



## ■ artículo



REVISTA DE VICTIMOLOGÍA | JOURNAL OF VICTIMOLOGY  
Online ISSN 2385-779X  
www.revistadevictimologia.com | www.journalofvictimology.com  
DOI 10.12827/RVJV.18.04 | N. 18/2024 | P. 91-132  
Fecha de recepción: 13/05/2024 | Fecha de aceptación: 12/06/2024

# La vulnerabilidad victimal de los ancianos y su protección en el código penal: valoración y perspectivas de futuro<sup>1</sup>

Victim vulnerability of the elderly and its protection  
in the penal code: assessment and future perspectives

Natalia Sánchez-Moraleda Vilches

Universidad de Alicante, natalias.moraleda@ua.es

## Resumen

El trabajo se dedica a examinar críticamente la regulación penal aplicable para intensificar la protección de las personas mayores que son especialmente vulnerables o se hallan en tal estado de indefensión. Para ello, comienza exponiendo los dos modelos de tutela de la vulnerabilidad victimal: aquel que se basa en la vulnerabilidad del colectivo y, en contraposición, el que adopta un enfoque individualista. A continuación, analiza algunos de los aspectos problemáticos que en general presentan los subtipos agravados previstos para la sobreprotección de personas especialmente vulnerables. En particular, los conceptos de “vulnerabilidad” y de “especial vulnerabilidad”, la deficiente técnica legislativa empleada y sus consecuencias. Seguidamente, desciende al examen específico de la (avanzada) edad como categoría de la vulnerabilidad, tratando de fijar su contenido y delimitarla de otras materialmente análogas, la discapacidad y la enfermedad. En este sentido, se completa con un estudio de las tendencias jurisprudenciales seguidas en la interpretación y aplicación de la cualificación que evidencia posiciones manifiestamente contradictorias. Finalmente, se concluye con una valoración sobre la idoneidad de la normativa que atiende expresamente a la especial vulnerabilidad para prevenir y evitar victimizaciones de ancianos, y se plantean posibilidades de reforma para mejorar el tratamiento jurídico-penal de esta realidad criminológica.

## Palabras clave

Colectivo identitario, especial vulnerabilidad, personas mayores, ancianos, subtipo cualificado, agravante por avanzada edad.

1 Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Agravantes y subtipos agravados. Una propuesta de racionalización del Código penal desde la racionalidad legislativa*, PID2022-136847NB-I00, convocatoria «Proyectos de Generación de Conocimiento 2022» del Ministerio de Ciencia e Innovación, cofinanciado por la Unión Europea.



## Abstract

This paper provides a critical examination of the criminal regulation providing enhanced protection of the elderly who are particularly vulnerable or in a state of defenselessness. To this end, it begins by exposing the two models of protection regarding victim vulnerability: one based on the vulnerability of the group the victim belongs to and, in contrast, one that adopts an individualistic approach. Next, we turn to some of the problematic aspects of the aggravated offenses providing increased protection to particularly vulnerable victims. Of particular interest are the concepts of “vulnerability” and “particular vulnerability”, the deficient legislative technique used, and the foreseeable consequences. Then (old) age as a category of vulnerability is specifically examined, trying to establish its content and distinguish it from other materially analogous categories, disability and illness. Such examination is completed with a study of the jurisprudential trends, evidencing manifestly contradictory positions in the interpretation of the circumstance. Finally, we conclude with an assessment of the suitability of this kind of vulnerability regulations to prevent and avoid victimization of the elderly, and suggest possibilities for reform to improve the treatment of this criminological reality within criminal law.

## Keywords

Identity group, particular vulnerability, elderly people, aggravating circumstance due to elderliness.

## 1. Introducción

Es indiscutible que el Derecho penal está evolucionando en la línea de expandir una protección reforzada a los integrantes de cada vez más colectivos identitarios<sup>2</sup>, formados por individuos que poseen cualidades comunes y que con frecuencia presentan una especial vulnerabilidad que los hace acreedores de esa tutela adicional (Díez Ripollés, 2024). Entre estos sujetos, y pese a que el Código penal no alude a ellos expresamente, se hallan las personas de edad avanzada, que conforman un grupo diferenciado al que se sobreprotege por vías indirectas.

- 2 Especialmente crítica con la clasificación por categorías identitarias, Fineman (2013). Sobre la base de que esta autora se refiere a estos colectivos en el sentido de que, siendo minoritarios y/o discriminados, puedan crear políticas identitarias de exclusión, cabría preguntarse si realmente los adultos mayores constituyen un colectivo de esta clase. Al respecto, creo que la realidad social y demográfica está contribuyendo progresivamente a que las personas de edad avanzada se identifiquen a sí mismas como miembros de un grupo vulnerable con necesidades especiales de protección, aun siendo cierto que sus contornos son difusos. Muestra de ello es la existencia desde 1999 de la Confederación Española de Organizaciones de Mayores (CEOMA), integrada por 30 organizaciones (nacionales y autonómicas) que a su vez representan a casi 1200 asociaciones. Asimismo, como ejemplo de su capacidad para incidir en la toma de decisiones que les afectan, cabe recordar la presión ejercida por diversas asociaciones de mayores que condujo a la actualización en 2022 del “Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca”, por el que se adoptaron una serie de medidas para garantizar servicios bancarios adaptados a las necesidades de los mayores, mejorando la atención presencial y telefónica y el acceso a cajeros y a medios digitales.



Ahora bien, ¿es necesario intensificar la tutela de los adultos mayores<sup>3</sup>? ¿Está justificada la mayor intervención penal para esta clase de víctimas? El maltrato<sup>4</sup> a los ancianos constituye un fenómeno social con perfiles propios que, si bien desde los años 80 del pasado siglo viene despertando un creciente interés, ha generado una especial preocupación en los últimos tiempos (Alonso Álamo y Javato Martín, 2010). En efecto, aunque los estudios sobre el tema no ofrecen tasas de maltrato coincidentes, (Zapater, Soberón y Gómez Gutiérrez, 2021), la investigación victimológica expresa, por un lado, que con carácter general los individuos de avanzada edad son más vulnerables y presentan un mayor riesgo de victimización<sup>5</sup>, especialmente a partir de los 74 años (Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles, 2014). Ello es debido a un elenco muy variado de factores que suelen acompañar a la senectud. En particular, la literatura especializada (Iborra Marmolejo, 2009; Javato Martín, 2010; Pereda Beltrán y Tamarit Sumalla, 2013; Zapater, Soberón y Gómez Gutiérrez, 2021) ha puesto de relieve, entre otros muchos, y en función del contexto (familiar o institucional): la enfermedad, la lentitud funcional, la pérdida intelectual, los trastornos mentales, la dependencia económica del agresor/cuidador, la cohabitación o el aislamiento social de la familia<sup>6</sup>.

Por otro lado, los trabajos inciden en que se constata una tendencia al alza en los ataques a estos sujetos favorecida por el progresivo envejecimiento de la población (según el Instituto Nacional de Estadística el porcentaje de personas de 65 años y más en España para 2050 será del 31,4%)<sup>7</sup> y otras circunstancias como la mayor estima social hacia la juventud o las nuevas formas de familia

- 3 Naciones Unidas circunscribe el concepto de persona mayor a los adultos de más de 60 años. La tendencia europea, sin embargo, engloba a mayores de 65 años. Sobre ello, véase Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles (2014).
- 4 Sobre las cuestiones que plantea la interpretación del término “maltrato”, véanse Iborra Marmolejo (2005); Javato Martín (2010); Morillas Fernández, Patró Hernández y Aguilar Cárceles (2014).
- 5 El maltrato más frecuente en España es el psicológico, seguido de la negligencia, el abuso económico y el maltrato físico. El abuso sexual es el menos frecuente, con cifras del 0,1% y 1% en prevalencia efectiva del abuso sexual y entre el 4,1% y el 1,3% en sospecha de abuso sexual (Zapater, Soberón y Gómez Gutiérrez, 2021). Estos datos coinciden en general con los difundidos por la OMS, si bien el abuso económico adelanta a la negligencia (Yon, Mikton, Gassoumis, Wilber, 2017). Por lo que respecta al abuso de ancianos en Europa, puede consultarse Lindert, De Luna, Torres et. al. (2013).
- 6 Señala Cario (2006) que los tres últimos son propios del maltrato en el ámbito familiar, el más frecuente.
- 7 Instituto Nacional de Estadística, *Proyecciones de Población 2020-2070*. En la Unión Europea, según Eurostat, *Estructura demográfica y envejecimiento de la Población* (2021), se prevé que durante el período de 2019 a 2100 las personas de 65 años o más representarán el 31,3 % de la población de la EU-27 y que el porcentaje de personas de 80 años o más se multiplicará por 2,5 y pasará de un 5,8 % a un 14,6%.



(Javato Martín, 2010). Así, a nivel global, la Organización Mundial de la Salud ha puesto de manifiesto que una de cada seis personas de más de 60 años en el mundo sufrió maltrato en el entorno comunitario, con una prevalencia general del 15,7% (Yon, Mikton et. al, 2017)<sup>8</sup>. Asimismo, ha revelado que aunque se dispone de pocos datos sobre el alcance del problema en las instituciones, como los hospitales, las residencias de ancianos y otros centros de atención crónica, el 64,2% del personal refirió haber cometido alguna forma de maltrato (Yon, Ramiro-González et. al., 2019). Este panorama, además, se ha visto agudizado durante la crisis sanitaria mundial por la pandemia de COVID-19, que ha determinado un aumento de la prevalencia del maltrato a las personas de edad, tanto en la comunidad como en las instituciones (Chang y Levy, 2021)<sup>9</sup>.

A lo anterior hay que añadir que la victimización conlleva a menudo consecuencias especialmente negativas para el adulto mayor en comparación con las que soportan víctimas más jóvenes; efectos que, obviamente, son variables y dependen de la clase y la gravedad del maltrato, del estado psicológico previo del anciano, de su relación con el agresor o del apoyo social con que cuente. En este sentido, los estudios desarrollados en este ámbito constatan un incremento del riesgo de muerte durante o tras la victimización, secuelas como la depresión, la ansiedad, ideas suicidas, sentimientos de culpa y vergüenza, miedo al delito, etc. (Pereda Beltrán y Tamarit Sumalla, 2013; Morillas Fernández, Patrón Hernández y Aguilar Cárceles, 2014).

Ante esta realidad, desde el Derecho se han articulado herramientas jurídicas variadas para prevenir y evitar posibles victimizaciones, tanto en el ámbito internacional (Boldova Pasamar, 2021), como en el nacional<sup>10</sup>.

Por lo que atañe a la respuesta penal, ya se ha apuntado que en España no consta un modelo de intervención específico dirigido expresamente a sobreproteger a quienes, por razón de su avanzada edad, se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad que los convierte en blanco ideal para la comisión de diversos delitos. De modo que, al contrario de lo que sucede con los menores, que cuentan con disposiciones especiales para reforzar su defensa,

---

8 Nota de prensa de la OMS, de junio de 2022.

9 En este trabajo estadounidense se señala que las tasas de maltrato en la comunidad pueden haber subido hasta el 84%. Sobre la responsabilidad penal en las residencias de ancianos durante la pandemia, véase Javato Martín (2021).

10 En el ordenamiento jurídico español cabe destacar la siguiente normativa extrapenal: la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica..



no existe una regulación que tome en consideración expresamente la vejez o la ancianidad. Lo que opera, pues, es una protección inespecífica que tiene lugar, además de a través de los preceptos que tutelan a todos sin distinción, de otros que pueden servir especialmente para prestar un amparo reforzado a las personas longevas.

Para cubrir la necesidad de tutela se recurre a técnicas variadas en función del ilícito o de la conducta de que se trate. Al respecto, y al margen de que existe cierto consenso social en relación con la intervención penal en pro de la defensa de los más vulnerables, lo cierto es que, como veremos, el entramado normativo articulado por el legislador para tal fin parece alejado de los contenidos de racionalidad que han de ser tenidos necesariamente en cuenta en todo proceder legislativo (De la Mata Barranco y Pérez González, 2023)<sup>11</sup>. Por esta razón, el trabajo se dedica con carácter general a poner de manifiesto los principales problemas que se derivan de la regulación penal aplicable para la sobreprotección ante situaciones de especial vulnerabilidad y, en particular, a examinar críticamente la cualificación en los casos en que expresamente se atiende a la edad como fuente de especial vulnerabilidad, por ser singularmente apta para la tutela de las personas añosas. Todo ello con el objetivo final de valorar si la regulación que se articula en el Código penal para intensificar la protección de estos estados de indefensión es idónea para abordar la violencia ejercida contra los mayores, o si sería aconsejable reconsiderar un enfoque diferente.

Con tal propósito, en primer lugar se exponen los distintos recursos que ofrece el texto penal para sobreproteger a los ancianos, distinguiendo dos esferas distintas de protección: la que se basa en la vulnerabilidad grupal y la que atañe a la vulnerabilidad individual. En este punto se tomará en consideración que el de vulnerabilidad es un concepto amplio y complejo, que presenta múltiples facetas y que puede tener su origen en multitud de factores (Bonsignore Fouquet, 2023), de ahí que se recojan disposiciones que expresamente mencionan la vulnerabilidad junto con otras en las que la vulnerabilidad victimal está implícita. A continuación, en segundo lugar, y descendiendo a la segunda esfera, se realiza un análisis de algunos de los aspectos problemáticos que en general presenta la agravación específica que exige que la víctima sea especialmente vulnerable o se halle en tal situación. En tercer lugar, se desgrana la cualificación de especial vulnerabilidad atendiendo a la (avanzada) edad como circunstancia desencadenante de tal condición o situación. Para ello, de una parte, se abordan las dificultades para dotar de contenido a esta categoría de la vulnerabilidad y

---

11 Sobre las categorías de racionalidad legislativa (lingüística, jurídico-formal, pragmática, teológica y ética), véanse la aportación teórica de Atienza (1997), y la propuesta de un modelo de racionalidad legislativa circunscrito más específicamente al ámbito penal que desarrolla Díez Ripollés a partir del anterior (2003).



fijar los límites con otras de idéntico desvalor, concretamente la discapacidad y la enfermedad. Y, de otra parte, se revisa la jurisprudencia en la materia al efecto de comprobar cómo se está interpretando la cualificación y qué alcance se le está otorgando en su aplicación por los tribunales. Por último, en cuarto lugar, se exponen las conclusiones alcanzadas y se realizan unas reflexiones finales sobre la conveniencia de modificar la actual regulación vinculada a la especial vulnerabilidad victimal a fin de garantizar una protección eficaz de los adultos mayores particularmente vulnerables.

## 2. La protección de las personas mayores en el código penal

### 2.1. El modelo de tutela basado en la vulnerabilidad grupal

En materia de protección de la vulnerabilidad victimal, puede identificarse un primer modelo regulatorio dirigido a reforzar la tutela de determinados colectivos. Lo que lo caracteriza es que parte de una vulnerabilidad presunta, que se predica del grupo y que no requiere ser constatada; esto es, a efectos de vulnerabilidad rige el automatismo, pues basta comprobar que la víctima forma parte del colectivo de que se trate —aunque no siempre<sup>12</sup>— y no si realmente era vulnerable en el caso concreto (Bonsignore Fouquet, 2023).

Dentro de este modelo cabe distinguir, por un lado, un conjunto de preceptos que amparan a grupos vulnerables o desaventajados frente a situaciones discriminatorias de diversa índole (asentadas entre otras razones en el sexo, la orientación sexual o identidad sexual o de género, razones de aporofobia, enfermedad, discapacidad, la situación familiar, la etnia, raza, nación, ideología, religión, etc.) con el fin de garantizar la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos (González Agudelo, 2022; De la Mata Barranco y Pérez González, 2023; Díez Ripollés, 2024).

Pues bien, en lo que concierne a la tutela de los ancianos hay que reparar en la agravante 4ª del artículo 22 CP, que tras la reforma operada por la LO 8/2021, de protección de la infancia y la adolescencia, recoge la edad entre los motivos discriminatorios. Esta cualificación, sin duda, constituye el más claro ejemplo de protección de colectivos vulnerables, pues lo relevante es tan solo que la conducta se guíe por alguno de los motivos discriminatorios

---

12 Me refiero a la agravante genérica de discriminación (art. 22.4ª CP), para cuya aplicación es suficiente constatar la presencia del motivo discriminatorio, sin que sea preciso verificar que la víctima formaba parte de alguno de los grupos vulnerables englobados en la circunstancia.



relacionados, “con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”. Al margen de cuál sea el fundamento de esta circunstancia genérica, si una mayor reprochabilidad o un incremento del injusto (Doval Pais, 2023), hay que reseñar que el propio Preámbulo de la norma confirma que “la edad ha sido incorporada como una causa de discriminación, en una vertiente dual, pues no solo aplica a los niños, niñas y adolescentes, sino a otro colectivo sensible que requiere amparo, como son las personas de edad avanzada”<sup>13</sup>. En consecuencia, aquellos delitos que respondan a sentimientos de hostilidad y discriminación hacia una persona por motivo de su longevidad verán incrementada su sanción.

Del mismo modo, es preciso considerar dentro de este primer compendio normativo a algunos de los denominados comúnmente “delitos de odio”. Estos injustos tienen como objeto de tutela la prohibición de discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad y se sustentan en la desigualdad que se genera con el odio al diferente por cualquiera de las razones o por la pertenencia a los grupos que se reflejan en los respectivos tipos penales. Señaladamente, en relación con la categoría victimal objeto de este trabajo, podrían aplicarse algunos de los tipos que castigan comportamientos guiados por móviles discriminatorios como la enfermedad, la discapacidad y, en especial, la edad<sup>14</sup>. Y es que, en muchas ocasiones, la violencia y el abuso contra los ancianos constituyen expresión de la gerontofobia y el edadismo, de ahí que se legisle en orden a su protección<sup>15</sup>, utilizando precisamente como criterio de diferenciación jurídica la edad, uno de los motivos de discriminación implícitos que se prohíben en el artículo 14 de nuestra Carta Magna (Boldova Pasamar, 2021).

Por otro lado, la vulnerabilidad grupal está presente asimismo en otro bloque de preceptos que también son de aplicación automática por la mera pertenencia al grupo especialmente protegido, sobre la base de una supuesta vulnerabilidad que no se asienta en razones discriminatorias, sino en otras de índole variada según el caso. Si bien en la doctrina se demanda que tal vulnerabilidad presunta quede efectivamente acreditada en cada supuesto (Díez Ripollés, 2024), lo cierto es que la formulación literal de la ley aboca en un primer

13 La LO 8/2021 introdujo también la edad como causa de discriminación en una vertiente dual en los delitos de odio previstos en los artículos 314, 511, 512 y 515.4 del Código penal.

14 Así, los contemplados en los arts. 510, 511, 512, 515.4°, 607, 607 bis CP. El Ministerio del Interior, en su Informe anual sobre “Evolución de delitos de odio en España” de 2018 introdujo tres nuevos ámbitos de discriminación, señaladamente la “discriminación generacional”. El Informe del Ministerio referido al año 2021, pone de relieve que en los delitos registrados en ese periodo han aumentado en un 250% los hechos de “discriminación generacional”.

15 Lo que, asimismo, propugna la propia Constitución en su artículo 9.2.



momento al automatismo por la sola condición de ser miembro del grupo de que se trate. Dentro de este segundo bloque pueden diferenciarse cuatro clases de tipos penales que tutelan a colectivos susceptibles de integrar a las personas mayores: el círculo doméstico, el asistencial, las personas con discapacidad necesitadas de especial protección y las personas con discapacidad. Por lo que se refiere al colectivo familiar, contamos con toda una serie de infracciones que requieren que el titular del bien jurídico protegido sea ascendiente del autor (malos tratos ocasionales, art. 153.2 CP; amenazas leves con armas, art. 171.5 CP; maltrato habitual, art. 173.2 CP; injuria o vejación injusta de carácter leve, art. 173.4 CP; abandono de familia, 226.1 CP; quebrantamiento de condena, art. 468.2 CP), y con otras que se ven agravadas cuando la víctima sea ascendiente (amenazas leves, art. 171.7 CP; coacciones leves, art. 172.3 CP; acoso, art. 172 ter.2 CP) o mantenga una relación de parentesco que es aprovechada por aquél para la ejecución del delito (agresión sexual, art. 180.1.5ª CP). Respecto de este grupo, y desde el punto de vista de la vulnerabilidad, podría decirse que su especial protección deriva de que se compone de sujetos que se encuentran en posición de desventaja en términos de poder, de modo que se parte de la presunción de que existe un plus de riesgo para aquellos que ocupan una posición subordinada en la familia de experimentar un ataque por parte de otro miembro de la misma.

Al círculo asistencial se alude en los ilícitos que, o bien recogen como sujeto pasivo a “personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a guarda o custodia en centros públicos o privados”, o contemplan como agravación específica tal circunstancia (en concreto, en los arts. 153.2, 171.5, 173.2, 173.4, 468.2; y 171.7, 172.3, 172 ter.2 CP, respectivamente). En él se incluyen como ejemplo característico, entre otros, los malos tratos que tienen lugar en residencias de ancianos, por ser un colectivo que presenta una situación objetiva de especial vulnerabilidad debida a la mayor exposición al riesgo de agresión por parte de los cuidadores con quienes los mayores mantienen una relación de confianza y dependencia.

Otro colectivo que goza de una tutela reforzada en el Código penal es el de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección definidas en el artículo 25, párrafo segundo CP, a las que me referiré con más detalle enseguida, y entre las que podrían contarse personas de edad avanzada que reúnan tal condición. La técnica empleada a tal efecto pasa por la existencia de tipos autónomos y subtipos agravados que, a efectos de la vulnerabilidad, son en principio de aplicación automática cuando el sujeto pasivo revista tal cualidad personal<sup>16</sup>. Al respecto, llama la atención que la protección se equipara a la que

16 Como explicaré, tanto en relación con esta categoría victimal como con la de las personas con discapacidad, considero que debería en cada caso verificarse que la situación del sujeto





se proporciona a los menores de edad, que aparecen conjuntamente en todas las figuras. Es el caso, por ejemplo, de los nuevos ilícitos introducidos por la LO 8/21, concretamente los delitos de promoción a través de la tecnología del suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios (arts. 143 bis CP, 156 ter CP y 361 bis CP); las lesiones agravadas del artículo 148.3 CP (si bien referidas a menores de catorce años); los tipos de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (arts. 229 CP y ss.); los delitos de exhibicionismo y provocación sexual de los arts. 185 y 186 CP; y también los subtipos cualificados que se regulan en los delitos de detención ilegal y secuestro (arts. 165, 166.2.a) CP), intimidad (art. 197.5 y 7 CP) o salud pública (art. 362 quater 2ª b) y, aunque contempla a los “disminuidos psíquicos”, el art. 369.1.4º CP).

Por último, resta mencionar al grupo constituido por las personas con discapacidad, contempladas en el primer párrafo del artículo 25 CP. De acuerdo con el tenor literal, los mayores discapacitados podrían determinar la apreciación automática –también en principio– del subtipo agravado de la modalidad de acoso en redes sociales previsto en el artículo 172 ter.5 CP, o del tipo relativo a la prostitución de personas con discapacidad regulado en el artículo 188.1 del CP.

Este primer modelo de protección penal basado en la sobreentendida vulnerabilidad de determinados colectivos identitarios está siendo muy cuestionado, entre otras razones, por la técnica legislativa empleada, que tiende a enfrentar la victimización a nivel de grupo más que a tutelar especialmente al individuo, con la afectación que ello puede suponer para principios básicos como el de responsabilidad por el hecho o el de culpabilidad (González Agudelo, 2022; Blanco Cordero, 2023; Díez Ripollés, 2024). Con todo, no parece que la tendencia sea la de restringir, sino todo lo contrario, pues el número de grupos identitarios ha ido progresivamente en aumento, como demuestran las últimas reformas del Código penal.

## 2.2. El modelo de tutela basado en la vulnerabilidad individual

El segundo modelo de sobreprotección de la vulnerabilidad victimal se basa en un enfoque individualista que requiere constatar que en el caso concreto la persona era vulnerable o se hallaba en tal situación con independencia de su pertenencia al grupo concreto. De modo que la respuesta penal se circunscribe a aquellos supuestos en los que quede acreditado que la víctima se encontraba

---

se corresponda con el fundamento de la sobreprotección prevista por la ley en la infracción de que se trate. Por tanto, sostengo que la intervención penal habría de sujetarse a una previa interpretación contextualizada. Véase el apartado 4.1.2.



en una situación de indefensión, que presentaba unas condiciones o concurrían unas circunstancias que determinaron una menor posibilidad de resistencia frente al victimario (Bonsignore Fouquet, 2023). Esta forma de intervención emplea una doble técnica legislativa, con algunas disposiciones que incluyen la vulnerabilidad de la víctima como elemento del tipo básico de determinados ilícitos (agresión sexual, art. 178 CP; prostitución de mayores de edad, art. 187.1 CP; y trata de seres humanos, art. 177 bis.1 CP) y con otras, la mayoría, que atienden a tal circunstancia (expresa o implícitamente) para configurar diversos subtipos agravados. A ello habría que añadir, de un lado, la excepción incorporada en 2015 a la aplicación de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales, que impide exonerar de responsabilidad penal a los parientes indicados en el artículo 268, entre otras razones, cuando se abuse de la “vulnerabilidad de la víctima por razón de edad”. Esta previsión habilita una protección más intensa del patrimonio de las personas mayores, que son especialmente proclives a erigirse en sujetos pasivos de ilícitos patrimoniales como la estafa cuando presentan limitaciones o deficiencias psíquicas que permiten concluir la concurrencia de engaño bastante (Bello Landrove, 2010; Gutiérrez Pérez, 2023). De otro lado, por lo que se refiere a la parte general del Derecho penal y pese a que no mentan la vulnerabilidad específicamente, habría que sumar cualificaciones genéricas que se adaptan bien a muchos casos en los que el sujeto pasivo del delito es un anciano, como pueden ser la alevosía, el abuso de superioridad o el de confianza y el parentesco (arts. 22.1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup> y 23 CP).

Si ponemos el foco en los subtipos cualificados, los que pueden prestar una cobertura más adecuada a las personas longevas responden, entre otras circunstancias, a que el autor se prevalga de una relación de superioridad con respecto a la víctima (agresión sexual, art. 180.1.5<sup>a</sup> CP); o, en el ámbito de los delitos patrimoniales, a que abuse de las relaciones personales que mantenga con ella (estafa, administración desleal y apropiación indebida, arts. 250.1.6, 252 y 253 CP) o de las circunstancias personales de la víctima o su situación de desamparo (hurto y robo con fuerza, arts. 235.1.5<sup>o</sup> y 240.2 CP). Con todo, merecen especial mención los subtipos que otorgan una sobreprotección tomando como parámetro la “especial vulnerabilidad”. Esta circunstancia específica ha sido objeto de una expansión desmesurada a través de las sucesivas reformas del Código penal<sup>17</sup>, pasando a convertirse en una de las cualificaciones más usadas por el legislador (Moya Guillem, 2020). De ella me ocupo en las siguientes líneas.

17 En particular, a través de las LLOO 11/1999, 1/2004, 5/2010, 1/2015, 1/2019, 8/20121, y 10/2022.



### 3. Subtipos agravados por la especial vulnerabilidad: algunos aspectos problemáticos

#### 3.1. Subtipos agravados por la especial vulnerabilidad

Como anticipaba, los subtipos cualificados que prevén un castigo reforzado sobre la base de una “especial vulnerabilidad” son numerosos. Siguiendo a Sandoval (2023), cabe realizar una clasificación de las conductas típicas en cuatro grupos:

Un primer grupo, conformado por infracciones relativas a la violencia doméstica que se agravan cuando la víctima sea una “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (lesiones, art. 148.5 CP; maltrato leve ocasional, art. 153.1 CP; amenazas leves, art. 171.4 CP; coacciones leves, art. 172.2 CP). En estos tipos, la ley opta por no limitar las razones o circunstancias que pueden producir vulnerabilidad, de modo que habrá de valorarse en cada caso si concurre alguna, de la clase que sea, que confiera al sujeto pasivo tal cualidad. De cualquier modo, la interpretación deberá realizarse tomando en consideración otras situaciones de vulnerabilidad que se prevén en dichos preceptos y que restringen el alcance de esta cualificación específica (Moya Guillem, 2020)<sup>18</sup>.

Un segundo, integrado por figuras agravadas en las que la especial vulnerabilidad deriva de alguna de las siguientes fuentes: edad, enfermedad y discapacidad. Aquí hay que señalar que la formulación típica difiere en la medida en que en los delitos de homicidio y asesinato se reclama que “se trate de persona especialmente vulnerable” (arts. 138.2 y 140.1.1<sup>a</sup> CP), mientras que en el tipo de acoso sexual lo que se exige es que la misma “se halle en una situación de especial vulnerabilidad” (art. 184.4 CP).

El tercer grupo engloba aquellos subtipos en los que la especial vulnerabilidad descansa, además de en los factores indicados (edad, enfermedad y discapacidad), en “cualquier otra circunstancia”, lo que abre la puerta a la consideración de cualquier otro. Esta locución ha ido ganando terreno en las últimas reformas del Código penal, configurando una regulación en materia de vulnerabilidad aplicable cualquiera que sea el motivo que la desencadene. Así, la LO 8/2021 la ha incorporado en el ilícito de agresión sexual a mayores de 16 años (art. 180.1.3<sup>a</sup> CP) y en el delito de inducción a la prostitución de menores y personas con discapacidad (art. 188.3.a) CP), mientras que la LO

18 Así, por ejemplo, no cabrá afirmar su concurrencia en las lesiones si se trata de un menor de 14 años o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, pues en estos supuestos la circunstancia aplicable en su caso sería la tercera del artículo 148 CP.



10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, la ha introducido en el delito de acoso (art. 172 ter.1. *in fine* CP) y en el de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181.4.c) CP, trasladada al apartado 5.c) por la LO 4/2023, que vuelve a modificar los delitos contra la libertad sexual). Característica común a todas estas agravaciones es que la especial vulnerabilidad no debe ser intrínseca a la persona, pues tan solo se requiere que la persona “se halle” en esa situación.

Por último, en el cuarto grupo se incluyen ilícitos que fundamentan la especial vulnerabilidad, además de en algunas de todas las circunstancias relatadas anteriormente, en otras que se añaden como cláusulas abiertas. En particular, es el caso del tráfico de órganos, castigado más severamente cuando la víctima “sea especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o *situación*” (art. 156 bis.4.b) CP), la trata de seres humanos, que se cualifica cuando la especial vulnerabilidad tenga lugar “por razón de enfermedad, *estado gestacional*, discapacidad o *situación personal*” (art. 177 bis.4.b) CP), la pornografía infantil, por la utilización de “menores de edad que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o por *cualquier otra circunstancia*” (art. 189.2.c) CP), y, finalmente, la agravación específica de los delitos farmacológicos, que incrementa la pena cuando el destinatario de los productos sea una “persona especialmente vulnerable *en relación con el producto facilitado*” (art. 362 quater.2<sup>a</sup>.b) CP). Aquí, como se puede observar, la dicción literal transita entre exigir que la especial vulnerabilidad sea una condición interna del sujeto pasivo o derive de factores externos.

### 3.2. Algunos aspectos problemáticos

#### 3.2.1. *La especial vulnerabilidad como criterio para una tutela reforzada*

La necesidad de sobretutela que pueden demandar las personas de edad avanzada se justifica en la especial vulnerabilidad que muestran en algunos casos frente a conductas que comportan un ataque a sus bienes jurídicos. El problema es que, como ya se ha señalado previamente, el propio concepto de vulnerabilidad es vago y complejo. En efecto, presenta diversas facetas y matices que complican la interpretación a la hora de valorar su concurrencia y de aplicar las disposiciones que la contemplan, sin que el Código penal proporcione una definición general válida para todos los casos<sup>19</sup>. Lo cierto es que, admitida la existencia de una vulnerabilidad universal, inherente a la condición humana (Fineman, 2013), que da lugar a la protección genérica que el texto penal confiere a través de los tipos comunes, cuando menciona expresamente la “vulnerabilidad” (arts. 177

19 Tan solo define la “situación de vulnerabilidad” en relación con el delito de trata en el art. 177 bis CP.



bis 1 y 4 c), 178.2, 187.1, 268 y 607 bis.2.9° CP) o la “especial vulnerabilidad” se refiere a víctimas que presentan un grado de vulnerabilidad superior al de la generalidad.

Pues bien, a partir de aquí, la cuestión conflictiva reside en concretar cuál sea la diferencia entre la simple “vulnerabilidad” y la “especial vulnerabilidad”. En cuanto a la primera, se manejan diversas acepciones, lo que dificulta concretar sus contornos. Así, a título de ejemplo, cabe destacar, por un lado, las Reglas de Brasilia de 2008 (revisadas en 2018), sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, que definen la vulnerabilidad en un doble sentido: como la mayor probabilidad de ser víctima de un delito y, además, la mayor probabilidad de padecer secuelas, de padecer un impacto emocional o físico más intenso después del delito. Por otro lado, en la jurisprudencia, sin embargo, el Tribunal Supremo ha calificado reiteradamente la 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 una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacerlo frente al agresor” (SSTS 13/2007, de 16 de febrero; 203/2013, de 7 de marzo; 180/2021, de 2 de marzo; 770/2021, de 14 de octubre; 886/2021, de 17 de noviembre). Asimismo, en su Sentencia 2163/2019, de 27 de junio, la define como “una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor”. Incluye, pues, entre las víctimas vulnerables, a quienes se encuentran en una posición o situación de indefensión, pero dando cabida dentro del concepto tanto a situaciones de absoluta indefensión como a aquellas otras en las que las posibilidades de defensa se ven minoradas de un modo notable. Esta falta de precisión obliga entonces a tratar de delimitar por otra vía la frontera entre la simple vulnerabilidad y la especial vulnerabilidad<sup>20</sup>.

Al respecto, las posiciones en la doctrina son variadas. No es este el lugar para extendernos sobre el tema, aunque sí cabe referir que algunos autores, a fin de marcar los límites con otras circunstancias agravantes con las que podrían plantearse problemas de solapamiento, en particular la denominada alevosía por desvalimiento y el abuso de superioridad, reservan a la especial vulnerabilidad un espacio intermedio entre una y otra (Esquinas Valverde, 2021; Peñaranda Ramos, 2022). Esto es, dado que el Tribunal Supremo aprecia alevosía en casos en los que la víctima se halla en una especial situación de desamparo (por

20 La Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los derechos, apoyo y protección de las víctimas de delito, circunscribe las víctimas más vulnerables a las “personas que se encuentran expuestas a un riesgo de lesión particularmente elevado”, en referencia no solo al riesgo de victimización primaria, sino también secundaria. Con todo, este concepto, equiparable al de “especial vulnerabilidad”, no resulta útil para concretar el alcance de las normas de Derecho penal sustantivo que tutelan las situaciones de especial vulnerabilidad objeto de este estudio.



ejemplo un niño de corta edad o un anciano desvalido), cuando por su propia condición o naturaleza no es capaz de ejercer frente a un ataque defensa alguna mínimamente eficaz, y que el abuso de superioridad consiste en un desequilibrio de fuerzas que trae consigo una disminución notable de las capacidades defensivas, sin llegar a anularlas, se propone interpretar la especial vulnerabilidad como una especie de “alevosía menor” distinta del abuso de superioridad. De manera que, retomando la categoría victimal que nos ocupa, comprendería situaciones en las que el sujeto pasivo, a causa de su edad, tuviera reducidas de modo muy severo sus opciones de defensa, pero a pesar de ello contase residualmente con alguna capacidad de resistencia (Esquinas Valverde, 2021: 449). Con esta interpretación, se diferenciarían la alevosía por prevalimiento y la agravante específica, y se confirmaría la incompatibilidad entre ambas<sup>21</sup>.

Por su parte, y previa indagación sobre el fundamento material de los subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad, Moya Guillem (2023) concluye que la mentada especial vulnerabilidad se concreta en un desvalimiento absoluto, en tanto la vulnerabilidad a secas, que se contempla como elemento del tipo básico en algunas figuras, vendría a equipararse al abuso de superioridad, traducándose así en una posición de desventaja con cierta capacidad de reacción. Para ello, parte de rechazar la tradicional construcción jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento, que difícilmente encaja con la definición auténtica que contempla el artículo 22.1<sup>a</sup> CP. Pero además, se apoya en que las referencias legales al “abuso de una situación de vulnerabilidad” se relacionan siempre con el abuso de superioridad (arts. 177 bis.1, 178.2, 187.1 y 607 bis.2.9<sup>o</sup> CP)<sup>22</sup>, y toma en consideración los marcos penológicos que se prevén en los distintos subtipos agravados por la especial vulnerabilidad, que mayoritariamente suponen una pena superior a la que resultaría de aplicar la regla prevista en el artículo 66 CP para los supuestos en que se apreciase la agravación genérica de abuso de superioridad.

---

21 No es esta, sin embargo, la posición que finalmente defiende el Tribunal Supremo, que a mi juicio debe ser rechazada frontalmente (al respecto, véase Moya Guillem y Sandoval, 2023). El Pleno de la Sala de lo Penal, a través de su Sentencia 585/2022, de 14 de junio, ha declarado la compatibilidad entre esta clase de alevosía y el subtipo cualificado por la especial vulnerabilidad de la víctima, excluyendo por tanto una posible vulneración del *non bis in idem*. El argumento en que se basa este, según el Tribunal, “legítimo *bis in altera*”, no es otro que ofrecer una tutela reforzada a determinados “sectores sociales expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir un daño en sus bienes más esenciales —vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal— siendo los niños, ancianos y demás personas vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, ese tipo de víctimas que justifican esa punición especialmente grave acordada por el legislador”. Así pues, justifica la compatibilidad acudiendo a una suerte de bien jurídico diferenciado, la igualdad de los colectivos que refleja el precepto (Alonso Álamo, 2015).



Aunque todas las posturas expuestas podrían ser válidas en un primer momento, pues en definitiva basculan en torno a la idea de partir de una actitud de tolerancia hacia la doctrina jurisprudencial de la alevosía por desvalimiento, impuesta ante la negativa del Tribunal Supremo a revisar el alcance que le atribuye, o de un rechazo frontal a la misma, creo que esta última interpretación es la más respetuosa con el principio de legalidad. Efectivamente, de una parte, el tenor literal del artículo 22.1<sup>a</sup>, que describe qué es la alevosía, debería conducir a un más que demandado giro jurisprudencial que reformulase la interpretación hasta ahora sostenida de la norma en el sentido de exigir para su apreciación “una conducta del sujeto activo dirigida a procurar la indefensión de la víctima, asegurando la producción del resultado, con efectiva concurrencia del elemento objetivo, medios, modos y formas para asegurar el resultado e impedir la defensa, y el subjetivo, que son buscados por el autor, evitando pues subsumir supuestos de indefensión preexistente”<sup>23</sup>. Con ello se solventarían las dudas que se suscitan en torno al alcance del artículo 140.1.1<sup>a</sup> CP.

De otra parte, también en apoyo de esta conceptualización, considero que a efectos prácticos, resultaría muy complejo probar esa categoría intermedia a la que se circunscribe la especial vulnerabilidad por la primera de las posiciones expuestas. Verdaderamente, demostrar los matices que permitieran distinguir una *disminución notable* de una *disminución severa* de las posibilidades de defensa, identificables con el abuso de superioridad y la especial vulnerabilidad respectivamente, no parece una labor sencilla. Es más, estimo que complicaría innecesariamente la labor judicial y favorecería la inseguridad jurídica.

### 3.2.2. *La deficiente técnica legislativa empleada y sus consecuencias*

Si algo llama la atención cuando se analizan los quince subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad es la inconsistente técnica legislativa empleada<sup>24</sup>, que desemboca en una protección heterogénea, sin que existan razones que justifiquen tal proceder. Esta conclusión se ancla en varios motivos. El primero reside en que se articula una sobreprotección selectiva, ya que solo se prevé la agravación en algunos tipos penales y no en otros, lo que puede generar lagunas de tutela. Los estudios de victimización demuestran que cada vez son más frecuentes los delitos patrimoniales cometidos abusando de la vulnerabilidad de los ancianos (Sánchez-Moraleda, 2023). Siendo así, ¿tendría sentido valorar la introducción de la agravación en este ámbito? Aunque, como se ha mostrado,

23 Voto particular de la STS 585/2022, de 14 de junio, en el que los Magistrados disidentes argumentan razonada y sólidamente la necesidad de revisar esta doctrina jurisprudencial.

24 Especialmente crítico con los aspectos contradictorios de la regulación relativa a situaciones diferenciales y de vulnerabilidad, haciendo referencia la heterogeneidad, la confusión y la ambigüedad, De la Mata Barranco (2021 y 2022).



entre los ilícitos patrimoniales existen figuras cualificadas que atienden a que se abuse de las relaciones personales con la víctima, de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, no sería descabellado revisar la formulación de las agravantes (genéricas y específicas) en orden a dar una cobertura adecuada a estos escenarios, eso sí, sin olvidar la necesaria perspectiva de la economía legislativa. De igual manera, hay otros fenómenos criminales que pueden incidir en mayor medida en los mayores vulnerables y que no han sido evaluados por el legislador a la hora de establecer marcos punitivos más graves<sup>25</sup>. Me refiero, por ejemplo, al delito de detenciones ilegales, aplicable en supuestos de uso de conenciones o de encierros involuntarios de ancianos a los que se priva de libertad. De nuevo, pese a que se utiliza una fórmula análoga de agravación, esta no abarca todos los casos de vulnerabilidad, pues solo se refiere a los menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 165 CP).

El segundo motivo que pone de manifiesto la heterogeneidad de la tutela dispensada por el Código penal es que no hay un criterio coherente cuando se fijan en la ley las causas o circunstancias que han de provocar la especial vulnerabilidad que sustenta la cualificación. Por una parte, los supuestos agravados de violencia doméstica que incrementan el castigo cuando la víctima sea una “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” dejan al albur las causas de especial vulnerabilidad, lo que propicia interpretaciones amplias que acojan cualquier supuesto imaginable que determine esa condición. Por otra, como ya se ha advertido, el resto de preceptos acogen una pluralidad de fuentes de especial vulnerabilidad que no se repiten en todos ellos de forma uniforme. Así, algunos reúnen conjuntamente la edad, la enfermedad y la discapacidad, mientras otros, sin embargo, suman a algunas de las anteriores otras diferentes: el “estado gestacional”, la “situación personal”, la “situación”, la “relación con el producto facilitado” (medicamento o producto sanitario principalmente), y “cualquier otra circunstancia”. Esta última cláusula merece especial atención.

Más arriba se ha puesto de manifiesto que cinco de los subtipos agravados contemplan, además de otros factores, “cualquier otra circunstancia” (arts. 172 ter.1, 180.1.3<sup>a</sup>, 181.5.c), 188.3.a) y 189.2.c) CP). Esta última causa de vulnerabilidad fue incorporada a través de las LLOO 8/2021 y 10/2022 en sustitución de la referencia a la “situación” que los preceptos señalados contenían con anterioridad, a excepción del tipo cualificado de agresión sexual a menores de 16 años (art. 181.5.c) CP), que se añadió como novedad. Tal reformulación, además, vino acompañada de otro cambio que consistió en reemplazar la expresión “sea especialmente vulnerable” o “se trate de una persona especialmente vulnerable” por la locución “se halle en una situación





de especial vulnerabilidad”<sup>26</sup>. Es difícil esclarecer qué razones estuvieron detrás de estos cambios, si bien podría pensarse que con ellos se quiso ampliar el ámbito de aplicación de estos subtipos, extendiéndolo a situaciones cuya subsunción se venía cuestionando. Me refiero, de un lado, a que el giro “sea” o “se trate” se interpretaba en el sentido de que el sujeto pasivo fuese vulnerable por su condición, por circunstancias “esencial y establemente radicadas en la víctima”, lo que unido a la “situación” como fuente de especial vulnerabilidad llevó en algún caso a excluir de la agravación “los supuestos en los que la víctima se encuentra ocasional y momentáneamente en una situación objetiva de especial desprotección, derivada de factores circunstanciales externos y variable” (SAP Barcelona, de 16 de junio de 2004, SAP Las Palmas 246/2016, de 28 de junio). De otro lado, también suscitaba controversia el contenido atribuible al término “situación”, pues frente a posiciones que propugnaban una interpretación a favor de restringirlo a la situación personal de la víctima, se alzaban otras que sustentaban un concepto amplio, que englobase además la situación social o económica del sujeto pasivo (Moya Guillem, 2020)<sup>27</sup>. Así pues, en mi opinión, con estas modificaciones se viene a insistir en la idea de que lo decisivo para poner en marcha la sobreprotección no es la causa que produce la especial vulnerabilidad, sino la constatación de que la persona se halla en un estado de desvalimiento que justifica la agravación, cualquiera que sea la fuente de esa especial vulnerabilidad<sup>28</sup>.

Ante este estado de cosas, la citada falta de coherencia que se observa en relación con las causas o circunstancias que han de producir la especial vulnerabilidad resulta muy criticable, pues contribuye a crear confusión e inseguridad jurídica y puede dar lugar a lagunas en aquellos casos en los que la lista de causas sea cerrada. Por ejemplo, en el tipo cualificado de trata, donde no se recoge la edad; o en el de acoso sexual, que se limita a los supuestos de especial vulnerabilidad por razón de edad, enfermedad o discapacidad. Y es que, desde mi punto de vista, resulta incomprensible que en algunos tipos la agravante entre en juego cuando la especial vulnerabilidad derive de la situación o de cualquier otra circunstancia y en otros estos factores carezcan por completo de relevancia. Si efectivamente se acredita una especial vulnerabilidad que determina una

26 Esta última expresión se utilizó también en el delito de acoso sexual del art. 184. 4, si bien la referencia a la “situación” como fuente de vulnerabilidad que figuraba en descripción típica se eliminó sin que fuese sustituida por “cualquier otra circunstancia”.

27 Hay que tener en cuenta que esta cláusula había sido tildada de “excesivamente abierta” por los órganos judiciales, que insistían en que el concepto de situación debía ser interpretado en clave delimitadora con parámetros de equivalencia a las conductas típicas encajables en la idea de vulnerabilidad. Véase, por todas, la STS 770/2021, de 14 de octubre, que recoge el contenido al respecto de la STS 131/2007, de 16 de febrero.

28 En este sentido, en relación con el Derecho Penal Internacional, véase Fernández-Pacheco (2023).



indefensión que es aprovechada por el autor para cometer el delito con mayor facilidad, no parece muy congruente que la ley establezca esta distinción. En este sentido, no comparto la postura doctrinal que, invocando el principio de taxatividad, secunda que los subtipos agravados por especial vulnerabilidad reojoan específicamente el elenco de causas a valorar para confirmar tal estado (Sandoval, 2023). Más aún, creo que es preciso relativizar el peso que se confiere a las mismas, pues lo determinante es constatar que, en el contexto del ilícito de que se trate, la víctima estuvo absolutamente indefensa, sin capacidad alguna para resistirse ni huir del ataque (Moya Guillem, 2023), cualquiera que sea la razón en que se asiente la completa indefensión.

El tercer y último motivo que revela la falta de uniformidad de la protección penal en el ámbito de la vulnerabilidad victimal se refiere al hecho de que la respuesta penal prevista para los supuestos en los que concurre la agravación sea distinta. Así, en algunos subtipos se establece la pena superior en grado, en concreto en el homicidio, el tráfico de órganos, la trata y el delito de inducción a la prostitución de menores y personas con discapacidad; en otros, la pena se eleva en su mitad superior, como sucede en el injusto de acoso sexual y las agresiones sexuales a menores de 16 años; y, finalmente, otras figuras sancionan con marcos penales propios. Es el caso del asesinato hiperagravado, castigado con la ampliamente denostada pena de prisión permanente revisable (Juanatey Dorado, 2013; Atienza y Juanatey Dorado, 2022), pero también de las lesiones, el delito de acoso o las agresiones sexuales que, tras la contrarreforma efectuada por la LO 4/2023, recogen hasta cuatro tramos penológicos distintos según sea la conducta desarrollada y los medios empleados. Esta disparidad penológica debería responder a un análisis reflexivo de las figuras para las que se prevé la cualificación, de las consecuencias de la sanción, y en general de nuestro sistema de determinación de la pena. Sin embargo, a la vista de la descuidada técnica legislativa empleada, fruto de una voráGINE legislativa, improvisada y algo caótica, considero dudoso que haya sido así. Más bien, creo que en algunos casos —no en todos— responde más bien al populismo punitivo que caracteriza al Derecho penal de las últimas décadas.

#### 4. La agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad

##### 4.1. La edad como fuente de especial vulnerabilidad

Centrándonos en la edad como fuente de la especial vulnerabilidad que conforma la cualificación aplicable ante víctimas de edad avanzada, recordemos que un recorrido por el Código penal arroja un total de siete subtipos agravados



aplicables. En concreto, se utiliza la expresión “por razón de edad” en las figuras de homicidio, asesinato, tráfico de órganos, acoso, agresión sexual, acoso sexual y prostitución de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Junto a la edad, en todas las infracciones se recogen la enfermedad y la discapacidad, siendo que cuatro de ellas contemplan, además, la “situación” y “cualquier otra circunstancia”.

Pues bien, una vez analizada la regulación que confiere un efecto agravante a la especial vulnerabilidad en general, corresponde ahora detenerse en la cualificación que atiende a la (avanzada) edad como circunstancia desencadenante de tal estado.

#### 4.1.1. *Minoría de edad y edad avanzada*

Dando por sentado que la vulnerabilidad no es siempre ni necesariamente una condición inherente a las personas mayores, es preciso tratar de determinar qué comprende la edad como causa de vulnerabilidad.

En principio, y puesto que la ley no distingue, hay que incluir los supuestos de especial vulnerabilidad que tengan su origen tanto en la minoría de edad como en la edad avanzada. Sobre el particular, hay que tener en cuenta que, en lo que concierne a la menor edad, la circunstancia agravante en estudio se acompaña en algunos preceptos de referencias expresas a los menores que presentan un distinto alcance. Así, de una parte, el subtipo cualificado previsto en el delito de tráfico de órganos (art. 156 bis.4.b) Cp) presume *iuris et de iure* la vulnerabilidad de todo menor de edad<sup>29</sup>, de modo que la “razón de edad” queda reservada exclusivamente para las personas mayores que revistan la condición de especialmente vulnerables. Y, de otra parte, los tipos de homicidio, asesinato y agresión sexual recogen junto a la cualificación de especial vulnerabilidad por razón de edad una agravación de aplicación automática cuando la víctima es menor de dieciséis años. De modo que también se presume *iuris et de iure* la vulnerabilidad de este último, mientras que el resto de menores queda englobado en la especial vulnerabilidad por razón de edad, que ha de quedar acreditada caso por caso (Moya Guillem y Durán Silva, 2022; Blanco Cordero, 2023; Díez Ripollés, 2024).

#### 4.1.2. *Discapacidad, enfermedad y (avanzada) edad*

En otro orden de ideas, la ley no proporciona parámetros que permitan individualizar la vulnerabilidad por la avanzada edad, lo que podría llevar errónea-

29 Cuando cualifica el tipo básico en el caso de que “la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación”.



mente a la conclusión de que la aplicación de la agravante se vincula a la edad cronológica, a los años vividos, y propiciar su apreciación automática, operando como una presunción de vulnerabilidad. Sin embargo, existe acuerdo en que el solo transcurso del tiempo no puede fundamentar sin más una mayor severidad en la respuesta penal. En esta línea, hay que comenzar señalando que, en la medida en que la propia formulación de la cualificación contempla, además de la edad, la enfermedad o la discapacidad, cabría sostener que, por un lado, el legislador ha querido diferenciarlas y por lo tanto las valora como fuentes de vulnerabilidad diversas. Y, por otro lado, que el hecho de que el tenor literal las relacione conjuntamente aboca a entender que todas ellas han de revestir una intensidad semejante, capaz de generar la especial vulnerabilidad requerida por la ley. Podría sostenerse, por tanto, que todas estas referencias incorporan un idéntico desvalor (Rueda Martín, 2021). Este enfoque viene refrendado por el Tribunal Supremo, que en su Sentencia 224/2003, de 11 de febrero, incidió expresamente en que “la edad puede ser muy escasa o elevada, pero lo importante es que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad, a causa solamente de ese dato, o bien que tal estado potencial de agresión a causa de lo vulnerable de su condición se predique de la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad, o incluso, de las condiciones objetivas de la comisión delictiva, por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad”.

En definitiva, a la vista de la redacción legal parece que se alude a una situación materialmente análoga, pero a la vez distinta (Martínez Garay, 2015). Así pues, antes de tratar de acotar el contenido de este factor de especial vulnerabilidad, conviene revisar los conceptos de discapacidad y enfermedad.

El concepto de discapacidad fue introducido en el primer párrafo del artículo 25 del Código penal por la LO 1/2015, que dio al precepto una redacción completamente novedosa, pues antes tan solo definía el término “incapaz” (referido a toda persona que padeciese una enfermedad de carácter persistente que le impidiese gobernar su persona y bienes por sí misma). Este vocablo ahora se modifica y se sustituye por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”. De acuerdo con el texto legal, la discapacidad recoge situaciones en las que el sujeto presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales permanentes que pueden limitar o impedir su participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Estamos ante una definición que prácticamente reproduce la que contiene la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York en 2006. Una noción amplia (equiparada por la propia reforma de 2015 a la de minusvalía), que engloba la de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, en una relación de género a especie, y que el párrafo segundo del artículo 25 describe como “aquella per-



sona 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”.

En tales circunstancias, el hecho de que ya antes de la reforma de 2015 el Código penal ofreciese un tratamiento especial a los incapaces venía fundamentándose unánimemente en su mayor vulnerabilidad atribuida, entre otras razones, a que son sujetos que se encuentran en inferioridad de condiciones para defenderse de determinados ataques o resultan afectados de manera más grave por determinados delitos. Del mismo modo, la doctrina penal siempre sostuvo que la interpretación del concepto “incapaz” debía ajustarse al contexto de cada delito y tomar en consideración el bien jurídico protegido en cada ocasión, de manera que se comprobase que en el caso concreto la situación del incapaz se correspondiese con el fundamento de la sobreprotección prevista por la ley en la infracción de que se tratara (Martínez Garay, 2015). Resultaba claro, por tanto, que el solo dato de la incapacidad no era suficiente para incrementar automáticamente la intervención penal. Con la definición de discapacidad incorporada en 2015 entiendo que debe seguir manteniéndose esta lectura del término, que para valorar la aplicación de la cualificación de especial vulnerabilidad por discapacidad debe realizarse una interpretación contextualizada, que atienda a la finalidad perseguida y al objeto de protección en cada tipo penal; en definitiva, que sea acorde con el fundamento de la agravación<sup>30</sup>.

Menos problemático resulta perfilar el concepto de enfermedad a efectos de fundamentar la especial vulnerabilidad. Así, se señala que abarca supuestos en los que el desvalimiento se debe a la presencia de una alteración de la salud, ya sea de carácter permanente o transitorio, que ponga a la víctima en una situación de indefensión (Rueda Martín, 2021; Tapia Ballesteros, 2023).

Entrando ya a tratar la edad avanzada como circunstancia generadora de especial vulnerabilidad, no está de más recordar que el Código penal de 1995 recogía en su versión original una falta en el artículo 619 que sancionaba a “los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados”. La interpretación seguida por los tribunales a la hora de apreciar la concurrencia de la falta exigía que la persona de edad

30 Por lo que se refiere al fundamento de la agravación, este es un tema muy debatido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Aunque no es objeto de este trabajo, brevemente señalaré que con la gran mayoría de la doctrina considero que reside en el mayor contenido de injusto, derivado del mayor desvalor de acción por la mayor exposición del bien jurídico protegido. Su ámbito de aplicación se extiende, desde este entendimiento, a las personas absolutamente indefensas.



avanzada reuniera los caracteres de un incapaz, tal y como se definía entonces (Rueda Martín, 2021). No bastaba, pues, con que la víctima fuese una persona mayor<sup>31</sup>.

La cuestión, entonces, radica en determinar cómo debe interpretarse la agravación específica dada su escueta redacción, limitada a utilizar la referencia al término “edad” sin más elementos que puedan contribuir a fijar su contenido. Ciertamente, como ya se ha expresado más arriba, existe acuerdo en la doctrina en que para su aplicación no basta con ser un adulto mayor. Pero tampoco puede identificarse la avanzada edad con la enfermedad o la discapacidad aunque, como veremos, estos factores aparecen conjuntamente en muchas ocasiones, lo que facilita sin duda la prueba de la especial vulnerabilidad que reclaman los subtipos cualificados<sup>32</sup>. Obviamente, será más sencillo constatar la vulnerabilidad de un anciano con discapacidad o con una enfermedad en tanto ello comporte una situación de indefensión.

En este sentido, como sostiene Berdugo Gómez de la Torre (2007), es indiscutible que la asociación de los términos “envejecimiento”, “discapacidad” y “dependencia” es falsa, pues la gran mayoría de los mayores no sufren discapacidad alguna y son independientes para valerse por sí mismos con normalidad hasta edades muy avanzadas. No obstante, hay que admitir que es evidente que la capacidad funcional<sup>33</sup> de la persona se puede ver limitada en la senectud y que en esa etapa es más frecuente encontrarse con sujetos con capacidades especiales o discapacidades para desenvolverse en sociedad.

Así las cosas, y sobre la base de que la vejez no presupone automáticamente la vulnerabilidad, en opinión de Javato Martín (2010: 96) la aplicación de la cualificación requerirá que se constate en cada caso, no solo la edad avanzada, sino también que el sujeto se encuentra “en un estado especialmente vulnerable por su estado físico o psíquico, posibilidad de defensa, situación convivencial, discapacidad, situación, etc”. En esta dirección, Muñoz Cuesta (2021) considera que la vulnerabilidad de una persona de edad, proclive a ser víctima de un delito, se manifiesta por su deterioro intelectual o cognoscitivo (supuesto más frecuente de poder ser perjudicado por un delito de estafa o contra el patrimonio) o por su precariedad económica (que conlleva una mayor posibilidad de

---

31 Aducen que además de acreditar la edad avanzada era preciso que la persona se hallase desvalida y en situación de dependencia, Alonso Álamo y Javato Martín (2010).

32 La SAP Alicante 82/2021, de 5 de marzo señala expresamente que la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad es independiente de la discapacidad. No obstante, aunque en el caso se estimó la especial vulnerabilidad por razón de edad, la realidad es que la resolución la fundamentó en la discapacidad psíquica y física de la anciana.

33 Sobre el concepto de capacidad funcional, véase el *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 2015, elaborado por Naciones Unidas.



ser víctima de un delito de maltrato o trato degradante). Y, por su parte, Rueda Martín (2021: 585) entiende que el desvalimiento o la vulnerabilidad por razón de la edad versa sobre una “limitación evidente de la capacidad funcional del ser humano por tener una edad avanzada”, por el transcurso del tiempo.

Todos estos enfoques, en consecuencia, conducen al entendimiento de que la especial vulnerabilidad por razón de edad no podrá deducirse directamente a partir del dato de la edad, sino que será necesario constatar su incidencia en el sujeto, comprobar que el paso de los años ha afectado a la capacidad del individuo para tener movilidad, para crear y mantener relaciones, satisfacer sus necesidades básicas, tomar decisiones de manera autónoma, etc<sup>34</sup>. Y es que, en definitiva, y de acuerdo con Romeo Casabona y Perin (2016), lo verdaderamente relevante son los efectos que la edad, o la enfermedad o la discapacidad tengan sobre la capacidad del sujeto pasivo para manejarse física y mentalmente y no la gravedad de estos factores.

Ahora bien, la apreciación de la circunstancia agravante no puede descansar tan solo en acreditar que el sujeto pasivo es un anciano que presenta limitaciones evidentes de sus capacidades. A mi juicio, sería deseable trasladar la interpretación que he sostenido en relación con las personas con discapacidad; esto es, será preciso, además, realizar una interpretación contextualizada y teleológica, atenta al bien jurídico protegido en cada delito y coherente con las razones que fundamentan la mayor protección que se confiere a las personas mayores<sup>35</sup>. De modo que, por ejemplo, habrá que evaluar si la limitación física del anciano ha tenido relevancia o no en el caso concreto, si ha situado o no al sujeto en una posición de indefensión teniendo en cuenta el subtipo cualificado de que se trate.

#### 4.2. La aplicación judicial del subtipo cualificado de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad

Llegados a este punto, resulta oportuno revisar cómo está siendo interpretada por los tribunales la cualificación de especial vulnerabilidad por razón de la edad y cuál es el alcance que se le está confiriendo en su aplicación jurisprudencial.

Como premisa de partida hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo, de un lado, ha confirmado que es obligado comprobar la existencia de una vulnerabilidad que, bien anclada en la edad, o en la enfermedad o en cualquiera de los otros factores contemplados en la ley “patentice una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz...” Es

34 En esta línea, sostienen con carácter general la necesidad de probar la especial vulnerabilidad caso por caso EsquinasValverde (2021) y González Agudelo (2022).

35 En este mismo sentido, Rueda Martín (2021).



preciso, por tanto, realizar “un estudio individualizado caso a caso para acreditar la existencia de tal vulnerabilidad” (STS 770/2021, de 14 de octubre). De otro lado, que el órgano judicial también ha insistido en que la apreciación de la circunstancia agravante requiere, además de la concurrencia de los elementos objetivos, la existencia de un conocimiento exacto de la vulnerabilidad y un aprovechamiento por parte del sujeto activo que justifique el plus de reprochabilidad penal (SSTS 204/2019, de 11 de junio, y de 16 de enero de 2018)<sup>36</sup>.

Sentado lo anterior y atendiendo a la edad como origen de la especial vulnerabilidad que lleva a incrementar la respuesta penal en los casos de víctimas longevas, del examen de las resoluciones que han apreciado el subtipo cualificado por esta razón llama la atención la ausencia de un criterio uniforme en la aplicación de la circunstancia de especial vulnerabilidad por razón de edad, lo que ha derivado en la adopción de decisiones dispares. Y ello pese a que, a la vista de lo expresado anteriormente, parece clara la exigencia de constatar la indefensión del anciano a causa de su vulnerabilidad. Del análisis de la jurisprudencia sobre el tema se pueden extraer cuatro grupos de casos:

#### 4.2.1. *Resoluciones que realizan una aplicación automática del subtipo agravado*

Este grupo integra aquellas sentencias que aplican la circunstancia atendiendo tan solo al dato cronológico de la avanzada edad del sujeto pasivo o al simple “deterioro físico propio de la edad”.

Estableciendo una distinción en función de la tipología delictiva agravada, en primer lugar hay que poner de relieve que en las condenas por delitos contra la vida se observa que, con cierta frecuencia, se califica por el subtipo cualificado sin hacer alusión alguna a las razones que permiten sustentar el salto penológico más allá del dato de la edad. De modo que constan resoluciones en las que los tribunales han presumido la especial vulnerabilidad exclusivamente sobre la base de que el sujeto pasivo contaba con 82, 85, 80 y 81 años, sin más argumentación acerca de los efectos del factor agravante en las facultades de las víctimas (SAP Madrid 166/2022, de 4 de marzo<sup>37</sup>; SAP Cáceres 237/2020, de 19 de octubre<sup>38</sup>; SAP Cáceres 193/2018, de 11 de junio; y SAP Castellón

---

36 De esta opinión, Juanatey Dorado (2016) y Peñaranda Ramos (2022).

37 En este caso se confirmó la especial vulnerabilidad, pero se absolvió por la concurrencia en el acusado de la eximente completa de enajenación mental.

38 Confirmada en apelación por la STSJ Extremadura 9/2021, de 5 de febrero. Esta resolución fue también recurrida ante el Tribunal Supremo que, en lo que nos interesa, mantuvo la condena impuesta, salvo la extensión de la medida de libertad vigilada (STS 623/2021, de 14 de julio).





187/2019, de 17 de mayo, respectivamente). Es más, sorprendentemente en el último caso se refiere que la fallecida opuso cierta resistencia, forcejeando con su agresor, arañándole el antebrazo y mordiéndole, lo que lleva a los Magistrados a afirmar que “esa condición de ancianidad de la víctima no conllevó una completa exclusión de las posibilidades de defensa”, y les conduce a descartar el tipo de asesinato alevoso y a recurrir al homicidio agravado por especial vulnerabilidad.

En la misma línea, la STS 520/2018, de 31 de octubre, desestima el recurso de casación interpuesto en el caso de una mujer de 88 años que fue asesinada con un cable eléctrico mientras se encontraba sentada en una mecedora esperando que el acusado le llevara el desayuno. La Sala califica los hechos como asesinato por alevosía súbita y, en lo que respecta a la agravación de especial vulnerabilidad, la sustenta tan solo “en la ancianidad y la situación de la víctima”, sin más referencias que las contenidas en los hechos probados a que esta se encontraba “deteriorada por la edad y con las dolencias propias de la misma”<sup>39</sup>.

Por último, queda por referir en este ámbito la más reciente STS 560/2022, de 8 de junio, que confirma la SAP Valencia 336/2021, de 3 de diciembre, en la que se condena al acusado por un delito de robo con violencia en concurso medial con el de asesinato agravado por la circunstancia del artículo 140.1.1ª CP. En esta ocasión, también se aprecia alevosía sorpresiva y se justifica la aplicación de la agravación de especial vulnerabilidad por razón de edad, además de por el dato cronológico (la víctima contaba con 82 años), por su escasa estatura (1,52 m) y su peso (60 kg.). No cabe duda de que la estatura y el peso pueden ser elementos valorables de cara a determinar la mayor indefensión del sujeto pasivo, pero la cualificación exige taxativamente que la especial vulnerabilidad tenga su razón de ser en la edad (o la enfermedad o la discapacidad). Este factor, conforme se ha explicado, ha de tener una incidencia en el sujeto que suponga una limitación obvia de su capacidad funcional y lo coloque en una situación en la que carezca de posibilidades de defensa. Y, a mi modo de ver, de ninguna manera podría considerarse que un escaso peso o altura sean efectos derivados de la edad y, por lo tanto, dignos de ser tomados en consideración en orden a apreciar este concreto subtipo agravado.

En segundo lugar, si se repasan las resoluciones que han aplicado la cualificación en los delitos contra la libertad sexual cometidos sobre personas mayores, se advierten asimismo pronunciamientos carentes de motivación o insuficientemente fundamentados. Así, por una parte, algunos consideran concurrente la agravante específica del artículo 180.1.3ª CP por tratarse de un

39 Esta sentencia resuelve el recurso de casación presentado contra la STSJ de la Comunidad de Valencia 10/2018, de 31 de enero, que confirmó la SAP Alicante 8/2017, de 25 de octubre.



adulto mayor sin más, en supuestos de agresiones y abusos sexuales en los que este contaba con 76, 79 y 86 años (SAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero; SAP Guadalajara 3/2003, de 3 de febrero; SAP Santa Cruz de Tenerife 583/2003, de 26 de mayo, respectivamente)<sup>40</sup>. Y, por otra parte, otros entienden probada la especial vulnerabilidad por la avanzada edad sobre la base de que la víctima tenía “los achaques propios de la edad” (SAP Huesca 113/2022, de 18 de septiembre)<sup>41</sup>, o “una escasa capacidad de resistencia por el deterioro físico propio de la edad”, a lo que se suma en algún caso la constatación de una débil constitución —“persona delgada y bajita”— (SAP Madrid 273/2012, de 25 de junio)<sup>42</sup>. Por añadidura, es recurrente en algunas decisiones que la especial vulnerabilidad se sostenga en la presunción de que la ancianidad “presenta *siempre*<sup>43</sup> un mayor grado de dependencia y una mayor necesidad de protección”. Así, la SAP Islas Baleares 75/2019, de 10 de julio, en la que la víctima era una mujer de 86 años que vivía sola en casa. Y también la SAP Las Palmas 73/2018, de 15 de febrero, que condenó por un delito de abuso sexual, siendo que la víctima contaba con 86 años de edad y padecía Alzheimer<sup>44</sup>. En definitiva, se trata de decisiones judiciales en las que la justificación de la mayor severidad punitiva que lleva aparejada la agravante específica es nula o, cuanto menos, insuficiente.

Por último, en tercer lugar, procede comentar una sentencia destacada en relación con el delito previsto en el artículo 172 ter, que condena por la modalidad agravada de especial vulnerabilidad por el acoso a una persona de 87 años (SJP Logroño 126/2019, de 17 de abril). Los hechos probados relatan que la autora, guiada por el ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, se dedicó durante un largo periodo de tiempo y de forma habitual a perseguir a la víctima donde quiera que esta fuese, llamándola repetidamente por teléfono y acudiendo a su domicilio, requiriéndole dinero para diversas finalidades. Esta situación desembocó en el enclaustramiento del anciano, que se acabó

---

40 Condena también por el subtipo cualificado la SAP Almería 61/2003, de 27 de marzo, afirmando que la especial vulnerabilidad concurre de modo evidente porque la víctima estaba próxima a cumplir 81 años, lo que en palabras del tribunal “debilitaba su capacidad de resistencia hasta el extremo de hacerla inexistente”. Sin embargo, contradictoriamente, en los hechos probados queda acreditado que el agresor no consiguió el acceso carnal por la resistencia que ofreció la anciana.

41 En este caso se aprecia cierta incoherencia entre el relato de los hechos probados y la aplicación de la cualificación, pues en aquellos se relata que la víctima era prácticamente autónoma y que opuso fuerte resistencia.

42 Se trataba de un supuesto de agresión sexual a una anciana de 89 años, seguida de un robo con violencia. Fue ratificada por la STS 1005/2012, de 18 de diciembre.

43 La cursiva es mía.

44 En esta última resolución el abuso se fundamentó en que no hubo consentimiento por la enfermedad. La edad se tuvo en cuenta exclusivamente para agravar, con base en el argumento indicado en el texto principal.



refugiando en su vivienda, saliendo de la misma solo si estaba acompañado, de forma que se alteró gravemente el desarrollo de su vida cotidiana, generándole temor y desasosiego. Pues bien, tras una detallada argumentación de las razones para sancionar por el delito de acoso y hostigamiento, se resuelve incrementar la pena “habida cuenta de que el perjudicado es una persona especialmente vulnerable”, sin mayor explicación.

Creo que es incontestable el hecho de que cuanto más longevo es el sujeto, su vulnerabilidad física y psíquica es también más acusada, existen más probabilidades de que sus facultades cognitivas y físicas sufran un deterioro importante que limite considerablemente su capacidad de reacción y oposición al delito. En relación con ello, puede valorarse positivamente el hecho de que los tribunales, al menos, no recurran al automatismo en los casos en los que la persona mayor ocupa la franja inferior de los mayores, entre los 65 y los 75 años aproximadamente. No obstante, tal realidad no autoriza, en mi opinión, a realizar una aplicación de la ley exenta de motivación, sustentada exclusivamente en la edad cronológica y en la presunción de desvalimiento del sujeto. Como ya se ha expresado, afortunadamente son muchas las personas mayores que conservan plenas facultades para manejarse en todos los órdenes de la vida, sin que pueda concluirse su vulnerabilidad solo por el transcurso del tiempo.

#### 4.2.2. *Resoluciones que niegan una aplicación automática del subtipo agravado*

El segundo grupo comprende aquellas decisiones judiciales que han rechazado aplicar el subtipo agravado ante ataques a mayores afirmando que no basta la edad, que se requiere un desvalimiento que determine una merma importante en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz<sup>45</sup>.

Particularmente, si retomamos las diferentes tipologías que cuentan con el subtipo cualificado, de una parte, tratándose de los ilícitos contra la vida, los

---

45 No se abordan aquí, aunque se quiere dejar constancia, algunas resoluciones en las que la edad no se ha utilizado para aplicar el subtipo agravado en los delitos contra la vida, pero sí se ha tomado en consideración a otros efectos. En particular, para construir la agravante de abuso de superioridad o conformar el asesinato alevoso (SAP Valencia 260/2020, de 22 de junio; SAP Barcelona 37/2019, de 19 de diciembre). Por lo demás, el panorama anterior a la incorporación de la cualificación específica de especial vulnerabilidad por la reforma de 2015 también era variopinto en lo que se refiere a la valoración de la avanzada edad de la víctima. Así, además de los supuestos en los que se emplea para fundamentar la denominada “alevosía por desvalimiento”, encontramos decisiones judiciales en las que la edad sirve para agravar el homicidio por abuso de superioridad (SSAP Valencia 713/2012, de 20 de diciembre, Las Palmas 337/2016, de 22 de septiembre), junto a alguna otra en la que se toma en consideración para individualizar la pena exacta dentro del marco legal concreto (SAP Murcia 518/2015, de 2 de noviembre, confirmada por la STS 719/2016, de 27 de septiembre).



tribunales esgrimen argumentos contundentes para descartar la cualificación. A título de ejemplo, la SAP Barcelona 13/2019, de 25 de abril, razona que las víctimas, un matrimonio de 71 y 72 años de edad, “pese a su edad y su estado físico, en su vida diaria no necesitaban la asistencia de terceras personas”. Y este razonamiento se refuerza poniendo de manifiesto que la esposa cuidaba de su nieto dos días a la semana y organizaba comidas familiares en su domicilio todos los domingos. En igual sentido, la SAP Las Palmas 142/2021, de 30 de abril, niega que se esté ante un asesinato de singular consideración y gravedad, pues la persona fallecida, aunque contaba con 78 años de edad y padecía una leucemia crónica, “no consta que sufriese una discapacidad física ni tampoco mental”. Por último, es especialmente significativa la SAP Santa Cruz de Tenerife 177/2020, de 2 de julio. En ella se enjuicia a un sujeto por el asesinato de sus progenitores y su abuelo de 87 años de edad y, pese a que la acusación particular solicita la aplicación del subtipo agravado por razón de edad, tal opción se descarta. En efecto, la Sala se apoya en el informe médico relativo al anciano y aduce que, “a pesar de encontrarse en tratamiento por enfermedades o patologías, era capaz de desenvolverse por sí solo en las tareas cotidianas de la vida, y que incluso precisaba acudir con poca frecuencia a su médico de cabecera”. En consecuencia, declara que no cabe reputar a la víctima persona especialmente vulnerable por el solo hecho de su avanzada edad<sup>46</sup>.

También se ha rehusado aplicar el subtipo agravado por razón exclusivamente de la edad cronológica en el ámbito de los atentados contra la libertad sexual. Al respecto, la SAP Barcelona 76/2021 de 15 de febrero, en un caso de violación a una mujer de 72 años, deniega apreciar la cualificación del artículo 180.1.3<sup>a</sup> interesada por el Ministerio Fiscal entendiendo que la edad de la víctima no lo permite por sí sola. De hecho, la Sala confirma que al margen de la diferencia de constitución física de los sujetos y las limitaciones físicas que conlleva el mero transcurso del tiempo en una persona, se ha podido verificar el correcto estado de sus facultades físicas y psíquicas. De modo que concluye que “la vulnerabilidad no puede inferirse del mero hecho de contar la víctima con la edad dicha sin otro elemento que permita constatar la pretendida vulnerabilidad”.

De igual manera, el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema en una sentencia menos reciente, pero asimismo relevante. Se trataba de otra violación a una víctima mujer de 69 años que fue abordada mientras paseaba por una carretera comarcal. El órgano judicial de instancia denegó la aplicación del reclamado subtipo agravado (art. 180.1.3<sup>a</sup> Cp) tomando en consideración que, al no constar otras circunstancias significativas

---

46 Tampoco se apreció en la SAP Sevilla 8/2016, de 24 de octubre, que declaró que no es constitutivo de especial vulnerabilidad “tener achaques menores propios de la edad” (pérdida de visión y gafas).



sobre su estado físico, la simple edad del sujeto pasivo ni podía tomarse por sí misma como una circunstancia determinante de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo de una violación, ni significó una importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente al agresor sexual<sup>47</sup>. Así las cosas, el alto tribunal arguye que no ha lugar a estimar el recurso de casación interpuesto por la acusación particular y calificar por el subtipo agravado “por el simple hecho de tal edad, salvo que fuera tan avanzada que pudiera deducirse el desvalimiento físico que el legislador dispuso para tal agravación”. Y pone el énfasis en que el término o expresión (edad) “debe interpretarse de modo que sea equiparable a la enfermedad o a la edad inferior a 13 años, habida cuenta de que esa ha sido la referencia desvalorativa del legislador” (STS 1113/2009, de 10 de noviembre).

#### 4.2.3. *Resoluciones que fundamentan adecuadamente la apreciación del subtipo agravado*

Avanzando en el análisis, en el tercer grupo se engloban aquellas decisiones jurisprudenciales que han argumentado con corrección la aplicación de la cualificación, una vez acreditada fehacientemente la especial vulnerabilidad derivada de la longevidad del sujeto pasivo y su nula o insignificante capacidad de defensa. En general, se advierte que los tribunales se detienen a evaluar principalmente aspectos relacionados con el estado de dependencia en que se encuentra la víctima por razones derivadas de su edad. Es el caso de la SAP Cuenca 11/2019, de 2 de abril, que calificó agravadamente el asesinato alevoso intentado sobre una anciana con limitadas facultades, que caminaba asistida de bastón, circunstancia que era visible y perceptible a simple vista<sup>48</sup>. Indica la resolución que en aquel momento la víctima residía en un centro de mayores dada su incapacidad para vivir sola, ya que presentaba importantes disfunciones para la movilidad.

Por su parte, en lo que atañe a las condenas por infracciones contra la libertad sexual, los juzgadores han considerado diversos factores que dan prueba de la incidencia de la edad en el sujeto y, por lo tanto, en su capacidad de defensa. Específicamente, pueden mencionarse algunas decisiones que basan su dictamen en indicios objetivos probados tales como que para deambular la víctima necesitaba muletas (SAP Barcelona 199/2015, de 2 de marzo)<sup>49</sup>, o un andador

---

47 SAP Alicante 630/2008, de 7 de noviembre.

48 El tribunal fundamentó la alevosía en que se trató de un ataque inopinado, súbito y por la espalda.

49 En relación con esta resolución, merece reseñarse un hecho que podría desvirtuar la presencia de una especial vulnerabilidad. Y es que, si bien una de las agredidas, de 77 años, tenía problemas de movilidad, lo cierto es que en los hechos probados se hace constar una importante resistencia por su parte que impidió al agresor conseguir penetrarla vaginalmente.



(SAP Barcelona 534/2020, de 13 de octubre)<sup>50</sup>, o una silla de ruedas; que se trataba de una persona dependiente de terceros para realizar los actos más básicos de la vida diaria, como asearse (SAP Madrid 125/2011, de 16 de noviembre)<sup>51</sup>; o que presentaba una importante merma de sus capacidades físicas, apreciable a simple vista en la celebración del juicio oral (SAP Madrid 431/2020, de 26 de octubre)<sup>52</sup>, o en la grabación videográfica de la diligencia de declaración ante el Juzgado, sin que la justificación de su vulnerabilidad requiriese un mayor esfuerzo argumentativo (SAP Pontevedra 28/2007, de 6 de julio)<sup>53</sup>.

#### 4.2.4. *Resoluciones que fundamentan la especial vulnerabilidad en la edad y otras circunstancias*

Para finalizar, componen el cuarto grupo una serie nutrida de resoluciones que derivan la especial vulnerabilidad además de la edad avanzada, de la concurrencia de alguna otra circunstancia referida en los subtipos agravados correspondientes.

Así, en un primer momento, cabe destacar que es frecuente que la cualificación se sustente también en el padecimiento de alguna enfermedad. Específicamente, es el caso de pronunciamientos que toman en consideración enfermedades como el Alzheimer (SAP Barcelona de 23 de abril de 2019; SAP Vizcaya 68/2017, de 17 de noviembre; SAP Valencia 275/2009, de 8 de mayo<sup>54</sup>); el cáncer (SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo; SAP Madrid 588/2016, de 29 de diciembre); y otras como el alcoholismo (SAP Badajoz 176/2013, de 5 de julio), Parkinson, trastornos paranoides, cardiopatías, enfermedad cerebrovascular, osteoartrosis vertebral, etc. (SAP Barcelona 7/2017, de 23 de abril; SAP Santa Cruz de Tenerife 167/2017, de 12 de mayo).

---

50 Este pronunciamiento también ofrece dudas pues, aunque la víctima contaba con 94 años y empleaba un caminador para desplazarse, opuso fuerte resistencia, lo que evitó el acceso carnal.

51 La anciana, de 94 años, estaba ingresada en una residencia de ancianos y fue agredida por uno de los auxiliares que se encargaba de su cuidado. Aunque no presentaba signo alguno de deterioro cognitivo, precisaba para desplazarse de una silla de ruedas o un andador.

52 Aunque la víctima contaba con 76 años, quedó patente su gran fragilidad frente a las agresiones y que esta vio limitadas “gravemente” sus posibilidades de defensa frente a ellas, lo que determinó la aplicación del art. 180.1.3ºCP.

53 En este supuesto se enjuició el allanamiento de morada, el robo con violencia y la violación de una anciana de 92 años, quedando en evidencia su indefensión. También, en la misma línea, la SAP Valencia 225/2021, de 19 de abril, que confirma que las circunstancias físicas propias de la edad “resultaban enormemente desproporcionadas a las de su agresor y limitaban profundamente su capacidad de respuesta o defensa frente al ataque padecido”.

54 Se condenó por el abuso sexual de una anciana de 79 años que tuvo lugar en un geriátrico, basando la especial vulnerabilidad solamente en la enfermedad de Alzheimer, si bien, en casación el Tribunal Supremo matizó que la víctima era especialmente vulnerable no solo por su enfermedad, sino también por su edad y su situación.



En un segundo momento, la discapacidad también se configura como una fuente de especial vulnerabilidad que acompaña en ocasiones a la edad, señalándose como causa de una “especial dependencia y desvalimiento”. Esta es la situación que se aborda en la STSJ Islas Canarias 55/2020, de 17 de julio, que confirma la sentencia de instancia<sup>55</sup> que impuso al autor la pena de prisión permanente revisable por la comisión del asesinato de su tía de 60 años, la cual sufría una discapacidad global del 62%. La Sala dictamina la concurrencia de alevosía sorpresiva e inopinada y ensañamiento, y descarta una posible vulneración del *non bis in idem* aduciendo expresamente que la especial vulnerabilidad se basa en “la ancianidad y la situación de minusvalía”. Se desconocen las razones que llevan al tribunal a afirmar la “ancianidad” de una persona de 60 años, pues parece claro que en la actualidad esa edad difícilmente entraña limitaciones evidentes de las capacidades que puedan fundamentar por sí solas la especial vulnerabilidad por razón de edad. Con todo, en este caso resulta irrelevante al concurrir la discapacidad.

Para finalizar, en un tercer momento, otro factor al que también recurre la jurisprudencia conjuntamente con la edad es la “situación”. Las situaciones constitutivas de especial vulnerabilidad evaluadas en sede judicial han sido variadas. Específicamente, en lo que concierne a las infracciones contra la libertad sexual, se han localizado las siguientes: el hecho de que la víctima vivía sola y la agresión se produjo por la noche mientras dormía (STS 709/2005, de 7 de junio)<sup>56</sup>; que se hallase semiinconsciente por los golpes propinados previamente por el autor (SAP Cáceres 180/2010, de 2 de julio); ser una persona sin hogar o sin techo (SAP Barcelona 57/2022, de 31 de enero); o presentar una débil complexión física (ser “delgada y bajita”) y encontrarse maniatada y amordazada (SAP Madrid 273/2012, de 25 de junio).

## 5. Conclusiones y reflexiones finales

Las conclusiones alcanzadas tras el estudio realizado pueden sintetizarse como sigue:

- 
- 55 SAP Santa Cruz de Tenerife, de 14 de febrero de 2020. También refiere discapacidades junto a la edad y la enfermedad la ya citada SAP Barcelona 7/2017, de 23 de abril.
- 56 Estas circunstancias se mencionan con frecuencia para fundamentar la especial vulnerabilidad, aun cuando no se indique expresamente que la agravación se asienta en la situación, sino en la edad u otro factor desencadenante de los previstos en el subtipo cualificado. Así, por ejemplo: SAP Sevilla 129/08, de 7 de marzo (anciana de 83 años, sola en su domicilio, con escasa complexión física); SAP Orense 373/07, de 5 de noviembre (anciana de 72 años, sola en su domicilio).



- 1) La investigación criminológica ha desvelado que la victimización de los ancianos es una realidad con tendencia ascendente que, más allá de otros medios de control social, precisa ser atendida en última instancia por el Derecho penal.
- 2) Hoy por hoy no existe una regulación específicamente dirigida a ellos, si bien algunas figuras son especialmente aptas para ampararlos. Aunque podría hablarse de dos modelos de tutela aplicables a esta categoría victimal, basados en la vulnerabilidad grupal y la individual respectivamente, parece conveniente que la especial protección no se preste automáticamente, por la sola pertenencia al colectivo de las personas mayores. En consecuencia, ha de reservarse para los casos en que quede acreditada la vulnerabilidad del individuo concreto atendiendo a sus particulares circunstancias.
- 3) Los subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad podrían ofrecer una sobreprotección eficaz a las personas de avanzada edad. No obstante, su aplicación no está exenta de problemas.

i. El primero, la propia definición de vulnerabilidad y su distinción con la especial vulnerabilidad. Al respecto, hay que interpretar la simple vulnerabilidad como equivalente al abuso de superioridad, abarcando así supuestos de desequilibrio de fuerzas en los que la víctima tiene alguna posibilidad de defensa residual. La especial vulnerabilidad, entonces, se circunscribe exclusivamente a situaciones de completa indefensión, de desvalimiento absoluto. Este enfoque restrictivo se asienta en razones vinculadas al principio de legalidad y seguridad jurídica, así como en garantizar una necesaria coherencia entre los preceptos, respetuosa con la voluntad del legislador.

ii. El segundo, la deficiente técnica legislativa utilizada, que determina una protección heterogénea, más intensa en unas ocasiones que en otras, nula en algunos casos, sin que existan razones que justifiquen esta disparidad. La introducción progresiva de la agravación en las sucesivas reformas del Código penal, además de producir una indeseable inflación legislativa, ha sido desordenada, asistemática y poco reflexionada, reflejando la ausencia de un programa político-criminal claro<sup>57</sup>.

---

57 Sobre la política criminal seguida en este ámbito, véase Sandoval (2023). Asimismo, podría decirse que la producción legislativa en este ámbito, como en tantos otros, responde a la radiografía del legislador que en su día realizó Laporta (2004) y que sigue siendo válida en la actualidad: un legislador que se caracteriza por ser hiperactivo, negociador y reactivo.





- 4) La cualificación de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad de la víctima, especialmente apta para amparar a los adultos longevos, tampoco escapa a las críticas.

i. Por un lado, el uso del término “edad” es ambiguo. Con todo, no puede identificarse con las referencias a la discapacidad o la enfermedad, aunque ha de ser materialmente análoga a ellas. Asimismo, no se corresponde con la edad cronológica, sino que ha de traducirse en una limitación evidente de la capacidad funcional del sujeto derivada del transcurso del tiempo que lo coloque en una posición de indefensión que ha de ser probada. Por ende, la aplicación del subtipo agravado habrá de condicionarse al contexto de cada delito, prestando atención a cuál sea el bien jurídico tutelado y el fundamento de la protección reforzada.

ii. Por otro lado, la interpretación y aplicación de la agravante por los tribunales no está siendo uniforme. Pese a que el Tribunal Supremo ha insistido en que es obligado verificar la vulnerabilidad, proliferan resoluciones carentes de motivación o insuficientemente fundamentadas que la presumen simplemente en atención a la edad del sujeto pasivo y aprecian automáticamente la agravación. En sentido contrario, oportunamente, otros pronunciamientos rechazan este automatismo, subrayando que la vulnerabilidad no puede inferirse del mero hecho de contar la víctima con una edad avanzada sin otro elemento que permita constatar la pretendida vulnerabilidad. Se detecta, pues, cierta inconsistencia en la actuación de los tribunales.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, cabe preguntarse si la regulación para la protección reforzada de estos estados de indefensión que se articula en el Código penal es idónea para prevenir y enfrentar los ataques a las personas mayores. A mi juicio, como he mostrado lo largo del trabajo, la normativa no cumple adecuadamente las expectativas, entre otras razones, por presentar déficits de racionalidad<sup>58</sup>. Esta afirmación no significa que con la respuesta penal actual los ancianos se hallen desamparados, pero sí que es necesario reflexionar sobre ella para garantizar una tutela lo más ajustada posible a sus necesidades.

En la doctrina se han realizado diversas propuestas que sirven directa o indirectamente a este propósito.

La primera, secundada por Molina Mansilla (2021), defiende la promulgación de una ley de protección integral al mayor en situación de vulnerabili-

---

58 Para un análisis crítico de racionalidad, aunque en un contexto más amplio, referido a la legislación específica relativa a situaciones diferenciales y de vulnerabilidad, véase De la Mata Barranco y Pérez González (2023). Afirma que el art. 140.1.1ª CP no respeta un canon básico de la racionalidad jurídico-formal, Sandoval (2023).



dad que establezca medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia por razón de edad y prestar asistencia a las víctimas de edad avanzada. Este primer planteamiento, si bien podría ser útil en abstracto, entiendo que debe rechazarse. Básicamente, porque el colectivo de los mayores presenta contornos imprecisos y porque, aunque es preciso proteger a los ancianos vulnerables, parece que es suficiente con la —mejorable— normativa existente, que no es solo de índole penal. Adicionalmente, como subraya Díez Ripollés (2024: 40), las leyes integrales, pese a poder ser valoradas positivamente, “han demostrado casi siempre su incapacidad para emanciparse de las previsiones penales en ellas contenidas”, lo que “supone una indeseable criminalización de las políticas públicas”<sup>59</sup>.

La segunda opción que se sugiere es la de continuar con el esquema de protección actualmente vigente, pero reformado en un doble sentido: uno, sistematizando las disposiciones que aparecen diseminadas por el Código penal (Romeo Casabona, Payán Ellacuría y Lazcoz Moratino, 2021) y revisando las formulaciones típicas para evitar ambigüedades, utilizando una terminología precisa y velando por la coherencia dentro del texto penal (De la Mata Barranco, 2022)<sup>60</sup>; y/o dos, extendiendo la agravación por especial vulnerabilidad a otros delitos en los que los mayores constituyen víctimas ideales por su condición más frágil (física y psíquica) y que no contemplan tal posibilidad (por ejemplo, a la estafa y otros delitos patrimoniales o a las detenciones ilegales), o también incluyendo la categoría de las personas especialmente vulnerables —o de las personas de edad avanzada especialmente vulnerables— en algunos tipos básicos que no les otorgan un trato especial (maltrato ocasional, 153.2 CP; maltrato habitual, 173.2 CP; vejaciones, art. 173.4 CP; abandono, arts. 226, 229 y 230 CP, etc.)<sup>61</sup>.

En este momento quizás sea precipitado adoptar una postura al respecto. No obstante, caso de secundar esta segunda proposición, creo que de *lege ferenda* cabría esbozar dos posibilidades alternativas para su consecución. Ambas contribuirían a la sobreprotección de toda persona en situación de especial vulnerabilidad, incluidos, por tanto, los adultos mayores objeto de este estudio. Una requeriría, como punto de partida, que se elaborase un concepto normativo de vulnerabilidad que favoreciese una aplicación uniforme de los preceptos que recogen el término. Además, de seguirse con el esquema regulatorio existente,

---

59 También se muestra contrario a una ley integral Muñoz Cuesta (2021).

60 Estas exigencias las formula el autor en relación con el tratamiento que el Código penal dispensa a todas las situaciones diferenciales y de vulnerabilidad.

61 Muñoz Cuesta (2021). En relación con el maltrato, ocasional y habitual, y las vejaciones, se refiere a los supuestos que no quedan abarcados por los preceptos respectivos: sujetos especialmente vulnerables que no conviven con el autor, mayores maltratados respecto de los que no concurra la relación familiar exigida, o que no se encuentren internados en centros públicos o privados. Para los tipos de abandono propone incluso que expresamente se incluya “el abandono de una persona de edad avanzada especialmente vulnerable”



considero que podría ser pertinente que la cláusula “por cualquier circunstancia” se incorporara a todos aquellos subtipos que agravan por especial vulnerabilidad o que tomaran en consideración tal categoría victimal. Incluso, en aras de la claridad, pienso que la enumeración del resto de criterios que se utilizan para fundamentar la cualificación (edad, enfermedad, discapacidad, etc.) habría de ser eliminada en la medida en que resultasen superfluos. Como he sostenido, lo determinante es comprobar que, en el contexto del ilícito de que se trate, la víctima estuvo absolutamente indefensa, sin capacidad alguna para resistirse ni huir del ataque, cualquiera que sea la razón que originó esa situación. La otra posibilidad conllevaría un cambio algo más radical, pues se trataría de sustituir las referencias que en la parte especial se realizan a la “especial vulnerabilidad” por alguna fórmula que reflejase la esencia del concepto, que no es otra que la indefensión. Obviamente, tal cambio se extendería a todos aquellos injustos que novedosamente integrasen en la descripción típica a los sujetos especialmente vulnerables. Moya Guillem (2023: 312) plantea al efecto dos expresiones que considero acertadas: “personas indefensas” o “personas desvalidas”.

Esta idea de proseguir con el modelo de protección vigente, sistematizado y reformado no me parece, sin embargo, la mejor de las soluciones. De una parte, mantener los tipos existentes oportunamente revisados para dotar de coherencia al conjunto de normas aplicables y concretar con precisión el alcance de las mismas sería, sin duda, un avance positivo muy importante. Pero aun así, a mi modo de ver subsistirían lagunas de tutela que parece necesario cubrir en relación con determinados ámbitos delincuenciales. De otra parte, acudir para ello además a la creación de nuevos tipos penales conduciría a un excesivo e indeseable casuismo, propio de la criticada tendencia expansiva del moderno Derecho penal.

La última propuesta consiste, a grandes rasgos, en crear una nueva agravante genérica que atienda a la vulnerabilidad victimal en general<sup>62</sup>, aunque pueden distinguirse dos abordajes bien distintos. De un lado, Alonso Álamo y Javato Martín (2010) se muestran partidarios de una circunstancia fundada en el mayor desvalor de resultado, que a su parecer se apoyaría en el plus que supone el ataque a la igualdad o a la integridad moral si la víctima es una persona de avanzada edad. De otro, Moya Guillem (2023) y Rueda Martín (2021), proponen, en términos similares aunque con matices<sup>63</sup>, inser-

---

62 En contra, Díez Ripollés (2024).

63 Así, Rueda Martín (2021) propone incluir concretas fuentes de vulnerabilidad (edad, enfermedad, situación o discapacidad en sentido amplio), mientras que Moya Guillem (2023) renuncia a ello, sugiriendo la redacción “hallarse la víctima particularmente indefensa”. Este último enfoque es el que me parece más correcto, ya que engloba todas las situaciones de desvalimiento, sin criterios limitadores.



tar en el artículo 22 CP una agravante genérica aplicable a cualquier delito, fundamentada en un mayor contenido de injusto, por el mayor desvalor del comportamiento que se realiza sobre las personas desvalidas. Sin perjuicio de que estimo que habría que valorar la conveniencia de ampliar algunas figuras que confieren una protección específica a determinados sujetos para incluir a los ancianos vulnerables (principalmente en el ilícito de abandono y, quizás, en el injusto de maltrato habitual, en los casos de víctimas mayores que no son ascendientes ni se encuentran sometidas a guarda o custodia en centros públicos o privados), comparto esta alternativa como la opción que, en principio, mejor vendría a solventar muchos de los problemas y deficiencias que se han puesto de manifiesto en este trabajo. Una agravante formulada de manera clara y concisa, que recogiese los ataques a personas que se hallan en una situación de desvalimiento, cualquiera que fuese su origen, distinta de la alevosía tal y como se define en el art. 22.1ª CP, y del abuso de superioridad, vendría a dar cobertura a los abusos más graves que se cometen contra víctimas mayores que carecen por completo de posibilidades de repeler la agresión o defenderse por su mayor debilidad derivada de la edad. A la par, pueden esgrimirse razones de economía legislativa en apoyo de esta proposición, pues se reduciría, a mi juicio sin merma para el principio de taxatividad, el complejo y heterogéneo entramado de subtipos cualificados. Con todo, se podría sopesar la posibilidad de mantener alguna figura cualificada para los casos más graves que se pudiesen considerar merecedores de una pena mayor que la prevista para las agravantes genéricas en el artículo 66 CP. Opino, además, que al margen de estos supuestos particulares, la agravante genérica permitiría utilizar un único criterio para la determinación de la pena, más respetuoso con el principio de proporcionalidad, y acabar así con la disparidad penológica que impera en los subtipos vigentes. Por último, no debe olvidarse que tal circunstancia genérica constituiría una herramienta clara que contribuiría a evitar las dificultades interpretativas que suscita la regulación actual y a propiciar una praxis judicial más uniforme y eficiente.

## 5. Bibliografía

Acosta González, N. (2008). Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y personas mayores (II). En Díaz Palarea, M. D./Santana Vega, D. M. (Coords.). *Marco Jurídico y Social de las personas mayores y de las personas con discapacidad* (pp. 373-392). Madrid: Reus.

Alonso Álamo, M. (2015). La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015. *Cuadernos de Política Criminal*, 117, 5-50.



- Alonso Álamo, M./Javato Martín, M. (2010). Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa. En Javato Martín, M./De Hoyos Sancho, M. (Dir.). *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal* (pp. 39-65).Valencia: Tirant lo Blanch.
- Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.
- Atienza, M./Juanatery Dorado, C. (2022). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable, *Diario La Ley*, 10017, 1-7.
- Bello Landrove, F. (2010). Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes. En Javato Martín, M./De Hoyos Sancho, M. (Dir.). *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal* (pp. 197-216).Valencia: Tirant lo Blanch.
- Berdugo Gómez de la Torre, J. R. (2007). Las personas mayores en el ámbito del Derecho Penal. *Estudios Jurídicos*, 2007, 1-34.
- Blanco Cordero, I. (2023). La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad. En Moya Guillem, C. (Dir.), Bonsignore Fouquet, D. (Coord.). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales* (pp. 121-160). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Boldova Pasamar, M. A. (2021). Discriminación y estigmatización. En Romeo Casabona, C. M. (Coord.). *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (pp. 71-105). Wolters Kluwer.
- Bonsignore Fouquet, D. (2023). Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad. En Moya Guillem, C. (Dir.), Bonsignore Fouquet, D. (Coord.). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales* (pp. 19-64).Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cario, R. (2006), “El mayor como víctima. ¿Fin de un tabú?”, en De la Cuesta Arzamendi (Ed.), *El maltrato de personas mayores. Detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*, Hurkoa Fundazioa/Instituto Vasco de Criminología, pp. 149-196.
- Chang ES./Levy BR. (2021). High prevalence of elder abuse during the COVID-19 pandemic: risk and resilience factors. *The American Journal of Geriatric Psychiatry*. Recuperado el 7 de mayo de 2024, de <https://doi.org/10.1016/j.jagp.2021.01.007>.



- De la Mata Barranco, N. J. (2021). Las víctimas en el Código Penal. *Almacén de Derecho*. Recuperado el 7 de mayo de 2024, de <https://almacenederecho.org/las-victimas-en-el-codigo-penal>.
- De la Mata Barranco, N. J. (2022). La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial. *Revista Penal*, 50, 64-90.
- De la Mata Barranco, N. J./Pérez González, S. (2023). Diferencia, vulnerabilidad y racionalidad penal. En Muñoz Sánchez, J./ García Pérez, O. et. al (Dirs.), Corral Maraver, N./ García Magna, D. S. et. al (Coords.). *Estudios Político Criminales, Jurídicos Penales y Criminológicos. Libro homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés* (pp. 133-144). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díez Ripollés, J. L. (2003), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, Trotta.
- Díez Ripollés, J. L. (2024). Los colectivos identitarios y la tutela penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26, 1-46.
- Doval Pais, A. (2023). Revisión del papel de la agravante de discriminación (art. 2.4ª CP) en la protección de la igualdad y la no discriminación. En Doval Pais, A./Gutiérrez Pérez, E. (Dirs.). *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal* (pp. 219-240). Cizur Menor: Aranzadi.
- Esquinas Valverde, P. (2021). Homicidio doloso y asesinato tras la reforma del CP por LO 1/2015: interpretación a la luz de la jurisprudencia más reciente. En Marín de Espinosa Ceballos, E. (Dir.), Moreno Torres Herrera, M. R./ Esquinas Valverde, P./Morales Hernández, M. A. (Coords.). *El Derecho Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar* (pp. 443-475). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Eurostat (2021). *Estructura demográfica y envejecimiento de la Población*. Recuperado el 7 de mayo de 2024, de [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estructura\\_demogr%C3%A1fica\\_y\\_envejecimiento\\_de\\_la\\_poblaci%C3%B3n](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estructura_demogr%C3%A1fica_y_envejecimiento_de_la_poblaci%C3%B3n).
- Fineman, M. A. (2013). Equality, autonomy, and the vulnerable subject in Law and Politics. En Fineman, M. A./Grear, A. (Eds.). *Vulnerability. Reflections on a new ethical foundation for Law and Politics* (pp. 13-28). Routledge.
- González Agudelo, G. (2022). Lección 7. Debates transversales de la parte especial centrados en los grupos y sujetos vulnerables. En Ruiz Rodríguez, L. R. (Dir.), Miró Llinares, F./Pérez Machío, A. I./González Agudelo, G. (Coords.). *Manual de Política Criminal* (pp. 191-222). Barcelona: Atelier.



- Gutiérrez Pérez, E. (2023). El abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 CP9. En Moya Guillem, C. (Dir.), Bonsignore Fouquet, D. (Coord.). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales* (pp. 221-244). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández-Pacheco Estrada, C. (2023). Vulnerabilidad y Derecho Penal Internacional. En Moya Guillem, C. (Dir.), Bonsignore Fouquet, D. (Coord.). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales* (pp. 65-89). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Iborra Marmolejo, I. (2005). Concepto y tipos de maltrato de mayores. En Iborra Marmolejo, I. (Coord.). *Violencia contra personas mayores* (pp.17-29). Barcelona: Ariel.
- Iborra Marmolejo, I. (2008). *Maltrato de personas mayores en la familia en España*, Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, Serie Documentos 14, pp. 1-182.
- Iborra Marmolejo, I. (2009). Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española. *Revista Zerbitzuan*, 45, 49-56.
- Instituto Nacional de Estadística. *Proyecciones de Población 2020-2070*. Recuperado el 7 de mayo de 2024, de [https://www.ine.es/prensa/pp\\_2020\\_2070.pdf](https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf).
- Javato Martín, M. (2010). El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal. En Javato Martín, M./De Hoyos Sancho, M. (Dirs.). *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal* (pp. 67-168). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Javato Martín, M. (2021). Protección penal de las personas mayores. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, El Derecho de las sociedades envejecidas*, 25, 323-347.
- Juanatey Dorado, C. (2013). Una “moderna barbarie”: la prisión permanente revisable. *Revista General de Derecho Penal*, 20, 1-13.
- Juanatey Dorado, C. (2016). Homicidio. En Boix Reig, J. (Dir.). *Derecho penal. Parte especial. Volumen I* (pp. 45-70). Madrid: Iustel.
- Laporta San Miguel, F.J. (2004). El deterioro de las leyes. *Claves de Razón Práctica*, 42, 24-31.
- Lindert, J., De Luna, J., Torres-Gonzales, F *et al.* (2013). Abuse and neglect of older persons in seven cities in seven countries in Europe: a cross-sectional community study. *Int J Public Health*, 58, 121-132.



- Martínez Garay, L. (2015). Concepto penal de discapacidad y de persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 25). En González Cussac (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015* (pp. 125-149). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molina Mansilla, M. C., (2021). El maltrato de los mayores en situación de vulnerabilidad. *La Ley penal*, 148, 1-13.
- Morillas Fernández, D. L./Patró Hernández, R. M./Aguilar Cárceles, M. M. (2014). *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson.
- Moya Guillem, C. (2020). La especial vulnerabilidad como circunstancia agravante. Resultados de una investigación sobre la jurisprudencia penal española. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, 24, 13-58.
- Moya Guillem, C. (2023). La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora. En Moya Guillem, C. (Dir.), Bonsignore Fouquet, D. (Coord.). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales* (pp. 283-318). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moya Guillem, C./Durán Silva, C. (2022). La inconsistente presunción de fragilidad de las víctimas menores en el Derecho penal (sustantivo y procesal). A propósito de la Ley Orgánica 8/2021. *Indret*, 1, 414-451.
- Moya Guillem, C./Sandoval Coronado, J. C. (2023). La regulación de los ataques contra víctimas vulnerables en los delitos contra la vida. Otro caso de irracionalidad legislativa. En Doval Pais, A./Gutiérrez Pérez, E. (Dirs.). *Manifestaciones de desigualdad en el sistema de justicia penal* (pp. 263-307). Cizur Menor: Aranzadi.
- Muñoz Cuesta, J. (2021). Maltrato a las personas mayores y víctimas vulnerables: delitos contra la integridad moral. Abandono. En Romeo Casabona, C. M. (Coord.). *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (pp. 753-783). Wolter Kluwer.
- Naciones Unidas (2015). *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*. Recuperado el 7 de mayo de 2024, de [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873\\_spa.pdf?sequence=1](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf?sequence=1).
- OMS (2022). Nota de prensa. Recuperado el 7 de mayo de 2024, de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/abuse-of-older-people>.





- Peñaranda Ramos, E. (2022). Homicidio. En Molina Fernández, F. (Coord.). *Memento práctico penal 2024* (núm. 714). Madrid: Francis Lefebvre.
- Pereda Beltrán, N./Tamarit Sumalla, J. M. (2013). *Victimología teórica y aplicada*. Huygens.
- Romeo Casabona, C. M./Perin, A. (2016). Capítulo 1. El homicidio y sus formas. En Romeo Casabona, C. M./ Sola Reche, E./Boldova Pasamar, M. A. (Coords.). *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (pp. 1-60). Albolote: Comares.
- Romeo Casabona, C. M./Payán Ellacuría, E./Lazcoz Moratino, G. (2021). Conclusiones y recomendaciones. En Romeo Casabona, C. M. (Coord.). *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (pp. 955-973). Wolter Kluwer.
- Rueda Martín, M. A. (2021). Dependencias, discapacidades y capacidades especiales. En Romeo Casabona, C. M. (Coord.). *Tratado de Derecho y envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad* (pp. 571-606). Wolter Kluwer.
- Sánchez-Moraleda Vilches, N. (2023). Mayores vulnerables y Derecho penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad. En Moya Guillem, C. (Dir.), Bonsignore Fouquet, D. (Coord.). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales* (pp. 161-204). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sandoval Coronado, J. C. (2023). Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal. En Moya Guillem, C. (Dir.), Bonsignore Fouquet, D. (Coord.). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales* (pp. 91-119). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Santana Vega, (2008). Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y personas mayores (I). En Díaz Palarea, M. D./Santana Vega, D. M. (Coords.). *Marco Jurídico y Social de las personas mayores y de las personas con discapacidad* (pp. 343-371). Madrid: Reus.
- Tapia Ballesteros, P. (2023). La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad. En Moya Guillem, C. (Dir.), Bonsignore Fouquet, D. (Coord.). *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales* (pp. 205-220). Valencia: Tirant lo Blanch.



- Yon Y./Mikton CR./Gassoumis ZD./ Wilber KH. (2017). Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis. *Lancet Glob Health*, 5(2):e147-e156. Recuperado el 7 de mayo de 2024, de [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(17\)30006-2](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(17)30006-2).
- Yon Y./Ramiro-González M./Mikton C./Huber M./Sethi D. (2019). The prevalence of elder abuse in institutional settings: a systematic review and meta-analysis. *European Journal of Public Health*, 29(1):58-67. Recuperado el 7 de mayo de 2024, de <https://doi.org/10.1093/eurpub/cky093>.
- Zapater, A./Soberón, C./Gómez-Gutiérrez, M. (2021). Prevalencia y factores de riesgo del maltrato a personas mayores en el ámbito familiar en España: una revisión. *Revista de Victimología*, 12, 89-108.