



Universidad
de Alcalá

EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD DESDE LA PERSPECTIVA PENAL

The social model of disability from the criminal perspective

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D^a MARILENA ALINA NASTASACHE

Dirigido por:

Dr. D. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 20 de febrero de 2020

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es el análisis del actual concepto de persona con discapacidad que recoge el Código Penal tras la modificación efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y que supone una importante novedad en el ordenamiento jurídico español: la adopción del modelo social de la discapacidad que promueve la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para ello, ha sido necesario el estudio de los antecedentes del concepto de persona con discapacidad y el estudio de la evolución que ha experimentado el Código Penal hasta llegar a su actual concepción. Además, se analizará en profundidad su marco normativo, que diferencia “persona con discapacidad” de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, todo ello a la luz de la jurisprudencia dictada al respecto. Por último, se examinará la situación de la persona con discapacidad como víctima del delito, haciendo especial referencia a los delitos de odio.

Palabras clave: delito de odio, Derecho Penal, discapacidad, modelo social.

ABSTRACT

The proposal of this work is the analysis of the current concept of a person with disabilities that is included in the Criminal Code after the modification made by Organic Law 1/2015, of March 30, and which represents an important novelty in the Spanish legal system: Adoption of the social model of disability promoted by the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. For this, it has been necessary to study the background of the concept of a person with disabilities and the study of the evolution that the Criminal Code has experienced until reaching its current conception. In addition, its regulatory framework will be analyzed in depth, which differentiates "disabled person" from "disabled person in need of special protection", all in the light of the jurisprudence dictated in this regard. Finally, the situation of the person with disabilities as a victim of crime will be examined, with special reference to hate crimes.

Key words: criminal law, disability, social model, hate crimes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD..	6
1. LOS ANTECEDENTES DEL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD: EL MODELO DE PRESCINDENCIA.....	6
2. DEL MODELO REHABILITADOR AL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD: LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL	9
3. LA EVOLUCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL	17
II. MARCO PENAL ACTUAL	21
1. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD	22
2. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD NECESITADA DE ESPECIAL PROTECCIÓN ...	27
III. EL TRATAMIENTO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL PROCESO PENAL	29
1. CUESTIONES GENERALES	29
2. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO VÍCTIMA DEL DELITO	32
3. LOS DELITOS DE ODIO POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD	40
IV. CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	52
ANEXO LEGISLATIVO	58
ANEXO JURISPRUDENCIAL	60

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se aborda el actual concepto de la discapacidad en el sistema penal español tras reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP), y que incorpora el modelo social de la discapacidad promovido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Para ello, es necesario realizar en primer lugar, un análisis cronológico de los hechos, normativa, y jurisprudencia que, a lo largo de los años, han contribuido a configurar el concepto de discapacidad y, por ende, el tratamiento legal que reciben en el ordenamiento jurídico español las personas con discapacidad, en concreto en el orden penal.

A lo largo del primer epígrafe se estudiará la evolución histórica de la discapacidad¹ partiendo del denominado *modelo de prescindencia* presente en la Antigüedad, cuyos presupuestos esenciales son la consideración del origen religioso de la discapacidad, y la creencia de que las personas con discapacidad no tienen nada que aportar a la comunidad. Debe destacarse que dentro de este modelo se distinguirán, a su vez, dos submodelos: el *submodelo eugenésico*, que se caracteriza por la aplicación de políticas eugenésicas a las personas con discapacidad y, en una segunda parte, se indagará en el *submodelo de marginación*, en el que las personas con discapacidad se encontraban dentro del grupo de los pobres y los marginales, y eran objeto de exclusión social.

¹ Vid., entre otros, AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias*, Colección Tesis y Praxis, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995; STIKER, H. J., *A History of Disability*, translated by William Sayers, Ann Arbor, The University of Michigan Press, United States of American, 1999; LONGMORE, P. y UMANSKY, L. (eds.), *The New Disability History. American Perspectives*, New York University Press, New York, 2001; QUINN, G. Y DEGENER, T., *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002; PALACIOS, A., y BARRI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2007; PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad*, Colección CERMI, n.º 36, Ediciones Cinca, 2008; LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: “Marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad: de dónde venimos y a dónde vamos” en VV.AA. (LUACES GUTIÉRREZ, A.I., Dir.): *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar*, INAP, 2016.

A continuación, se abordará el *modelo médico o rehabilitador*, donde las causas que dan origen a la discapacidad pasan a ser científicas, y se abandona la condición de innecesaria, siempre y cuando estas personas puedan ser rehabilitadas.

A consecuencia de las continuas críticas que recibe el modelo rehabilitador, y por la lucha y esfuerzos que durante años han llevado a cabo las personas con discapacidad, en el año 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada y ratificada por España en el año 2007², y que supone un cambio radical en la concepción de la discapacidad. Así, del modelo rehabilitador pasamos al *modelo social de la discapacidad*, que considera que las causas que originan la discapacidad no son científicas, sino sociales.

Después de este breve análisis sobre la evolución histórica del concepto de discapacidad, analizaremos cómo ha evolucionado el tratamiento que han recibido las personas con discapacidad en el ámbito penal, desde la redacción original del CP del año 1995, que hacía referencia a los “incapaces” o personas con “minusvalía”, hasta el actual marco normativo tras la modificación que sufrió por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y que incorporó el modelo social de la discapacidad a la normativa penal española.

El objeto del segundo epígrafe será analizar el artículo 25 del CP que recoge el concepto actual de discapacidad y que distingue entre “persona con discapacidad” y “persona con discapacidad necesitada de especial protección”. Se realizará una explicación detallada de los criterios y factores que se deben tener en cuenta a la hora de aplicar el artículo 25 del CP comprobando como la jurisprudencia los ha interpretado y en qué casos entienden que nos encontramos ante un supuesto u otro.

Tras ello, el tercer epígrafe aborda el tratamiento hacia las personas con discapacidad en los procedimientos judiciales, en concreto como víctimas de delitos en el orden penal. Se debe añadir en este punto, si bien de manera breve, las particularidades del tratamiento en las distintas posturas en las que puede encontrarse la persona con discapacidad en el proceso penal, ya sea como autor del delito, testigos o miembros del jurado y, posteriormente, entraremos a estudiar en profundidad la figura de la persona con

² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

discapacidad como víctima del delito, atendiendo a la jurisprudencia dictada. En este sentido, se hará una especial referencia a los denominados delitos de odio por razón de discapacidad.

Tras todo ello, podremos valorar el verdadero impacto que ha tenido, o que podría tener, la adopción del modelo social de la discapacidad en el CP español, y si realmente ha supuesto algún cambio más allá de la terminología empleada.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

A lo largo de los años, el concepto de persona con discapacidad ha experimentado un gran cambio, recibiendo tratamientos muy diversos que se han visto reflejados en el ámbito del Derecho. Así, partiendo del tratamiento recibido durante la Antigüedad, las personas con discapacidad han sido objeto de una constante persecución, exclusión y menosprecio por parte del resto de la sociedad³, quien miraba a la discapacidad con temor, compasión y rechazo.

La constante lucha de las personas con discapacidad por proteger y hacer valer sus derechos, que continúa a día de hoy, ha logrado abandonar esa antigua concepción y trata de conseguir una situación de efectiva y plena igualdad.

Como señala AGUSTINA PALACIOS⁴, podemos diferenciar dos concepciones que han marcado la historia de las personas con discapacidad, y que son en el título de la obra de LAÍN ENTRALGO: *Enfermedad y pecado*⁵. En este sentido, existen tres modelos de tratamiento que han marcado la concepción de la discapacidad: el modelo de prescindencia, el modelo médico o rehabilitador, y el modelo social⁶.

1. LOS ANTECEDENTES DEL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD: EL MODELO DE PRESCINDENCIA

El primer objeto de estudio será el denominado modelo de prescindencia. Este modelo, que podemos situar en la Antigüedad y la Edad Media, explica los orígenes de la discapacidad desde nociones religiosas y excluye a las personas con discapacidad de la sociedad a través de políticas eugenésicas o de marginación.

³ Vid. QUINN, G. Y DEGENER, T., *Derechos Humanos y Discapacidad...op.cit.*, págs., 117 y ss.

⁴ Vid. PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...op.cit.*, pág. 25.

⁵ Vid. LAIN ENTRALGO, P. *Enfermedad y pecado*, Toray, Barcelona, 1961.

⁶ Vid., al respecto, VELARDE LIZAMA, V.: Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico, en *Revista empresa y humanismo*, Vol. XV, n° 1, 2012, págs. 115-136.

Así, podemos señalar como características esenciales de este modelo las siguientes⁷:

a) La justificación religiosa de la discapacidad. Se asume que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas, es decir, un castigo de los dioses por un pecado cometido generalmente por los padres de la persona con discapacidad, o una advertencia de los dioses acerca de que se avecina una catástrofe.

b) La consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad. Es decir, la persona con discapacidad es un ser improductivo y además una carga que deberá ser arrastrada, ya sea por los padres o por la sociedad.

Dentro de este modelo podemos distinguir, a su vez, dos submodelos: por un lado, el eugenésico y, por otro, el de marginación. Desde ambos submodelos se sigue la premisa de la prescindencia de la vida de las personas con discapacidad, su diferencia radica en las consecuencias que derivan de esa marcada concepción de innecesiedad que los caracteriza en este momento histórico.

a) Submodelo eugenésico

Este submodelo, posiblemente contextualizado en la antigüedad clásica, se basa, principalmente, en la consideración de que la vida de las personas con discapacidad no tiene valor. Como señala FUSTEL DE COULANGES, en esta época primaban los principios de fuerza y omnipotencia, y no se concebía la existencia de la libertad individual, ni la persona tenía tampoco el significado en el sentido actual del término⁸. Dentro de este contexto, el Estado debía evitar que sus ciudadanos presentaran cualquier tipo de discapacidad, ya que en esos casos no serían de utilidad a las necesidades de la comunidad.

En este sentido, la solución que adoptaba el Estado para evitar que sus ciudadanos fueran personas con discapacidad era el infanticidio de aquellos que nacían con algún tipo de discapacidad⁹, ya que, además de considerarlos innecesarios para la sociedad, se

⁷ Vid. PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...op.cit.*, pág. 26.

⁸ Vid., al respecto, FUSTEL DE COULANGES, N.D., *La ciudad antigua*, Traducción de Carlos Martín, Diamante, Colección Obras Maestras, Barcelona, 1971.

⁹ Vid., al respecto, GARLAND, R.: *The eye of the beholder Deformity & Disability in the Graeco-Roman world*, London, 1995.

entendía que su discapacidad era el resultado de un pecado cometido por los padres o un castigo de los dioses¹⁰.

Sin embargo, este tratamiento era diferente si la discapacidad era sobrevenida, es decir, si se adquiría con posterioridad al nacimiento, generalmente a causa de las guerras. En estos casos, las personas con discapacidad llegaban incluso a ser beneficiarios de ayudas de subsistencia.

En cuanto a los medios de subsistencia de aquellos que sobrevivían, solían ser objeto de burla o diversión, siendo comúnmente este su medio de manutención.

En conclusión, sostiene GARLAND que, en términos generales, las personas con discapacidad que pudieran sobrevivir en la antigüedad eran objeto de un tratamiento cruel, y de persecuciones con resultados que llegaron a la muerte. Además, los ideales de la antigüedad respecto de las condiciones modelo de los ciudadanos conllevaba una mirada de mucho menosprecio hacia la discapacidad¹¹.

b) Submodelo de marginación

A diferencia del anterior, este submodelo, que puede situarse a modo ilustrativo en la Edad Media, se caracteriza por la exclusión, dejando a las personas con discapacidad dentro del grupo de pobres y marginados, y suprimiendo las políticas eugenésicas hacia aquellos que nacían con discapacidad.

La exclusión se debía a la consideración de las personas con discapacidad como objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas la advertencia de un peligro inminente. En este contexto, las personas con discapacidad fueron objeto de un doble tratamiento. Por un lado, del trato humanitario y misericordioso fruto de la caridad cristiana, y por otro de un tratamiento cruel y marginador, originado como consecuencia del miedo y el rechazo.

¹⁰ Vid. PALACIOS, A., y BARI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos...op.cit.*, pág. 15.

¹¹ Vid. PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...op.cit.*, pág. 53.

A pesar de que este submodelo ya no contempla el infanticidio, la mayor parte de los menores con discapacidad fallecían a consecuencia de la falta de atención básica. A esta falta de atención debe sumarse el tratamiento que recibían los menores que sobrevivían, por ejemplo, muchos menores eran abandonados y se convertían en esclavos de quien los encontrase.

En cuanto a quienes sobrevivían o a los mayores, la apelación a la caridad, el ejercicio de la mendicidad y ser objeto de diversión eran sus medios de subsistencia.

Durante la Inquisición las personas con discapacidad pasaron a ser consideradas hijas del pecado y obra del demonio. Por lo tanto, las enfermedades empezaron a ser consideradas como pruebas o castigos enviados por Dios. De este modo, las personas con discapacidad dejaron de ser inocentes del Señor para pasar a ser fruto del pecado y del demonio. Se puede citar como máximo exponente de esta ideología al *Malleus Maleficarum*, el cual establecía que cuando el paciente no encontrara alivio en los medicamentos, sino que más bien empeorara con ellos, la enfermedad era producto del demonio¹².

2. DEL MODELO REHABILITADOR AL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD: LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL

En el siglo XX se dejan atrás las concepciones anteriores y comienza a consolidarse el denominado *modelo médico o rehabilitador*, que considera que las causas que originan la discapacidad son científicas, fruto de causas naturales y biológicas. Así, las personas con discapacidad ya no son innecesarias, sino que tienen algo que aportar a la sociedad, pero siempre en la medida en que sean rehabilitadas, ya que la discapacidad se asume como una enfermedad. Por lo tanto, el principal problema pasa a ser la persona, a quien se considera imprescindible rehabilitar¹³.

Este modelo ha sido objeto de múltiples críticas, ya que, a pesar de que su finalidad es la de normatizar a las personas con discapacidad y lograr su integración en la sociedad, lo hace desde una mirada caritativa y centrándose en aquello que estas personas no pueden

¹² Vid., al respecto, AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias*, op. cit., pág. 60; PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...* op. cit., pág. 65.

¹³ Vid. AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias...* op. cit., pág.71.

realizar, destacando la idea de que la integración solo es posible mediante la desaparición de la diferencia, lo que Sticker denomina “*el ideal social de la goma de borrar*”¹⁴. Según esta teoría, la integración se consigue ocultando la diferencia, debido a que la persona con discapacidad se encuentra fuera de lo que se considera el estándar de normalidad. En consecuencia, se produce una subestimación con relación a las aptitudes de las personas con discapacidad, y conlleva que las respuestas sociales se basen en una actitud paternalista y discriminatoria¹⁵.

Por lo tanto, se le ofrece a la persona con discapacidad ser integrada solo en la medida en que se rehabilite, que disimule u oculte su diferencia, y se asemeje a los demás¹⁶.

En el ámbito del Derecho, la adopción de este modelo significó para las personas con discapacidad recibir beneficios de los servicios sociales¹⁷, ya que la discapacidad se veía exclusivamente como un problema individual de la persona, quien no era capaz de enfrentarse a la sociedad¹⁸.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, en el año 1978 la Constitución Española reconoce en su artículo 14 la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. En este sentido, la discapacidad pasa a considerarse como una de las causas de discriminación a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 267/1994, de 3 de octubre.

A su vez, el artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social. Por su parte, el artículo 10 señala que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden

¹⁴ Vid. STIKER, H. J., *A History of Disability... op. cit.*, pág. 12.

¹⁵ Vid. PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...op.cit.*, pág. 67.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ En este sentido, a finales del año 1978 se aprobó el Real Decreto Ley 36/78 de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, que estableció la creación con carácter de entidad gestora la Seguridad Social del Instituto Nacional de Servicios Sociales. En este instituto, denominado IMSERSO, se integró el Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos.

¹⁸ Vid. PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...op.cit.*, pág. 207.

político y de la paz social. En consonancia con el artículo 14 de este mismo cuerpo legal, refiriéndose a las personas con discapacidad, en el artículo 49 se ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada y el amparo especial necesario para el disfrute de los derechos que el título primero de la Constitución otorga a todos los ciudadanos¹⁹.

Como consecuencia de las críticas hacia el modelo rehabilitador, a principios de los años setenta comienza a surgir un nuevo modo de comprender la discapacidad, que considera que las causas que la originan son, en gran medida, sociales. Así, surge el denominado *modelo social de la discapacidad*.

Este modelo considera a la discapacidad como un fenómeno complejo, que no se limita a un problema de la persona, sino que es el resultado de un conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Su finalidad es la de potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno y diálogo civil, entre otros.

Este modelo aboga por la eliminación de las numerosas barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad, con la finalidad de lograr la equiparación de oportunidad y una plena autonomía²⁰ para decidir respecto de su propia vida²¹.

Respecto a las barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad, podemos nombrar varios tipos, entre otras, las arquitectónicas, de comunicación o las de transporte, pero debemos detenernos en las denominadas barreras actitudinales, puesto que son las más básicas y suelen propiciar la existencia de otros tipos de barreras²².

¹⁹ Vid., LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: “Marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad...*op.cit.*, pág. 20.

²⁰ Vid., al respecto, CUENCA GÓMEZ, P.: “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012, pp. 128-132.

²¹ Vid., PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...op.cit.*, pág. 331.

²² Vid., Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades, consultado en: <https://www.cdc.gov/ncbddd/spanish/disabilityandhealth/disability-barriers.html>

Los ejemplos de barreras actitudinales incluyen los estereotipos, el estigma, prejuicio y discriminación, actitudes que suelen provenir de las ideas que las personas tienen acerca de la discapacidad, por ejemplo, que la calidad de vida de aquellos que tienen alguna discapacidad es inferior debido a sus deficiencias.

Es común encontrarnos los conceptos de estereotipo, prejuicio y discriminación al hablar de la discapacidad, por ello, en este punto, debemos detenernos a analizar la diferencia y la relación existente entre ellos²³.

El prejuicio se define como una actitud negativa hacia un grupo social o hacia una persona percibida como miembro de ese grupo. Así, el prejuicio se compone de tres elementos: cognitivo (creencias), afectivo (emociones) y comportamental (conducta)²⁴.

Por otra parte, los estereotipos, que se han situados dentro del elemento cognitivo del prejuicio²⁵, se definen como un conjunto de creencias sobre las características de un grupo concreto²⁶. Y, por último, la discriminación se sitúa como el componente comportamental del prejuicio, es decir, su manifestación externa²⁷.

Estas creencias y prejuicios hacia las personas con discapacidad suponen adoptar una postura negativa hacia ellas, que suele ser la de rechazo, sobreprotección o lástima, lo que desemboca en la adopción de medidas discriminatorias.

Por otra parte, es importante hacer mención a los conceptos de condición, situación y posición de la discapacidad.

²³ Vid., al respecto, MONTES BERGES, B.: Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio, en *Revista Electrónica de la Universidad de Jaén*, 2008.

²⁴ Sobre el concepto de prejuicio, Vid., entre otros, ALLPORT, G. W.: Prejudice: Is it societal or personal? en *Journal of Social Issues*, 1962; CRANDALL, C.S., SCHALLER, M.: *Social Psychology of Prejudice: Historical and Contemporary Issues*, en Lewinian Press, 1996.

²⁵ Vid., DOVIDIO, J. F., EVANS, N., & TYLER, R. B.: Racial stereotypes: The contents of their cognitive representations. *Journal of Experimental Social Psychology*. 1986.

²⁶ Vid., GAERTNER, S. L.: Helping behavior and racial discrimination among liberals and conservatives. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1973.

²⁷ Vid., SIMPSON, G.E., YINGER, J. M.: *Racial and Cultural Minorities, An Analysis of Prejudice and Discrimination*. Springer US, 1985; WUNTHNOW, R.: Antisemitism and stereotyping, en: *In the eye of the beholder*, 1982.

En primer lugar, la condición es de carácter personal, la dimensión subjetiva de la discapacidad, mientras que la situación es de carácter social. Así, la “condición de discapacidad” se refiere a la limitación personal, mientras que la situación de discapacidad se refiere a las limitaciones o barreras sociales. En este marco, la “situación de discapacidad” implica el conjunto de factores sociales, culturales, políticos y económicos que la discapacidad incorpora como atributos objetivos en un contexto particular e inciden en el sujeto.

En cuanto a la “posición de discapacidad”, esta se refiere a la categoría social en la que se encuentra una persona dentro del resto de la sociedad. Así, conocer e interpretar a la discapacidad desde la distinción entre la situación, condición y posición de la discapacidad se vuelve fundamental para comprender el proceso mediante el cual se produce el fenómeno²⁸.

Según los defensores del modelo social²⁹, el problema radica en las limitaciones de la propia sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Así, si se considera que las causas que originan la discapacidad son sociales y, por tanto, las soluciones deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad.

De este modo, el modelo social aboga por la rehabilitación o normalización³⁰ de una sociedad, pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, a diferencia del modelo rehabilitador que centraba el problema en la persona con discapacidad.

Este nuevo rumbo hacia un enfoque basado en los derechos y la no discriminación, ha sido la consecuencia de una larga lucha por parte de las personas con discapacidad, que se materializó en el año 2006 con la aprobación, por la Asamblea General de las Naciones

²⁸ Vid., BROGNA, P. *La discapacidad, ¿una obra escrita por los actores de reparto?*, Tesis de Maestría, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

²⁹ Sobre la defensa y las críticas que ha suscitado el modelo social de la discapacidad, Vid., DE ASÍS ROIG, R.: “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito”, en *Papeles El tiempo de los Derechos*, núm. 1, 2013.

³⁰ Vid., al respecto, DE ASÍS ROIG, R.: “Discapacidad y Constitución”, en *Derechos y Libertades*, núm. 29, 2013, pág. 40.

Unidas, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad³¹.

Este instrumento supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y, entre las principales, se destaca la visibilidad de este colectivo dentro del sistema de protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, la asunción del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas³².

El propósito de la Convención, según su artículo 1, es el “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”. A continuación, el mismo precepto de la Convención ofrece el siguiente concepto de persona con discapacidad que, sin duda, es una manifestación del modelo social de la discapacidad:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

En nuestro ordenamiento jurídico, destaca en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad 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 (en adelante, LGDPD).

La Exposición de Motivos de este texto legal hace referencia a la Convención en el sentido de que “*la consagración del enfoque de derechos de las personas con*

³¹ Para profundizar en el estudio de la Convención Intencional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Vid., DE ASÍS ROIG, R.: “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, en L. CAYO PÉREZ (dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, 2009, pp. 307-318; DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P., PALACIOS, A., “Algunas reflexiones sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho español”, en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-33; DE ASÍS ROIG, R.: “Discapacidad y Constitución”... op.cit., pp. 42-46.

³² Vid., PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad...op.cit.*, pág. 331.

discapacidad, de modo que considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo”.

Así, el artículo 2 de la LGDPD define la discapacidad como *“una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”* y, en su artículo 4.1, define persona con discapacidad como *“aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

A la luz de estos preceptos, podría parecer que la LGDPD adopta la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, por tanto, el modelo social.

Sin embargo, el artículo 4.2 de la LGDPD matiza que *“además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”*. Por lo tanto, la consideración de persona con discapacidad en España está condicionada al reconocimiento de un grado de discapacidad igual o superior al 33%, lo que choca con los ideales del modelo social y lo termina situando más en el ámbito de un modelo médico o rehabilitador. Ello se debe a que se sigue dando mayor importancia a la existencia de limitaciones para las actividades que a las barreras que provienen de factores ambientales. Este procedimiento, asentando en el reconocimiento de un grado igual o superior al 33%, se basa principalmente en la deficiencia, dejando en un segundo plano tanto las limitaciones en la actividad, que en muchas ocasiones son atribuidas por la sociedad, como a las restricciones en la participación, que es donde reside muchas veces la discapacidad desde el modelo social³³.

³³ Vid., RAMIRO AVILÉS, M.A.: “La reforma del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad”, Cátedra DECADE-UAH, Universidad de Alcalá.

No cabe duda de que la definición de discapacidad es una cuestión muy controvertida y que presenta variaciones según el modelo filosófico en el que se base, y según los contextos culturales dentro de los cuales se la define³⁴.

A modo ilustrativo, podemos destacar la reflexión que realiza JENNY MORRIS³⁵ para explicar la discapacidad:

“una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad. Una incapacidad de hablar es una deficiencia pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no están disponibles es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad”.

En este punto, nos parece acertado traer el enfoque de GARCÍA GARNICA³⁶ sobre el objetivo que se persigue con el modelo social de la discapacidad, que *“no será la normalización de la persona con discapacidad, sino la normalización de la sociedad, para hacer frente a las necesidades de todas las personas”.*

La transición desde el concepto de discapacidad desde un modelo rehabilitador a uno social es una tendencia en marcha en el orden jurídico tanto internacional como nacional³⁷. En España, esta transición parece haberse materializado en algunos ámbitos del derecho, en concreto en el ámbito penal, que se explicará a continuación.

³⁴ Vid., PALACIOS, A.: *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español*, Dykinson, 2007, págs. 243-305.

³⁵ Vid., MORRIS, J.: *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women's Press Ltd., London, 1991, pág. 17.

³⁶ Vid., GARCÍA GARNICA, P.: “Capítulo primero”, en García Garnica, P. (Dir.): *Estudios sobre dependencia y discapacidad*. Navarra: Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

³⁷ Sobre el escaso éxito del modelo social de la discapacidad, Vid., DE ASÍS ROIG, R.: “Sobre el modelo social de la discapacidad...*op.cit.*”, pp. 9-12.

3. LA EVOLUCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

Las personas con discapacidad han sido, y continúan siendo, objeto de protección especial en el ámbito del Derecho Penal. Sin embargo, el concepto de persona con discapacidad también ha experimentado importantes cambios a lo largo de los años en este campo.

En este sentido, el texto original de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, contemplaba en su artículo 25:

“A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

Con la expresión “a los efectos de este Código” podemos observar como el Derecho Penal se desmarca del resto de ámbitos del Derecho, y adopta su propia concepción de lo que entonces se denominaba “incapaz” o personas con “minusvalía”³⁸. En este sentido, el concepto penal de discapacidad es más amplio que el que opera en los demás ámbitos del Derecho. Así, en el ámbito civil, solo se puede hablar de incapaz cuando exista una sentencia que lo acredite (lo que se denomina declaración de incapacidad). Sin embargo, es importante recordar que la declaración de incapacidad civil no vincula al juez penal, como tampoco la apreciación de la condición de persona discapacitada en el ámbito penal vincula al juez civil, ni es equiparable a una declaración de incapacitación³⁹.

Por otro lado, en el ámbito laboral será necesario el reconocimiento de un grado de discapacidad igual o superior al 33%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y del artículo 1 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de

³⁸ No obstante, existía en el texto original una única referencia a discapacidad en el artículo 619, según el cual “serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días 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”.

³⁹ Vid., MONTERDE FERRER, F. “Tratamiento penal de los derechos de las personas con discapacidad”, *Curso sobre el ámbito de protección civil y penal de la persona con discapacidad*, 2013, pág. 6.

oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que la desarrolla.

El concepto de “incapaz” ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Supremo, destacando la Sentencia núm. 903/2013, 29 de noviembre:

“el concepto legal de incapaz que el CP acoge como auténtico no es una incapacidad física, sino una incapacitación de tipo mental, que impida a la persona gobernarse por si misma, como consecuencia de una enfermedad de carácter persistente. En este mismo sentido la STS 442/2012, de 5 de junio declaró: «El subtipo agravado del artículo 165 requiere la existencia del dato objetivo de una condición de la víctima que permita considerarle incapaz en el sentido que a esa expresión da el artículo 25 del CP . Es decir que se encuentre por razón de su enfermedad, imposibilitado para el autogobierno».

De manera que si en el art. 165 del CP se expresa el legislador con la voz «incapaz» y en el art. 25 se ofrece su interpretación auténtica, no podemos extenderlo a otros supuestos de "discapacidad", so pena de infringir el principio de taxatividad que se aloja en el art. 4.1 del propio Código: «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

A mayor abundamiento, cuando el CP quiere referirse a una discapacidad estrictamente física, se expresa señalando que se trate de una persona especialmente vulnerable. Por ejemplo, en el art. 148, lesiones agravadas, el número 3º se refiere a víctima «incapaz » y el número 5 .º «si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable... ». Lo propio ocurre en los arts. 153, 171, 172, 177 bis 4, c) («la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación»), art. 180.1 (3.ª «cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación...»), art. 184.3 («cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación...»).

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia núm. 557/2014, de 5 de septiembre, entiende que:

“según la definición del art. 25 del CP, es decir, una persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernarse por sí misma”.

Por tanto, según la jurisprudencia, una persona “incapaz” era aquella que, a causa de una enfermedad de carácter persistente, no pudiera gobernarse por sí misma, incluyendo en esta definición únicamente aquellos supuestos de incapacitación mental y nunca física. Además, en el texto original del CP podíamos distinguir diferentes tratamientos según nos encontrásemos ante una persona “incapaz”, con “minusvalía” o especialmente vulnerable.

Así mismo, en los múltiples preceptos que hacían mención a “incapaz”, siempre se asemejaba a *menor de edad*, y cuando el CP hablaba de persona con “minusvalía” o especialmente vulnerable lo asemejaba a *enfermedad*.

Como consecuencia de la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, se estableció la modificación en el CP en el que se sustituían los términos de “minusvalía” o “incapaces” por otros más adecuados como “discapacidad”, y “personas con discapacidad necesitada de una especial protección”.

De igual manera, esta modificación se encuentra en consonancia con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que establece en su disposición adicional octava que las referencias que en los textos normativos se efectúan a minusválidos y a personas con minusvalía se entenderán realizadas a personas con discapacidad.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, explica que:

“Las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que

puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del Código Penal se refiere impropiamente a «minusvalía» o a «incapaces», una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de «discapacidad» y de «persona con discapacidad necesitada de una especial protección».

A tal fin, se modifica el artículo 25 para actualizar tales términos y ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal. Tal modificación encuentra plena consonancia con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que establece en su disposición adicional octava que las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». Y para mayor claridad y refuerzo de esta previsión, con la reforma se decide incorporar un apartado para que todas las referencias hechas en el Código Penal al término «minusvalía» se sustituyan por el término «discapacidad», y que el término «incapaz» se sustituya por el de «persona con discapacidad necesitada de especial protección» [...].

Así, se sustituye el término “minusvalía” por “discapacidad” e “incapaz” por “persona necesitada de especial protección”, modificando el contenido del artículo 25 que actualmente define la discapacidad como:

“aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

Tras este breve recorrido histórico, a continuación, se analizará en profundidad el contenido real y la efectividad de la adopción del modelo social de la discapacidad en el ámbito penal.

II. MARCO PENAL ACTUAL

Como hemos visto anteriormente, el actual artículo 25 del CP diferencia dos concepciones diferentes de la discapacidad, por un lado “persona con discapacidad” y, por otro, “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

A lo largo de este epígrafe se analizarán las diferencias y/o similitudes entre ambas concepciones y lo característico de cada una de ellas, atendiendo a los pronunciamientos judiciales que han tratado de esclarecer estos parámetros.

No obstante, antes de comenzar, es preciso mencionar los comentarios que diversos autores realizan a la reforma del artículo 25 del CP. A pesar de que la Exposición de Motivos es clara en cuanto al cambio de terminología (recordemos que “minusvalía” se sustituye por “discapacidad” e “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”) muchos autores defienden su propia interpretación de la reforma.

Así, VÁZQUEZ GONZÁLEZ⁴⁰ considera que el término “incapaz” ha sido sustituido por “persona con discapacidad”⁴¹, y que se ha creado una nueva categoría de discapacidad que el CP denomina “persona con discapacidad necesitada de especial

⁴⁰ Vid., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “La protección penal de las personas con discapacidad... *op.cit.* pág. 94.

⁴¹ Este planteamiento es defendido por otros autores como QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios al CP Español*. Tomo I y II. 7ª ed., abril 2016.

protección”⁴². Además, según este autor, el CP utiliza expresiones cuyo significado, aunque no siempre es coincidente, se puede equiparar o identificar con el concepto de discapacidad a efectos penales, por ejemplo, cuando habla de “personas de avanzada edad” (art. 619 CP), “personas desvalidas”, “víctimas que tengan anulada su voluntad” (art. 181.2 CP) o “disminuidos psíquicos” (arts. 369 y 370 CP).

Por otra parte, AGUILAR CÁRCELES⁴³ considera que la reforma “*no supone un nuevo reconocimiento de este colectivo, pues su especial protección se dejaba entrever con anterioridad a la modificación, sino que simplemente supone un cambio de denominación para adecuarse a lo fijado por las directrices internacionales*”.

Parece, por tanto, que un sector de la doctrina considera que lo que antes se denominaba “incapaz” es lo que ha pasado a denominarse “persona con discapacidad”, alejándose del planteamiento que realiza el legislador al establecer, de manera clara y precisa, que se sustituye “minusvalía” por “discapacidad” e “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

1. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

El primer apartado del artículo 25 del CP define lo que, a efectos penales, se considera persona con discapacidad y establece una serie de elementos que lo integran: la persona debe presentar unas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales; estas deficiencias deben ser de carácter permanente; y, por último, al interactuar con diversas barreras, deben limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

1. El primer requisito es encontrarnos ante una persona que presente deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Estas deficiencias, que se pueden presentar

⁴² En el mismo sentido, LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 15, enero de 2016, pág. 147.

⁴³ Vid., AGUILAR CÁRCELES, M.M.; Estudios sobre el CP reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Capítulo tercero. Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección. Consultado en Vlex, enlace:

<https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/marta+maria+aguilar/WW/vid/637908773>

aisladamente o concurriendo varias de ellas en una misma persona, las podemos agrupar en las siguientes tipologías de discapacidad⁴⁴:

a) Discapacidad física. Se da cuando una persona tiene un estado físico que le impide de forma permanente e irreversible moverse con la plena funcionalidad de su sistema motriz. Afecta al aparato locomotor e incide especialmente en las extremidades, aunque también puede aparecer en la movilidad de la musculatura esquelética⁴⁵. También se incluyen las alteraciones viscerales, esto es, los aparatos respiratorio, cardiovascular, digestivo, genitourinario, sistema endocrino-metabólico y sistema inmunitario.

En este punto, es importante distinguir discapacidad física de discapacidad orgánica⁴⁶. Por discapacidad física debemos entender, como hemos explicado, aquella que hace referencia a la disminución o ausencia de funciones motoras o físicas, que a su vez repercute en el desenvolvimiento o forma de llevar a cabo determinadas actividades en una sociedad que presenta severas limitaciones y barreras.

Mientras que, la discapacidad orgánica es aquella producida por la pérdida de funcionalidad de algunos sistemas corporales, que suelen relacionarse con los órganos internos o procesos fisiológicos, ya sean de forma congénita o adquirida. Es el caso de enfermedades renales (riñón), hepáticas (hígado) cardiopatías (corazón), fibrosis quística (pulmones), enfermedad de Crohn y enfermedades metabólicas (aparato digestivo); Linfedema (sistema linfático), hemofilia (coagulación de la sangre), lupus (sistema inmune); y cefaleas, migrañas, alzhéimer, párkinson, trastornos del sueño, fibromialgia o síndrome de fatiga crónica (sistema nervioso central).

Por lo tanto, debemos entender que el concepto de discapacidad física que recoge el Código Penal a la hora de referirse a la discapacidad incluye también la discapacidad orgánica.

⁴⁴ Vid., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “La protección penal de las personas con discapacidad. Una aproximación a los delitos de discriminación en el CP español”, en VV.AA. (LUACES GUTIÉRREZ, A.I., Dir.): *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar*, INAP, 2016. Págs. 94 y ss.

⁴⁵ Vid., <https://www.observatoridiscapacitat.org/es/la-discapacidad-fisica-que-es-y-que-tipos-hay>

⁴⁶ Vid., Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica, “Discapacidad Física y Orgánica” en <https://www.cocemfe.es/informate/discapacidad-fisica-organica/>

b) Discapacidad intelectual. Se caracteriza por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento cognitivo como en conducta adaptativa tal y como se ha manifestado en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina antes de los 18 años⁴⁷.

c) Discapacidad sensorial. Comprende aquellas originadas en el aparato visual, auditivo, en la garganta y en las estructuras relacionadas con el lenguaje. También se incluyen colectivos afectados por trastornos de distinta naturaleza.

2. Carácter permanente de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Es necesario, como segundo elemento del tipo, que esas deficiencias sean de carácter permanente, es decir, deben ser definitivas, crónicas, inmodificables e incurables, siendo irrelevantes a efectos del concepto penal de persona discapacitada aquellas deficiencias de carácter temporal, accidental o transitorio que pueden cesar o desaparecer por el transcurso del tiempo, por el seguimiento de un tratamiento médico o por cualquier otra circunstancia. No obstante, también se aprecia este carácter de permanencia en las enfermedades cíclicas si se sufre o comete el delito cuando se está pasando por el momento o fase agudos de la enfermedad⁴⁸.

Este último punto nos lleva a plantearnos la siguiente reflexión: ¿cómo se define con seguridad este carácter de permanencia en el tiempo si muchas de las discapacidades pueden ser curables? ¿qué sucedería en el caso de personas que tengan reconocido un grado de discapacidad y que, posteriormente, le fuera retirado por mejoría? Este supuesto es recurrente en la práctica, pudiendo citar como ejemplo el caso de las personas que son trasplantadas del riñón y, a consecuencia de ello, ven retirado su grado de discapacidad.

3. Interactuación con diversas barreras que puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Este tercer requisito hace referencia a los obstáculos o impedimentos (actitudinales físicos,

⁴⁷ Esta definición es la aportada por la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD), que ha liderado la comprensión, definición y clasificación del constructo de discapacidad intelectual. Disponible en: <http://aaid.org/intellectual-disability/definition#.VWxx4kYas9E>

⁴⁸ Vid., al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, F: (Coord.) “Capítulo 8. Imputabilidad y causas de inimputabilidad” en Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019; MONTERDE FERRER, F. “Tratamiento penal de los derechos de las personas con discapacidad”, Curso sobre el ámbito de protección civil y penal de la persona con discapacidad, 2013.

sociales, económicos o culturales) que pueden limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con el resto de las personas, lo que supone ser discriminado, perjudicado y marginado en su vida diaria, mostrando así, una situación de vulnerabilidad que, ante abusos y atropellos, necesita ser protegida por el Derecho Penal.

Debe tenerse en cuenta que tener una deficiencia no supone necesariamente una discapacidad⁴⁹. La discapacidad surge cuando, ante una deficiencia de carácter permanente, se interponen barreras que impiden el pleno desarrollo de la persona en igualdad de condiciones con el resto de la sociedad. De esta forma, la discapacidad sería el resultado de la interacción entre las limitaciones humanas y el contexto social en el que nos desenvolvemos⁵⁰.

Por otra parte, a pesar de que el CP adopte actualmente el modelo social de la discapacidad, sin requerir por tanto que la persona tenga reconocido un grado de discapacidad para ser considerado como tal a efectos penales, lo cierto es que la jurisprudencia no es un reflejo de esta pretensión.

Así, la gran mayoría de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, al aplicar el artículo 25 relativo a las personas con discapacidad, siempre se refiere al grado de discapacidad de la persona, ya sea víctima o autor del delito. En este sentido, en su Sentencia núm. 304/2019, de 11 junio, se refiere a: “*respecto a este extremo existían ya informes forenses [...] y el dictamen de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales sobre el grado de discapacidad -un 35%*”.

En el mismo sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 694/2017, de 24 octubre, se apreció una atenuante analógica de trastorno mental y drogadicción como muy cualificada en un supuesto de condena por delito de robo en casa habitada, en el que se consideró probado que el acusado era politoxicómano en tratamiento de deshabitación

⁴⁹ En consonancia con lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias resoluciones judiciales, ente otras, Sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto C-13/05, Chacón Navas. de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark), no toda enfermedad debe equipararse a discapacidad. Vid., para más información sobre la interpretación del concepto de discapacidad por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, DE FUENTES, C.: “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, en *Revista Española de Discapacidad*, 4 (2), 2016, pág. 81-99.

⁵⁰ Vid., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “La protección penal de las personas con discapacidad...*op.cit.*, pág. 97.

diagnosticado, además, de esquizofrenia paranoide crónica, con un 83% de discapacidad reconocido por el organismo administrativo competente.

De igual manera, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia núm. 7/2017, de 5 diciembre establece que: *“ha quedado acreditado que Paula padece y tiene reconocida una discapacidad del 65% por retraso mental ligero y enfermedad del sistema endocrino- metabólico por hipotiroidismo-talla baja de etimología metabólica; discapacidad que merma su capacidad de decidir y consentir los actos sexuales”*.

Sin embargo, también existen sentencias en las que se ha apreciado la discapacidad del sujeto sin necesidad de que la misma sea avalada por un grado de discapacidad, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 716/2018, de 16 enero, reconoce que: *“José padecía una discapacidad como consecuencia de un ictus isquémico a nivel del tronco encefálico que había sufrido hacía años y que le provocaba una alteración del lenguaje y marcha inestable, por lo que su capacidad de reacción a estímulos era más lenta y torpe”*.

No obstante, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 147/2019, de 18 marzo, parece requerir la existencia de un grado de discapacidad reconocido para poder apreciar esta circunstancia: *“no consta en la sentencia el grado de discapacidad de la menor, que tenía en la fecha de los hechos 14 años cumplidos. Se ignora, por lo tanto, si era consciente de lo que hacía o si era utilizada por la recurrente como un mero instrumento sin conocimiento, para ejecutar la conducta evitando así el riesgo propio”*.

A la luz de la jurisprudencia citada, no parece que existan unos parámetros claros para aplicar este primer apartado del artículo 25 del CP, y que dependerá del criterio del juez o tribunal en cada caso concreto, aunque en la gran mayoría de las resoluciones judiciales hemos podido observar cómo se hace referencia o incluso se requiere acreditar un grado de discapacidad para poder apreciarlo.

Sobre este último punto, no queda claro a qué se refiere la jurisprudencia cuando habla de “grado de discapacidad”, por lo que podemos plantearnos si se refiere a tener el grado igual o superior al 33% que dicta la LGDPD o a que, durante el procedimiento penal, como prueba, se aporte un informe pericial en el que se acredite si el sujeto presenta o no

una discapacidad. No obstante, el referirse a un “grado”, nos preguntamos: ¿qué ocurriría si el sujeto presenta, por ejemplo, un grado de discapacidad del 25%? A efectos de la LGDPD no nos encontraríamos ante una persona con discapacidad, pero si aplicáramos el actual artículo 25 del CP, sí podría considerarse como persona con discapacidad, esto nos lleva a otra pregunta, ¿realmente los tribunales están aplicando el modelo social de la discapacidad o, por el contrario, se valora si el sujeto tiene o no reconocido un grado de discapacidad?

Así mismo, puede suceder que los propios sujetos que han solicitado un grado de discapacidad conforme a la LGDPD se encuentren con que no llegan al 33% y, por tanto, no son personas con discapacidad a efectos de esta ley, y al llegar a un procedimiento penal no lo plantean porque ellos mismos no se consideran personas con discapacidad.

2. CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD NECESITADA DE ESPECIAL PROTECCIÓN

El segundo párrafo del artículo 25 del CP establece que *“se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”*. Debemos recordar en este punto que, según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el término “persona con discapacidad necesitada de especial protección” es el que sustituye al antiguo “incapaz”.

Así, para que una persona sea considerada, a efectos penales, con discapacidad necesitada de especial protección, es necesario la concurrencia de los siguientes elementos⁵¹:

1. En primer lugar, es necesario que concurren todos los requisitos enunciados anteriormente para que el sujeto sea considerado persona con discapacidad.

⁵¹ Vid., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “La protección penal de las personas con discapacidad... *op.cit.*, págs. 97 y ss.

2. En segundo lugar, y lo que caracteriza realmente a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, es que deben requerir la necesidad de ayuda por terceras personas para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Conviene recordar en este punto la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Por un lado, la capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para realizar válida y eficazmente actos jurídicos para ejercitar derechos y asumir obligaciones, que se adquiere con la mayoría de edad. Siguiendo a FERNÁNDEZ DE BUJÁN “*cabría pues hablar, en relación con la capacidad jurídica de poder de titularidad y, respecto a la capacidad de obrar, de poder de ejercicio*”⁵². La persona con discapacidad necesitada de especial protección tiene capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, posee capacidad jurídica⁵³, pero necesita ayuda de terceros para realizar actos jurídicos válidos (capacidad de obrar).

De esta manera, en el ámbito penal, para declarar a una persona con discapacidad necesitada de especial protección, el juez deberá comprobar que concurre esa falta de capacidad de autogobierno, con independencia de que tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, lo que implica que el juez penal no está condicionado a que exista una declaración de incapacidad por sentencia judicial en el ámbito civil.

En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia núm. 954/2016, de 12 diciembre, estableciendo que “*el concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección que maneja el art. 148.3, es un concepto normativo, definido con carácter general de acuerdo con un criterio material en el art. 25 del C.P, sin que sea necesario que se haya declarado previamente la incapacidad en la jurisdicción civil para la aplicación de este tipo agravado; siendo suficiente que el juez considere que la persona no es capaz de gobernar su persona o bienes por sí misma*”.

⁵² Vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación”, en *Revista de Derecho UNED*, n.º 9, 2011, págs. 83-92.

⁵³ Para profundizar en el análisis de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, Vid., CUENCA GÓMEZ, P.: “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221 y ss.

Tras lo expuesto, podemos concluir que el actual concepto de discapacidad que adopta el CP coincide con el modelo social que proclama la Convención, lo que supondría aplicar la especial protección que otorga el CP a un amplio grupo de personas. A continuación, analizaremos el tratamiento a la persona con discapacidad en el proceso penal, lo que nos dará la oportunidad de comprobar cómo se está aplicando esta nueva concepción de la discapacidad en los distintos delitos, en particular se profundizará en los delitos de odio por razón de discapacidad.

III. EL TRATAMIENTO A LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL PROCESO PENAL

1. CUESTIONES GENERALES

Las personas con discapacidad que se encuentren involucradas en un procedimiento judicial, especialmente en uno penal, pueden experimentar diversas necesidades y/o enfrentarse a barreras de naturaleza variada. En este sentido, las personas con discapacidad pueden encontrarse en diferentes situaciones: como víctimas del delito, investigados, testigos, o como miembros del jurado⁵⁴.

En el presente trabajo nos centraremos en la figura de la persona con discapacidad como víctima del delito. No obstante, antes de comenzar a analizar este extremo, conviene realizar unas breves indicaciones sobre el resto de las situaciones en las que puede encontrarse la persona con discapacidad en el proceso penal.

LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO INVESTIGADA DE DELITOS

A pesar de que el CP no mencione expresamente la discapacidad como una causa de inimputabilidad, podemos identificar algunas causas que concuerdan con el concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección que hemos analizado anteriormente. Así, el artículo 20 que contempla las causas de exención de la responsabilidad criminal, establece:

⁵⁴ Vid., DE LORENZO GARCÍA, R.: “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad”, en VV.AA. (CAYO PÉREZ BUENO, L., Pr.): *Anales de Derecho y Discapacidad*, N° 4, junio 2019, Año IV. Pág. 24 y ss.

- El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (art. 20. 1º CP).
- El que, por sufrir alteraciones en la percepción, desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (art. 20. 3º CP).

En este punto, es importante hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 77/2014, de 22 de mayo, que otorgó el amparo a una persona que fue condenado en ausencia, al no comparecer al juicio pese a ser citado, como autor de un delito de robo con fuerza. El Tribunal Constitucional consideró que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, a pesar de existir indicios de que podía presentar una discapacidad intelectual, no se llevó a cabo un reconocimiento psiquiátrico y el órgano judicial no pudo valorar si el recurrente comprendía o no la importancia de comparecer en el Juzgado el día del juicio.

En este sentido, el Tribunal Constitucional entendió que el derecho a la tutela judicial efectiva exigía que se adoptaran diligencias complementarias para verificar que la discapacidad no le impedía entender la importancia de su presencia en el juicio y las consecuencias, así como a asegurar su presencia en el juicio oral⁵⁵.

Lo relevante de esta sentencia es que motivó al Tribunal Constitucional a elaborar la Nota Informativa nº 49/2014, de 10 de junio, en la que advierte que los órganos judiciales tienen la obligación de evitar situaciones de desigualdad, especialmente en el caso de personas con discapacidad. Según establece el Tribunal Constitucional en esta Nota Informativa, cuando haya indicios de que el acusado “*pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad*”, el órgano judicial tiene la obligación de desarrollar “*las diligencias complementarias necesarias para despejar cualquier duda al respecto*”.

⁵⁵ Vid., *Ibidem*, pág. 26.

LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO TESTIGO

Según el artículo 707 del Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), establece que *“la declaración de los testigos con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación”*.

Por lo tanto, la LECrim establece un procedimiento de protección especial para la declaración de testigos menores o con discapacidad necesitados de especial protección.

Además de este precepto, el artículo 417 del mismo texto legal contempla que no puedan ser obligados a declarar como testigos *“los incapacitados física o moralmente”*. Teniendo en cuenta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 que modificó el artículo 25 del CP, en un primer momento parece posible aplicar este precepto a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Sin embargo, si atendemos a la definición de persona con discapacidad necesitada de especial protección, vemos que no termina de encajar con lo dispuesto en el artículo 417 *“incapacitados física o moralmente”*, ya que recordemos que solamente podemos hablar de persona con discapacidad necesitada de especial protección si nos encontramos ante deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO MIEMBRO DEL JURADO

Por último, la figura de la persona con discapacidad como miembro del Jurado ha experimentado cambios recientemente. Así, en un primer momento, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, en su artículo 8.5, limitaba y restringía el derecho de participación de las personas con discapacidad y no reconocía su igualdad, pues dentro de los requisitos para ser jurado, se refería a *“la ausencia de impedimento físico, psíquico o sensorial”*.

Tras varios años de debate, el legislador consideró que la exclusión de las personas con discapacidad como miembros del Jurado provocaba una vulneración de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, e incumplía lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁶.

Mediante la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, se ha pretendido adecuar la citada Ley del Tribunal del Jurado a la Convención, con el fin de *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad”*. La nueva redacción del artículo 8.5 exige *“contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido”*.

Sin embargo, a pesar de que la discapacidad ya no sea una causa de exclusión para ser miembro del Jurado, se contempla como causa de excusa para actuar como Jurado en el artículo 12.1.

2. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO VÍCTIMA DEL DELITO

La necesidad de proteger a la víctima en el marco del proceso penal es un principio que ha ido adquiriendo, progresivamente, una mayor importancia⁵⁷. Esta protección se intensifica en las víctimas que presentan algún tipo de discapacidad debido a su especial vulnerabilidad, por ello, tanto la LECrim como la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto

⁵⁶ Así lo establece el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.

⁵⁷ Vid., PÉREZ RIVAS, R.: “Víctimas necesitadas de especial protección: especial referencia a las personas con discapacidad”, I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad. Consultado en: <http://congreso.fderechoydiscapacidad.es/materiales-comunicaciones/>

de la víctima del delito (en adelante, LEVD) incorporan previsiones específicas para las víctimas consideradas como personas con discapacidad según el artículo 25 del CP⁵⁸.

En este sentido, la LECrim establece las siguientes previsiones respecto a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como víctimas del delito:

- Posibilidad de que en los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada pueda denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección (artículo 105).
- Prohibición de la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares (artículo 681).

Por otra parte, la LEVD, que supone la incorporación a la legislación española de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, tiene la finalidad de, como se establece en su Preámbulo, *“ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”*.

Según el punto VII del Preámbulo de la LEVD, se adoptarán medidas de protección específica atendiendo al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias, a la entidad del daño y su gravedad o a la vulnerabilidad de la víctima. Además, se incluyen medidas concretas de protección para colectivos que carecen de legislación especial y, particularmente, entre otros, las personas con discapacidad.

⁵⁸ Se toma la definición que realiza el CP de “persona con discapacidad” y “persona con discapacidad necesitada de especial protección” debido a que ambas leyes carecen de una definición propia.

Siguiendo a PÉREZ RIVAS, la LEVD ha articulado tres niveles de protección acumulativo: un nivel estándar que resulta de aplicación a las víctimas de todos los delitos; un segundo nivel, reforzado, referido a las víctimas en que se aprecien necesidades especiales de protección; y, un tercer nivel, de máxima protección, aplicable a las víctimas menores de edad y personas con discapacidad⁵⁹. Así, las previsiones que contiene la LEVD en materia de discapacidad son las siguientes:

- Derecho a entender y ser entendida. Las comunicaciones con las víctimas se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, teniendo en cuenta sus características personales y, especialmente, las necesidades de personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental. En el mismo sentido, se facilitará a la víctima la asistencia y apoyo necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluye la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas (artículo 4).
- Refuerzo de la protección de la intimidad. Se adoptarán las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección (artículo 22).
- Consideración de las opiniones e intereses de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección en la valoración de las necesidades de la víctima y la determinación de las medidas de protección (artículo 23 y 24).
- Medias de protección especiales para personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se adoptarán las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito (artículo 26).

⁵⁹ Vid., PÉREZ RIVAS, R.: “Víctimas necesitadas de especial protección... op.cit., pág. 3.

- Servicios especializados, asistencia y apoyo. Las personas con discapacidad o con necesidades especiales de protección recibirán, directamente o mediante su derivación hacia servicios especializados, la asistencia y apoyo que resulten necesarios (artículo 28).

Así mismo, según el artículo 30, en los cursos de formación en los principios de protección de las víctimas, se prestará especial atención a aquellas necesitadas de especial protección, en las que concurran factores de vulnerabilidad y a las víctimas menores o con discapacidad.

Esta protección reforzada hacia las personas con discapacidad como víctimas de delitos no la encontramos únicamente en la LECrim y la LEVD⁶⁰, ya que, por su parte, el CP prevé que varios delitos se vean agravados si se cometen contra una persona con discapacidad. A modo de ejemplo, el artículo 148 castiga, con una pena de dos a cinco años de prisión, al que cometa un delito de lesiones contra una persona con discapacidad necesitada de especial protección, frente al tipo básico del artículo 147 cuya pena de prisión es de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 954/2016, de 12 de diciembre, respecto al mencionado delito de lesiones sobre persona con discapacidad necesitada de especial protección del artículo 148 establece:

“la aplicación del citado subtipo agravado del art. 148.3 del C.Penal, se justifica por la mayor desvaloración que reciben las agresiones contra personas incapaces, no sólo por su mayor indefensión, sino también por las consecuencias psíquicas sobre las mismas. El concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección que maneja el art. 148.3 ,es un concepto normativo, definido con carácter general de acuerdo con un criterio material en el art. 25 del C.P ., sin que sea necesario que se haya declarado previamente la incapacidad en la jurisdicción civil para la aplicación de este tipo agravado; siendo suficiente que el juez

⁶⁰ Respecto a los derechos en la LEVD, Vid., LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: Los derechos en la ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 15, enero de 2016.

considere que la persona no es capaz de gobernar su persona o bienes por sí misma (art. 200 C.C)”.

Lo relevante para poder aplicar el tipo agravado es que el acusado tenga conocimiento de la discapacidad de la víctima. En este caso, la Audiencia Provincial de Barcelona entendió que: *“lo cierto es que el acusado supo, tenía conocimiento de la discapacidad de la víctima, afecto ,entre otros, de trastorno de coordinación y equilibrio y hemiparesia izquierda ,con una calificación del grado de disminución del 77% y, las palabras malsonantes proferidas antes de acometer al discapacitado le delatan, al denotar y connotar el conocimiento de esa realidad que fue aprovechada ,al agarrar con fuerza de cuello y propinar un fuerte empujón a la víctima ,haciéndola caer al suelo, causándole las heridas que se describen en el relato histórico de la sentencia y que fueron objetivadas por el informe facultativo de asistencia y por el dictamen médico forense, y, precisamente, en atención al resultado causado y al riesgo inherente a tal acción de acometimiento, ya lo fuere a título de dolo directo o de dolo eventual, se justifica la aplicación del subtipo agravado, por el mayor desvalor, por el incremento ,el plus de la antijuricidad”.*

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 716/2018, de 16 de enero, relativa a un delito de asesinato sobre una persona especialmente vulnerable por razón de su discapacidad: *“el dolo debe abarcar el conocimiento de la situación de vulnerabilidad y que pese a tal conocimiento el autor, decida actuar contra la vida de la persona vulnerable”.*

Y, de igual manera, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2019, de 11 de junio, al analizar un delito de abuso sexual establece que: *“el tipo penal requiere que el sujeto abuse del trastorno mental de la víctima, lo cual implica que conozca de su existencia y que, además, sepa que ese déficit intelectual impide a la persona decidir libremente sobre un determinado aspecto, aquí, su conducta o comportamiento sexual [...] no basta el dato fáctico de esa enfermedad que conlleva la agravación, sino su evidencia para el actuar del sujeto, que es lo que atrae la agravación por su aprovechamiento, ya que si no existe ese conocimiento de la vulnerabilidad por el sujeto no existe este "aprovechamiento" que atrae la agravación y el mayor reproche penal”.*

Al igual que el precepto citado, podemos encontrar otros tipos penales que se agravan cuando la víctima es persona con discapacidad y, especialmente, persona con discapacidad necesitada de especial protección, siendo esta última categoría objeto de la gran mayoría de tipos penales.

Respecto a los tipos agravados por ser la víctima persona con discapacidad (y no persona con discapacidad necesitada de especial protección), resulta llamativo como el CP matiza que las víctimas se encuentren en una situación *de especial vulnerabilidad*, por ejemplo, el artículo 140.1 referente al delito de asesinato prevé la prisión permanente revisable cuando “*la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Zaragoza en la Sentencia núm. 124/2017, de 7 de abril, estimó, en un delito de abuso sexual, que existía una situación de especial vulnerabilidad por razón de discapacidad de la víctima “*ya que del informe de los médicos forenses resulta que la denunciante presenta un perfil heterogéneo en cuanto a sus competencias cognitivas, con limitaciones de comprensión en situaciones socialmente complejas y que su capacidad de respuesta está limitada, aunque no anulada, ante una situación compleja como la enjuiciada*”.

Así mismo, además de la discapacidad, podemos encontrar otra causa de especial vulnerabilidad en la víctima, lo que el CP ha denominado “situación”. Este concepto tan genérico lo hemos analizado anteriormente, recordemos que por situación de discapacidad nos referimos a las limitaciones o barreras sociales a las que se enfrentan estas personas. A efectos penales, este concepto ha sido matizado por la jurisprudencia, de manera que, el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 1503/2005, de 19 de diciembre, establece, al analizar el tipo de abuso sexual del artículo 180.3 del CP, que:

“La situación de la víctima es una de las posibilidades que pueden determinar una especial vulnerabilidad, según se recoge en el artículo 180.1.3ª del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). El texto legal ha sido criticado doctrinalmente por su falta de definición. En su aplicación deberán concretarse con claridad cuáles son las circunstancias en las que se encuentra la víctima que determinan una mayor

dificultad para defenderse de la acción del autor del delito, hasta el punto de dar lugar a una especial vulnerabilidad, la cual ha de ser superior a la ya necesaria para la ejecución del hecho. En el caso de abusos sin consentimiento, para superar la negativa de la víctima a la acción del autor”.

De igual manera, la citada Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2019, de 11 de junio, recuerda que la doctrina sobre la circunstancia 3.^a del art. 180.1 del CP “*hace depender la agravación de la concurrencia de situaciones de "vulnerabilidad personal" excesivamente genérica. En los casos de minoría de edad el conocimiento del sujeto activo debe abarcar la circunstancia de la edad de la víctima. El art. 180.3.º CP [...] aglutina en consecuencia cuatro circunstancias que configuran la agravación -vulnerabilidad por edad, enfermedad, situación, y en todo caso ser menor de 13 años-. Solo ésta opera "con carácter absoluto en casos de ser la víctima menor de trece años. Las demás exigen una cumplida acreditación fáctica" (STS 217/2008, de 24 de abril (RJ 2008, 2980))*”.

Como se puede observar de la normativa y la jurisprudencia citadas, este requisito de “especial vulnerabilidad” no hace sino limitar el amplio ámbito de aplicación que supone incorporar el modelo social de la discapacidad al CP. Los únicos tipos agravados que no precisan que las víctimas que presentan algún tipo de discapacidad se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, son aquellos que se refieren a motivos discriminatorios, que se encuentran recogidos en los artículos 510 y siguientes del CP.

Así, antes de entrar a analizar el artículo 510 del CP relativo a los denominados delitos de odio, que será abordado en profundidad en el siguiente epígrafe del presente trabajo, debemos detenernos en los artículos 511 y 512 del CP referentes a la denegación de un servicio público o una prestación a la que se tenga derecho por razón de, entre otras, la discapacidad⁶¹.

El artículo 511 del CP establece la pena de prisión y multa al “*particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su*

⁶¹ Vid., al respecto, GARROCHO SALCEDO, A.: Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* n° 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 240-247.

origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

Según este artículo, se considera delito la denegación de un servicio público por razón de discapacidad a una persona que tenga derecho al mismo.

Por otra parte, el artículo 512 del CP determina que incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre *“los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad [...]”.*

Es decir, a diferencia del artículo anterior, este precepto castiga al empresario o profesional que deniegue a una persona una prestación por motivaciones discriminatorias, en este caso en el ámbito privado.

Los Tribunales españoles han sentado jurisprudencia respecto a este precepto. Según establece el Juzgado de lo Penal de Sevilla en su sentencia núm. 53/2017, de 22 febrero:

“[...] la actuación de dicho sujeto activo para integrar el tipo delictivo, debe consistir en la "denegación de una prestación a la que una persona tenga derecho", habiendo venido la doctrina entendiendo como tal "prestación a la que una persona tiene derecho", en el sentido de "prestación con respecto a la que dicha persona tenga una expectativa concreta y fundada en derecho", entendiéndose que la persona a la que se deniega la prestación debe "tener derecho" a la misma. Por ello deben quedar fuera del tipo los casos en los que el trato diferenciado se encuentre justificado o amparado normativamente.”

Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 4 de julio de 1997, el dueño de una empresa de venta de coches, se había negado a vender un vehículo a una persona por razón de su pertenencia a una determinada etnia y se le condenó como autor de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, de discriminación, a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de compraventa de vehículos en establecimiento abierto al público.

El condenado recurrió y la Sentencia del Tribunal Supremo 1089/1998, de 29 de septiembre, desestimó el recurso, entendiendo que los artículos 511 y 512 del Código Penal no incorporan “tipos penales de autor”, inadmisibles en el Derecho penal de un Estado democrático, sancionando el mero hecho de “ser” racista, machista, homófobo, etc. Estas infracciones consisten en la realización de conductas dolosas de denegación de una prestación a las que la víctima tiene derecho, por su mera pertenencia a uno de los grupos o colectivos sociales protegidos por la norma.

En conclusión, son conductas discriminatorias que entrañan una lesión de las legítimas expectativas de igualdad de trato en las relaciones públicas y/o privadas de dichas personas con respecto a aquellos que no forman parte del colectivo de referencia discriminado.

3. LOS DELITOS DE ODIOS POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

Los denominados “delitos de odio” se encuentran regulados en el artículo 510 del CP, que distingue entre un tipo básico, un tipo atenuado, y uno agravado. El tipo básico recoge tres conductas delictivas contra ciertos grupos, entre los que se incluye la discapacidad:

1. Fomentar, promocionar o incitar, públicamente, al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

2. Producir, elaborar o poseer con la finalidad de distribuir, facilitar a terceras personas el acceso, distribución, difusión o venta, material incitador, directo o indirecto, del odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia.
3. Negación o enaltecimiento favorecedor de un clima de odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Por otra parte, el tipo atenuado contempla los actos de humillación o menosprecio y el enaltecimiento o justificación pública de la perpetración de delitos cometidos contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada.

Por último, como tipo agravado, se incluye la comisión de cualquiera de las conductas anteriores a través de medios de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, además de conducir a la alteración de la paz pública o sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo.

Sobre los delitos de odio se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, destacando la reciente Sentencia núm. 72/2018, de 9 de febrero, que establece lo siguiente:

“El art. 510 Cp sanciona a quienes fomentan promueven la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos que son recogidos, en el precepto. El elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica. Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad. Estos refieren la antijuricidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del propio discurso que contiene el mensaje de odio y que por sí mismo es contrario a la convivencia por eso considerado lesivo. El tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o

indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad”.

Por lo que respecta a la tipicidad subjetiva, determina el Tribunal Supremo en la citada sentencia que no requiere un dolo específico *“siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar”.*

Los delitos de odio también han sido definidos por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) como toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza”, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar⁶².

Los delitos de odio han sido objeto de grandes controversias debido a su colisión con el derecho a la libertad de expresión⁶³. En concreto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones⁶⁴ sobre los límites de esta colisión, destacando la Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio, que determina lo siguiente:

“Conforme a una jurisprudencia unánime [...] se ha subrayado repetidamente «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantía para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad «goce de

⁶² Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, Ministerio del Interior, 2018.

⁶³ Para profundizar en el estudio de los delitos de odio y su conflicto con el derecho a la libertad de expresión, Vid., CÁMARA ARROYO, S: “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2017.

⁶⁴ Entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 136/1999, de 20 de julio; núm. 174/2006, de 5 de junio; núm. 235/2007, de 7 de noviembre; núm. 110/2000, de 5 de mayo; núm. 89/2010, de 15 de noviembre; núm. 112/2016 de 20 junio.

un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» [...] También hemos sostenido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» [...] De modo que [...] la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» [...] En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de 'democracia militante', esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución [...] El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».

Concluye el Tribunal Constitucional que *“la libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» [...] En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas».*

En este sentido, un sector de la doctrina sostiene la necesidad de reconsiderar los cánones de enjuiciamiento. De esta manera, TERUEL LOZANO⁶⁵ propone tres criterios que legitimarían excluir de protección este tipo de discursos del odio: a) Injurias,

⁶⁵ Vid., TERUEL LOZANO, G.M.: “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial” en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 17/2017.

humillación o vejación de una persona por su condición sexual, racial, o por cualquier otro aspecto discriminador; b) Amenazas reales; c) Provocación que genere un peligro cierto e inminente de acciones prohibidas (violentas o discriminatorias).

No obstante, será el criterio del juez, siguiendo los parámetros que ha ido señalando el Tribunal Constitucional, el que determine el límite del derecho a la libertad de expresión y la perpetración de un delito de odio en cada caso, puesto que no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo ha de ser tratado como delictivo⁶⁶.

Por lo que respecta al objeto del presente trabajo, nos centraremos en los delitos de odio cometidos por razón de discapacidad. No obstante, antes de comenzar, es necesario realizar una breve referencia al tenor literal del artículo 510, que establece entre los grupos de personas que pueden ser víctimas de este delito a aquellas que presenten una “enfermedad o discapacidad”. El concepto de discriminación por razón de enfermedad se encuentra definido en el Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España del Ministerio del Interior del año 2018, según el cual:

“Es toda acción realizada con motivaciones discriminatorias hacia una persona que sufra una afección, temporal o permanente, que limite o suprima su salud física o psíquica y que, cuando es tomada en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, es un motivo de discriminación”.

Por lo tanto, aquellos supuestos que no tengan cabida dentro del concepto de persona con discapacidad, podrían encontrarse protegidas por este concepto de enfermedad, puesto que, recordemos que no toda enfermedad supone tener una discapacidad con los requisitos que integran este concepto a efectos penales.

Debido a los problemas interpretativos que suscita la redacción del artículo 510 del CP, la Fiscalía General del Estado ha publicado la Circular 7/2019, de 14 de mayo, sobre

⁶⁶ Vid., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.T.: Delito de odio y libertad de expresión. Nueva redacción del art. 510 CP dada con la reforma del CP por lo 1/2015, 2018.

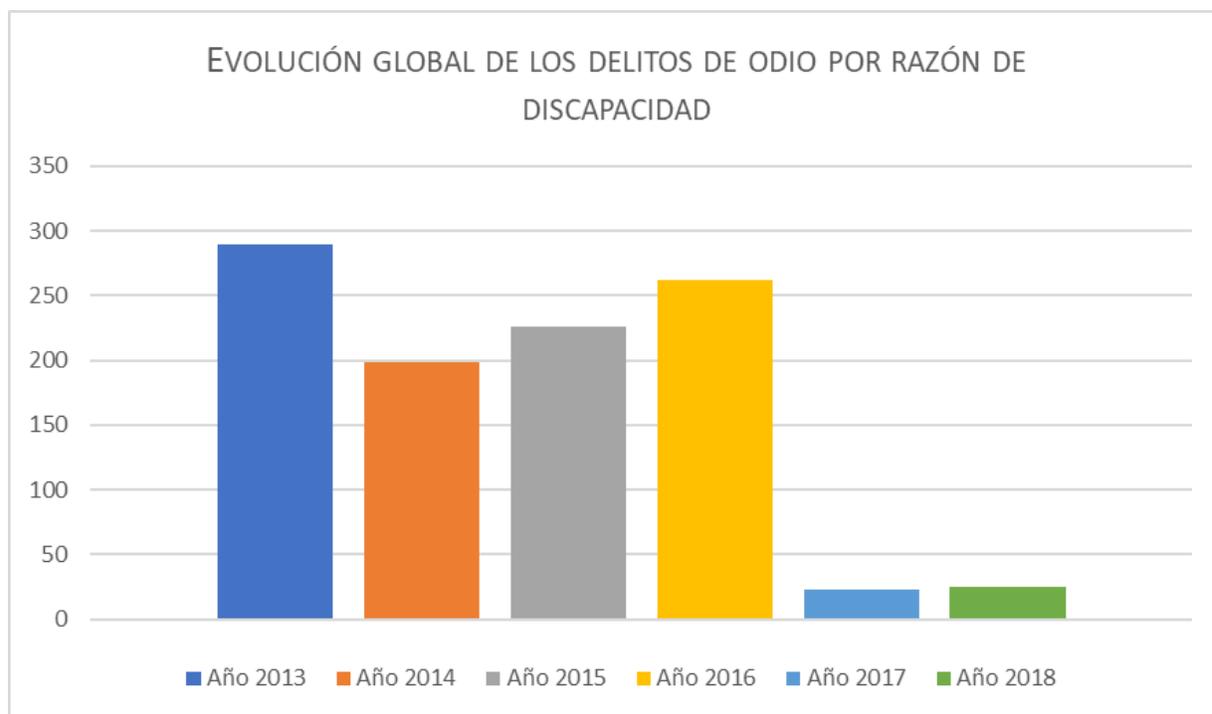
pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del CP. En esta Circular se establece, respecto a las razones de discapacidad:

“En este punto habrá que remitirse a la interpretación recogida en el art. 25 CP [...] Finalmente hay que señalar que la ausencia de una cláusula general de cierre que abarque otras situaciones o circunstancias personales o sociales, y la aplicación de principios básicos del Derecho Penal como la interpretación restrictiva y la taxatividad de los tipos penales, impide aplicar el art. 510 CP a supuestos distintos de los previstos expresamente en este precepto. Al igual que ocurriera con el elemento doloso, la concurrencia de una motivación de odio o discriminación ha de acreditarse normalmente a través de parámetros indiciarios [...]”.

Por otra parte, el Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España, publicado por el Ministerio del Interior el año 2018, define los delitos de odio hacia las personas con discapacidad como *“cualquier incidente cometido contra personas con discapacidad donde el autor de los hechos cometa la acción contra la víctima, el local o el objetivo de la infracción, por motivos discriminatorios o relacionados con delitos de odio”.*

En el mencionado Informe se recogen las estadísticas de los delitos de odio denunciados en el año 2018. En cuanto a los delitos de odio por razón o causa de discapacidad, en el año 2018 fueron denunciados un total de 25 delitos, 2 más que el año anterior. La discapacidad es el sexto factor de los que determinan la perpetración de delitos de odio, tras la ideología (599), racismo/xenofobia (531), orientación sexual/identidad de género (259), sexo/género (71) y creencias/prácticas religiosas (69). En total, el registro oficial policial sumó 1.598 delitos de odio en 2018.

En este punto, se ha realizado una comparación de los hechos registrados por delitos de odio hacia personas con discapacidad desde que el Ministerio realiza estos informes.



Así, partiendo del año 2013, en el que se consideraba un delito de odio contra persona con discapacidad cualquier acto contra la víctima que se realiza prevaliéndose de su discapacidad, cualquiera que fuera (física, psicológica, ancianidad...), vemos que durante este año el número de delitos de odio hacia las personas con discapacidad ascendía a 290. Especialmente llamativo resulta el gran descenso en el número de hechos registrados por delitos de odio hacia las personas con discapacidad entre el año 2016 y 2017, pasando de 262 casos a 23.

El Informe de 2018 explica este pronunciado descenso de la siguiente manera “durante el año 2016, se modificó la conceptualización de delitos de odio cometidos contra personas con discapacidad. El fin de este proceder, era tener un conocimiento de la realidad más acertado acorde con los estándares que otros países de nuestro entorno vienen utilizando. Con anterioridad a esta fecha, se computaban tanto los delitos cometidos contra personas con discapacidad, como los cometidos contra éstas con

motivaciones de odio. Es por ello, que al computarse este año únicamente este último, existe una gran diferencia con respecto a los años anteriores, que cabe atribuirlo no a un descenso elevado, sino a un cambio en la metodología de cómputo”.

Empleando los datos recogidos en dicho Informe, nos parece ilustrativo mostrar las diferencias en el perfil de la víctima según su grupo de edad y sexo. En total, por sexo, se han registrado 14 hechos en hombres y 13 en mujeres.



Según los datos reflejados en el gráfico, podemos observar como el grupo de edad que más hechos han denunciado como delito de odio por razón de discapacidad son los comprendidos entre los 41 y los 50 años.

Por último, como ejemplo de un posible delito de odio por razón de discapacidad, debemos hacer referencia a la denuncia interpuesta por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) ante la Oficina de Delitos de Odio de la Policía debido a las agresiones verbales vertidas por el cómico David Suárez en redes sociales contra las personas con discapacidad. Además, ha presentado reclamación por infracción administrativa muy grave ante el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, por hostigamiento y acoso a las personas con discapacidad.

El tweet que se denuncia es el siguiente: “*El otro día me hicieron la mejor mamada de mi vida. El secreto fue que la chica usó muchas babas. Alguna ventaja tenía que tener el síndrome de down*”.

Para el CERMI, estos comentarios del cómico atentan contra la dignidad e integridad moral de las personas con discapacidad, las ridiculiza e incitan al odio contra esta parte de la ciudadanía. A su juicio, denigrar de esta manera a personas o grupos no es tolerable ni puede ampararse en el paraguas del humor, puesto que ocasiona un grave perjuicio a la imagen de las personas con discapacidad⁶⁷.

No obstante, a día de hoy no se ha dictado resolución judicial respecto al delito de odio por razón de discapacidad, pero sí respecto de otros colectivos que protege la norma⁶⁸, a pesar de que la mayoría señalen que no concurren los requisitos del tipo en las conductas que han llegado a su conocimiento⁶⁹.

⁶⁷ Esta información se encuentra en la página web del CERMI, publicado el 23 de abril de 2019 y consultada el 4 de enero de 2020, en el siguiente enlace: <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-denuncia-ante-la-oficina-de-delitos-de-odio-de-la-policia-las>

⁶⁸ En su mayoría, ante discursos racistas y negacionistas del Holocausto (Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 214/1991, de 11 de noviembre y núm. 176/1995, de 11 de diciembre), ante el negacionismo de graves crímenes (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 235/2007, de 7 de noviembre), por injurias al Rey (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/2015, de 22 de julio) y enaltecimiento del terrorismo (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 112/2016, de 20 de junio).

⁶⁹ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.T.: Delito de odio y libertad de expresión...*op.cit.*, pág.14.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo, se han analizado los diferentes aspectos que conforman el actual concepto de discapacidad en el sistema penal español, así como la jurisprudencia que ha analizado las peculiaridades del concepto de “persona con discapacidad” y “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, resultando en las siguientes conclusiones:

Primera. La constante lucha de las personas con discapacidad por proteger y hacer valer sus derechos, que continúa a día de hoy, trata de conseguir una situación de efectiva y plena igualdad. Esta lucha, que se materializó en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, trata de promover el denominado modelo social de discapacidad, que ha tenido su reflejo en el ámbito penal español.

Así, hemos visto que el artículo 25 del CP fue modificado para ajustarlo a dicha Convención y, por tanto, actualmente incorpora el modelo social de la discapacidad. No debemos olvidar, que lo importante para este modelo es la interacción entre las deficiencias y las barreras de todo tipo (entre las que se encuentran las actitudinales) que limitan o impiden la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad. Esto supone, en principio, adoptar un concepto amplio de discapacidad a efectos penales.

Recordemos que el cambio terminológico que se produjo consiste en la modificación de “minusvalía” por “persona con discapacidad” y el término “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Segunda. El actual artículo 25 del CP distingue “persona con discapacidad” de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”. No cabe duda de que ambos conceptos son diferentes, así, por “persona con discapacidad” debemos entender aquella persona que presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, de carácter permanente y que, al interactuar con diversas barreras, limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Esta definición parece estar en completa similitud con el modelo social que promueve la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por otra parte, el concepto de “persona con discapacidad necesitada de especial protección” que, recordemos que sustituye al anterior “incapaz” se refiere a aquella persona que, presentando las características de “persona con discapacidad”, 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.

Tercera. A pesar de que la diferencia entre ambos conceptos parece estar clara, y la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 que modificó el artículo 25 del CP no deja lugar a dudas, gran parte de la doctrina defiende su propia interpretación de la reforma.

En este sentido, un sector de la doctrina considera que lo que antes se denominaba “incapaz” es lo que ha pasado a denominarse “persona con discapacidad”, alejándose del planteamiento que realiza el legislador al establecer, de manera clara y precisa, que se sustituye “minusvalía” por “discapacidad” e “incapaz” por “persona con discapacidad necesitada de especial protección”. Incluso algunos autores han considerado que el término “persona con discapacidad necesitada de especial protección” es una nueva categoría, cuando es la nueva forma de denominar al anterior “incapaz”.

Cuarta. Al estudiar el tratamiento penal de la discapacidad, nos hemos detenido especialmente en la figura de la persona con discapacidad como víctima de delitos. En este sentido, hemos podido observar como la mayoría de las ocasiones en las que se aplican agravantes cuando la víctima presenta alguna discapacidad es especialmente a la figura de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

Los tipos penales que se ven agravados por razón de discapacidad hacia “persona con discapacidad” (no necesitada de especial protección), incluyen el requisito de “especial vulnerabilidad” de la víctima, lo que no hace sino limitar el amplio ámbito de aplicación que supone incorporar el modelo social de la discapacidad al CP.

Así, los únicos tipos agravados que no precisan que las víctimas que presentan algún tipo de discapacidad se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad son

aquellos que se refieren a motivos discriminatorios, es decir, aquellos que se encuentran recogidos en los artículos 510 y siguientes del CP.

Quinta. En cuanto a los delitos de odio por razón de discapacidad, tal y como muestran las estadísticas de los delitos de odio denunciados en el año 2018 la discapacidad es el sexto factor de los que determinan la perpetración de delitos de odio, resultando un total de 25 hechos registrados por esta razón durante el año 2018. En cuanto a los delitos de odio por razón o causa de discapacidad, en el año 2018 fueron denunciados un total de 25 delitos, 2 más que el año anterior.

A pesar de que a día de hoy no se haya judicializado un delito de odio por razón de discapacidad, no podemos ignorar que existen supuestos como el denunciado por el CERMI que atentan contra la dignidad e integridad moral de las personas con discapacidad, las ridiculiza e incitan al odio contra esta parte de la ciudadanía y que, sin duda, ocasionan un grave perjuicio a la imagen de las personas con discapacidad.

Sexta. Lo analizado en este trabajo nos lleva a plantearnos la siguiente reflexión: ¿la adopción del modelo social de la discapacidad en el Código Penal ha supuesto algún impacto más allá del cambio terminológico?

De lo estudiado en este trabajo llegamos a la conclusión de que no parece que la reforma elaborada por la Ley Orgánica 1/2015, que modifica la concepción de la discapacidad a efectos penales de una manera tan significativa como es la adopción del modelo social, haya supuesto ningún impacto, de momento, en la jurisprudencia ni en la doctrina.

Ese extenso ámbito de aplicación que lleva consigo el modelo social de la discapacidad se ha visto limitado por los requisitos de “especial vulnerabilidad de la víctima”, por lo que parece que el concepto amplio de persona con discapacidad solo es plenamente eficaz en los delitos por motivos discriminatorios.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO DÍAZ, A.: *Historia de las deficiencias*, Colección Tesis y Praxis, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995.

AGUILAR CÁRCELES, M.M.: Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, Capítulo tercero. Proposición para delinquir. Agravante de discriminación en razón del género y agravante de reincidencia. El concepto de discapacidad y discapacidad necesitada de especial protección. Consultado en Vlex, enlace: <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/marta+maria+aguilar/WW/vid/637908773>

ALLPORT, G. W.: Prejudice: Is it societal or personal? en *Journal of Social Issues*, 1962.

BROGNA, P. *La discapacidad, ¿una obra escrita por los actores de reparto?*, Tesis de Maestría, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

CÁMARA ARROYO, S: “El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2017.

COCEMFE (Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica), “Discapacidad Física y Orgánica” en <https://www.cocemfe.es/informate/discapacidad-fisica-organica/>

CUENCA GÓMEZ, P.: “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011.

CUENCA GÓMEZ, P.: “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012.

CRANDALL, C.S., SCHALLER, M.: *Social Psychology of Prejudice: Historical and Contemporary Issues*, en Lewinian Press, 1996.

DE ASÍS ROIG, R.: “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, en L. CAYO PÉREZ (dir.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, 2009.

DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C., CUENCA GÓMEZ, P., PALACIOS, A., “Algunas reflexiones sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho español”, en CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

DE ASÍS ROIG, R.: “Discapacidad y Constitución”, en *Derechos y Libertades*, núm. 29, 2013.

DE ASÍS ROIG, R.: “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito”, en *Papeles El tiempo de los Derechos*, núm. 1, 2013.

DE FUENTES, C.: “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, en *Revista Española de Discapacidad*, 4 (2), 2016, pág. 81-99.

DE LORENZO GARCÍA, R.: “El derecho fundamental de acceso a la justicia. Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad”, en VV.AA. (CAYO PÉREZ BUENO, L., Pr.): *Anales de Derecho y Discapacidad*, Nº 4, junio 2019, Año IV.

DOVIDIO, J. F., EVANS, N., & TYLER, R. B.: *Racial stereotypes: The contents of their cognitive representations. Journal of Experimental Social Psychology*. 1986.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación”, en *Revista de Derecho UNED*, n.º 9, 2011, págs. 83-92.

FUSTEL DE COULANGES, N.D.: *La ciudad antigua*, Traducción de Carlos Martín, Diamante, Colección Obras Maestras, Barcelona, 1971.

GAERTNER, S. L.: Helping behavior and racial discrimination among liberals and conservatives. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1973.

GARCÍA GARNICA, P.: “Capítulo primero”, en García Garnica, P. (Dir.): *Estudios sobre dependencia y discapacidad*. Navarra: Editorial Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

GARLAND, R.: *The eye of the beholder Deformity & Disability in the Graeco-Roman world*, London, 1995.

GARROCHO SALCEDO, A.: Delitos de denegación de una prestación por motivos discriminatorios de los artículos 511 y 512 CP, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* nº 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 240-247.

LAIN ENTRALGO, P.: *Enfermedad y pecado*, Toray, Barcelona, 1961.

LONGMORE, P. y UMANSKY, L. (eds.): *The New Disability History. American Perspectives*, New York University Press, New York, 2001.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: Los derechos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito: especial consideración a la participación de la víctima en la ejecución penal, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 15, enero de 2016.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I.: “Marco jurídico de protección de los derechos de las personas con discapacidad: de dónde venimos y a dónde vamos” en VV.AA. (LUACES

GUTIÉRREZ, A.I., Dir.): *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar*, INAP, 2016.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M.T.: Delito de odio y libertad de expresión. Nueva redacción del art. 510 CP dada con la reforma del CP por lo 1/2015, 2018.

MOLINA FERNÁNDEZ, F: (Coord.) “Capítulo 8. Imputabilidad y causas de inimputabilidad” en *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal* 2019.

MONTERDE FERRER, F.: “Tratamiento penal de los derechos de las personas con discapacidad”, *Curso sobre el ámbito de protección civil y penal de la persona con discapacidad*, 2013.

MONTES BERGES, B.: Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio, en *Revista Electrónica de la Universidad de Jaén*, 2008.

MORRIS, J.: *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women’s Press Ltd., London, 1991.

PALACIOS, A.: *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español*, Dykinson, 2007, págs. 243-305.

PALACIOS, A., y BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2007.

PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad*, Colección CERMI, n.º 36, Ediciones Cinca, 2008.

PÉREZ RIVAS, R.: “Víctimas necesitadas de especial protección: especial referencia a las personas con discapacidad”, I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad. Consultado en: <http://congreso.fderechoydiscapacidad.es/materiales-comunicaciones/>

RAMIRO AVILÉS, M.A.: “La reforma del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad”, Cátedra DECADE-UAH, Universidad de Alcalá.

TERUEL LOZANO, G.M.: “Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial” en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 17/2017.

QUINTERO OLIVARES, G.: en *Comentarios al CP Español*. Tomo I y II. 7ª ed., abril 2016.

QUINN, G. Y DEGENER, T.: *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002.

SIMPSON, G.E., YINGER, J. M.: *Racial and Cultural Minorities, An Analysis of Prejudice and Discrimination*. Springer US, 1985.

STIKER, H. J.: *A History of Disability*, translated by William Sayers, Ann Arbor, The University of Michigan Press, United States of American, 1999.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “La protección penal de las personas con discapacidad. Una aproximación a los delitos de discriminación en el CP español”, en VV.AA. (LUACES GUTIÉRREZ, A.I., Dir.): *Retos y desafíos en materia de discapacidad: una visión multidisciplinar*, INAP, 2016.

VELARDE LIZAMA, V.: Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico, en *Revista empresa y humanismo*, Vol. XV, nº 1, 2012, págs. 115-136.

WUNTHNOW, R.: Antisemitism and stereotyping, en: *In the eye of the beholder*, 1982.

ANEXO LEGISLATIVO

UNIÓN EUROPEA

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.

ESPAÑA

- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

- 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.
- Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia de 11 de julio de 2006, Asunto C-13/05, Chacón Navas.
- Sentencia de 11 de abril de 2013, Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia núm. 214/1991, de 11 de noviembre.
- Sentencia núm. 267/1994, de 3 de octubre.
- Sentencia núm. 176/1995, de 11 de diciembre.
- Sentencia núm. 136/1999, de 20 de julio.
- Sentencia núm. 110/2000, de 5 de mayo.
- Sentencia núm. 174/2006, de 5 de junio.
- Sentencia núm. 235/2007, de 7 de noviembre.
- Sentencia núm. 89/2010, de 15 de noviembre.
- Sentencia núm. 77/2014, de 22 de mayo.
- Sentencia núm. 177/2015, de 22 de julio.
- Sentencia núm. 112/2016, de 20 de junio.

TRIBUNAL SUPREMO

- Tribunal Supremo 1089/1998, de 29 de septiembre.
- Sentencia núm. 1503/2005, de 19 de diciembre.
- Sentencia núm. 903/2013, 29 de noviembre.
- Sentencia núm. 2592/2015, de 2 de junio.
- Sentencia núm. 694/2017, de 24 octubre.

- Sentencia núm. 716/2018, de 16 enero.
- Sentencia núm. 72/2018, de 9 de febrero.
- Sentencia núm. 147/2019, de 18 marzo.
- Sentencia núm. 304/2019, de 11 junio.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sentencia núm. 7/2017, de 5 diciembre.

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Audiencia Provincial de Murcia, de 4 de julio de 1997.
- Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia núm. 557/2014, de 5 de septiembre.
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia núm. 954/2016, de 12 diciembre.
- Audiencia Provincial de Zaragoza, Sentencia núm. 124/2017, de 7 de abril.

JUZGADO DE LO PENAL

- Juzgado de lo Penal de Sevilla en su sentencia núm. 53/2017, de 22 febrero.