



## **Papeles el tiempo de los derechos**

### **TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO PENAL**

**Patricia Tapia Ballesteros**

Ayudante Doctora de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid  
(Acreditada Contratada Doctora)

**Palabras clave:** Discapacidad, medidas de seguridad, víctimas especialmente vulnerables.

Número: 17

Año: 2018

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)  
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)  
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)  
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)  
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)  
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)  
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)  
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)  
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)  
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)  
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)  
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)  
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)  
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)  
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)  
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

# TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO PENAL\*

**Patricia Tapia Ballesteros**  
Ayudante Doctora de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid  
(Acreditada Contratada Doctora)

## INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo, tal y como su propio título indica, es analizar el tratamiento que se otorga en el ámbito penal a las personas con discapacidad. En este sentido, lo que se pretende es estudiar las situaciones en las que la discapacidad de uno de los sujetos protagonistas del hecho delictivo, bien por ser autor, o partícipe, o bien por ser titular del bien jurídico protegido, es penalmente relevante. De este modo, en las páginas que siguen, se distinguirán los supuestos en los que el sujeto activo es una persona con discapacidad, abordando entonces cuál es la consecuencia jurídica que se contempla, de aquellos otros supuestos en los que se configura un tipo penal propio, o se incrementa el injusto o la culpabilidad en atención a que el sujeto pasivo sea una persona con discapacidad.

No obstante, previamente, se debe advertir que el término “discapacidad” ha sido incorporado recientemente al ordenamiento jurídico-penal español. Hasta la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal de 1995 solo existía una fugaz referencia a “persona discapacitada” en el artículo 619. En este precepto se tipificaba la falta de no prestar asistencia o auxilio a dos sujetos concretos: “una persona de edad avanzada o discapacitada”. Esto no significa que no se previera una especial atención a las personas con discapacidad en determinados tipos penales o que no se otorgase una respuesta penal diferente cuando el autor era una persona con discapacidad. Lo que ocurría antes de la reforma es que se empleaban los términos “incapaz” y “minusvalía” para referirse a aquellas personas que, con independencia de que tuvieran declarada su incapacitación, padecieran una enfermedad de carácter persistente que le impidiera gobernar su persona o bienes por sí misma<sup>1</sup>.

En la actualidad, sin embargo, tras la entrada en vigor de la reforma de 30 de marzo, se han derogado ambas referencias y se utiliza el término discapacidad. En

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del GIR “Protección Jurídica de las personas con discapacidad”, dirigido por la profesora Doctora Cristina Guilarte Martín-Calero.

<sup>1</sup> Así se definía en el artículo 25 original del Código Penal “incapaz”. No existía ninguna definición legal de minusvalía si bien era un término utilizado únicamente en los delitos anti-discriminatorios y se puede considerar sinónimo de discapacidad, como se confirmó con la reforma operada mediante la Ley Orgánica 1/2015.

realidad, tal y como se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la reforma (punto XXVII), la modificación de la terminología utilizada no es más que una actualización de la misma, buscando adecuarla a la previsión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia<sup>2</sup>. Y con este espíritu, precisamente, se incorporan la definición legal de persona con discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección en el artículo 25.

Así, conforme a este precepto, “A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.”

De la propia definición ofrecida por el legislador se desprende que las personas con discapacidad configuran un colectivo muy heterogéneo con necesidades muy diversas. No descubrimos nada nuevo si advertimos que la discapacidad presenta diferentes manifestaciones y muy distintos grados, dificultando enormemente la identificación como colectivo<sup>3</sup>. En este sentido, parece una tarea prácticamente imposible encontrar una conexión entre una persona que presenta una discapacidad motora y otra con una falta de madurez mental y, por ello, no resulta razonable generalizar una misma tutela o una misma clase de respuesta ante el delito. Sobre esta base se establece esa doble referencia en el artículo 25 a persona con discapacidad y persona con discapacidad necesitada de especial protección. De este modo, solo se califican como necesitados de especial protección a aquellos sujetos que cuentan con una deficiencia intelectual o mental, de manera que requieran por ello asistencia o apoyo para tomar decisiones sobre su propia persona, mientras que cuando se alude a persona con discapacidad, de forma genérica, se está englobando a todas las personas con discapacidad.

Esta diferenciación, ratifica lo que se avanzaba: no todas las personas con discapacidad requieren idéntica tutela porque, en atención a la clase de discapacidad que se presente, será necesario una protección mayor o no, o el comportamiento del sujeto activo será más o menos reprochable por aprovecharse o no de dicha discapacidad.

---

<sup>2</sup> El legislador penal tuvo la oportunidad de adaptar la terminología a la prevista en la Ley 39/2006 con la amplia reforma del Código Penal operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, sin embargo, no la aprovechó. La disposición adicional octava que se incluía en la Ley 39/2006 por la que “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.” no podía ser de aplicación en el Código Penal en virtud de los principios de aplicabilidad de las leyes por los que la norma de rango inferior no puede modificar a la norma de rango superior.

<sup>3</sup> DE ASÍS ROIG, R., “Derechos Humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en CAMPOY CERVERA, I./ PALACIOS RIZZO, A., (coords.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, pag. 17, constata la dificultad de identificar el colectivo de personas con discapacidad por estar integrado de personas “en virtud de rasgos diferentes y, además, de un colectivo falto, en ocasiones, de identidad y definido heterónomamente.”

Por otro lado, aunque sin utilizar el término discapacidad, consideramos que se integran también dentro de la categoría de personas con discapacidad necesitada de especial protección, aquellos sujetos que cumplen con los requisitos de los apartados 1º y 3º del artículo 20 del Código Penal, referido a las causas de exención de responsabilidad penal. En ambos apartados se describe a dos categorías diferentes de inimputables, que tienen en común algún tipo de “deficiencias [...] mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que [...] 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.”. Nos estamos refiriendo a aquellos sujetos que presentan una anomalía psíquica que le impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a su comprensión, siempre y cuando dicha alteración sea permanente (art. 20.1ºCP) y a los sujetos que sufren una alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, de manera que tiene alterada gravemente la conciencia de la realidad.

### **TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO.**

Empezando por el tratamiento que la Ley penal otorga a las personas con discapacidad cuando actúan como autores del delito, se pueden advertir dos situaciones diferenciadas en atención a que el sujeto presente una discapacidad física o se trate de una discapacidad intelectual.

Los supuestos de discapacidad intelectual se encuentran explícitamente previstos en los apartados 1º y 3º del artículo 20 del Código Penal<sup>4</sup>. En este precepto, como ya se adelantó, se recogen las causas por las que se considera que un sujeto que ha llevado a cabo una conducta típica, está exento de responsabilidad penal. Dicha exención puede deberse a que las circunstancias en las que ocurrieron los hechos justifican su actuar o porque no se le puede reprochar penalmente su comportamiento y, por lo tanto, afecta a la determinación de la culpabilidad del sujeto. Los apartados referidos se encuentran dentro de este último supuesto. En concreto, son situaciones en las que el sujeto es calificado como inimputable porque no cuenta con la capacidad suficiente para tener conciencia de la trascendencia de sus actos o para controlarlos. Si esto es así, se considera que el sujeto no puede ser calificado de culpable y, por lo tanto, no es posible imponerle una pena a pesar de que haya realizado un acto ilícito penal.

Este pensamiento fue, precisamente, el germen que derivó en la creación de las medidas de seguridad<sup>5</sup>. Recuérdese, aunque sea brevemente, que las medidas de seguridad tienen su origen en los postulados de la Escuela Positiva italiana, la cual se enfrentó a la Escuela Clásica a finales del siglo XIX. La Escuela Clásica defendía una concepción retributiva de la pena, apoyada en una visión indeterminista del ser humano, es decir, con capacidad de decisión, libre y, por lo tanto, responsable de sus acciones.

---

<sup>4</sup> Si bien, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., “El tratamiento de la discapacidad en el Derecho Penal”, MOLINA FERNÁNDEZ, C./ ALCAÍN MARTÍNEZ, E./ ALAMEDA CASTILLO, M.T./ GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, J., *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006, (págs. 393-418) pág. 400 considera que también son supuestos de discapacidad que contempla el Código Penal la previsión de trastorno mental transitorio y la intoxicación plena por el consumo de alcohol y drogas.

<sup>5</sup> SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pag. 71 define a las medidas de seguridad como “mecanismo jurídico-penal de respuesta al delito, complementario de la pena, aplicado conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, en atención a la peligrosidad del sujeto, con finalidad correctora o asegurativa”.

Frente a esta visión, surgió la Escuela Positiva con una concepción determinista del ser humano. De este modo, resultaba imposible imponer una pena. Si no existe el libre albedrío, no es posible la reprobación de los actos delictivos llevados a cabo por los sujetos. Por ello se plantea la necesidad de crear nuevas respuestas ante los ilícitos penales llevados a cabo sin libertad y es así como surgen las medidas de seguridad, cuyo fin debía ser preventivo-especial.

De esta Lucha de Escuelas surgió un acuerdo generalizado por el que se aceptaron las penas y las medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas de las conductas delictivas, fundamentándose las primeras en la culpabilidad y las segundas en la peligrosidad criminal<sup>6</sup>. Luego, cada ordenamiento jurídico ha articulado de manera particular la aplicación de las sanciones penales dentro de este sistema dualista<sup>7</sup>. España, por ejemplo, en el Código Penal de 1995 opta por un sistema dualista calificado por la doctrina como “flexible” o “mitigado”<sup>8</sup>. Dicha calificación se debía que se preveía como posibles respuestas o vías ante un acto delictivo la pena y la medida de seguridad y, además, permitía su aplicación conjunta aunque solo en determinados casos y siempre y cuando se llevase a cabo de forma sustitutoria, no acumulativa. Si bien, esto ha sido matizado a partir de la reforma del Código Penal operada con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, sin embargo tal modificación no afecta a lo que a nosotros nos importa<sup>9</sup>.

Siendo así, en el ordenamiento español, cuando una persona con discapacidad, en los términos previstos en los apartados 1º y 3º del artículo 20 del Código Penal, lleva a cabo un acto delictivo, se le impone una medida de seguridad en lugar de una pena, siempre y cuando cuenten con un pronóstico de peligrosidad. Tradicionalmente, la vinculación de la medida de seguridad con un pronóstico de peligrosidad ha sido objeto de controversia debido a que supone, en alguna medida, dar una respuesta jurídica a una

---

<sup>6</sup> Sobre el origen histórico de las medidas de seguridad, véase, entre otros, SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Aranzadi, Navarra, 2015, (págs. 417), págs. 277-302; URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2009, págs. 7-15; GUZMÁN DÁLBORA, J.L., *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, BdeF, Montevideo, 2009, págs 66-77; ZIFFER, P, S., *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, págs. 33-37; LEAL MEDINA, J., *La Historia de las medidas de seguridad*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 341; SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 21-30.

<sup>7</sup> Entendemos con SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pag. 42, que es preferible “la expresión «dualismo» o «doble vía» para significar la previsión de dos formas de reacción frente al delito: pena y medidas de corrección y seguridad, con independencia del modo concreto en el que se articula su respectiva imposición. Serían también dualistas, según esto, aquellos sistemas legales que, previendo tanto penas como medidas, no permitan su acumulación.”

<sup>8</sup> Así, SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pag. 261 o JORGE BARREIRO, A., “El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995”, en GÓMEZ COLOMER, J.L./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., (coordinadores), *La reforma de la Justicia Penal (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1997, pag. 114, entre otros.

<sup>9</sup> Al respecto nos hemos referido en “Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero, 2014, págs. 21, y en “Penas y medidas de seguridad: su aplicación”, en CAMPUZANO, A. B./ ENCISO, M. (coordinadoras), *Memento Práctico. Ejercicio Profesional de la Abogacía*, Francis Lefevre, Madrid, 2016, págs. 693-704.

conducta que se espera que se produzca pero que no se ha llegado a producir. Es decir, puede confundirse con una medida pre-delictual.

Hoy en día esta crítica se puede considerar superada mediante dos argumentos: la aceptación generalizada de que las medidas de seguridad son de carácter post-delictual<sup>10</sup> y la extensión de las medidas de seguridad a los sujetos imputables a partir de la Ley Orgánica 5/2010. El primero de estos argumentos cuenta con mayor recorrido y es defendido por la mayor parte de la doctrina. Se considera que las medidas de seguridad, al igual que las penas, son una consecuencia jurídica del delito y, por lo tanto, son de carácter post-delictual. Precisamente este fundamento en la peligrosidad criminal provocó que se pervirtiera el sentido de las medidas de seguridad y se regulase su imposición para sujetos de los que se presumía esa peligrosidad sin que hubieran realizado ningún acto delictivo. En realidad se estaba confundiendo las medidas de seguridad con aquellos otros mecanismos dirigidos a controlar la peligrosidad –en el mejor de los casos- o el modo de vida que llevaban determinados sujetos –como ocurría con los denominados “vagos y maleantes” a quienes iban dirigidas la Ley de 4 de agosto de 1933 y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970-. No obstante, a partir de la aprobación de la Constitución española de 1978, el Tribunal Constitucional de forma reiterada ha manifestado que las medidas pre-delictuales vulneraban el principio de legalidad penal previsto en el artículo 25.1 de la Constitución al imponerse antes de que se hubiera cometido el hecho delictivo o, conforme a los supuestos concretos resueltos por el Alto Tribunal, antes de que la jurisdicción penal se hubiera manifestado sobre la comisión y culpabilidad de los mismos por el sujeto imputado<sup>11</sup>. Además, para evitar confundir las medidas de seguridad con medidas pre-delictuales, se vinculan los límites máximos temporales y de gravedad de las medidas de seguridad con “la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”, tal y como se indica en el artículo 6 del Código Penal. De este modo, las medidas de seguridad se rigen por el principio de proporcionalidad con los hechos realizados, no con los que se presume que pueden realizar.

El segundo de los argumentos planteados para salvar el fundamento de la peligrosidad criminal de las medidas de seguridad es la extensión de su aplicación a sujetos imputables. En puridad, la única medida de seguridad prevista para imponer a un sujeto imputable, es decir, a aquel que no presenta una discapacidad de las contempladas en el artículo 20 apartados 1º y 3º, es la libertad vigilada. Dicha medida se incorporó al ordenamiento jurídico penal español mediante la Ley Orgánica 5/2010 como medida de seguridad para los sujetos inimputables o semi-imputables, junto con las demás previstas, y de forma única para los sujetos imputables que hubieran llevado a cabo delitos de terrorismo o algún delito contra la libertad sexual. Este cambio en la

---

<sup>10</sup> En este sentido véase, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO, E., “Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 60, 2000, pag. 112; SANZ MORÁN, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2003, pags. 121 y 122; GUZMÁN DÁLBORA, J.L., “Las medidas de seguridad. Distinción y relaciones entre penas y medidas de seguridad”, en *Revista de Derecho Penal*, nº 16, Uruguay, 2006, pag. 163; FRISCH, W., “Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, en *ZStW* 102, 1990, pag. 372.

<sup>11</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1986, de 14 de febrero; 21/1987, de 19 de febrero; o 131/1987, de 20 de julio. Véase, entre otros, URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2009, pags. 55-57; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Peligrosidad criminal y Constitución”, en *Indret*, nº 3/2008, pags. 13-17.

concepción del sistema penológico español se realiza con la argumentación de que existen determinados supuestos en los que el efecto rehabilitador de la pena no es suficiente o adecuado para eliminar el riesgo de reincidencia<sup>12</sup>, de manera que se antoja necesario complementarlo con una medida de seguridad que neutralice su peligrosidad<sup>13</sup>. Con la reforma de 30 de marzo de 2015 estos supuestos se han visto notablemente ampliados. Pero, lo que aquí realmente importa es que, con la nueva configuración de las penas y las medidas de seguridad, pierde sentido la crítica de que solo se evalúe la peligrosidad criminal de las personas con discapacidad y que, por consiguiente, se les otorgue un tratamiento más gravoso que a los sujetos imputables.

Para concluir lo referido al tratamiento de las personas con discapacidad intelectual como sujeto activo del delito, nos resta solo señalar que la Ley prevé distintos grados de inimputabilidad. Así, cuando el autor no tiene capacidad de comprensión de la trascendencia de sus actos o control sobre los mismos el sujeto se considera inimputable y, en atención a su peligrosidad criminal, como se ha advertido, se impondrá o no una medida de seguridad en respuesta a la realización de un ilícito penal. Sin embargo, puede ocurrir que el sujeto no tenga plena conciencia pero sí cierta capacidad de comprensión. En estos casos, la Ley prevé en el artículo 21.1 la aplicación de lo que se denomina una eximente incompleta de las razones que se comprenden en el artículo 20, calificando al sujeto de semi-imputable y pudiendo aplicar una medida de seguridad y, con carácter sustitutorio, posteriormente una pena<sup>14</sup>.

En lo que se refiere a las personas con discapacidad física, también cuentan con una consideración particular en el ámbito penal como sujeto activo del delito. En concreto, nos estamos refiriendo a los delitos de omisión, caracterizados porque el sujeto activo no lleva a cabo una conducta debida. Esta conducta debida pueda estar expresamente prevista en la Ley penal y su mero incumplimiento, independientemente de que conlleve un resultado típico o no, es considerado un delito, en concreto un delito de omisión pura; o puede que la conducta debida no esté prevista explícitamente pero su incumplimiento provoca un resultado prohibido cuya evitación el sujeto tenía la obligación de garantizar, sería un caso de comisión por omisión. En cualquier caso, en ambos supuestos, para que se pueda atribuir la realización de un delito al sujeto que, efectivamente, debía haber llevado a cabo una conducta concreta, es necesario que cuente con capacidad para realizar la acción. Siendo esto así, no realiza una omisión de socorro quien no tiene capacidad para socorrer, ya que su no actuar no puede subsumirse en el tipo penal. Y tampoco realiza un delito de homicidio en comisión por omisión, por ejemplo, el progenitor que afectado por una parálisis general no alimenta a uno de sus descendientes. En estos supuestos no es que se considere que no se puede reprochar al sujeto el incumplimiento de la conducta debida y que, por lo tanto, no es culpable, sino que ni siquiera su “no conducta” tiene cabida en el tipo penal.

## **LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETOS PASIVOS**

---

<sup>12</sup> Exposición de Motivos de 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, apartado IV: “Es notorio, sin embargo, que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia.”

<sup>13</sup> Advierte JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C., “La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 7, 2012, pag. 39, que la regulación de la libertad vigilada implica la presunción de que “la pena privativa de libertad no surtirá ningún efecto en el sujeto”.

<sup>14</sup> Véase artículo 104 del Código Penal.



A lo largo del articulado del Código Penal se prevén tipos penales autónomos o modalidades agravadas de otros, en atención a la discapacidad que ostenta el sujeto pasivo. En concreto, existen hasta tres formas de referirse a la discapacidad como elemento a tener en cuenta en la configuración del tipo penal o en la determinación de la pena. De este modo, se alude a la discapacidad, de manera genérico, como circunstancia sospechosa de discriminación; a las personas con discapacidad, necesitadas de especial protección, y a la discapacidad, como razón que convierte a una persona en víctima especialmente vulnerable.

Empezando por la referencia en el ámbito de la discriminación, desde la aprobación del Código Penal de 1995 se considera la discapacidad (hasta la aprobación de la reforma de 30 de marzo de 2015, se aludía a la minusvalía) una causa sospechosa de discriminación. Se trata de una de las causas que integran todos los catálogos de los tipos penales anti-discriminatorios así como el de la circunstancia agravante genérica antidiscriminatoria del artículo 22.4 del Código Penal. Se alude a ella siempre asociada a la enfermedad, lo cual suscitó el rechazo de su incorporación por parte de algunos autores desde un primer momento. Téngase en cuenta que, en el texto original, se decía “enfermedad o minusvalía” en vez de “enfermedad o discapacidad”, lo que facilitaba la consideración de superflua de la minusvalía por entender que el término “enfermedad” incluía también el de minusvalía<sup>15</sup>. Sin embargo, otros autores entendieron que existían matices importantes de diferenciación entre la minusvalía y la idea de enfermedad, por lo que era relevante la referencia expresa a las dos<sup>16</sup>. Y en este sentido lo avaló el Tribunal Supremo, al manifestar la necesidad de distinguir entre ambas causas, basándose en que “las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples”<sup>17</sup>.

Aclarada la idoneidad del mantenimiento de las dos circunstancias discriminatorias, sin embargo nos parece inadecuada la elección de los términos empleados<sup>18</sup>. Y es que son las únicas causas del catálogo de causas sospechosas de discriminación que aluden explícitamente a los colectivos que se pretende tutelar. Si se repasa dicho catálogo, se puede comprobar como todos los términos empleados son objetivos, neutrales, aunque de facto el sujeto pasivo sólo pueda ser alguien perteneciente a una “minoría”. De tal manera que se alude al sexo, la etnia, el origen, en vez de referirse a las mujeres, los gitanos y los inmigrantes. Pero esto no ocurre así cuando lo que se quiere es proteger a personas con algún tipo de discapacidad o enfermedad. En ambos casos, en vez de mantener el mismo criterio y aludir a la salud y

---

<sup>15</sup> BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho Penal*, Comares, Gradana, 1998, pag. 46.

<sup>16</sup> MACHADO RUIZ, M.D. *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pag. 234, quien considera que se debe prever la minusvalía junto a la enfermedad para “evitar que supuestos de inferioridad física o psíquica quedaran excluidas del concepto de enfermedad y, con ello, de la protección penal frente a las discriminaciones por este motivo”; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2009, pag. 31, distingue entre enfermedad discapacidad, argumentando que la “enfermedad, invalidante en sí misma, pero, en principio, no generadora de discapacidad hasta que la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial generada por ella se haya estabilizado”.

<sup>17</sup> Fundamento de Derecho 5º de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 2008.

<sup>18</sup> Y así lo hemos manifestado siempre hemos tenido ocasión. Véase, “Identificación de las víctimas de los delitos de odio: aproximación a algunos de los problemas que plantea esta categoría delictiva”, en DE HOYOS SANCHO, M., (directora) *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi, Navarra, 2017, pág. 369; *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pags. 243-244.

la capacidad física o psíquica, directamente se refiere a la enfermedad y la minusvalía, o ahora a la discapacidad. Parece que, incluso cuando se les quiere proteger frente a tratamientos que los sitúan o ahondan en su posición de desventaja dentro de la sociedad, se les discrimina.

Siguiendo con el tratamiento de las personas con discapacidad como sujeto pasivo, a lo largo del texto legal se equipara a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección con los menores, concurriendo ambas expresiones en un número importante de preceptos<sup>19</sup>. En este sentido, un ejemplo en el que se configura un delito autónomo es el delito de exhibicionismo o provocación sexual, cuya tipificación depende de que los actos vayan dirigidos a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección, considerando que ambos colectivos son más indefensos y además ninguno de ellos cuenta con la madurez suficiente para comprender la trascendencia de determinados actos. Pero también constituyen circunstancias agravatorias, como ocurre en los delitos contra la vida o la integridad física. Esto tiene sentido ya que, recuérdese, el legislador identifica a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección con aquellos sujetos que requieren “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.” (artículo 25 del Código Penal).

El problema surge porque, junto a esta referencia a las personas con discapacidad, resta otra, vinculada a las víctimas especialmente vulnerables. Se antoja necesario preguntarnos ¿cuál es el matiz diferenciador entre ambas expresiones? Entendemos que al contener en el artículo 25 del Código Penal una definición de persona con discriminación necesitada de especial protección, y no existir referencia alguna aclaratoria del colectivo de víctimas especialmente vulnerables por razón de la discapacidad, este debe interpretarse sistemáticamente con la previsión del artículo 25. En este sentido, podría ser una categoría más amplia, en la que se comprendiera a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección y a las personas con una discapacidad física; o podría constituirse como alternativa, relativa entonces en exclusiva a las personas con discapacidad física; o, finalmente, aludir a un colectivo más restrictivo, donde solo se tutelasen a determinadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Para tratar de delimitar esta expresión, debemos empezar señalando que es relativamente reciente en nuestro ordenamiento jurídico. Aparece de forma casi anecdótica en el texto original del Código Penal de 1995 en el artículo 180.1.3º, referida a las agresiones sexuales, cuya sanción se agravaba cuando la víctima es “especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación”, así como en el artículo 182.2º, sobre abuso sexual, donde la delimitación de las víctimas especialmente vulnerables es “por razón de su edad, enfermedad o situación”<sup>20</sup>. De este modo, el ordenamiento jurídico penal español inicia esta tutela personalizada en atención a dos delitos concretos, con los que se lesiona la libertad o indemnidad sexual (aunque no se alude a ella hasta la reforma de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril), en relación a colectivos que se encuentran en una posición de mayor indefensión debido a su edad,

---

<sup>19</sup> Así ocurre en los artículos 140, 148, 149, 153, 155, 161, 165, 166, 171, 173, 185, 186, 188, 189, 197, 223, 224, 225, 228, 229, 230, 231, 232, 362 quater, 577. Y se los equipara en lo que al tratamiento de los delitos semi-públicos se refiere.

<sup>20</sup> Reforma de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, el artículo 182 se remite al 180.1.3º y se protegen a los mismos sujetos.

enfermedad o “situación” y, en el caso de la agresión sexual, también por razón de su discapacidad<sup>21</sup>.

Será con la reforma llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando se incorpore ampliamente al ordenamiento jurídico penal la protección de las víctimas especialmente vulnerables. Esto se lleva a cabo en el marco de la Decisión n.º 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)<sup>22</sup>. Esta tarea ha sido complementada con la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre, donde se regula la Orden de Protección y de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo<sup>23</sup>, lo que en España ha supuesto la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ambas modificadoras del Código Penal.

Sin embargo, consideramos que se ha realizado de manera descoordinada, aludiendo en ocasiones únicamente a la especial vulnerabilidad de la víctima<sup>24</sup> y en otras limitando esta a razones de “edad, enfermedad o discapacidad”<sup>25</sup>, “edad, enfermedad o situación”<sup>26</sup> o “enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal”<sup>27</sup>. Es cierto que la diferente delimitación de las víctimas especialmente vulnerables no debe calificarse automáticamente como errónea, descuidada, o atribuirse a desidia legislativa ya que, si obedece a criterios criminológicos, estará orientada a otorgar una mayor protección a quienes, realmente, la precisan. Sin embargo, parece que, en lo que a la legislación penal se refiere, la concreción de las víctimas especialmente vulnerables es fruto de la improvisación y falta de cuidado en la redacción de los tipos, obviando las consecuencias negativas que se derivan al realizar una interpretación sistemática.

---

<sup>21</sup> La no consideración de personas con discapacidad como víctimas especialmente vulnerables en la regulación original del delito de abuso sexual se debe a que se considera abuso sexual el atentar contra la libertad sexual de una persona, sin violencia o intimidación, cuando se realice abusando de su trastorno mental. De manera que, se considera, ya está comprendida como sujeto pasivo del tipo básico. No obstante, con la reforma de la Ley Orgánica 11/1999, se hará una remisión a la previsión del artículo 180.1.3º constituyendo una modalidad agravada. Supone protección también para las personas con discapacidad física. Esto produce una descoordinación ya que se protegerá con mayor severidad a las personas con dicha discapacidad física que aquellas que tienen algún tipo de discapacidad psíquica y que se habían protegido mediante la previsión de “trastorno mental”.

<sup>22</sup> Antes, ya en el año 2001 se había aprobado la Decisión Marco 2001/220/ JAI del Consejo, a partir de la cual se fue incrementando el interés por la protección de la víctima en general, y por la víctima especialmente vulnerable en particular.

<sup>23</sup> Directiva que ha sido traspuesta al ordenamiento español a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.

<sup>24</sup> Se atiende a la “víctima especialmente vulnerable”, en general, en los artículos 148.5º, 153.1, 171.1 y 172.2.

<sup>25</sup> Se atiende a la “persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad”, en el artículo 140.1.1º.

<sup>26</sup> Se atiende a la “persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”, en los artículos 172 ter 1. y 184.3.

<sup>27</sup> Se atiende a la “víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal”, en el artículo 177 bis 4 b), reformado por la Ley Orgánica 1/2015, que incorpora el estado gestacional y la situación personal. Originariamente, este precepto, que se incorporó con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, decía simplemente “situación” no “situación personal”.

En cualquier caso, con “víctimas especialmente vulnerables” se alude, en general, a colectivos que, bien por sus propias características, o bien por la clase de delito de la que han sido objeto, se encuentran en una posición o situación de desvalimiento<sup>28</sup>, son potencialmente susceptibles de ser víctimas y, además, resulta más sencillo que sean objeto de doble victimización o victimización reiterada, o/y objeto de intimidación por parte del sujeto activo o sus colaboradores. Obviamente, las personas con discapacidad cumplen con estos requisitos bien porque físicamente se encuentren más indefensas o porque intelectualmente sea más sencillo lograr que sucumban en el delito, también puede ocurrir que el daño que se les produce sea mayor. De este modo, en el caso de la discapacidad, podrán ser víctimas especialmente vulnerables tanto las personas con una discapacidad física como con una discapacidad intelectual pero sin que de forma genérica cualquier persona con una discapacidad sea una víctima especialmente vulnerable. Un ejemplo de esto es el artículo 188 del Código Penal donde se tipifica la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, previéndose como agravante el que el sujeto pasivo sea una víctima especialmente vulnerable por razón de, entre otras, su discapacidad.

## CONCLUSIONES

De lo anterior es posible extraer varias conclusiones relevantes en relación al tratamiento que se otorga a las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico penal español.

La principal, y de la que derivan las demás, es que tanto en los supuestos en los que constituye el sujeto activo, como en aquellos otros en los que resulta ser sujeto pasivo, la Ley prevé una respuesta diferenciada.

De este modo, se prevé una consecuencia jurídica alternativa a la pena en los supuestos en los que el sujeto activo cuenta con una discapacidad tal que le impide comprender la trascendencia de sus actos o controlarlos. Como se ha indicado en las páginas anteriores, en estos supuestos se aplicará una medida de seguridad, siempre y cuando exista un pronóstico de peligrosidad criminal. Esta solución resulta adecuada ya que no se funda en la culpabilidad del autor de los hechos si no en su peligrosidad. No obstante, su verdadera aplicabilidad resulta un problema bien distinto ya que la falta de recursos económicos ha puesto en entredicho el fundamento y la finalidad de estas medidas.

Por otro lado, en los supuestos de delitos de omisión, si el sujeto no contase con la capacidad física necesaria para llevar a cabo la conducta debida, de ninguna manera se podrá considerar si quiera que ha realizado un ilícito pero está exento de responsabilidad penal. En estos casos, directamente su actuar o, con mayor precisión, su no actuar no constituirá el tipo.

---

<sup>28</sup> Es amplia la literatura al respecto. Sirva de referencia VIDAL FERNÁNDEZ, BEGOÑA, “El Estatuto de la Víctima en el proceso penal en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, (coordinadora) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 217 y ss.; DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, “El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea”, en DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, (directora), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, págs. 60 y ss; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *Estatuto Jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito en España*, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 216-219.

En lo que a las personas con discapacidad como sujetos pasivos se refiere, se puede afirmar que la Ley penal les brinda una especial protección al contemplar tres posibles situaciones que requieren la creación de un delito autónomo o una modalidad agravada debido al mayor injusto o reprochabilidad que representan: discriminación por razón de discapacidad, persona con discapacidad necesitada de especial protección y víctima especialmente vulnerable por razón de su discapacidad. No obstante, el modo en que se regula no está exento de críticas relevantes.

Como ya se indicó, la previsión explícita de la discapacidad en el ámbito de la discriminación resulta contraria a los objetivos del derecho a la igualdad y a no ser discriminado. Junto con la enfermedad, son las únicas causas sospechosas de discriminación en las que se alude de forma explícita al colectivo concreto al que se pretende tutelar. Entendemos que debería modificarse y utilizar los términos neutros de capacidad y salud, tal y como ocurre con las demás causas previstas en los diferentes catálogos de los delitos anti-discriminatorios.

Además, resulta especialmente compleja la delimitación entre víctima especialmente vulnerable por razón de discapacidad y persona con discapacidad necesitada de especial protección. En atención al artículo 25 del Código Penal, estas últimas serán personas con discapacidad intelectual pero, entonces, ¿quiénes serán especialmente vulnerables? Si observamos los tipos penales en los que se tutela especialmente a este colectivo, no cabe duda que podrán ser personas con discapacidad intelectual o física pero no todas. La determinación de la vulnerabilidad, entonces, constituye un elemento normativo que el juzgador deberá valorar en cada caso concreto.