos “minusvalía” e “incapaz” que impropriadamente utilizaba el Código Penal por los de “discapacidad” y “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”, equívocos, insuficientes o erróneos para muchos especialistas que preferirían se hubiera optado por el concepto de “diversidad funcional”. Así, en base a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, modificándose un artículo 25 que entenderá 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”

y “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”⁴. Incluyendo por tanto, en ambas definiciones, el término “deficiencia”, quizás un tanto inapropiado, que todavía hoy no se ha modificado.

En relación con la cuestión del “género” se introduce una nueva circunstancia agravante en el artículo 22.4^a. Y los artículos 83.2 y 84.2 harán referencia a los “delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia”, a la hora de establecer deberes y prohibiciones y, respectivamente, a la posibilidad de imposición de multa sólo “cuando conste acreditado que [...] no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común”.

En el delito de homicidio se introduce como circunstancia agravante del artículo 140 que la víctima “sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad” (dieciséis años por tanto y ya no incapacidad). Y en el artículo 140 bis, como en los delitos de lesiones y de malos tratos, se amplía el ámbito de la libertad vigilada, cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica (artículos 140 bis, 156 ter y 173.2).

El Preámbulo de la Ley explica que la desaparición de las faltas no impide diferenciar “el tratamiento de los

2 El Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, definirá al género como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres” lo cual “puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”. Explican sintéticamente y con claridad SEOANE MARÍN y OLAIZOLA NOGALES, “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razón de género (22.4º CP)”, p. 457, que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el sujeto varón, privando así a ésta de su plena emancipación, violencia que está basada en el género y constituye uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres.

3 Es el apartado XXII del Preámbulo de la Ley el que establece como motivo de la Reforma la necesidad de adecuación a los compromisos internacionales del Estado español, como el derivado de la firma y ratificación precisamente del Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011 (Convenio de Estambul) y, en lo que a la protección de las personas con discapacidad se refiere, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, por la que se previenen las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones, sustituyéndose los términos “minusvalía” o “incapaz” por los de “discapacidad” o “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

4 Véanse, explicando la diferencia entre ambos conceptos, las reflexiones que AGUILAR CÁRCELES, “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, pp. 73 y ss.

delitos relacionados con la violencia de género y doméstica, con el fin de mantener un nivel de protección más elevado”. De este modo, para la nueva categoría de delitos leves “la denuncia previa del perjudicado no se exige en las infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica”. Así, además de redefinirse los delitos de los artículos 153 y 172.3, se introduce un nuevo apartado 4º en el artículo 173 referido a “quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173” (víctimas de violencia de género y doméstica).

Se introduce también en el nuevo artículo 172 bis el delito de matrimonios forzados, tipificándose la conducta de quien “con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio” y agravando la pena en los supuestos en que “la víctima fuera menor de edad”. Se sigue con ello la obligación normativa derivada de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas, ratificada por España, que establece en su artículo 16 que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”.

Se crea asimismo un artículo 176 ter, relativo al delito de acoso, con especial atención (y agravando la pena) a los supuestos en que “se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”, así como a aquéllos en que “el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173” (de nuevo violencia de género y doméstica).

En lo que se refiere al artículo 177 bis CP, se reformula el apartado 4º del mismo para introducir dentro de los sujetos especialmente vulnerables en relación al delito de trata de seres humanos a las mujeres que se encuentran en estado gestacional, circunstancia absolutamente novedosa y que no tendrá reconocimiento similar en ningún otro lugar del Código, ni entonces ni posteriormente y hasta hoy, con un nuevo redactado que agrava la pena en los supuestos en que “b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.”

En los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se realizan numerosos cambios por la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, endureciendo-

se las sanciones, dirá el Preámbulo de la Reforma, por las graves violaciones de los derechos fundamentales que suponen y prestándose especial atención, también se dirá, a “los derechos de los niños y a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

El cambio más trascendental en la regulación viene dado en esta materia por el aumento de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años (ni doce, como en 1995, ni trece, como en 1999 y seguimos en esa idea, no se sabe muy bien, si de “mayor protección a menores o mayor creencia de que los menores cada vez saben más tardíamente lo que quieren”).

Además, el artículo 182.1 se reformula refiriéndose ahora a “El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años”, el artículo 183.1.4ª a) introduce “el trastorno mental” (no se habla, como en otros lugares del Código, de discapacidad intelectual o psíquica) dentro de las circunstancias de especial vulnerabilidad y el artículo 183 bis incluye supuestos en que al menor, de dieciséis años, se “le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos”.

Surge asimismo un nuevo artículo 183 ter CP que amplía el ámbito de aplicación del precedente artículo 183 bis sancionando ahora a “El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor [...]”.

La reforma operada en los delitos relativos a la prostitución pasa por una separación clara entre los comportamientos en los que la víctima es una persona adulta y aquéllos en los que lo es una menor de edad o una con discapacidad necesitada de especial protección.

Al margen de ello, se modifica el artículo 187 castigando la conducta de quien “empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución”, agravándose la pena cuando se produce explotación de “víctima [que] se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica”. También, por tanto, consideraciones de índole económica (algo novedoso), como en 2019 ocurrirá, aunque desde otra perspectiva, con el hecho de la pobreza (y su correspondiente aporofobia).

Se elevan las penas previstas en estos delitos y se agravan en general en los supuestos más lesivos de prostitución infantil: así, en el artículo 188.3, en los casos en que “a) la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación” y exista “b) relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”.

En los tipos de pornografía infantil, de conformidad con la definición legal que da la Directiva 2011/93/UE, se redefine la misma, para abarcar, en, como no puede ser de otra manera, muy criticadas expresiones, “no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida”, así como “los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales”, “la persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes” y las “imágenes realistas de un menor”. Un exceso de celo protector que conduce al absurdo, impropio de un legislador racional, como bien y detenidamente se ha explicado en muchas ocasiones.

Además, se introducen agravaciones relativas a “la utilización de menores de dieciséis años” y a cuando se “represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual”.

Los cambios introducidos en el artículo 189 permiten castigar los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, además del mero uso o la adquisición de pornografía infantil.

Se introduce también un apartado 5 para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección y se faculta expresamente (apartado 8) a los jueces y tribunales para que puedan ordenar la adopción de medidas necesarias para la retirada de las páginas web de internet que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, bloquear el acceso a dichas páginas.

En lo que se refiere al artículo 197.7 relativo a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, se prevé una agravación de la pena para los supuestos en que “los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”. Obsérvese que en todos estos preceptos cuyo redactado se ha ido describiendo se acude a un concepto de discapacidad “necesitada de especial protección”, que no es ni el del artículo 22.4 ni el de los artículos 510 y siguientes, con lo que parece optarse por una menor protección en tales contextos.

Se introduce un nuevo artículo 311 bis para sancionar a quien “emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo”.

También un nuevo 362 quater para agravar la pena en los casos en que las sustancias que afectan a la salud pública “se hubieran ofrecido o facilitado a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado” y un 362 quinquies para supuestos de dopaje de menores de edad⁵.

En los delitos de quebrantamiento de condena se tipifica la conducta de quienes pretenden hacer ineficaces las medidas cautelares y penas de alejamiento impuestas en delitos de violencia de género.

Finalmente, en la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia, en base a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, que impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías, y a la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, se reformulan los delitos de los artículos 510, 511, 512 y 515 del CP para tipificar, según dirá el legislador, “de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave

⁵ Se incorporan así a la normativa penal española las conductas descritas en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de abril de 2014, sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública.

cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia”.

9. La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo

En esta Reforma el legislador introduce una agravación de pena para las conductas del artículo 577.2 pfo. 3, vinculadas a la colaboración con organizaciones, grupos o elementos terroristas, o que estén dirigidas a cometer un delito de terrorismo, cuando las mismas sean dirigidas a “menores, a personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctima de trata, con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales”. También un nuevo concepto, el de “personas necesitadas de especial protección”, que parece se entiende es diferente del de personas en situación de vulnerabilidad, personas vulnerables necesitadas de especial protección o personas en otras situaciones de vulnerabilidad, ya utilizados, pero que no se explica de ninguna manera, quedando un tanto indefinido.

10. La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional

Ya en 2019, refiriendo el Preámbulo de la Reforma la necesidad de perseguir el delito de tráfico de órganos humanos de acuerdo a las previsiones contenidas

en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, abierto a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015, se modifica el artículo 156 bis, en una Reforma pensada para algo distinto, introduciéndose una agravante en su apartado 4º para cuando “la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación”⁶.

11. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia

Finalmente, esta, hasta el momento, última Ley que específicamente el propio legislador denomina “de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, imperativo de derechos humanos, dirá en el Preámbulo, aludiendo a la Convención de Naciones Unidas de 1989 y a sus tres Protocolos facultativos y a distintos Convenios del Consejo de Europa, da una nueva regulación a los delitos de odio (y al discurso del odio, aunque no se diga) comprendidos en los artículos 22.4ª, 314, 511.1, 2 y 3, 512 y 515.4º, no sólo en lo que concierne a los niños, niñas y adolescentes, sino también en cuanto se refiere a las personas de edad avanzada (motivos o razón de edad, dirán estos artículos), no referidas en el propio título de la Ley, así como a la aporofobia y la exclusión social⁷, además de a la identidad sexual y de género y al origen nacional (en este último caso no en el artículo 22.4ª), circunstancias, tampoco referidas en la denominación de la Reforma, algunas ya consideradas en distintos lugares del Código, otras absolutamente novedosas⁸.

6 Cuestiona la modificación legal MOYA GUILLÉN, “Reflexiones sobre la ley orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación”, cita 54, señalando que, aunque el delito se incorpora al Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 y “lleva[r] casi una década en vigor, esta figura delictiva ha tenido escasa aplicación. Solo la SAP de Barcelona 793/2016, de 13 de octubre, confirmada por la STS 710/2017, de 27 de octubre, ha condenado con fundamento en la misma”.

7 Téngase en cuenta el nuevo fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, en contradicción con el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe expresamente la discriminación por motivos vinculados, entre otros, al “patrimonio”. Véanse los datos referidos, por ejemplo, por BUSTOS RUBIO, “El art. 22.4º del CP: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófoba”, pp. 3 y 4, aportados por asociaciones y centros de investigación, que muestran la discriminación. Una investigación también interesante es la llevada a cabo por PICADO VALVERDE y otros, “Detección de la discriminación hacia los pobres, aporofobia”, p. 427. En ella se confirma que las principales agresiones que sufren las personas que se encuentran en una situación de pobreza o de exclusión social son robos, burlas, insultos y otras manifestaciones de estigmatización por su condición de emigrante o drogodependiente, así como toda clase de tratos vejatorios, agresiones que no se denuncian habitualmente por “la normalización de la situación en la que viven, el miedo, la indefensión aprendida y la desconfianza en el sistema judicial”. Aunque según el estudio realizado por el Observatorio Hatento el 47,1% de la muestra utilizada en la investigación afirmaba haber sufrido, al menos, una agresión presidida por motivaciones aporófobas. Véanse asimismo las interesantes STSJ de Madrid 19/2005, de 21 de octubre, y STS 1160/2006, de 9 de noviembre, así como el completo estudio del mismo BUSTOS RUBIO, *Aporofobia y delito, la discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4º CP)*.

8 Así, el artículo 3. j) de la Ley establece como uno de los fines de la reforma el de “Garantizar la erradicación y la protección frente a cualquier tipo de discriminación y la superación de los estereotipos de carácter sexista, racista, homofóbico, bifóbico, transfóbico o por razones estéticas, de discapacidad, de enfermedad, de aporofobia o exclusión social o por cualquier otra circunstancia o condición personal, familiar, social o cultural”.

Se elimina además el perdón del ofendido menor de dieciocho años y de personas discapacitadas necesitadas de especial protección en el artículo 130.1.5º pfo. 2.

Se extiende el plazo de prescripción en el artículo 132.1 y 2, que empezará a computarse cuando el menor haya alcanzado los treinta y cinco años o la mayoría de edad, dependiendo del delito de que se trate.

Se impone obligatoriamente la privación de la patria potestad en casos de homicidio o asesinato, conforme al artículo 140 bis y en relación con la nueva regulación de esta pena en los artículos 45 y 46. Facultativa en caso de delitos contra la libertad sexual, conforme al artículo 192.3 pfo. 1.

Se crea un nuevo precepto, 143 bis, para sancionar la difusión de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, así como las autolesiones o lo trastornos alimenticios en los también nuevos artículos 156 ter y 361 bis.

Se incrementa de los doce a los catorce años la edad que permite la aplicación del tipo agravado de lesiones en el artículo 148.3.

Se prevé la pena de inhabilitación especial para actividades que conlleven contacto con menores cuando estemos ante delitos contra la vida y la salud cometidos contra ellos, conforme al nuevo artículo 156 quinquies, respecto al delito de lesiones, y al nuevo artículo 192.3 pfo. 2, respecto a delitos contra la libertad sexual.

Se reforma el artículo 177 bis, que ahora aludirá a víctimas en situación de necesidad o de vulnerabilidad y a menores, previendo además la pena de inhabilitación para desarrollar actividades con estos.

Se modifican los tipos agravados de agresión sexual, abuso y agresión a menores de dieciséis años, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, de los artículos 180.1 3ª y 4ª, 183.4 a) y d), 188.3 a) y 189.2 c), para acoger a víctimas vulnerables por razón de edad, enfermedad y discapacidad y, en el último de los preceptos, a menores en situación de especial vulnerabilidad por enfermedad, discapacidad u otra circunstancia. O sea, personas vulnerables por ser menores y menores que sean vulnerables. Un tanto complejo de entender.

Se exceptúa el consentimiento exonerante de responsabilidad del menor de dieciséis años en los casos del artículo 183.2 (agresión sexual violenta o intimidatoria).

Se modifica el artículo 189 bis destinado a sancionar la difusión de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar la comisión de los delitos de acoso, exhibicionismo, prostitución y pornografía.

Se modifica la exigencia de denuncia previa en delitos contra la intimidad y la propia imagen, prevista en el artículo 201.2, para exceptuarla en casos de víctima

menor o con discapacidad necesitada de especial protección.

Se modifica el delito de alteración de la paternidad del artículo 220.2, acogiendo a menores de dieciocho años.

Y se modifica el tipo penal de sustracción de menores del artículo 225 bis 2, para considerar posible autor al progenitor conviviente habitual y al progenitor que lo acompañe en régimen de estancia.

Vista la progresiva introducción de distintas situaciones, confusa o que al menos confunde, la realidad actual es la que pretende describirse en el siguiente apartado, contrastando en cada precepto que reconoce una situación diferencial cuál es ésta y cómo se describe y poniéndola en relación con otras o con su propia redefinición en otros lugares del Código.

III. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A DIFERENTES COLECTIVOS A LO LARGO DEL ARTICULADO DEL CÓDIGO PENAL VI-GENTE

El vigente artículo 22 pfo. único 4ª del Código, tras la Reforma de 2021, reconoce como situaciones diferenciales en las víctimas de cualquier delito del Código (excepto en supuestos de inherencia) que exigen una agravación de pena, y siempre que el mismo se cometa por motivos o razones basados en dicha diferencia (que exige comprobación de la intencionalidad y no sólo de la circunstancia descrita), la raza, el semitismo y cualquier clase de ideología, la religión o creencias, la etnia, raza (de nuevo) y nación, el sexo, la edad, la orientación o identidad sexual o de género, el género, la aporofobia, la exclusión social, la enfermedad o la discapacidad, incluso aunque tales condiciones o circunstancias no concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta; esto es, lo que importa es la motivación, no tanto el hecho diferencial en sí mismo considerado, lo que tiene que ver con la idea de protección (en abstracto) del colectivo más que (en concreto) de la persona.

El precepto, como se ha visto, desde su introducción en 1995 ha sido reformado hasta en tres ocasiones. En la primera de ellas, a través de la Ley Orgánica 5/2010, se introdujo la mención a la "identidad sexual". La Ley Orgánica 1/2015 añade el género y la discapacidad. La Ley Orgánica 8/2021, como se acaba de ver, incluye la aporofobia y la exclusión social.

El artículo 311, en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, previsto para la sanción de la imposición de condiciones laborales lesivas, tipifica ésta en abuso de situación de necesidad, el artículo 311 bis penaliza el empleo ilegal de inmigrantes (extranjeros sin permiso de trabajo) y menores y el artículo 314 sanciona la discriminación de personas en el

empleo por razón “de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación sexual o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores [...] o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español”, ampliando de esta manera las causas de discriminación laboral respecto de las que ya aparecen descritas tanto en la Constitución como en el Estatuto de los Trabajadores⁹. Por otra parte, contempla todas las situaciones del artículo 22 pfo. único 4ª, menos el antisemitismo (vinculado a aspectos culturales, políticos y religiosos, perfectamente abarcables por otras de las circunstancias descritas) y sin reiterar el aspecto racial, con lo que la redacción parecería más precisa, y, además, la situación familiar, el origen nacional, la representación legal y sindical y el habla de lenguas oficiales, ello de modo ya no tan preciso en relación con algún concepto, ya que habría que explicar qué diferencia hay, si es que existe, entre origen nacional y nación y por qué se vincula ésta a la raza cuando, entre otras, se mencionan la “raza o nación”¹⁰.

En cambio, el fundamental, en esta materia, artículo 510.1 sanciona, en redacción próxima a la del artículo 22, en sus diferentes apartados a), b) y c), conductas vinculadas al odio, hostilidad, discriminación o violencia por motivos “racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”, pero no edad, aporofobia, exclusión social, condición sindical o uso de lenguas. Y similar previsión se contempla en el apartado 2 del artículo¹¹,

en relación con la lesión de la dignidad de colectivos o personas, y en los artículos 511.2 y 512 pfo. 2, vinculados a conductas de discriminación, aquí ya sí incluyendo la edad, la aporofobia y la exclusión social, pero no la condición representativa de los trabajadores (no sólo sindical) o lingüística.

Es interesante referir aquí el intento de la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE 124, de 24 de mayo de 2019), no tanto para explicar lo que el precepto significa (en lo que aquí no cabe detenerse), sino el contenido de los motivos generadores del odio, hostilidad, discriminación o violencia que en él se mencionan¹², en una interpretación que debiera ser extrapolable a la de otros preceptos del Código. Así, se dirá que la referencia a la ideología abarca tanto la política como la que se refiere al sistema social, económico e incluso al cultural; la motivación por la religión o las creencias se reserva para los dogmas o doctrinas referentes a la divinidad, a una concepción del mundo en clave espiritual o trascendente o a un sistema ético o moral (incluyendo concepciones ateas o agnósticas); dentro de la situación familiar se pueden englobar las conductas que discriminan por razón de la filiación, del estado civil o de cualquier otra condición, actividad, expresión o creencia de los familiares, tutores, adoptantes, o personas encargadas de la guarda o acogimiento; la raza hace referencia a cuestiones de índole físico o biológico, mientras que la noción de etnia es más amplia por cuanto abarca aspectos de naturaleza cultural o social, teniendo esta última su origen en la idea de grupos sociales marcados por una nacionalidad común, afiliación tribal, creencias religiosas, lenguaje compartido u orígenes y antecedentes culturales y tradicionales [aspectos, no obstante, vinculados a los conceptos

9 Entre otros, MORILLAS CUEVA, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, p. 845.

10 Son de interés, por ejemplo, aunque previas a la reforma de la Ley Orgánica 8/2021, las SAP Madrid 4/2010, de 13 de enero y SAP Vizcaya 90523/2012, de 28 de septiembre, que, al delimitar estas conductas, señalan que la discriminación supone una diferencia de trato laboral como consecuencia de la concurrencia de determinadas características en el sujeto discriminado que le distinguen de otros empleados o trabajadores, pero sin que justifiquen objetivamente la discriminación. Tales características, se dice [de modo mucho más preciso, habría que añadir], son aquéllas ya incluidas en el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores [aunque ahora ya no del todo coincidentes], que constituyen las causas o situaciones más frecuentes de ruptura injustificada de la paridad (ideología, religión o creencias, pertenencia a una etnia, raza o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, parentesco con otros trabajadores de la empresa o uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español) y que pueden provocar un tratamiento discriminatorio, si bien es imprescindible que la diferencia empleada provoque un resultado discriminatorio desde el punto de vista objetivo, de manera que se perjudique el ejercicio de determinados derechos o el disfrute de ciertas ventajas o beneficios reconocidos o que se agraven las cargas laborales, y que quede plenamente acreditado el ánimo o móvil discriminatorio y la existencia de una arbitraria e irracional diferencia de trato.

11 La SAP Barcelona 299/2019, de 21 de mayo de 2019, recuerda que el delito “se perfecciona simplemente por la realización de aquellas acciones humillantes, de menosprecio o descrédito hacia personas o integrantes de un colectivo por razón de su raza, nación, religión, sexo, ideología, orientación sexual, etc., sin que sea necesario que dichas acciones provoquen o inciten directamente al odio o a cometer delitos que atenten contra la vida, integridad física o el patrimonio de dichas personas o colectivos”.

12 Véanse también la importante SAP Barcelona 629/2019, de 18 de septiembre, en lo que a la interpretación de los indicadores de odio se refiere y las SAP Baleares 312/2013, de 10 de diciembre, y STS 675/2020, 11 de diciembre, en el contexto tecnológico.

de ideología y de creencias previamente considerados]; el origen nacional ha de interpretarse como lugar de nacimiento o procedencia, que puede ser distinto del de la nación a la que se pertenezca; en lo atinente a la orientación o la identidad sexual, la Circular las define conforme a la Recomendación General del Consejo de Europa nº 15, de 15 de diciembre de 2015 relativa a la lucha contra el discurso de odio¹³ enfatizando que la identidad sexual debe entenderse como la forma que cada persona siente que se define sexualmente, con independencia del sexo biológico (pero téngase en cuenta que la Circular se refiere a la “identidad sexual” y la Resolución a la “identidad de género”, conceptos que parecen comprender cuestiones diferentes¹⁴); limita el concepto de “enfermedad” a las de carácter permanente o duradero (ejemplificándolo con el VIH); y remite el concepto de discapacidad a la definición del artículo 25 del Código.

Y, en relación al delito de genocidio, el artículo 607.1 menciona la destrucción de “un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes” y, entre los delitos de lesa humanidad, el artículo 607 bis 1 pfo. 2 1º describe como tal el cometido “Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”. Esto es, aparece el concepto de motivos políticos, aunque se omiten otros muchos, y se introduce una cláusula genérica que apela a cualquier motivo

“reconocido como inaceptable”, pero en el Derecho internacional¹⁵.

En ámbitos más específicos, vinculados a la edad, la enfermedad o la discapacidad, por una parte, y el género o la convivencia, por otra, el Código prevé consideraciones o tipos expresos a lo largo de toda su redacción.

Así, el artículo 36.2 tiene en cuenta la condición de víctima menor de trece años, pero sólo ésta y no la de ser menor de dieciocho años o cualesquiera otras circunstancias que puedan haber colocado a la víctima en un situación de aún mayor vulnerabilidad, para restringir el acceso al tercer grado penitenciario en los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores¹⁶.

El artículo 57.2 establece la obligatoriedad de la pena accesoria de prohibición de aproximación en casos de violencia doméstica y de género¹⁷. La violencia de género también se tiene en cuenta en el artículo 83.2 a la hora de regular la suspensión de la ejecución de la pena y en el artículo 84.2, aquí de nuevo junto a la violencia doméstica, al regular el pago de la multa que puede condicionar dicha suspensión. En ambos también se atiende la “discapacidad necesitada de especial protección”.

Ya en la regulación concreta de los delitos del Libro II, la Ley Orgánica 1/2015 reconfiguró la tipificación del homicidio doloso y el asesinato modificando los artículos 138.2 a) y 140.1.1ª para dar entrada a la muerte de menor de dieciséis años de edad (no de trece) o de persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad. Obsérvese que se utiliza

13 La Resolución definirá la orientación sexual como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas” y la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”. El Convenio nº 210 del Consejo de Europa, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica referirá el género a los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

14 Véase, a modo descriptivo, entre otros, el trabajo de AGUILAR GARCÍA, “El sistema sexo-género en los movimientos feministas”, pp. 1 y ss. TUBERT, “La crisis del concepto de género”, pp. 7 y ss., dirá que el sexo se refiere al plano biológico y el género al ámbito socio-cultural. En la misma línea ya, por ejemplo, LAMAS, “Cuerpo: diferencia sexual y género”, pp. 3 y ss., o PITCH, “Sexo y género de y en el derecho: feminismo jurídico”, pp. 435 y ss.

15 La Resolución 96 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, destacaba como una de las características del delito de genocidio el haber sido perpetrado por motivos religiosos, raciales, políticos o “de cualquier otra naturaleza”, cláusula abierta que justifica la referencia a la discapacidad del artículo 607.1 y al resto de circunstancias mencionadas en el artículo 607 bis 1 y que enlaza con la referencia en éste a “otros motivos”, ampliamente criticada por su vaguedad: así, entre otros, LIÑAN LAFUENTE, El crimen contra la humanidad, pp. 231 y ss.

16 Véanse FUENTES OSORIO, “Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP”, pp. 12 y ss., y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *La clasificación inicial en tercer grado de tratamiento penitenciario: Desde su contexto legal a su aplicación práctica*, pp. 256 y ss.

17 Pena, sin embargo, potestativa con carácter general. En detalle, PÉREZ RIBAS, “La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal Español”, pp. 91 y ss., y, de la misma autora, “Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento”, pp. 41 y ss.

aquí el concepto de especial vulnerabilidad por razón de edad, que ha de entenderse, por lógica, diferente del de la minoría de dieciséis años. Surge aquí, por una parte, la duda de si ha de presumirse vulnerable a todo menor de dieciséis años o de si simplemente se objetiva una mayor protección con independencia del análisis concreto de la situación de vulnerabilidad de ser menor de dieciséis años, atendiendo, quizás, un mayor desvalor de acción, igualando víctimas con distinta capacidad de reacción defensiva¹⁸. Y, por otra, la discusión acerca de la interpretación del término “vulnerable por razón de edad”, que lógicamente no puede hacer referencia a menores de dieciséis años y que debería remitir a la mayor edad, vejez o ancianidad¹⁹, siendo aplicable sólo en aquellos supuestos en los que la víctima puede tener menos posibilidades de defenderse de la agresión que se dirige contra ella²⁰.

El artículo 148 agrava las lesiones dirigidas contra menores de catorce años (ni trece ni dieciséis) o persona con discapacidad necesitada de especial protección (pfo. 1, 3º), no ya meramente discapacitada, contra víctima que fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (pfo. 1, 4º) o contra conviviente especialmente vulnerable (pfo. 1, 5º), equiparando circunstancias que han de presumirse indican para el legislador un *plus* de antijuricidad, no se sabe muy bien si subjetiva u objetiva.

El artículo 153.1, introducido en 2004, refiere expresamente la víctima que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia y la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (violencia de género), relegando la protección del resto de sujetos mencionados el artículo 173.2 (violencia doméstica y violencia contra personas vulnerables sometidas a custodia) al apartado segundo del mismo precepto 153.

El artículo 156 bis se configura en su actual redacción con la Ley Orgánica 1/2019, añadiendo en el delito de

tráfico de órganos humanos la agravante (apartado 4, b) de ser la víctima “menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación”²¹. Como se justifica en el apartado I del Preámbulo de la Ley se modifica el Código Penal para “completar el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos adaptándolo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos que se abrió a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015”. Aquí de nuevo se diferencia la minoría de edad (no ya la minoría de trece, catorce o dieciséis años, que hemos visto también utiliza el Código) de la vulnerabilidad especial por razón de edad y se vuelve al concepto de discapacidad, no de discapacidad necesitada de especial protección. Y se acude a un concepto de enfermedad, no definido, y de situación, mucho menos definible aún, que sólo cabe interpretar desde la idea de vulnerabilidad y en equivalencia como se entienda coloca en ésta la “edad”²².

Los supuestos agravados de detención ilegal y secuestro del artículo 165 contemplan las circunstancias de la edad y de la discapacidad necesitada de especial protección, al igual que se hace en el artículo 166.2 a) en los casos en que no se da razón del paradero de la víctima.

También entre los delitos contra la libertad, el delito de amenazas del artículo 170 agrava la pena respecto del tipo básico para cuando las mismas se dirijan a un “grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional”, algunas de las circunstancias de los artículos 22, 314 o 510, por tanto, aunque también a “cualquier otro grupo de personas”, el del artículo 171.4 y 5 contempla también con efectos agravatorios las que tienen que ver con la violencia de género (apartados 4 y 7) y con la violencia doméstica y contra personas vulnerables sometidas a custodia (apartados 5 y 7). El delito de coacciones contempla asimismo la violencia de género y doméstica en el artículo 172 apartados 2 y 3 pfo. 2, el específico delito de coacciones al ma-

18 Véase la interesante STS 367/2019, de 18 de julio, que rechaza la aplicación de la agravante por entender que se vulneraría el principio *non bis in idem*, al haberse considerado alevoso el asesinato por haberse cometido contra una niña de diecisiete meses.

19 Así, por todos, ALONSO ÁLAMO, “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la LO 1/2015”, pp. 20 y ss., o CUENCA GARCÍA, “Problemas interpretativos y de *non bis in idem* suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, p. 135.

20 La Sentencia del Tribunal Supremo 520/2018, de 31 de octubre, subrayará que el tipo agravado, aun concretándose el ataque en una modalidad alevosa, se aplicará si ésta es totalmente independiente de la condición de la víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad, que podrán operar como fundamento de una nueva agravación.

21 Concurrente como circunstancia doblemente agravatoria en caso de grave peligro para la vida o integridad de la víctima y que obliga a plantear si no sólo en este caso es de posible aplicación con persona ya fallecida. Al respecto, PÉREZ FERRER, “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”, pp. 91 y ss.

22 Así, por ejemplo, aunque en aplicación de la normativa anteriormente vigente, la STS 710/2017, de 27 de octubre (primera en la materia), no considera la situación de vulnerabilidad económica como motivo agravatorio de pena. Ello a pesar de que el Preámbulo de la Ley menciona entre los motivos que han dado lugar a la misma la necesidad de perseguir a aquellos grupos de delincuencia organizada que se aprovechan de situaciones de precariedad del supuesto donante para adquirir altos beneficios, como forma de blindaje del sistema voluntario de donación de órganos.

trimonio agrava la pena en caso de víctima menor, de cualquier edad (172 bis 3), y el acoso del artículo 172 ter lo hace en casos de vulnerabilidad por razón de edad (no simplemente de minoría de edad en sí misma considerada), enfermedad o situación (apartado 1 pfo. 2) además de contemplar de nuevo la violencia de género, la doméstica y la ejecutada contra personas vulnerables sometidas a custodia (apartado 2).

El delito contra la integridad moral del artículo 173.2 acoge la violencia física o psíquica de género, la doméstica y la cometida contra personas de especial vulnerabilidad sometidas a custodia o guarda, ya sea en centros públicos, ya en centros privados. El precepto se reforma totalmente mediante Ley Orgánica 11/2003, cuya Exposición de Motivos señala en su apartado III que se dota a los delitos de violencia doméstica de una mejor sistemática, ampliando el círculo de sus posibles víctimas, imponiendo la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y abriendo la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Y el apartado 4 del artículo se introduce mediante LO 1/2015, penalizando, tras la desaparición de las faltas del Código, las injurias o vejaciones de carácter leve contra los mismos sujetos.

El delito de trata del artículo 177 bis 2 define como tal la cometida, aun sin la finalidad que la define específicamente en el apartado 1, contra menores de edad con fines de explotación. Y, además, el apartado 4 agrava la pena en casos de víctima “especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o minoría de edad”. Introduce con ello, además del novedoso legalmente “estado gestacional”, quizás ya incluido en la expresión “situación personal”²³, el concepto de vulnerabilidad

equivalente a la minoría de edad, sin mencionar expresamente la vulnerabilidad por razón de edad (y excluyendo por tanto los supuestos vinculados a la vejez, salvo que se entiendan comprendidos en la expresión “situación personal”); y, claro, al mantenerse la minoría de edad como causa de agravación, si en otros preceptos podía aceptarse la distinción explicando que la vulnerabilidad por razón de edad recoge situaciones no abarcadas por una mera minoría de edad, esto es difícil cuando se habla simplemente de minoría de edad, que quizás obliga a entender que se presume aquí la vulnerabilidad, en todos los casos. El delito, independizado del de inmigración ilegal²⁴ se reforma en 2010, 2015 y 2021, delimitándose el concepto de vulnerabilidad al trasponerse la Directiva 2011/36/UE que considera “Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”²⁵, definición que, sin embargo, dificulta el automatismo de aplicar la agravación en cualquier supuesto de minoría de edad.

En los delitos contra la libertad sexual, el artículo 180.1.3^a reconoce como necesitadas de tutela reforzada las agresiones cometidas contra una persona que se halle en una “situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia”²⁶ y el artículo 180.1.4^a la “situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser [la persona responsable] ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”, preceptos redactados en su versión actual con la Ley Orgánica 8/2021, tras la reforma previa de 2010²⁷. Similar propuesta se realiza en los artículos 181.5 y 182.2 en relación a los abusos sexuales a mayores de dieciocho y dieciséis años, respectivamente, además de la previsión del ar-

23 Circunstancia ésta que ya la doctrina jurisprudencial, aun sin mención expresa, la había considerado como de especial vulnerabilidad de la víctima, lo que se consolida con la previsión legal expresa en 2015. Detenidamente, MONGE FERNÁNDEZ, “Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015”, p. 133.

24 A pesar de que la independización se justifica legalmente por los compromisos internacionales y por los constantes conflictos interpretativos, la actual regulación del delito no se libra totalmente de ellos. Véanse, detenidamente, DE LA MATA BARRANCO, “Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor”, pp. 27 ss. Ampliamente, GARCÍA SEDANO, *El delito de trata de seres humanos, artículo 177 bis, especial análisis de la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre y a la mendicidad*.

25 Definición criticada por VILLACAMPA ESTIARTE, “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, pp. 1 ss., por entender que “una ampliación desmesurada del término puede llevar a calificar como trata supuestos en que el constreñimiento de la voluntad de la víctima resulta excesivamente sutil”.

26 La STS 344/2019, de 4 de julio, se refiere a la “situación” como “el conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción, que, con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción”, lo que llama la atención al desvincular la vulnerabilidad de la lesividad del resultado. La STS 59/2016, de 4 de febrero, aceptaría que la situación puede ser valorada tanto genéricamente como en relación específica con la actuación concreta del acusado.

27 Modificado por primera vez por Ley Orgánica 11/1999, sería la Ley Orgánica 5/2010 la que dejó atrás la presunción de vulnerabilidad de la víctima por ser esta menor de trece años.

tículo 181.2 en relación a personas “de cuyo trastorno mental se abusare”²⁸. Trastorno y no discapacidad o discapacidad intelectual, minorías de edad variables, situaciones convivenciales o, en definitiva, cualquier circunstancia que implique “especial vulnerabilidad”, según los distintos tipos²⁹.

En cuanto a las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años, también se prevé una agravación en el artículo 183.4, letras a) y d) cuando la víctima “se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia”, pero también cuando se trate de un menor de cuatro años y en casos de relación convivencial o familiar. ¿Significa esto reconducir la especial vulnerabilidad a edades únicamente de entre cuatro y dieciséis años y referir entonces la del artículo 180 a una edad superior a los dieciocho años o, quizás, a la vinculada a la vejez?

De nuevo se acude a la relación de especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o situación en el delito de acoso del artículo 184.3, con parecidos interrogantes.

Y la edad y la discapacidad necesitada de especial protección se atienden en los artículos 185 y 186 en relación a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual³⁰.

En cuanto a los denominados delitos relativos a la prostitución, a la explotación sexual y a la corrupción de menores, el artículo 187.1 pfo. 1 acoge la “situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”, el artículo 188.1 la del “menor de edad” o “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, con agravación por víctima menor de dieciséis años (apartado 1 pfo. 2), por víctima en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia” (apartado 3 a) o por víctima convivencial o familiar (apartado 3 b). Similares circunstancias se atienden en los artículos 189.1 pfo. 1 a) y b), pfo. 2 a) y apartado 2 a), c) y g), tras las recientes modificaciones operadas por la Ley Orgánica 8/2021. De nuevo, distinguiendo-

se, vulnerabilidad de la víctima sin especificar razones, minoría de edad, minoría de dieciséis años y especial vulnerabilidad por razón de edad, que habrá de entenderse diferente de las anteriores. El pfo. 2 del artículo 187.1, que castiga el lucro obtenido por una persona como consecuencia de la explotación de la prostitución de otra, presumirá *iures et de iure* en su apartado a) que dicha explotación concurre siempre que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal (sin especificar, pero debiendo entenderse que abarcando todas las posibilidades, si vinculada a aspectos de edad, enfermedad, discapacidad o cualesquiera otros) o, aquí ya claramente, económica.

El tipo agravado de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.5 se prevé para cuando se afecten “datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”. Términos que recuerdan los de los artículos 22, 314 o 510, pero con expresiones distintas: así, origen racial y no raza, vida sexual y no orientación o identidad sexual, salud y no enfermedad y que obligan a plantear si estamos ante conceptos específicamente utilizados con intencionalidad de diferenciación o ante meras diversas expresiones de conceptos similares y que, en todo caso, la doctrina vincula a la posición de vulnerabilidad frente al conocimiento por terceros de ellos.

El apartado 7 del mismo precepto, previsto para los casos en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad y deslindándolo nitidamente de los tipos más relacionados con la interceptación o tratamiento no consentidos de datos de la víctima, prevé también en su párrafo 2 una agravación para supuestos de difusión de datos de “el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad [...] menor de edad o [...] per-

28 Lo que plantea, según entiende la STS 630/2016, de 14 de julio, y en relación con el artículo 181.5, un posible problema de *bis in idem*, al haberse valorado la edad de la víctima para aplicar el tipo básico de abuso con prevalimiento y, al mismo tiempo, el tipo agravado por mayor vulnerabilidad.

29 Haciendo referencia a las SsTS 1214/2002, de 1 de julio, y 28/2015, de 22 de enero, BOLDOVA PASAMAR, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I”, pp. 195 y ss., señala que, aun cuando el fundamento de la agravación del artículo 180.1.3ª radica en la reducción o eliminación del mecanismo de autodefensa sexual del sujeto pasivo del delito, no será posible apreciar la misma cuando la especial vulnerabilidad en él referida haya constituido el ingrediente fáctico para valorar la intensidad de, cuando sea ella la que concurra, la intimidación, pero sí cuando se base en circunstancias ajenas a ella. En la primera de las sentencias citadas no se aplicará el artículo 180.1.3ª por haberse valorado la edad ya como fundamento de la intimidación que da lugar a la apreciación de la agresión sexual. En la segunda, en cambio, sí se aplica el tipo agravado por vulnerabilidad, ya que la intimidación en la que se fundaba la agresión sexual se debía a la situación concreta de la víctima y no a su edad, que es la que permite la agravación.

30 Ambos artículos reformados por Ley Orgánica 11/1999 en base a las recomendaciones establecidas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y a la recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre del mismo año.

sona con discapacidad necesitada de especial protección”.

El delito de injurias del artículo 208 pfo. 2 vuelve a hacer referencia a los sujetos del artículo 173.4 para exceptuar la no punición de las no graves.

Y en el ámbito de los delitos patrimoniales tanto el hurto del artículo 235.1.6º como el robo del artículo 241.4, para similares circunstancias y acudiendo a un nuevo concepto, agravan la pena en casos de “abuso de circunstancias personales o desamparo”, que si en el caso de las primeras claramente se han remitido a la notoria desproporción de fuerzas, en el de las segundas la interpretación de nuevo remite a si es posible, o no, considerar circunstancias económicas ajenas a lo que representa la aporofobia y entendidas sin referencia a colectivo o condición personal algunos, sino a un estado fáctico de menor capacidad económica y, por tanto, de mayor perjuicio patrimonial —individual— concreto.

Entre los delitos contra la salud pública, el artículo 362 quater pfo. único 2ª b) agrava la pena en casos relativos a medicamentos y productos sanitarios cuando estos se ofrezcan a “menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado”, distintas lógicamente de las menores y de las discapacitadas, que han de entenderse, por analogía, también vulnerables. El artículo 362 quinquies, referido al dopaje, considera también una agravación de pena, pero aquí sólo en casos de víctima menor de edad. Y en el ámbito del tráfico de drogas, el artículo 369.1.4ª agrava la pena en caso de facilitación “a menores de 18 años [o sea, menores de edad], a disminuidos psíquicos [no discapacitados intelectuales, mentales o sensoriales, que son los conceptos que utiliza el artículo 25 pfo. 1, ni personas con anomalías o alteraciones psíquicas o trastornos, que son los términos utilizados en el artículo 20] o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación”. El concepto de “disminuido psíquico” señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005, de 31 de marzo, sobre los delitos de tráfico ilegal de drogas, que hace referencia a situaciones personales en las que, por razón de padecimientos de carácter permanente, el afectado se encuentra limitado en sus facultades de discernimiento y en su capacidad de autodeterminación en relación con la ejecución de estos comportamientos típicos. De forma un tanto sorprendente por la limitación de la interpretación frente

a la amplitud que se utiliza al describir otros supuestos de vulnerabilidad.

Finalmente, el artículo 577.2 pfo. 3 agrava la pena en supuestos de captación, adoctrinamiento o adiestramiento dirigidos a “menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito”

IV. ASPECTOS CONTRADICTORIOS DE LA REGULACIÓN

Efectivamente, y como se indica al inicio de este trabajo, una de las características de la regulación del Código Penal en esta materia es la de su heterogeneidad³¹, lo cual, al margen de otras cuestiones, dificulta la tarea de los tribunales de justicia en aplicación de las distintas circunstancias (o tipos) agravatorias. Es difícil entender por qué en unas ocasiones se tienen en cuenta unas y por qué en otras se obvian. Además, si a eso añadimos que el Código sí define lo que es la discapacidad y la discapacidad necesitada de especial protección, pero no lo que es la vulnerabilidad (al menos con carácter general) ni el resto de términos que va utilizando discriminada o indiscriminadamente, que distingue muy distintas causas de “vulnerabilidad”, que a veces utiliza referencias concretas como la minoría de edad (sea de dieciocho, dieciséis, catorce, trece o cuatro años), en otras habla genéricamente de la edad o de la vulnerabilidad por edad y en otras entiende que se es vulnerable por ser menor de edad, que los colectivos aludidos son muy numerosos e incluso muy genéricos en ocasiones, que algunas de las situaciones contempladas no tienen por qué implicar vulnerabilidad alguna y sí sencillamente trato discriminatorio histórico, etc., la confusión aumenta.

Por una parte, y en cuanto a lo que es estrictamente el concepto de vulnerabilidad, éste remite a la cualidad de lo que es vulnerable, esto es, susceptible de ser vulnerado o dañado física o moralmente. El Código Penal dirá en el artículo 177 bis 1 pfo. 2 que “Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad [pareciendo equiparar incorrectamente ambos términos] cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”, desvinculando por tanto la misma de toda consideración sobre la pertenencia a un colectivo y vinculándola a una concreta situación. En la misma línea, explica MOYA GUILLÉN, apoyándose en la Jurisprudencia³² que el concepto de víctima vulnerable

31 Así, MOYA GUILLÉN, “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, p. 19.

32 Así, en la STS 2163/2019, de 27 de junio, que recoge la doctrina que define el concepto de “vulnerabilidad” como la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, lo que supone

comprende aquellos sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor y remite para acotar el sentido de la fórmula “víctima especialmente vulnerable” a la definición recogida en las Reglas de Brasilia de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008 sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y en concreto a su Sección 2ª, apartado 1 (3) que considera en condición (no en “situación”) de vulnerabilidad, a “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, explicando en el apartado 1 (4) que pueden constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, “la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”³³. Es preciso tener en cuenta que las circunstancias de vulnerabilidad referidas habrían de ser analizadas caso por caso, concluyendo si finalmente dicha circunstancia ha puesto a la víctima del delito en una situación vulnerable³⁴.

A distintas de estas situaciones de vulnerabilidad, pero no a todas (es el caso del concepto general de “minoría” que puede agrupar a colectivos, más o menos necesitados de tutela reforzada, muy diferentes), se refiere el Código y sí a muchas otras sin referir específicamente este concepto, pero latiendo en su consideración la circunstancia de desvalimiento, de indefensión o, simplemente, de necesidad de atención protectora específica.

Así, el Código Penal reconoce como situación diferencial de la víctima que obliga a una pena agravada para el autor que actúa contra ella (y a otras medidas, utilizadas según cada caso, vinculadas a la prescripción, el consentimiento, prohibiciones de acercamiento, privaciones de tutela o patria potestad, etc.), utilizando todos estos términos y, por tanto, se debería entender que distinguiendo los correspondientes conceptos, no

necesariamente (o en absoluto) asociados a la idea de vulnerabilidad:

- la raza, el origen racial y la etnia,
- el semitismo y la condición cultural,
- la ideología y las ideas políticas,
- la religión y las creencias,
- la nación, el origen nacional, la condición de inmigrante y el uso de lenguas oficiales
- el sexo, la vida sexual, la orientación sexual y la identidad sexual,
- la edad (que se interpreta incluye niñez, juventud y vejez), la minoría de edad, la minoría de dieciséis años, la minoría de catorce años, la minoría de trece años, la minoría de cuatro años, la especial vulnerabilidad por razón de edad y la vulnerabilidad de los menores,
- la identidad de género, el género y las situaciones vinculadas a la denominada violencia de género (esposa, mujer ligada o que lo hubiera estado por análoga relación de afectividad) y la mujer víctima de trata,
- las situaciones vinculadas a la denominada violencia doméstica (conviviente especialmente vulnerable o personas sometidas a custodia o guarda), la relación de parentesco y la situación familiar,
- la pobreza, la situación de necesidad, el desamparo y la exclusión social,
- la enfermedad, la salud, la discapacidad, la discapacidad necesitada de especial protección, la especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, la especial vulnerabilidad por razón de discapacidad, el trastorno mental, la disminución psíquica, la discapacidad intelectual,
- la ostentación de representación legal de los trabajadores, la ostentación de representación sindical y la pertenencia a un colectivo profesional,
- la pertenencia a un grupo perseguido por cualquier motivo universalmente reconocido como inaceptable en el Derecho Internacional, la pertenencia a un colectivo social y la pertenencia a cualquier grupo de personas,
- la vulnerabilidad, la especial vulnerabilidad por razón de situación, la especial vulnerabilidad de

una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacerlo frente al agresor (entres otras, SsTS 131/2007, de 16 de febrero y STS 203/2013, de 7 de marzo). Véase también, más recientemente, la STS 1056/2021, de 24 de marzo de 2021,

33 Con gran detalle, MOYA GUILLÉN, “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, pp. 13 y ss.

34 Como, por ejemplo, explican las SsTS 2136/2021, de 19 de mayo, y 2172/2021, de 27 de mayo, el reconocimiento de un determinado grado de discapacidad por el órgano administrativo correspondiente no significa que el sujeto pasivo se encuentre, directamente, en una situación más vulnerable. En otro ámbito, indicará CENDRA LÓPEZ, “El consentimiento prestado por personas con discapacidad intelectual en relación con el delito de abusos sexuales”, pp. 1 y ss., que un sujeto con discapacidad podría otorgar un consentimiento válido cuando la misma no merme la capacidad de autodeterminarse en la esfera sexual y se posean conocimientos previos sobre las relaciones sexuales.

personas sometidas a custodia o guarda, la especial vulnerabilidad por razón de estado gestacional, la especial vulnerabilidad por situación personal, la vulnerabilidad por situación económica, la especial vulnerabilidad por cualquier circunstancia,

- la relación de inferioridad,
- las circunstancias personales.

Son sesenta términos o expresiones. Y cuando se distingue mucho, acaba no distinguiéndose nada, convirtiéndose (o tendiendo a ello) la excepción en regla. Que hay que diferenciar lo que es distinto es evidente, pero que la utilización de términos muy (demasiado) próximos es manifiesta, parece que también. Que la anterior agrupación de términos es absolutamente personal, es también obvio; incluso puede tacharse de discrecional o incluso de arbitraria³⁵. Ahora bien, no puede negarse la dificultad de distinguir algún concepto (discapacidad, discapacidad necesitada de especial protección, especial vulnerabilidad por razón de discapacidad), la amplitud de alguna expresión (pertenencia a un colectivo social, pertenencia a un grupo de personas), la ambigüedad de algún otro (condición cultural, circunstancias personales) e incluso la confusión en la percepción de cómo tratar una vulnerabilidad que, a veces, a se relaciona con determinados colectivos, muy diferentes, de posibles víctimas³⁶ y, a veces, con situaciones individuales concretas.

En todo caso, lo que menos se entiende es por qué se utilizan algunos de estos términos en determinados preceptos y por qué no en otros, en los que se acude a términos distintos, por qué no sirve una única cláusula genérica, como la del artículo 22 pfo. único 4^a (mejor redactada) de aplicación a los distintos delitos del Código, cuando proceda. ¿Es que el origen racial no debe ser objeto de tutela? ¿Por qué entonces no va siempre conjuntamente con la idea de raza? ¿O es que ambos son lo mismo? Entonces, ¿por qué se distinguen y se protege una, otro o ambos? ¿Es que el origen nacional es distinto de la nacionalidad? ¿Entonces por qué no van siempre juntos? Y, si son lo mismo, ¿por qué no se unifican?

Es cierto que ese artículo 22 pfo. único 4^a debiera ser un referente al menos inicial. Pero hemos comprobado que hay muchos términos a los que en él no se alude: no se mencionan el origen racial (sí la raza), el origen nacional (sí la nación), los grupos “étnico”, “cultural” o “perseguido por cualquier motivo”, ni aspectos sindicales, políticos, etc.

Algunos de ellos se refieren en el artículo 170.1, que, sin embargo, omite la mayoría de los del artículo 22, como los que tienen que ver con la edad o la discapacidad.

El artículo 197.5 sí acoge éstos e incluso la “vida sexual”, distinguiéndola, según parece, de la “orientación o identidad sexual” de dicho artículo 22, frente al cual, además, habla de salud y no de enfermedad³⁷.

El artículo 314 incorpora “la situación familiar”, “el parentesco” y el “uso de una de las lenguas oficiales dentro del Estado”, circunstancia estas dos últimas que no aparecen mencionadas en los artículos 510, 511, 512, 514 y 515 del Código Penal, aunque sí lo está la primera.

Y el artículo 607.1 no contempla, sorprendentemente, la ideología, aunque sí la etnia, la raza, la religión o la discapacidad, y a pesar de que el artículo 607 bis 1, que debiera ser similar, sí acoge la ideología “política” e incluso motivos “culturales”.

Uno de los aspectos sin duda más contradictorios en todo este vómito de expresiones es el que hace referencia a cuanto rodea a la idea de discapacidad (no ya incapacidad o minusvalía, por supuesto, pero tampoco, todavía, diversidad), muy de la mano, casi siempre, de la minoría de edad, pero no, por ejemplo, en el delito coacción al matrimonio del artículo 172 bis CP o en el delito de acoso del artículo 184.3. Diferenciada de la idea de enfermedad, según muestra el artículo 20, pero ausente, por ejemplo, en el artículo 184.3, aunque sí se mencione aquí la enfermedad³⁸ o en el artículo 311 bis b), pero sí presente en el artículo 314.

La Ley Orgánica 8/2021, acertadamente o no, introduce las expresiones “aporofobia” y “exclusión social”³⁹, y lo hace en el artículo 22 y en el artículo 314 e incluso en los artículos 511 y 512, pero no, por ejem-

35 Así, por ejemplo, en relación al denominado “semitismo”, que, como se ha puesto de relieve en la doctrina, tiene que ver con aspectos no sólo culturales, sino también étnicos y, sobre todo, religiosos.

36 Véase, por ejemplo, la confusión, a partir del reconocimiento de una situación de vulnerabilidad de determinadas personas, en la distinción de conductas de muy distinto contenido de injusto, entre otros, en DE LA MATA BARRANCO, “Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor”, pp. 13 y ss.

37 Ambos, “salud” y “vida sexual”, núcleo duro de la privacidad, según la Jurisprudencia (entre otras, por ejemplo, la STS 1328/2009, de 30 de diciembre, la STS 532/2015, de 23 de septiembre, o la STS 1732/2021, de 28 de abril).

38 Sobre ello, en detalle, MASTASACHE, “El modelo social de la discapacidad desde la perspectiva penal”, pp. 1 ss.; o MOYA GUILLÉN, “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, pp. 13 y ss.

39 La aporofobia claramente remite al rechazo a la persona pobre, presuponiendo su alcoholismo, drogodependencia, condición de ladrón, responsable de su situación, etc., (véanse PICADO VALVERDE y otros, “Detección de la discriminación hacia los pobres, aporofobia”, pp. 418 y ss.). La idea de exclusión social refiere un proceso multidimensional, que tiende a menudo a acumular, combinar

plo, en el artículo 177 bis 4, que sí alude a situación personal, o en el más prolijo artículo 510, aquí también silente. Resulta difícil de comprender por qué no se han introducido las referencias a la “aporofobia” y a la “exclusión social”, una vez incluidas en el Código, en otros preceptos, en los que también dichas situaciones pueden haber constituido causa de comisión del delito o, al menos, estar presente en ella: así, por ejemplo, en los delitos de asesinato, básico o agravado, de los artículos 139 o 140.1 (en relación con el artículo 138), en el delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis. 4. b) o en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales de los artículos 178 y siguientes del Código.

¿Y en cuanto al género? Está presente prácticamente en todos los preceptos que recogen situaciones diferenciales, no necesariamente de vulnerabilidad, o violencia (en su sentido más amplio) por motivos de discriminación. Pero incluso aquí la congruencia no es plena, en cuanto, y baste este ejemplo, en el artículo 510 se refleja el actuar por razón de género, pero no por razón de identidad de género, conceptos que sí se distinguen y utilizan acumulativamente en el resto de artículos. Similar (no del todo equivalente) confusión tiene lugar entre los términos identidad de género e identidad sexual, los cuales a menudo aparecen juntos (así, en los artículos 22 pfo. único 4º, 314, 511.1 y 2, 512 y 515 CP), pero no siempre (así, en el artículo 510, que refiere de manera diferenciada tanto la “identidad sexual” como la discriminación “por razones de género”).

Y mucho más complejo aún es el análisis de la vulnerabilidad, en sí (cuando se utiliza simplemente el término vulnerabilidad), referida a multitud de circunstancias (especial vulnerabilidad por razón de edad, de enfermedad, de situación, de personas sometidas a custodia o guarda, de estado gestacional, por situación personal) o incluso a cualquier circunstancia⁴⁰. Conjuntamente con términos como el de minoría de edad o

discapacidad o alternativamente a ellos. Pudiendo ser vulnerable cualquiera o exigiéndose que se sea por una concreta razón de las que se van utilizando a lo largo del articulado del Código. Y no es que aquí se entienda que la tutela de la identidad de género, de la minoría de edad, incluso de la discapacidad, etc., tenga que venir asociada a la idea de vulnerabilidad. En absoluto. Pero sí sería necesario explicar, por ejemplo, la razón de la diferenciación, cuándo la discapacidad está necesitada de especial protección (quizás ésta sí por mayor vulnerabilidad), cuándo determinada minoría de edad (o todas) está necesitada de especial protección (en ocasiones sí por mayor vulnerabilidad) y qué orientación o identidad sexual o de género acoge situaciones de vulnerabilidad y cuál en cambio simplemente remite a una cuestión de dominación histórica y socio-coyuntural discriminatoria, no hoy ya asociada a aspectos de vulnerabilidad y más vinculada en sí a lo que es la pura razón de género⁴¹.

Y, finalmente, indescifrable el tratamiento de la edad, opuesta a la vulnerabilidad por razón de edad, en ocasiones, no siempre, y considerada conjuntamente con ella o alternativamente a ella y con utilización de distintas minorías, aleatoriamente referidas, también en ocasiones asociadas a la idea de vulnerabilidad⁴². No sólo en la consideración del menor como víctima explícita, sino también, por ejemplo, en el caso de utilización de menores para la actuación delictiva, circunstancia agravatoria cuando la persona tenga menos de dieciséis años en los delitos contra la propiedad intelectual o de tráfico de drogas, pero sólo si tiene menos de dieciséis en los delitos de hurto o robo.

V. CONCLUSIONES

El hecho de que el Código Penal no maneje un concepto unívoco de “vulnerabilidad”, de “persona o co-

y separar tantos a individuos como a colectivos, de una serie de derechos sociales tales como el trabajo, la educación, la salud, la cultura, la economía y la política, a los que otros colectivos sí tienen acceso y posibilidad de disfrute y que terminan por anular el concepto de ciudadanía o como una acumulación de procesos confluyentes con rupturas sucesivas que, arrancando del corazón de la economía, la política y la sociedad, van alejando e ‘inferiorizando’ a personas, grupos, comunidades y territorios con respecto a los centros de poder, los recursos y los valores dominantes: así, JÍMENEZ RÁMIREZ, “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término”, pp. 173 y ss.; y RIZO LÓPEZ, “¿A qué llamamos exclusión social?”, pp. 1 y ss.

40 Interesante, aunque en relación a otra problemática, el trabajo de ESQUINAS VALVERDE, “La regulación del homicidio doloso y el asesinato tras la reforma del CP por LO 1/2015: análisis de su aplicación en la jurisprudencia más reciente”, pp. 1 y ss., distinguiendo la vulnerabilidad del artículo 140.1.1ª de lo que, yendo más allá, implica la “alevosía por desvalimiento”, una especie de vulnerabilidad absoluta que impide y no sólo merma cualquier posibilidad de defensa de la víctima. Véanse también, por ejemplo, las SsTS 1291/2011, de 25 de noviembre, 253/2016, de 31 de marzo, 639/2016 de 14 de julio y 27/2018, de 6 de junio. También, la interesante STS 2172/2021, de 27 de mayo.

41 Como así explica GONZÁLEZ PASTOR, “Delimitación del concepto «persona especialmente vulnerable» en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, pp. 1 y ss., considerando que en lo que se refiere al concepto de “persona especialmente vulnerable” en relación con los delitos de violencia de género su aplicación queda restringida a otros tipos de víctimas que convivan con el agresor, excluyéndose la mujer o esposa que conviva con el autor, ya expresamente mencionada.

42 Muy detenidamente, DE LA MATA BARRANCO, “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, pp. 22 y ss.

lectivo vulnerable”, de “persona o colectivo diferencial” o de “persona o colectivo necesitado de especial protección” aplicable de manera homogénea a todos aquellos preceptos penales que requieran del mismo dificultad el entendimiento de lo que realmente se quiere proteger cuando a lo largo del Código se refieren circunstancias, condiciones o situaciones de la víctima de un delito que obligan a agravar la pena de quien actúa contra ella. Es cierto que el Código define la “situación de vulnerabilidad” en relación con el delito de trata de seres humanos, pero, además de ser una definición poco acertada, se limita a un concreto supuesto y no es extrapolable al resto de delitos.

¿Qué ha de exigirse de un legislador, pre y post, racional⁴³?

En primer lugar, que identifique el problema que requiere respuesta, esto es, una fase de detentamiento, de pausa, de proceso de reflexión, ajeno a modas, reivindicaciones sectoriales no meditaciones, demandas terminológicas que no se entienden, etc., que le permita delimitar qué concretas situaciones personales y colectivas de la/las víctima/as quiere o necesita proteger de modo especial, que no tienen por qué abarcar (o sí) todo tipo de minorías.

En segundo lugar, que decida si ha de hacerlo por el especial desvalor de resultado que conlleva la ofensa a ella/s o por el desvalor de acción en cuanto a los motivos por los que obra el autor (en sede de antijuridicidad).

En consecuencia, en tercer lugar, que decida si quiere prever una agravación con independencia de la concreta lesión (o peligro) a la víctima (o al colectivo) o con independencia incluso de su pertenencia real o no al colectivo, sea cual sea la impresión que tenga el autor de la conducta a enjuiciar.

En cuarto lugar, ha de exigírsele que encuentre los términos o expresiones que realmente reflejen la situación que se quiere tutelar. Evitando reiteraciones (¿es diferente el cometer el delito por motivos racistas del artículo 22.4^a que el cometerlo por discriminación referente a la raza del mismo artículo?), evitando proximidades conceptuales que es difícil que aporten algo (¿por qué trece, por qué catorce años?), evitando ambigüedades (¿edad? ¿qué edad? ¿los setenta, los ochenta, los doce, los diecinueve?).

En quinto lugar, cuando utilice una determinada expresión, ha de exigírsele que procure encontrar y utilizar la terminología acertada. Si el artículo 25 pfo. 1 define la discapacidad por la existencia de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, ¿qué es la

disminución psíquica que también se utiliza al margen de esta definición genérica? ¿es distinta esa discapacidad o la discapacidad necesitada de especial protección que también define en el artículo 25 pfo. 2 de la vulnerabilidad por razón de discapacidad?

En sexto lugar, habrá que pedirle que busque una conexión terminológica no ambivalente con el resto de preceptos del Código que no hablan de víctimas. ¿Por qué utilizamos los términos “anomalía o alteración psíquica” y “trastorno mental transitorio” cuando hablamos de autoría (artículo 20), pero los de enfermedad, discapacidad, disminución psíquica, cuando hablamos de víctimas?

En séptimo lugar, a la hora de optar por uno u otro término, habrá, de nuevo, que pensar si lo que se quiere proteger es lo que se dice: así, por ejemplo, si cuando se acude a la expresión “ideología” se quiere hablar de ideología y cuando se utiliza la expresión “ideas políticas” se quiere hablar sólo de la ideología vinculada a la política, porque lo uno engloba lo otro, pero además de “otras ideas no políticas”. ¿Se quieren excluir éstas?

En octavo lugar, se tiene que ser coherente en todo el Texto penal. Si se entiende, y suponiendo que sea así, que el origen nacional nada tiene que ver con la nación deberá tutelarse no sólo en el artículo 510 sino también en el artículo 24. Y si es lo mismo, desaparecer de ese 510. Si la aporofobia merece atención, la merecerá en este artículo 24 y en el artículo 314, como así ocurre, pero también entonces en el artículo 510, donde no se contempla. Y así sucesivamente. Si no, se hace difícil para un jurista entender la norma. Más para la ciudadanía. Y si algo debe seguir siendo el Derecho penal es el ser instrumento de certezas orientador de comportamientos que se asumen porque se entienden.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CÁRCELES, M.M., “Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección”, en Lorenzo Morillas Cueva (Coordinador), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 53-80.

AGUILAR GARCÍA, M.T., “El sistema sexo-género en los movimientos feministas”, en *Annis: Revue de civilisation contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale*, nº 8, 2008, pp. 1-11.

43 Sobre cómo debería ser el proceso de identificación de un problema social, de elaboración de una precisa respuesta jurídica y de evaluación social de dicha respuesta, DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Teoría y práctica*, pp. 1 y ss. Véase también el interesante trabajo, recientemente, en un ámbito muy concreto, de CORRAL MARAVER, *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal de la Unión Europea*, pp. 1 y ss.

- ALONSO ÁLAMO M., “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la LO 1/2015”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 117, 2015, pp. 5-50.
- ARIAS EIBE, J.M., “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* núm. 07-03, 2005, pp. 1-36.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I”, en Carlos M^a Romeo Casabona, Esteban Sola Reche, Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coordinadores), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Granada: Comares, 2016, pp. 191-210.
- BUSTOS RUBIO, M., *Aporofobia y delito, la discriminación socioeconómica como agravante (art. 22. 4º CP)*, Barcelona: Bosch, 2020.
- BUSTOS RUBIO, M., “El art. 22.4º del CP: una circunstancia inconclusa en una realidad social aporófofa”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n.º 7 Especial 2021, pp. 1-18.
- BUSTOS RUBIO, M., “Aporofobia, motivos discriminatorios y obligaciones positivas del Estado: el art. 22.4º CP entre la prohibición de infraprotección y la subinclusión desigualitaria”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23-04, 2021, pp. 1-42.
- CARRERAS PRESENCIO, A.I., “Precisa aplicación de la agravante de género”, en *La Ley Penal*, n.º 138, mayo-junio 2019, pp. 1-9.
- CENDRA LÓPEZ, J., “El consentimiento prestado por personas con discapacidad intelectual en relación con el delito de abusos sexuales”, en *La Ley Penal*, n.º 104, septiembre-octubre 2013.
- CORRAL MARAVER, N., *Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- CUENCA GARCÍA, M. J., “Problemas interpretativos y de *non bis in idem* suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016, pp. 115-149.
- CUGAT MAURI, M., “Situación y panorama de los delitos sexuales”, en *La Ley Penal*, n.º 35, febrero 2007, pp. 1-14.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Trata de personas y favorecimiento de la inmigración ilegal, dos conductas de muy distinto desvalor”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 23-08, 2021, pp. 1-41.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Tratamiento legal de la edad del menor en la tutela penal de su correcto proceso de formación sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-20, 2019, pp. 1-70.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, Madrid: Trotta, 2003.
- ESQUINAS VALVERDE, P., “La regulación del homicidio doloso y el asesinato tras la reforma del CP por LO 1/2015: análisis de su aplicación en la jurisprudencia más reciente”, en *La Ley Penal*, n.º 149, marzo-abril 2021, pp. 1-23.
- FUENTES OSORIO, J.L., “Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP”, en *Indret Penal. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2022, pp. 1-28.
- GARCIA SEDANO, T., “Artículo 177 bis”, en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal del 2012*, Francisco Javier Álvarez García (Director), Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 627-638.
- GARCÍA SEDANO, T. *El delito de trata de seres humanos, artículo 177 bis, especial análisis de la finalidad de imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre y a la mendicidad* (Tesis doctoral), Madrid: Universidad Carlos III, 2017.
- GARCÍA MEDINA, J., “Trata de seres humanos. La vulnerabilidad de sus víctimas”, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 2, 2017.
- GÓMEZ LÓPEZ, M. I. y MUÑOZ SÁNCHEZ, E., “Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 123, 2017, pp. 213-246.
- GONZÁLEZ PASTOR, C.P., “Delimitación del concepto «persona especialmente vulnerable» en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley Penal*, n.º 17, junio 2005, pp. 1-10.
- JIMÉNEZ RÁMIREZ, M., “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término”, en *Estudios pedagógicos*, XXXIV, n.º 1, 2008, pp. 173-186.
- LAMAS, M., “Cuerpo: diferencia sexual y género”, en *Debate feminista*, vol. 10, 1994, pp. 3-31.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en Norberto J. de la Mata y otros, *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 593-628.
- LIÑÁN LAFUENTE, A., *El crimen contra la humanidad*, Madrid: Dykinson, 2016.

- MAGRO SERVET, V., “Inexistencia de violencia de género en las agresiones en parejas homosexuales”, en *La Ley Penal*, nº 138, mayo-junio 2019.
- MASTASACHE, M.A., “El modelo social de la discapacidad desde la perspectiva penal”, en *La Ley Penal*, nº 146, septiembre-octubre 2020.
- MOLINA MANSILLA, M.C., “El maltrato de los mayores en situación de vulnerabilidad”, en *La Ley Penal*, nº 148, enero-febrero 2021, pp. 1-12.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., “Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 121, 2017, pp.101-146.
- MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Sistema de Derecho Penal Español*, pp. 831-851, Madrid: Dykinson, 2015.
- MOYA GUILLÉN, C., “La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante: Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n.º 24, 2020, pp. 13-58.
- MOYA GUILLÉN, C., “Reflexiones sobre la ley orgánica 1/2019 en materia de tráfico de órganos. Nuevos horizontes de interpretación”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019.
- 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”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 132, 2020, pp. 91-133.
- PÉREZ RIBAS, N., “Sanciones orientadas a la protección de la víctima: la pena de alejamiento”, en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 24, nº 2, 2015, pp. 21-57.
- PÉREZ RIBAS, N., “La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal Español”, en *Revista Ius et praxis*, vol. 22, nº 2, 2016, pp. 91-124.
- PICADO VALVERDE, E.M. y otros, “Detección de la discriminación hacia los pobres, aporofobia”, en *Miscelánea Comillas: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, vol. 77, nº 151, 2019, pp. 417-430.
- PITCH, T., “Sexo y género de y en el derecho: feminismo jurídico” (Traducción de Mariano Maresca), en *Un panorama de filosofía jurídica y política (50 años de “Anales de la Cátedra Francisco Suárez)*, vol. 44, 2010, pp. 435-459.
- RIZO LÓPEZ, A.E., “¿A qué llamamos exclusión social?”, en *Polis*, nº 15, 2006, pp. 1-18.
- RODRÍGUEZ PEREGRINA, J., “Reflexiones político-criminales sobre la legislación penal en materia de violencia de género”, en *AequAlitaS*, nº 37, 2015, pp. 22-35.
- RUIZ BOSCH, S., “La nueva regulación del asesinato. Algunas cuestiones de actualidad tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo”, en *La Ley Penal*, nº 137, marzo-abril 2019, pp. 1-16.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, C., *La clasificación inicial en tercer grado de tratamiento penitenciario: Desde su contexto legal a su aplicación práctica* (Tesis doctoral), Murcia: Universidad de Murcia, 2012.
- SEOANE MARÍN, M.J. y OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razón de género (22.4º CP)”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 455-490.
- TARANCÓN GÓMEZ, P., “Análisis de la legislación con perspectiva de género: aspectos jurídicos de la relación uso o abuso de drogas, violencia y género en delitos sexuales por sumisión y vulnerabilidad química”, en *Revista Española de Drogodependencia*, nº 45, 2020, pp. 86-100.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XII, 2021, pp- 1-57.
- TUBERT, S., “La crisis del concepto de género”, en *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Silvia Tubert (Directora), Valencia: Cátedra, 2003, pp. 7-38.
- VIEIRA MORANTE, F.J., “El menor como víctima del delito”, en *Diario la Ley*, nº 8453, enero 2015, pp. 1-9.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, en *Diario la Ley*, nº 8554, 2015.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos”, en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018, pp. 361-408.

VII. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo 1214/2002 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 1 de julio de 2002 (recurso 1003/2001)
- Sentencia del Tribunal Supremo 695/2005 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 1 de junio de 2005 (recurso 821/1999).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2006 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 9 de noviembre de 2006 (recurso 10008/2006).

- Sentencia del Tribunal Supremo 131/2007 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 16 de febrero de 2007 (recurso 1598/2006).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1328/2009 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 30 de diciembre de 2009 (recurso 1142/2009).
- Sentencia del Tribunal Supremo 203/2013 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 7 de marzo de 2013 (recurso 836/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo 710/2017 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 27 de octubre de 2010 (recurso 2411/2016).
- Sentencia del Tribunal Supremo 210/2014 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 14 de marzo de 2014 (recurso 1737/2013).
- Sentencia del Tribunal Supremo 532/2015 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 23 de septiembre de 2015 (recurso 32/2015).
- Sentencia del Tribunal Supremo 28/2015 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 22 de enero de 2015 (recurso 1484/2014).
- Sentencia del Tribunal Supremo 59/2016 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 4 de febrero de 2016 (recurso 10617/2015).
- Sentencia del Tribunal Supremo 520/2018 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 31 de octubre de 2018 (recurso 10097/2018).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2163/2019 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 27 de junio de 2019 (recurso 1376/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 344/2019 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 4 de julio de 2019 (recurso 396/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 3124/2019 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 9 de octubre de 2019 (recurso 10194/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 79/2020 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 26 de febrero de 2020 (recurso 2478/2018).
- Sentencia del Tribunal Supremo 675/2020 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 11 de diciembre de 2020 (recurso 462/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 454/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 3 de febrero de 2021 (recurso 1092/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 743/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 1 de marzo de 2021 (recurso 1744/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1034/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 11 de marzo de 2021 (recurso 1876/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1056/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 24 de marzo de 2021 (recurso 2567/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 1732/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 28 de abril de 2021 (recurso 10643/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2177/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 30 de abril de 2021 (recurso 10351/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2136/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de mayo de 2021 (recurso 10753/2020).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2165/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 26 de mayo de 2021 (recurso 3097/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2172/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 27 de mayo de 2021 (recurso 10056/2021).
- Sentencia del Tribunal Supremo 2733/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 7 de julio de 2021 (recurso 3852/2019).
- Sentencia del Tribunal Supremo 3232/2021 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 27 de julio de 2021 (recurso 10196/2021).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 19/2005 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 21 de octubre de 2005 (recurso 23/2005).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 4/2010 (Sección 5ª), de 13 de enero de 2010 (recurso 5/2008).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 90523/2012 (Sección 2ª), de 28 de septiembre de 2012 (recurso 282/2012).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 312/2013 (Sección 1ª), de 10 de diciembre de 2013 (recurso 74/2013).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 14641/2018 (Sección 8ª), de 7 de diciembre de 2018 (recurso 63/2018).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 2/2019 (Sección 4ª), de 16 de enero de 2019 (recurso 31/2018).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 299/2019 (Sección 21ª), de 21 de mayo de 2019 (recurso 59/2019).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 629/2019 (Sección 9ª), de 18 de septiembre de 2019 (recurso 14/2018).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria 282/2021 (Sección 1ª), de 12 de abril de 2021 (recurso 5/2020).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 582/2021 (Sección 2ª), de 1 de junio de 2021 (recurso 15/2021).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 599/2021 (Sección 1ª), de 11 de junio de 2021 (recurso 587/2020).

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com