

Revista **SISTEMA PENAL CRÍTICO**

ALTERNATIVAS A LA APOROFOBIA COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE. APUNTES ACERCA DEL SUBTIPO CUALIFICADO POR LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA Y DEL ABUSO DE SUPERIORIDAD EN CONTEXTOS DE POBREZA¹

ALTERNATIVES TO APOROPHOBIA AS AN AGGRAVATING CIRCUMSTANCE. SOME NOTES ON THE SUBCATEGORY QUALIFIED BY THE SPECIAL VULNERABILITY OF THE VICTIM AND ABUSE OF SUPERIORITY IN CONTEXTS OF POVERTY

Clara Moya Guillem

Profesora ayudante doctora (Universidad de Alicante).

¹ Artículo desarrollado a raíz de la comunicación defendida en el Congreso Aporofobia y Derecho penal, organizada por el proyecto de investigación coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. RTI2018-095155-B-C21).

Artículo desarrollado en el marco del proyecto de investigación “Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal: examen crítico de las razones de necesidad, oportunidad y peligrosidad para la diferencia (ÆQUALITAS)” financiado por Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Ref.: RTI2018-096398-B-I00) y dirigido por el profesor Dr. Antonio Doval Pais.

RESUMEN:

Este trabajo somete a examen la necesidad de incluir la aporofobia entre los motivos discriminatorios constitutivos de agravación. Para ello se analiza, por un lado, el subtipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima previsto en doce preceptos del Código penal y, por otro lado, la circunstancia genérica de abuso de superioridad. En particular, se examina el fundamento que justifica cada una de estas agravantes y se presentan los resultados de un análisis jurisprudencial llevado a cabo para determinar los casos en los que se han aplicado en contextos de sinhogarismo.

ABSTRACT:

This paper examines the need to include aporophobia among the discriminatory grounds that constitute aggravation. To this end, on the one hand, it analyses the qualified subcategory due to the special vulnerability of the victim provided for in twelve provisions of the Criminal Code and, on the other hand, the generic circumstance of abuse of superiority. In particular, it examines the basis that justifies each of these aggravating factors and presents the results of a jurisprudential analysis carried out to determine the cases in which they have been applied in homelessness settings.

PALABRAS CLAVE:

Aporofobia, Vulnerabilidad, Abuso de superioridad, Víctimas especialmente vulnerables, Pobreza.

KEY WORDS:

Aporophobia, Vulnerability, Abuse of superiority, Especially vulnerable victims, Poverty.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. La situación socioeconómica de la víctima como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad agravante. 2.1. Fundamento. 2.2. Revisión de sentencias. 3. La agravante genérica de abuso de superioridad en contextos de pobreza. 3.1. Fundamento. 3.2. Revisión de sentencias. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 19 de junio de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En él se propone dar una nueva regulación a los llamados “delitos de odio”, comprendidos en los artículos 22.4, 314, 510, 511, 512 y 515.4 del Código penal, y se sugiere incluir la aporofobia y la exclusión social entre los motivos discriminatorios constitutivos de delito o agravación.

Para justificar la necesidad de esta incorporación al Código penal, el Proyecto de Ley Orgánica establece que «se ha aprovechado la reforma para incluir la aporofobia y la exclusión social dentro de estos tipos penales, que responde a un fenómeno social en el que en la actuación delictiva subyace el rechazo, aversión o desprecio a las personas pobres, siendo un motivo expresamente mencionado en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Pero, al margen de esta declaración, no se ofrece argumento alguno acerca de la necesidad de esta reforma penal, ni se explica por qué se prevé en una norma cuyo objeto es «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida» (art. 1).

El número de delitos cometidos contra personas en situación de pobreza en España, especialmente de aquellas que no tienen un hogar, podría haber aumentado en los últimos años². Sin embargo, no parece que todos estos ataques hayan estado motivados por la discriminación que sufren. Al menos, no ha podido probarse tal extremo en las sentencias condenatorias cuyos hechos probados describen agresiones a los más desfavorecidos económicamente³.

² En el Informe “Los delitos de odio contra las personas sin hogar” publicado por Hatento en *Iraila* en 2015, pp. 79-92, se constata que casi la mitad de las personas que viven en la calle ha sido increpada alguna vez por motivos de odio o rechazo a su condición de sintecho. De ellos, más del 80% han sido víctimas en más de una ocasión. Por su parte, el estudio del Centro de Acogida Assís “Informe de violencia directa, estructural y cultural contra personas sin hogar 2006-2016” sitúa como la segunda causa de muerte de las personas sin hogar, las agresiones físicas sufridas. Sin embargo, los datos que publica el Ministerio del Interior al respecto no acreditan que la distribución cronológica haya ido en ascenso. Así, en el periodo temporal del 2013 al 2018 contabilizó 69 hechos conocidos (entendiéndose estos como el conjunto de infracciones penales y administrativas, que han sido conocidas por las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad): 4 en 2013, 11 en 2014, 17 en 2015, 10 en 2016, 11 en 2017 y 16 en 2018.

³ Se han publicado recientemente dos monografías sobre la aporofobia en el ámbito del Derecho penal que contienen un análisis jurisprudencial al respecto: BUSTOS RUBIO, M., 2020. *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art. 22.4 CP)*. Bosch; y GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Salamanca: Ratio Legis. En las sentencias que se analizan en ambos trabajos (algunas de las cuales carecen de algún dato relativo al órgano del que emanan, que no han podido localizarse) se constata que son varias las sentencias condenatorias que se han dictado desde la aprobación del Código penal de 1995 en las que se agrede a personas sin hogar. En las resoluciones judiciales se condena en aplicación del delito de asesinato por alevosía (STS 1160/2006, de 9 de noviembre; SAP 8218/2008, de 5 de noviembre; STS 870/2005, de 1 de julio; STS 129/1996, de 19 de febrero; SAP Zaragoza 5/2002, de 11 de febrero), de homicidio (STSJ de Aragón 2/2002, de 28 de mayo; SAP Madrid 964/2006, de 29 de noviembre), lesiones (SAP Madrid 34/2013, de 19 de marzo; SAP 61/2003, de 28 de mayo); del delito contra la integridad moral (STSJ de Barcelona 18/2017, de 16 de enero); amenazas (SAP 1629/2017, de 15 de diciembre); el de agresión sexual (SAP 36/2017, de 19 de abril) y delitos contra el patrimonio (SAP Cuenca 148/2003, de 18 de diciembre; STS 870/2005, de 1 de julio; y SAP 61/2003, de 28 de mayo). Pero de estas trece sentencias que se han localizado en los mencionados trabajos solo en tres se hace referencia alguna al odio hacia la persona pobre. En la SAP de Madrid 34/2013, de 19 de marzo, es el Ministerio Fiscal quien alega que las lesiones agravadas por las que se condena a los acusados se habrían producido por el odio y desprecio que les generaba el indigente. Sin embargo, la Sala considera que «no se ha practicado en el presente procedimiento ni una investigación en la fase de instrucción, ni se ha aportado en el acto del juicio oral prueba suficiente de que, en este caso Agapito tenga una ideología neonazi». Por su parte, la Sala estima expresamente que los acusados asesinaron al indigente «por el desprecio que les generaba» en la STS 1160/2006, de 9 de noviembre. Y en la STSJ de Barcelona 18/2017, de 16 de enero, se afirma que el acusado «le escupió y pateó en el cuerpo y en la cabeza con un claro menosprecio a su condición de persona sin techo que pernocta en la calle». No obstante, en el resto de sentencias no se hace referencia alguna a este hecho o incluso se afirma que la información de la que disponen no consigue acreditar esta motivación.

Algunos de los integrantes del Proyecto de Investigación “Aporofobia y Derecho Penal”, dirigido por la profesora Ana Isabel Pérez Cepeda, proponen la inclusión de la discriminación por razones de aporofobia en el Código penal porque «supuestos de verdadera vulnerabilidad en los que se encuentran las personas en situación de pobreza, especialmente de sinhogarismo, carecen de una respuesta adecuada y proporcionada por parte del Derecho penal»⁴. La cuestión es si con la finalidad de dar una respuesta por parte del Derecho penal a los ataques que sufren las personas en situación de pobreza resulta adecuado agravar la pena por aporofobia o, en cambio, cualificarla cuando la agresión se haya llevado a cabo sobre una víctima socioeconómicamente vulnerable por sus menores posibilidades de defensa.

La exclusión social se define como una situación concreta, fruto de un proceso dinámico de acumulación, superposición y/o combinación de diversos factores de desventaja o vulnerabilidad social⁵; la pobreza, como la situación de posibilidad de respuesta económica limitada o inexistente por parte del individuo⁶; y la aporofobia se define como la fobia a las personas pobres o desfavorecidas⁷. Siendo ello así, en su caso, como afirma Bustos Rubio, convendría agravar la pena únicamente cuando la conducta ilícita tenga una motivación aporofóbica, pero en ningún caso por exclusión social⁸.

Con todo, son, al menos, dos los instrumentos de los que dispone el ordenamiento jurídico-penal español en vigor que podrían agravar la pena en caso de que el delito se cometa sobre personas en situación de pobreza absoluta: el subtipo cualificado específico por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima que se prevé en algunos preceptos y la agravante genérica de abuso de superioridad.

En este trabajo se analiza, de un modo necesariamente sucinto, la repercusión de tales agravaciones en contextos de sinhogarismo. Específicamente, se examina el fundamento que las justifica y se presentan los resultados de un análisis jurisprudencial llevado a cabo para determinar si se han apreciado en los casos en estudio. Para ello se han revisado las sentencias condenatorias dictadas por todas las Audiencias Provinciales y por el Tribunal Supremo que han aplicado estas circunstancias agravantes desde el 1 de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2019⁹. Esta información ofrecerá argumentos de utilidad para poder afirmar si actualmente se tutela penalmente de un modo especial a las personas que viven en la indigencia o si, por el contrario, resulta necesaria una reforma penal que les ofrezca dicho amparo.

2. LA SITUACIÓN SOCIOECONÓMICA DE LA VÍCTIMA COMO CIRCUNSTANCIA CONSTITUTIVA DE ESPECIAL VULNERABILIDAD AGRAVANTE

El Código penal español alude expresamente hasta en doce ocasiones a la especial vulnerabilidad de la víctima como una circunstancia agravante específica de tipos penales de toda índole: contra la vida humana independiente, contra la salud individual, contra la libertad, etc.¹⁰.

⁴ BUSTOS RUBIO, M., PÉREZ CEPEDA, A.I. y BENITO SÁNCHEZ, D., 2020. “Víctima por ser pobre: la ley debe castigar la discriminación por aporofobia”, *The Conversation*.

⁵ LA FUENTE LECHUGA, M., FAURA MARTÍNEZ, U. y LOSA CARMONA, A., 2011. “Medidas y caracterización de la vulnerabilidad a la exclusión social de los hogares en España”, *Revista electrónica de Comunicaciones y Trabajos de ASEPUMA*, vol. 12, pp. 53-68, p. 55.

⁶ JIMÉNEZ RAMÍREZ, M., 2018. “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios Pedagógicos XXXIV*, no. 1, p. 174.

⁷ Definición que ofrece el Diccionario de la RAE tras haber acuñado el término creado por la profesora Cortina Orts.

⁸ La inclusión del término “exclusión social” en el Código penal vulneraría el principio de legalidad según el autor por lo indeterminado del concepto. Véase, al respecto, BUSTOS RUBIO, M. *Aporofobia y delito*. Ob. cit., pp. 41-45.

⁹ Con la elección de este lapso se pretende dar cuenta de la lectura jurisprudencial de todos los subtipos cualificados que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, atienden a la especial vulnerabilidad de la víctima.

¹⁰ En particular, los subtipos cualificados basados en la especial vulnerabilidad de la víctima previstos expresamente en el Código penal se ubican en los siguientes artículos: 138.2, 140.1.1º, 148.5º, 153.1, 156 bis.4.b), 171.4, 172.2, 172 ter.1.4º, 177 bis.4.b), 180.1.3º, 184.3 y 188.3.a). También se ha previsto la especial vulnerabilidad agravante en el artículo 362 quater.2.b) del Código penal, pero no referida a la víctima porque alude a delitos contra la salud pública.

En ocasiones, esta modalidad de subtipo agravado alude expresamente a determinadas circunstancias de la víctima que la hacen especialmente vulnerable y justifican una agravación respecto de la pena prevista en los correspondientes tipos básicos. En particular, se refiere a la situación, la edad, la enfermedad, la discapacidad e incluso, en una ocasión, al estado gestacional. Pero, hasta en cinco ocasiones se refiere a la especial vulnerabilidad de la víctima sin aludir a ninguna circunstancia constitutiva de vulnerabilidad en particular.

Como se puede observar, todas las hipótesis de vulnerabilidad expresamente previstas en el Código penal están descritas haciendo referencia a rasgos de carácter individual, excepto la *situación*, que podría considerarse relacional si se centra en los desequilibrios de poder entre el agresor y la víctima; social si abarca a minorías en situación de desigualdad en la sociedad¹¹; o incluso ocasional si sitúa a la víctima en un estado vulnerable de forma temporal¹².

Concretamente, la *situación* se regula como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad en los artículos 156 bis.4, 172 ter.1, 177 bis.4 (en este caso habla de “situación personal”), 180.1.3º, 184.3 y 188.3, que agravan la pena prevista para los delitos de tráfico de órganos, acoso, trata de seres humanos y delitos contra la libertad e indemnidad sexuales¹³. Además, los artículos 148.5, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código penal agravan la pena por la especial vulnerabilidad de la víctima sin referirse a ninguna circunstancia. La pregunta es si la vulnerabilidad socioeconómica puede actuar como circunstancia agravante en todos estos ilícitos penales¹⁴.

En algunos de los preceptos que contienen la *situación* como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad agravante podría protegerse de una manera específica a aquellas personas en riesgo de aceptar someterse a un abuso por la precaria situación en la que viven; es decir, a víctimas en peligro de explotación. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se ofrece una suculenta cantidad de dinero a indigentes para que acepten la venta de un riñón, cuando se les promete un trabajo bien remunerado para que se sometan a la trata de seres humanos o cuando se les ofrece una gran cantidad de dinero a cambio de prácticas de carácter sexual.

¹¹ VARONA MARTÍNEZ, G., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. y PÉREZ MACHÍO, A.I., 2015. *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención* [en línea]. [consulta: 14 octubre 2020]. Recuperado de: <https://ocw.ehu.eus/course/view.php?id=355>; pp. 28-41.

¹² Las características endógenas y su interacción desempeñan un papel muy relevante en este contexto. Por ejemplo, tanto en ancianos como en niños existe un conjunto de variables asociadas a la edad que puede hacerlos más proclives a determinados tipos de victimización (la fuerza física, el estado mental en el que se encuentran, etc.). De manera que, como se ha acreditado en diversos estudios, existe un mayor riesgo de ser víctima de un delito cuando no se han desarrollado determinadas capacidades cognitivas y emocionales o cuando estas se encuentran mermadas. Véanse, al respecto, ZÚÑIGA-SANTAMARÍA, T. SOSA-ORTIZ, A.L., ALONSO-VILATELA, M.E., ACOSTA-CASTILLO, I. y CASAS-MARTÍNEZ, M.L., 2010. “Dependencia y maltrato en el anciano con demencia”, *Persona y bioética*, no. 14, pp. 56-66; y MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. y AGUILAR CÁRCELES, M.M., 2014. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson, p. 516. Por su parte, los factores exógenos, como serían los problemas socio-económicos constitutivos de la especial vulnerabilidad de la víctima por la *situación* a la que alude el Código penal, también están relacionados con un mayor riesgo de sufrir victimización interpersonal. Acerca de la influencia de la pobreza en la victimización, véase BUSTOS RUBIO, M., 2020. *Aporofobia y delito*. Ob. cit., p. 112. Pero es, sobre todo, la interacción de estos factores con los endógenos la que puede potenciar, según se ha constatado, diferentes formas de victimización (GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., 2019. *Víctimas vulnerables*. Madrid: Editorial Síntesis, pp. 41 y 42).

¹³ Por un lado, se prevé la agravación de la pena prevista en el tipo básico de tráfico de órganos humanos cuando «la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación» (art. 156 bis.4). Estas son las mismas circunstancias que definen la vulnerabilidad en dos de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 180.1.3 y 188.3). Por otro lado, se agrava la pena prevista para el delito de acoso en caso de tratarse de «una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación» (art. 172 ter.1). A estas tres circunstancias también se refiere el delito de acoso sexual (art. 184.3). Y, por último, el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis) prevé una agravación de la pena prevista en su tipo básico cuando «la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad».

¹⁴ La vulnerabilidad puede venir determinada por diversos factores, entre los que se encuentra, sin duda, la pobreza, como puso de manifiesto el Informe de Desarrollo Humano de 2014 de Naciones Unidas.

Estaríamos ante casos en los que la situación de desventaja social en la que se encuentra la víctima frente a su victimario por su carencia de recursos económicos, de oportunidades laborales, etc., le lleva a considerar que no tienen otra alternativa de solución a su drama existencial y cotidiano que “consentir” el contexto de sometimiento y coacción que se le impone¹⁵.

Pero también puede ocurrir que la *situación* de extrema pobreza en la que se encuentra la víctima la haga especialmente vulnerable a sufrir determinados ataques en contra de su voluntad. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se cometen los delitos de acoso o agresión sexual contra personas sin hogar.

Igualmente, como se ha indicado, las penas previstas en los tipos básicos de lesiones, de maltrato habitual, de amenazas y de coacciones se agravan cuando la “víctima [sea] una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (arts. 148.5, 153.1, 171.4 y 172.2); es decir, en un contexto de violencia doméstica¹⁶. Al no establecer expresamente cuáles son las circunstancias que pueden calificar de vulnerable a la víctima podría entenderse que las *situaciones* de precariedad económica tendrían encaje en estos preceptos. Sin embargo, resulta difícil imaginar que un estado de pobreza absoluta pueda ser la que merme la capacidad de defensa de la víctima en estos casos de tal forma que merezca una tutela penal reforzada.

Así pues, solo en aplicación de los delitos de acoso, tráfico de órganos, trata de seres humanos y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales se podría agravar la pena prevista en el correspondiente tipo básico en atención a la especial vulnerabilidad socioeconómica de la víctima.

Veamos si esta ha sido también la apreciación por parte de los tribunales penales españoles y cuál es el fundamento de la agravación.

2.1 Fundamento

La jurisprudencia penal suele definir a las víctimas especialmente vulnerables, con la finalidad de agravar la pena, como aquellos «sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor»¹⁷.

En consonancia con esta línea interpretativa de la jurisprudencia, la doctrina penal afirma que esta circunstancia de carácter victimológico se fundamenta en un plus de antijuridicidad de las conductas basado en la menor posibilidad de defensa de estas víctimas, que da lugar a una situación de superio-

¹⁵ LÓPEZ WONG, R., 2019. “La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas”. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (coords.). *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 331-332.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 107.

¹⁷ Véase sobre este concepto y sobre las anteriores sentencias que se refieren a esta definición la STS 2163/2019, de 27 de junio. Esta definición es la misma que ofrece el Diccionario del Español Jurídico de la RAE, que define a la “víctima vulnerable” como el «sujeto pasivo del delito con circunstancias personales que determinan que se halle en una situación de inferioridad o indefensión, que comporta una agravación de la responsabilidad penal para el autor del delito». Del mismo modo, la doctrina afirma que «en la Victimología actual el concepto de “vulnerabilidad” se identifica con la pertenencia a un colectivo de riesgo, que puede definirse con parámetros individuales, relacionales, contextuales y socioestructurales». Al respecto, VARONA MARTÍNEZ, G., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. y PÉREZ MACHÍO, A.I., 2015. *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención*, Ob. cit., p. 35. En el mismo sentido, véase L LÓPEZ WONG, R., 2019. “La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas”, Ob. cit., p. 338. Asimismo, en esta dirección, la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*, establece que la «vulnerabilidad» se entiende como «exposición a un riesgo de lesión particularmente elevado» (considerando 38), lo cual acarrea una «necesidad de protección especial» (detallada en su capítulo IV).

ridad del sujeto activo respecto del pasivo¹⁸. Y a esta justificación habría que sumar las mayores facilidades para cometer el hecho y lograr la impunidad.

Además, un sector doctrinal sostiene que la *ratio* del subtipo cualificado también reside en un mayor desvalor subjetivo de la conducta (o en un mayor reproche culpabilístico) que conlleva, al menos, que el sujeto activo del delito sea consciente de la circunstancia constitutiva de la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo¹⁹.

Por lo tanto, el fundamento del subtipo cualificado en estudio residiría en el mayor desvalor (objetivo y subjetivo) de la conducta.

2.2 Revisión de sentencias

Entre las 39 sentencias analizadas en las que se ha condenado y agravado la pena en virtud del subtipo cualificado en estudio²⁰, once han agravado la pena por la *situación*. De ellas, seis se han dictado en aplicación de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 180.1.3º y 188.3.a); tres, del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis); y dos, del delito de acoso (art. 172 ter)²¹. Por el contrario, no se ha agravado la pena por esta razón en ninguna sentencia en aplicación del delito de acoso sexual (art. 184.3) ni del delito de tráfico de órganos (art. 156 bis). Pero esta circunstancia podría haberse previsto en las dos sentencias condenatorias dictadas en aplicación de este último precepto²² si los he-

¹⁸ Como ha establecido la doctrina, el fundamento de esta agravación reside en los menores mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones de naturaleza personal, como la edad, sea temprana o muy elevada, enfermedad física o psíquica, bajo nivel de inteligencia, o cualquier otra circunstancia fáctica concurrente. Al respecto, FRAILE COLOMA, C. y JAVATO MARTÍN, M., 2015. “Artículo 171”. En Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*. Madrid: Aranzadi, p. 341. En el mismo sentido, aunque distinguiendo las situaciones de naturaleza personal (edad, enfermedad) de la mixta (situación), ALCÁCER GUIRAO, R., 2004. *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*. Barcelona: Atelier; GÓMEZ TOMILLO, M., 2015. “Artículo 180”. En Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*. Madrid: Aranzadi, 2015, p. 496; ORTS BERENGUER, E., 2016. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 213; CARBONELL MATEU, J.C. Homicidio y sus formas. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, 2016, p. 50; GÓMEZ RIVERO, M.C., 2018. “Delitos contra la salud y la integridad corporal”. En Gómez Rivero, M.C. (coord.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos, p. 113; y CANCIO MELIÀ, M. “Agresiones sexuales. Violación”. En Molina Fernández, F. (coord.). *Memento práctico penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, 2018, p. 1043. De igual modo, la jurisprudencia ha sostenido que, «la *ratio* de esta agravación es la mayor facilitación de la comisión delictiva sobre la base de la menor defensa o resistencia de la víctima y la mayor culpabilidad del autor por aprovecharse de esa condición» (SAP Girona 654/2016, de 30 de diciembre).

¹⁹ CARBONELL MATEU, J.C. Homicidio y sus formas. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, 2016, Ob. cit., p. 50; ALONSO DE ESCAMILLA, A., 2018. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio”. En Lamarca Pérez, C. (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, p. 7; CANCIO MELIÀ, M. “Agresiones sexuales. Violación”, Ob. cit., p. 1043. Pero se debate si, a su vez, el sujeto activo debe abusar o no de dicha coyuntura. Peñaranda Ramos considera que debería interpretarse restrictivamente y limitar su aplicación a aquellos casos en los que se hubiese dado un abuso o aprovechamiento de la circunstancia. Véase, al respecto, PEÑARANDA RAMOS, E. “Homicidio”. En Molina Fernández, F. (coord.), 2018. *Memento práctico penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, p. 808. En este mismo sentido, véase JUANATEY DORADO, C., 2016. “Homicidio”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Iustel, p. 32. Sierra López, por el contrario, sostiene que no sería necesario que el sujeto activo abusase de la situación de vulnerabilidad, sino que sería suficiente con que este conociese dicha situación. Al respecto SIERRA LÓPEZ, M.V. 2009. La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada. En Núñez Castaño, E. (dir.). *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 207.

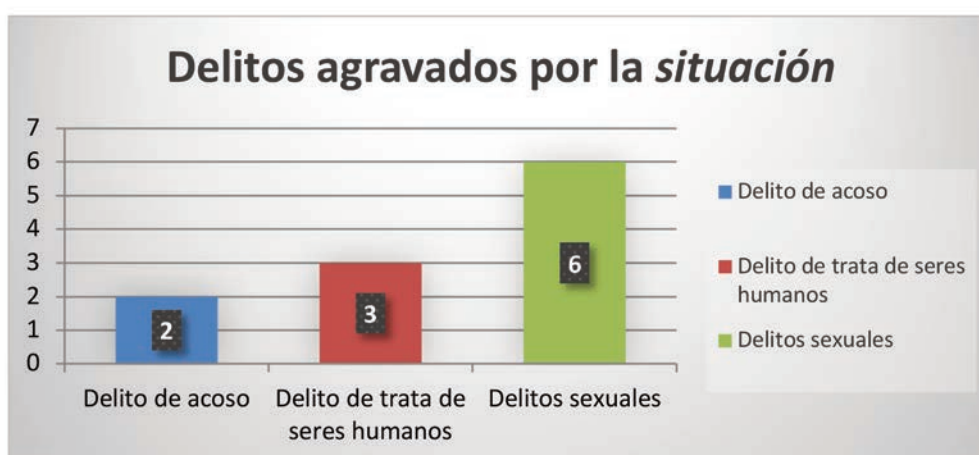
²⁰ Las sentencias analizadas han sido las dictadas en aplicación de los artículos 156 bis, 172 ter, 177 bis, 180.1.3º, 184.3 y 188.3, según los parámetros descritos en la introducción, en las que se condena y se aplica el subtipo cualificado en estudio.

²¹ SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero; SAP Baleares 471/2018, de 12 de septiembre; SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo; SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo; STS 178/2016, de 3 de marzo; SAP Valencia 58/2016, de 29 de enero; SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; SAP Lugo 221/2018, de 18 de diciembre; y STS 344/2019, de 4 de julio.

²² La SAP de Barcelona 793/2016, de 13 de octubre, que fue confirmada posteriormente por la STS 710/2017, de 27 de

chos probados se hubiesen cometido tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero. Ambas resoluciones judiciales tienen en común que en los hechos probados se describe cómo los condenados contactaron con personas sin recursos, en situación irregular en España, o en situación de necesidad económica, con problemas para entender el idioma, y les ofrecieron dinero por un órgano. Incluso en ambos casos se establece expresamente que se trata de personas vulnerables.

En relación con el artículo 172 ter.1.4 del Código penal, son dos las sentencias condenatorias acogidas en la investigación: en una, se apreció la especial vulnerabilidad de la víctima por tratarse de un menor de edad desamparado, dependiente del Estado²³, que, sin embargo, hubiese encontrado mejor acomodo en el segundo apartado del precepto; y en otra, porque la víctima estaba embarazada²⁴. Por su parte, en aplicación de la agravación prevista en el artículo 177 bis.4 se han dictado tres sentencias condenatorias en el periodo objeto de investigación con base en la *situación*. En dos de las resoluciones se tuvo en cuenta la menor edad de la víctima pero junto con otras circunstancias: en una, la escasez de recursos y los problemas con el alcohol²⁵; y en otra, el hecho de hallarse en un país extranjero del que las víctimas desconocían su idioma y costumbres, careciendo de dinero propio y contactos que pudiesen auxiliarlas²⁶. En la tercera, se argumentó que el autor del delito se había prevalido «de la situación de vulnerabilidad, tanto en origen como en destino, totalmente precaria de dichas mujeres, desconocedoras del idioma español, careciendo de dinero propio y contactos que pudieran auxiliarlas»²⁷. Por último, el subtipo agravado del artículo 180.1.3º del Código penal se ha aplicado por razón de la *situación* en seis casos: cuatro, por embriaguez y dos, por embarazo²⁸.



Las *situaciones* constitutivas de especial vulnerabilidad de la víctima valoradas en las resoluciones judiciales examinadas han sido, sobre todo, el embarazo²⁹, la embriaguez³⁰ y la pobreza³¹. También se ha apreciado esta circunstancia en un caso aislado por el desamparo en el que se encontraba la víctima³². De manera que la pobreza se ha apreciado en tres de las resoluciones judiciales como una *si-*

octubre; y la SAP de Valencia 482/2019, de 7 de octubre.

²³ SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero.

²⁴ SAP Baleares 471/2018, de 12 de septiembre.

²⁵ SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo.

²⁶ SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo.

²⁷ STS 178/2016, de 3 de marzo.

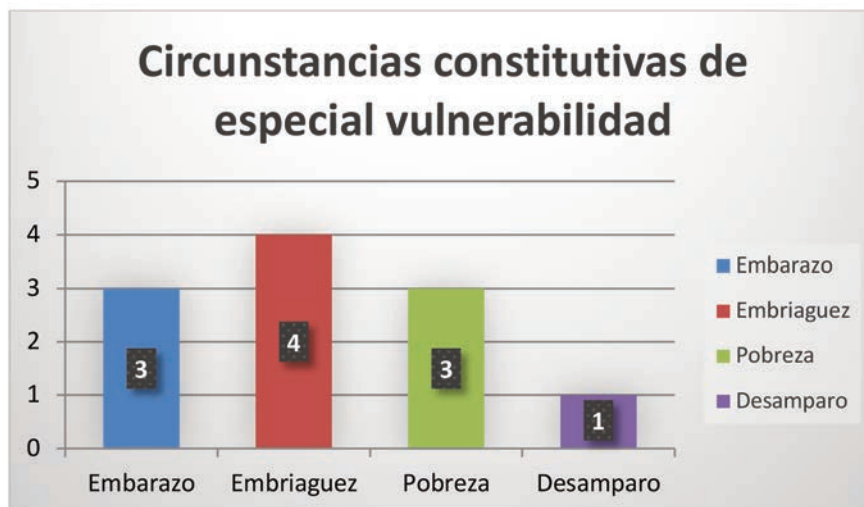
²⁸ Valencia 58/2016, de 29 de enero; SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; SAP Lugo 221/2018, de 18 de diciembre; y STS 344/2019, de 4 de julio.

²⁹ SAP Valencia 58/2016, de 24 de enero; SAP Ibiza 2517/2018, de 12 de septiembre; y SAP Lugo 221/2018, de 17 de diciembre.

³⁰ SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; y STS 344/2019, de 4 de julio.

³¹ STS 178/2016, de 3 de marzo; SAP Gran Canaria 131/2017, de 15 de mayo; y SAP Madrid 217/2018, de 20 de marzo.

tuación constitutiva de especial vulnerabilidad agravante, aunque se ha tenido en cuenta junto con otros factores como el desarraigo, el alcoholismo y la minoría de edad. Estas tres sentencias se han dictado en aplicación del delito de trata de seres humanos.



En cualquier caso, los tribunales han alertado acerca de las dificultades para concretar el contenido de la *situación* como circunstancia constitutiva de especial vulnerabilidad. En particular, se plantean dos cuestiones: la primera, si puede tratarse de una *situación* más o menos ocasional, puesto que la agravante suele estar redactada indicando que la víctima «sea» especialmente vulnerable o que «se trate de» una persona especialmente vulnerable; y, la segunda, si debe limitarse a la “situación personal” o puede abarcar también, por ejemplo, la situación socioeconómica o familiar de la víctima.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, alguna sentencia ha descartado de manera tajante que el subtipo cualificado pueda apreciarse ante una circunstancia ocasional³³. Sin embargo, en otras, se aprecia, como se ha visto, por la embriaguez de la víctima, por ejemplo³⁴. Y, por lo que se refiere a la segunda duda planteada, efectivamente, un sector de la doctrina requiere que la *situación* constitutiva de la especial vulnerabilidad se desprenda de la situación personal de la víctima y no de las condiciones espacio-temporales ya que, por ejemplo, «en cuanto a la violación, la vaciaría de contenido, dado que nunca acaece a plena luz del día y en medio de una multitud»³⁵. No obstante, la situación personal ha sido regulada expresamente en el artículo 177 bis.4 del Código penal y ha recibido duras críticas, precisamente, por dejar fuera la situación familiar, social o económica³⁶.

3. AGRAVANTE GENÉRICA DE ABUSO DE SUPERIORIDAD EN CONTEXTOS DE POBREZA

El segundo apartado del artículo 22 del Código penal recoge un conjunto de circunstancias agravantes genéricas entre las que se encuentra el abuso de superioridad³⁷, que se da cuando la defensa de la víc-

³² SAP Zaragoza 58/2019, de 6 de febrero.

³³ SAP Palmas 246/2016, de 28 de junio.

³⁴ SAP Castellón 179/2016, de 2 de junio; SAP Castellón 148/2016, de 12 de mayo; SAP Murcia 206/2017, de 17 de mayo; y STS 344/2019, de 4 de julio.

³⁵ ALCÁCER GUIRAO, R., 2004. *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*. Ob. cit., p. 58.

³⁶ De hecho, en el Informe del CGPJ al Anteproyecto de reforma del Código penal, se consideró «demasiado restrictivo pues la realidad pone de manifiesto la especial vulnerabilidad de víctimas del delito de trata por otras situaciones, como por ejemplo la familiar, social o económica. Por ello, entendemos que en este punto debería mantenerse la redacción actual, que abarca todas las situaciones, dejándose su valoración según las circunstancias concurrentes que se acrediten».

³⁷ El artículo 22.2 del Código penal establece que es una circunstancia agravante: «ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente». El Código penal de 1973 también regulaba esta cir-

tima queda ostensiblemente debilitada por la situación personal, instrumental o medial del agresor, que por ello obtiene mayor facilidad para cometer el delito.

Los requisitos para que concurra esta agravante, según ha establecido la jurisprudencia³⁸, son los siguientes: en primer lugar, la existencia de una situación objetiva de superioridad o desequilibrio de fuerzas; en segundo lugar, que esa situación disminuya notablemente la capacidad de defensa de la víctima, sin eliminarla; en tercer lugar, que el agresor conozca esa situación y se aproveche de ella; y, en cuarto lugar, que esa situación de superioridad no sea inherente al delito³⁹.

Respecto del primer requisito, se estima que la situación de desequilibrio o superioridad tanto puede provenir de factores personales como circunstanciales o externos⁴⁰. La situación propiciadora del reconocimiento de la circunstancia agravante de abuso de superioridad es aquella en la que concurre una notable desproporción o desequilibrio de fuerzas (físicas, psíquicas, anímicas, desequilibrio circunstancial o de otra especie) entre el sujeto activo y el pasivo o, en otras palabras, entre el ataque ofensivo y los medios defensivos. Y esta circunstancia puede darse, no solo cuando sean varios los sujetos activos frente a una sola víctima (superioridad personal numérica) o si los agresores llevan armas (superioridad medial o instrumental), sino también, por ejemplo, cuando la víctima es un anciano, un discapacitado o un enfermo (superioridad terapéutica), un niño (superioridad generacional) o por las especiales condiciones personales de preparación, capacidad o liderazgo del sujeto activo⁴¹.

En cuanto al segundo requisito, se recuerda que en el caso de eliminarse por completo la capacidad de defensa de la víctima estaríamos en presencia de alevosía. Por esta razón suele decirse que el abuso de superioridad es una alevosía menor o de segundo grado; porque mientras que la alevosía conlleva la completa eliminación de cualquier posible defensa de la víctima, el abuso de superioridad sólo la debilita o reduce, lo que coloca en situación de ventaja a los autores del delito sobre el sujeto pasivo⁴².

Para la concurrencia del tercero de los requisitos, resulta indiferente que el agresor haya creado la situación de superioridad con ese fin como que, existiendo el desequilibrio de fuerzas por razones ajenas a su voluntad, resuelva aprovechar la situación preexistente con los mismos fines⁴³. Y, por último, en cuanto al último requisito, la superioridad no debe ser inherente al delito, ni por constituir uno de los elementos típicos, ni porque por las circunstancias concretas del delito necesariamente hubiera de realizarse así⁴⁴.

cunstancia agravante en el artículo 10.8 junto con el empleo de medios que debiliten la defensa. Califica de acierto la supresión del empleo de medios, pues entiende que no es otra cosa que una manifestación específica del concepto genérico de abuso de superioridad, ARROYO DE LAS HERAS, A., 1997. “La circunstancia agravante 2ª del artículo 22”. En Muñoz Cuesta, J. (coord.). *Las circunstancias agravantes den el Código penal de 1995*. Madrid: Aranzadi, p. 17.

³⁸ Véanse, entre otras, las SSTs 1274/2003, de 7 de octubre; 1157/2006, de 10 de noviembre; 574/2007, de 30 de mayo; 973/2007, de 19 de noviembre; y 863/2015, de 30 de diciembre.

³⁹ ORTOS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. *Compendio de Derecho penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 519 y 520. Así se ha establecido desde la entrada del Código penal de 1995 por parte de la jurisprudencia.

⁴⁰ PUENTE SEGURA, L., 1997. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Madrid: Colex, p. 473.

⁴¹ ARIAS EIBE, M.J., 2006. “La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Un estudio jurídico penal y jurisprudencial”, *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. Nº. 32, p. 27.

⁴² BARJA DE QUIROGA, J., 2018. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Civitas, pp. 905 y 906. En cambio, cabe interpretar que sí podría apreciarse la circunstancia agravante de abuso de superioridad en los supuestos en que se anulen las posibilidades defensivas cuando no concurra el elemento normativo de la circunstancia agravante de alevosía, es decir, cuando no nos hallemos en el ámbito de los delitos contra las personas. Así lo entiende PUENTE SEGURA, L. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Ob. cit., p. 473.

⁴³ PUENTE SEGURA, L., 1997. “Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal”. Ob. cit., p. 474.

⁴⁴ Sin embargo, tal y como expone PUENTE SEGURA, L., *Ibidem*, p. 476, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que, aun cuando el abuso de superioridad es compatible con los delitos que exigen el empleo de fuerza, sin embargo, es exigencia jurisprudencial que el plus favorecedor del hecho o excluyente de las posibilidades de defensa del

3.1 Fundamento

La circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad se fundamenta en una disminución de la capacidad defensiva de la víctima, así como en las mayores facilidades para cometer el hecho y lograr la impunidad⁴⁵, de manera que la lesión del bien jurídico se considera más grave porque la víctima se encuentra más indefensa y, por tanto, más necesitada de protección⁴⁶. En otras palabras, la mayor facilidad de ejecución del hecho debida a la desproporción de fuerzas entre el sujeto activo y el pasivo, y su mayor peligrosidad desde una perspectiva *ex ante*, genera una mayor gravedad del injusto por presentar un mayor desvalor de la conducta⁴⁷.

Asimismo, debe haber conciencia por parte del sujeto activo de su superioridad respecto de la víctima y prevalerse de forma voluntaria de tal situación conocida para debilitar sus posibilidades de defensa⁴⁸. De ahí que algunos autores estimen que es una circunstancia de carácter tendencial⁴⁹.

Así pues, tal y como se afirma en relación con el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima, el fundamento de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad reside en el mayor desvalor (objetivo y subjetivo) de la conducta.

3.2 Revisión de sentencias

Son 70 las sentencias condenatorias localizadas siguiendo la metodología anunciada en la introducción que han apreciado la agravante genérica de abuso de superioridad en el periodo indicado. En total se han localizado sentencias en aplicación de diez delitos distintos y han sido nueve los motivos esgrimidos para justificar la concurrencia de la circunstancia agravante⁵⁰.

En 36 ocasiones se ha aplicado para agravar la pena del delito de homicidio⁵¹; en dieciocho, el de le-

agredido cree un desequilibrio en favor del agente y en contra de la víctima, haciendo que la conducta exceda ostensiblemente de la precisa para cometer el delito.

⁴⁵ ORORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. *Compendio de Derecho penal. Parte General*, Ob. cit., pp. 519 y 520. En el mismo sentido, véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Las circunstancias agravantes de abuso de superioridad, disfraz y aprovechamiento de otras circunstancias. Un estudio jurisprudencial, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2011, no. 83, p. 88. Critica Barja de Quiroga que la mayor dificultad que entraña el descubrimiento del autor no debería constituir el fundamento de la agravación, pues del hecho de que el autor haya tomado todo tipo de medidas para no ser descubierto no se puede deducir un fundamento agravatorio del hecho. Al respecto, BARJA DE QUIROGA, J., 2018. *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Ob. cit., p. 908. En el mismo sentido, y apuntando que por esta razón se ha pedido la supresión de la agravante por parte de autores como Quintano Ripollés, véase ARROYO DE LAS HERAS, A., 1997. “La circunstancia agravante 2ª del artículo 22”, Ob. Cit., p. 17. Este último autor, sin embargo, sostiene que no puede olvidarse que entre la forma más grave de anulación de la defensa del ofendido y los supuestos, que podemos considerar normales, en los que aquella permanece potencialmente intacta, aunque luego la consumación ponga de manifiesto la natural desproporción que la hace posible, existen, sin duda alguna, estadios intermedios en los que el aprovechamiento consciente de la anormal interioridad del sujeto pasivo, cuya posibilidad de defensa aparece, en principio, ya disminuida, merece, por su desvalor, un especial reproche que debe traducirse, lógicamente, en una responsabilidad agravada.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2019. *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 466 y 467.

⁴⁷ ARIAS EIBE, M.J., 2006. “La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Un estudio jurídico penal y jurisprudencial”, Ob. cit., p. 30.

⁴⁸ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., 2015. “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. En Gómez Rivero, M.C. (dir.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, p. 431.

⁴⁹ ARIAS EIBE, M.J., 2006. “La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Un estudio jurídico penal y jurisprudencial”, Ob. cit., p. 28.

⁵⁰ Adviértase, no obstante, que algunas de las sentencias han condenado en aplicación de más de un delito y algunas de ellas ha aplicado la circunstancia agravante de abuso de superioridad por la concurrencia de más de una circunstancia.

⁵¹ SAP Valencia 106/2019, de 1 de marzo; SAP Barcelona 26/2017, de 20 de noviembre; SAP Vizcaya 48/2015, de 24 de julio; SAP Barcelona 21/2016, de 27 abril; SAP Málaga 16/2015, de 22 de diciembre; SAP Madrid 792/2017, de 18 de diciembre; SAP Las Palmas 319/2017, de 19 de octubre; SAP Valencia 165/2017, de 9 de marzo; SAP Valencia 258/2016, de 25 de abril; SAP Alicante 382/2015, de 9 de julio; STS 481/2018, de 18 de octubre; STS 684/2017, de 18 de octubre; STS 24/2016, de 28 de enero; SAP Vizcaya 31/2017, de 31 de mayo; SAP Girona 84/2017, de 14 de febrero; SAP Badajoz 2/2017, de 10 de febrero; SAP Vizcaya 63/2016, de 5 de octubre; SAP Madrid 395/2016, de 7 de

siones⁵²; en trece, el de robo⁵³; en tres, el de asesinato⁵⁴; en dos, el de abuso sexual⁵⁵; y en casos aislados se ha apreciado en aplicación del delito de coacciones⁵⁶, de atentado a la autoridad⁵⁷, de estafa⁵⁸, de falsedad en documento mercantil⁵⁹ y de detenciones ilegales⁶⁰.



El motivo alegado por el tribunal para justificar la aplicación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad ha sido en veintiocho ocasiones la superioridad numérica de los atacantes⁶¹;

julio; SAP Soria 37/2016, de 16 de marzo; SAP Barcelona 119/2016, de 16 de febrero; SAP Cádiz 138/2015, de 2 de diciembre; SAP Cádiz 340/2019, de 28 de octubre; SAP Cádiz 59/2019, de 5 de julio; SAP Valencia 583/2018, de 19 de noviembre; SAP Alicante 194/2018, de 3 de abril; SAP Barcelona 342/2017, de 6 de julio; STS 584/2018, de 23 de noviembre; STS 487/2018, de 18 de octubre; STS 386/2018, de 25 de julio; STS 63/2018, de 6 de febrero; STS 229/2017, de 3 de abril; STS 731/2016, de 4 de octubre; STS 583/2016, de 1 de julio; SAP Valencia 678/2019, de 20 de diciembre; STS 555/2015, de 28 de septiembre; y SAP Badajoz 10/2017, de 6 de abril.

⁵² STS 420/2018, de 25 de septiembre; STS 863/2015, de 30 de septiembre; STS 219/2019, de 29 de abril; STS 720/2018, de 22 de enero; STS 687/2017, de 20 de diciembre; STS 454/2018, de 10 de octubre; SAP Barcelona 174/2018, de 11 de abril; SAP Albacete 125/2018, de 16 de marzo; SAP Girona 644/2015, de 9 de diciembre; STS 457/2018, de 10 de octubre; SAP Castellón 52/2019, de 8 de febrero; SAP Madrid 27/2019, de 5 febrero; SAP A Coruña 85/2017, de 12 de mayo; SAP Madrid 389/2015, de 29 de septiembre; SAP A Coruña 158/2018, de 26 de marzo; SAP Valencia 806/2017, de 19 de diciembre; SAP Santa Cruz de Tenerife 372/2017, de 3 de octubre; SAP Almería 234/2017, de 8 de julio; y SAP Badajoz 83/2016, de 14 de septiembre.

⁵³ STS 863/2015, de 30 de septiembre; STS 720/2018, de 22 de enero; STS 454/2018, de 10 de octubre; STS 695/2017, de 24 de octubre; STS 731/2016, de 4 de octubre; SAP Valencia 319/2019, de 18 de junio; SAP La Rioja 40/2016, de 21 de abril; STS 456/2015, de 7 de julio; SAP Cádiz 4/2018, de 12 de enero; SAP Madrid 705/2017, de 31 de octubre; SAP Barcelona 178/2017, de 27 de abril; SAP Valencia 258/2016, de 25 abril; SAP Barcelona 13/2016, de 13 de enero; y SAP Cuenca 32/2019, de 5 de noviembre.

⁵⁴ SAP Navarra 247/2015, de 2 de noviembre; STS 525/2017, de 11 de julio; y SAP Granada 341/2018, de 9 de julio.

⁵⁵ SAP Barcelona 178/2017, de 27 de abril; y SAP Barcelona 210/2018, de 23 de marzo.

⁵⁶ SAP Tarragona 236/2017, de 15 de junio.

SAP Zaragoza 241/2016, de 6 de mayo.

⁵⁸ SAP Madrid 501/2018, de 2 de julio.

⁵⁹ SAP Madrid 501/2018, de 2 de julio.

⁶⁰ STS 454/2018, de 10 de octubre.

⁶¹ STS 863/2015, de 30 de septiembre; STS 687/2018, de 20 de diciembre; STS 454/2018, de 10 de octubre; STS 386/2018, de 25 de julio; STS 695/2017, de 24 de octubre; SAP Valencia 583/2018, de 19 de noviembre; SAP Barcelona 174/2018, de 11 de abril; SAP Albacete 125/2018, de 16 de marzo; SAP Barcelona 342/2017, de 6 de julio; SAP Girona 644/2015, de 9 de diciembre; SAP La Rioja 40/2016, de 21 de abril; SAP Badajoz 2/2017, de 10 de febrero; SAP Madrid 395/2016, de 7 de julio; STS 481/2018, de 18 de octubre; STS 457/2018, de 10 de octubre; STS 456/2015, de 7 de julio; SAP Castellón 52/2019, de 8 de febrero; SAP Madrid 27/2019, de 5 de febrero; SAP Zaragoza 241/2016, de 6 de mayo; SAP Valencia 165/2017, de 9 de marzo; SAP Barcelona 178/2017, de 27 de abril; SAP Madrid 705/2017, de 31 de octubre; SAP Cádiz 4/2018, de 12 de enero; SAP Badajoz 83/2016, de 14 de septiembre; SAP Almería

en veintisiete, el empleo de armas⁶²; en once, la ancianidad⁶³; en seis, el hecho de no estar de pie la víctima, sino en la cama, en el suelo o en el inodoro⁶⁴; en cinco, el ataque sorpresivo⁶⁵; en cuatro, la condición física⁶⁶; en tres, la embriaguez⁶⁷; en uno, la menor edad⁶⁸; y en otro, el hecho de ser el agresor un agente de la autoridad⁶⁹.



Además, en tres casos se ha apreciado la agravación tanto por abuso de superioridad como por aprovechar las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio⁷⁰, ambas circunstancias previstas en el artículo 22.2 del Código penal. Pero no se ha encontrado ninguna resolución en la que el abuso de superioridad se desprenda del estado de pobreza de la víctima.

Sin embargo, sí se ha constatado este extremo en dos sentencias condenatorias anteriores al periodo de tiempo seleccionado para la obtención de la muestra de sentencias. En una de ellas se considera que «la circunstancia de abuso de superioridad concurre de modo especialmente intenso, habida cuenta de la situación de indigencia de la víctima de la que de manera tan reproachable se aprovecha lo que

234/2017, de 8 de junio; SAP Santa Cruz de Tenerife 372/2017, de 3 de octubre; SAP Valencia 806/2017, de 19 de diciembre; SAP A Coruña 158/2018, de 26 de marzo; SAP Cuenca 32/2019, de 5 de noviembre; y SAP Madrid 389/2015, de 29 de septiembre.

⁶² STS 863/2015, de 30 de septiembre; STS 555/2015, de 28 de septiembre; STS 454/2018, de 10 de octubre; STS 386/2018, de 25 de julio; STS 63/2018, de 6 de febrero; STS 229/2017, de 3 de abril; STS 583/2016, de 1 de julio; SAP Valencia 678/2019, de 20 de diciembre; SAP Cádiz 340/2019, de 28 de octubre; SAP Cádiz 59/2019, de 5 de julio; SAP Valencia 583/2018, de 19 de noviembre; SAP Alicante 194/2018, de 3 de abril; SAP Barcelona 342/2017, de 6 de julio; SAP Vizcaya 31/2017, de 31 de mayo; SAP Girona 84/2017, de 14 de febrero; SAP Badajoz 2/2017, de 10 de febrero; SAP Vizcaya 63/2016, de 5 de octubre; SAP Madrid 395/2016, de 7 de julio; SAP Soria 37/2016, de 16 de marzo; SAP Cádiz 138/2015, de 2 de diciembre; SAP Navarra 247/2015, de 2 de noviembre; STS 24/2016, de 28 de enero; SAP Madrid 792/2017, de 18 de diciembre; SAP Las Palmas 319/2017, de 19 de octubre; SAP Valencia 258/2016, de 25 de abril; SAP Vizcaya 48/2015, de 24 de julio; SAP Barcelona 21/2016, de 27 de abril; y SAP Málaga 16/2015, de 22 de diciembre.

⁶³ STS 720/2018, de 22 de enero; STS 731/2016, de 4 de octubre; SAP Barcelona 119/2016, de 16 de febrero; STS 481/2018, de 18 de octubre; SAP Granada 341/2018, de 9 de julio; SAP Barcelona 210/2018, de 23 de marzo; SAP Barcelona 13/2016, de 13 de enero; y SAP Madrid 501/2018, de 2 de julio.

⁶⁴ STS 420/2018, de 25 de septiembre; STS 219/2019, de 29 de abril; y STS 684/2017, de 18 de septiembre.

⁶⁵ SAP Madrid 389/2015, de 29 de septiembre; SAP Valencia 678/2019, de 20 de diciembre; STS 695/2017, de 24 de octubre; y SAP Badajoz 10/2017, de 6 de abril.

⁶⁶ SAP Las Palmas 319/2017, de 19 de octubre; SAP Valencia 258/2016, de 25 de abril; SAP Madrid 705/2017, de 31 de octubre; SAP Badajoz 10/2017, de 6 de abril; STS 487/2018, de 18 de octubre; y STS 584/2018, de 23 de noviembre.

⁶⁷ SAP Badajoz 10/2017, de 6 de abril; STS 525/2017, de 11 de julio; y SAP Barcelona 26/2017, de 20 de noviembre.

⁶⁸ SAP Alicante 382/2015, de 9 de julio.

⁶⁹ SAP Tarragona 236/2017, de 15 de junio.

⁷⁰ SAP Valencia 319/2019, de 18 de junio; SAP Alicante 194/2018, de 3 de abril; SAP Valencia 258/2016, de 25 de abril.

incrementa el grado de desvalor de su conducta y aconseja una pena cercana al máximo legal»⁷¹. En la otra se aplica la agravante del artículo 22.2 del Código penal tanto por el abuso de superioridad como por actuar el agresor aprovechando las circunstancias que debilitan la defensa del ofendido⁷². Pero, aunque en los hechos probados se describe la agresión que sufren dos personas sin hogar, se entiende que concurre la cualificación por el empleo de un arma blanca, así como por la superior condición física del autor material de los hechos.

Con todo, la doctrina entiende que «constituye un esfuerzo nada desdeñable por parte de nuestros jueces y tribunales a la hora de dar un tratamiento más justo a este problema, pero absolutamente insuficiente, pues el hecho de recurrir a otras causas agravantes que ya poseen su propia razón de ser y fundamento, desplaza el foco del problema real que subyace tras este tipo de delincuencia: la discriminación aporófoba ante una realidad social que, como se dijo, parece hoy incontestable»⁷³.

4. CONCLUSIONES

La conclusión alcanzada en este trabajo es que los ataques que sufren las personas sin hogar pueden recibir una sanción penal cualificada atendiendo al Código penal en vigor, por un lado, en aplicación del subtipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima que se prevé para los delitos de acoso, el de tráfico de órganos, el de trata de seres humanos, y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Y, por otro lado, en aplicación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad, que puede apreciarse en relación con cualquier delito contenido en el Libro II del Código penal.

El fundamento de ambas agravaciones (tanto la del subtipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima como la de la agravante genérica de abuso de superioridad) reside en el mayor desvalor de la conducta basado en la menor posibilidad de defensa de estas víctimas, que da lugar a una situación de superioridad del sujeto activo respecto del pasivo, generando así mayores facilidades para cometer el hecho. En cambio, respecto de la circunstancia agravante genérica por aporofobia que se sugiere incorporar al artículo 22.4 del Código penal, se entiende que el fundamento residiría en el mayor desvalor de la conducta basado en la vulneración del bien jurídico protegido por el delito en cuestión y, además, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico⁷⁴.

Este distinto injusto podría servir para avalar la creación de dicha agravante por discriminación aporófoba. De este modo, cuando un ataque se hubiese cometido contra una persona sin hogar incluso podrían llegar a aplicarse a su vez la circunstancia agravante propuesta y la de abuso de superioridad o el subtipo cualificado por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima. Sin embargo, no parece que esto vaya a suceder teniendo en cuenta el análisis jurisprudencial llevado a cabo en esta investigación. Es más, su inclusión podría llegar a ser contraproducente si ante un ataque de tales características, los tribunales solo contemplan la posibilidad de apreciar la circunstancia agravante de nuevo cuño, puesto que su eficacia sería sumamente limitada: obliga a probar el odio y, además, solo parece que vaya a poder agravar delitos contra las personas.

Por esta razón, teniendo en cuenta que se evitarían así obstáculos probatorios (insalvables en ocasiones), quizás la opción más operativa pase por convertir el subtipo cualificado basado en la especial vulnerabilidad de la víctima en una circunstancia genérica, que pueda cualificar la pena prevista para cualquier delito cuando se cometa sobre una persona especialmente vulnerable. De esta manera no sería necesaria la acreditación del ánimo discriminatorio del agresor ni tampoco del abuso necesario para la aplicación de la agravante genérica por abuso de superioridad, sino, solo, la especial vulnerabilidad de la víctima. Esta alternativa podría tener mayor potencial expansivo, en la medida en que se asienta sobre una consideración relativamente objetiva y susceptible de ser determinada por un juicio externo (en este caso, la situación de vulnerabilidad socioeconómica de la víctima). Pero es una posibilidad que habrá que explorar en profundidad en futuras investigaciones.

⁷¹ STSJ de Andalucía 5/2012, de 20 de febrero.

⁷² SAP Madrid 964/2006, de 29 de noviembre.

⁷³ BUSTOS RUBIO, M., 2020. *Aporofobia y delito*. Ob. cit., p. 139.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 154- 239.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., 2004. *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*. Barcelona: Atelier.
- ALONSO DE ESCAMILLA, A., 2018. “Delitos contra la vida humana independiente: homicidio, asesinato y suicidio”. En Lamarca Pérez, C. (coord.). *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson, pp. 1-33.
- ARIAS EIBE, M.J., 2006. “La alevosía de segundo grado o abuso de superioridad como circunstancia agravante genérica de la responsabilidad criminal. Un estudio jurídico penal y jurisprudencial”, *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. Nº. 32, pp. 25-38.
- ARROYO DE LAS HERAS, A., 1997. “La circunstancia agravante 2ª del artículo 22”. En Muñoz Cuesta, J. (coord.). *Las circunstancias agravantes den el Código penal de 1995*. Madrid: Aranzadi, pp. 41-98.
- BARJA DE QUIROGA, J., 2018. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., 2015. “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. En Gómez Rivero, M.C. (dir.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, pp. 417-440. Bosch.
- BUSTOS RUBIO, M., PÉREZ CEPEDA, A.I. y BENITO SÁNCHEZ, D., 2020. “Víctima por ser pobre: la ley debe castigar la discriminación por aporofobia”, *The Conversation*.
- CANCIO MELIÀ, M. “Agresiones sexuales. Violación”. En Molina Fernández, F. (coord.). *Memento práctico penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, 2018, pp. 1035-1044.
- CARBONELL MATEU, J.C. Homicidio y sus formas. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal, Parte especial*. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 41-57.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. Las circunstancias agravantes de abuso de superioridad, disfraz y aprovechamiento de otras circunstancias. Un estudio jurisprudencial, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. 2011, no. 83, pp. 87-94.
- FRAILE COLOMA, C. y JAVATO MARTÍN, M., 2015. “Artículo 171”. En Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*. Madrid: Aranzadi, pp. 337-360.
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, I., 2020. *La aporofobia en el sistema penal español: especial referencia al colectivo de personas sin hogar*. Salamanca: Ratio Legis.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., 2018. “Delitos contra la salud y la integridad corporal”. En Gómez Rivero, M.C. (coord.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Tecnos, pp. 83-120.
- GÓMEZ TOMILLO, M., 2015. “Artículo 180”. En Gómez Tomillo, M. (dir.). *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*. Madrid: Aranzadi, 2015, pp. 493-502.
- GUTIÉRREZ-BERMEJO, B. y AMOR ANDRÉS, P.J., 2019. *Víctimas vulnerables*. Madrid: Editorial Síntesis.
- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M., 2018. “Aproximación teórica de la exclusión social: complejidad e imprecisión del término. Consecuencias para el ámbito educativo”, *Estudios Pedagógicos XXXIV*, no. 1, pp. 173-186.
- LA FUENTE LECHUGA, M., FAURA MARTÍNEZ, U. y LOSA CARMONA, A., 2011. “Medidas y caracterización de la vulnerabilidad a la exclusión social de los hogares en España”, *Revista electrónica de Comunicaciones y Trabajos de ASEPUMA*, vol. 12, pp. 53-68.
- LÓPEZ WONG, R., 2019. “La vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas”. En Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (coords.). *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 321-346.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., 2015. “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”. En Gómez Rivero, M.C. (dir.). *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Tecnos, pp. 417-440.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R.M. y AGUILAR CÁRCELES, M.M., 2014. *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid: Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., 2019. *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, F., 2019. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2019. *Compendio de Derecho penal. Parte General*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ORTS BERENGUER, E., 2016. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”. En González Cussac, J.L. (coord.). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 199-215.
- PEÑARANDA RAMOS, E. “Homicidio”. En Molina Fernández, F. (coord.), 2018. *Memento práctico penal 2019*. Madrid: Francis Lefebvre, pp. 787-810.
- PUENTE SEGURA, L., 1997. *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*. Madrid: Colex.
- SIERRA LÓPEZ, M.V. 2009. La expresión persona especialmente vulnerable en el ámbito de la violencia de género, doméstica y asimilada. En Núñez Castaño, E. (dir.). *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 205-221.
- VARONA MARTÍNEZ, G., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., MAYORDOMO RODRIGO, V. y PÉREZ MACHÍO, A.I., 2015. *Victimología: un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramienta de comprensión e intervención* [en línea]. [consulta: 14 octubre 2020]. Recuperado de: <https://ocw.ehu.eus/course/view.php?id=355>
- ZÚÑIGA-SANTAMARÍA, T. SOSA-ORTIZ, A.L., ALONSO-VILATELA, M.E., ACOSTA-CASTILLO, I. y CASAS-MARTÍNEZ, M.L., 2010. “Dependencia y maltrato en el anciano con demencia”, *Persona y bioética*, no. 14, pp. 56-66.

