

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Aspectos penales, procesales
y político-criminales

CLARA MOYA GUILLEM

Directora

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

COORDINADOR

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Aspectos penales, procesales y político-criminales

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Investigador del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de
la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y*

*Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

Aspectos penales, procesales y político-
criminales

CLARA MOYA GUILLEM

Directora

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

Coordinador

tirant lo blanch

Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Clara Moya Guillem

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFs.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1548-2023
ISBN: 978-84-1169-051-5
MAQUETA: Dissert Ediciones

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

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Autores

ISIDORO BLANCO CORDERO

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Alicante

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

Profesor Ayudante. Universidad de Alicante

CARMEN DURÁN SILVA

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

Profesora Titular. Universidad de Alicante

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ

Profesora Ayudante Doctora. Universidad de Alicante

CLARA MOYA GUILLEM

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Alicante

JUAN CARLOS SANDOVAL

Profesor Contratado Doctor. Universidad de Alicante

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

Profesora Titular. Universidad de Valladolid

Índice

Presentación	15
---------------------------	-----------

Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

I. Introducción	19
II. La vulnerabilidad: aspectos fundamentales de un concepto debatido ...	21
2.1. Vulnerabilidad universal y la condición humana	22
2.2. Vulnerabilidad especial: Grupos, capas	27
2.3. Políticas de vulnerabilidad. Algunas cautelas necesarias	33
III. Política criminal y vulnerabilidad humana	39
3.1. La vulnerabilidad humana en el origen del Derecho.....	40
3.2. Vulnerabilidad y penalidad.....	42
3.3. Políticas criminales y especial vulnerabilidad de las víctimas..	47
3.3.1. Grupos vulnerables, política criminal antidiscriminatoria y las líneas rojas penales	49
3.3.2. ¿Víctimas especialmente vulnerables? Entre automatismos e individualización.....	54
IV. Reflexiones conclusivas	57
Bibliografía	60

Vulnerabilidad y Derecho Penal Internacional

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

I. Introducción	65
II. La protección a grupos vulnerables.....	67
2.1. La vulnerabilidad de los grupos protegidos en el delito de genocidio	67
2.2. La vulnerabilidad de la población civil en los crímenes de lesa humanidad	70
2.3. La vulnerabilidad en los crímenes de guerra.....	72
III. La especial vulnerabilidad de la víctima en la valoración de la gravedad del delito a efectos de la determinación de la pena.....	74
3.1. La gravedad del delito como factor principal para la deter- minación de la pena	74

3.2. La especial vulnerabilidad de la víctima como elemento integrante de la gravedad	76
IV. La especial vulnerabilidad de la víctima como agravante	78
4.1. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia	78
4.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda	82
4.3. La Corte Penal Internacional	83
V. Reflexiones finales: ¿qué puede aportar la experiencia del derecho penal internacional al debate nacional?	87
Bibliografía	88

Las circunstancias agravantes específicas de nuevo cuño: ¿más expansión del Derecho Penal? El caso de la vulnerabilidad victimal

JUAN CARLOS SANDOVAL

I. Planteamiento de la cuestión	91
II. Las agravaciones específicas basadas en la situación de especial vulnerabilidad de la víctima (o en una víctima especialmente vulnerable). Aspectos generales	94
III. ¿Por qué se ha proporcionado una tutela reforzada a determinadas víctimas especialmente vulnerables? Algunas consideraciones preliminares	111
IV. Conclusiones	115
Bibliografía	116

La menor edad como fundamento de la agravación de la pena: estudio crítico de los tipos agravados por razón de la menor edad y la especial vulnerabilidad

ISIDORO BLANCO CORDERO

I. Introducción	121
II. La tutela penal reforzada de los menores mediante tipos cualificados ..	124
III. Los menores protegidos: el límite de edad de catorce, dieciséis, dieciocho años y la vulnerabilidad por razón de la edad	126
3.1. La protección penal de los menores de catorce años	126
3.2. La menor edad de dieciséis años	129
3.3. Protección penal incrementada de los menores de dieciocho años	134
3.3.1. Tipos cualificados fundamentados en la inferioridad del menor ante el comportamiento del agresor o en la incidencia negativa en su formación o desarrollo ...	135
3.3.2. Utilización de menores de edad para cometer delitos o actividades ilícitas	140

3.3.3. Especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la (menor) edad	143
IV. Conclusiones	146
4.1. Incoherencias de los tipos agravados cuando el sujeto pasivo es un menor	146
4.2. ¿Es necesario introducir una agravante genérica de minoría de edad?	150
Bibliografía	157

Mayores vulnerables y Derecho Penal: una aproximación a la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

I. Introducción	161
II. El maltrato a las personas mayores. Aspectos victimológicos	168
2.1. Un fenómeno en expansión	168
2.2. Formas de victimización	170
2.3. Victimizaciones por tipología en España en 2021	171
2.4. Factores de riesgo	174
III. La agravante de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad	176
3.1. Subtipos cualificados por la especial vulnerabilidad por razón de edad	176
3.2. La edad como fuente de especial vulnerabilidad	178
3.2.1. Minoría de edad y edad avanzada	179
3.2.2. Discapacidad, enfermedad y (avanzada) edad	180
3.3. La aplicación judicial del subtipo cualificado de especial vulnerabilidad por razón de la (avanzada) edad	187
3.3.1. Resoluciones que realizan una aplicación automática del subtipo agravado	189
3.3.2. Resoluciones que niegan una aplicación automática del subtipo agravado	193
3.3.3. Resoluciones que fundamentan adecuadamente la apreciación del subtipo agravado	196
3.3.4. Resoluciones que fundamentan la especial vulnerabilidad en la edad y otras circunstancias conjuntamente	197
IV. Conclusiones	200
Bibliografía	202

La especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS

I. Introducción	205
II. Discapacidad	207
2.1. Concepto de discapacidad en el Código Penal.....	207
2.2. Tutela jurídico penal de la discapacidad	212
III. Enfermedad	216
Bibliografía	219

El abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco (art. 268 Cp)

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ

I. Introducción	221
II. La apreciación del “abuso de vulnerabilidad” en la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales	223
2.1. El abuso de la vulnerabilidad por razón de edad.....	224
2.1.1. El caso de los menores de edad	227
2.1.2. El caso de las personas de edad avanzada	231
2.2. El abuso de la vulnerabilidad por tratarse de una persona con discapacidad.....	235
2.3. Parientes enfermos o en otras situaciones de vulnerabilidad: ¿desprotegidos?.....	236
III. Conclusiones.....	240
Bibliografía	242

La especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal Procesal español

CARMEN DURÁN SILVA

I. Introducción: cuestiones previas sobre la vulnerabilidad victimal.....	245
II. Regulación en vigor	254
2.1. Menores.....	254
2.1.1. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.....	254
2.1.2. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia	258
2.2. Personas con discapacidad	265
2.2.1. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.....	265

2.2.2. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia	268
III. La regulación en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020	271
IV. Conclusiones.....	275
Bibliografía	280

La protección penal de las víctimas vulnerables. Pautas interpretativas y propuestas de mejora

CLARA MOYA GUILLEM

I. Introducción	283
II. Las cuatro dimensiones de la vulnerabilidad victimal. Delimitación y análisis de su impacto en el sistema de justicia penal	288
2.1. La prevención de la victimización a través de políticas públicas de seguridad.....	289
2.2. La prevención de la victimización a través de la pena.....	292
2.3. La prevención de la victimización secundaria.....	293
2.4. La reparación de la victimización.....	296
III. Las circunstancias agravantes específicas basadas en la especial vulnerabilidad victimal.....	297
3.1. De nuevo sobre el fundamento.....	298
3.2. Algunas pautas de interpretación de lege lata.....	306
IV. Propuestas de lege ferenda a modo de conclusión	311
Bibliografía	315

Vulnerabilidad y Derecho Penal Internacional

CRISTINA FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal Internacional tiene una indudable vocación de protección de grupos vulnerables. Así, no es casual que los primeros esfuerzos desde el ámbito internacional o desde el Derecho humanitario internacional, que décadas después se vieron plasmados en el ámbito penal internacional, fueran encaminados a proteger a minorías de la acción de sus propios gobiernos o a los grupos más vulnerables en una guerra (prisioneros, heridos, enfermos o civiles).

El Preámbulo de la Corte Penal Internacional se refiere, entre los factores que motivaron la creación de la Corte, al hecho de que “en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”. No es un irrelevante que la enumeración comience con niños y mujeres, tradicionalmente considerados vulnerables en el marco de una situación de conflicto. Este fin de protección de grupos de víctimas vulnerables está también presente en los delitos previstos por el Estatuto de la Corte Penal Internacional: los crímenes contra la humanidad persiguen proteger a la población civil en contextos de ataques generalizados o sistemáticos; el genocidio, tiene por víctimas a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos a los que el agresor trata de destruir; y los crímenes de guerra están en parte dirigidos a proteger a las víctimas más vulnerables del conflicto (población civil, heridos, etc.)¹.

Con todo, más allá del incuestionable propósito de proteger a grupos vulnerables frente a graves violaciones de derechos, la especial

¹ No se abordará en este trabajo el delito de agresión que, según la redacción adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, difiere en su origen y estructura y no está directamente relacionado con la vulnerabilidad.

vulnerabilidad de la víctima individual también ha sido considerada para agravar la pena correspondiente. Esto se ha llevado a cabo a través de dos vías, que difieren en su fundamento, pero tienen el mismo efecto, esto es, el incremento de la pena impuesta. La primera implica entender que, debido a la especial vulnerabilidad de las víctimas, la gravedad de los delitos cometidos es mayor. Esta es la opción elegida en algunas de las primeras sentencias del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y también por la jurisprudencia de la Corte Especial para Sierra Leona.

La segunda opción se materializa apreciando una agravante genérica en principio aplicable a cualquiera de los delitos competencia del tribunal. La mayoría de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y también de la Corte Penal Internacional han optado por este enfoque.

En este segundo grupo de casos, la concreta formulación de la agravante ha ido cambiando a lo largo de los años. Los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* gozaron de una enorme discrecionalidad a la hora de determinar las agravantes y sus efectos en la determinación de la pena. De hecho, ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ni los del de Ruanda contaban con una lista de agravantes o atenuantes. En su lugar, los jueces integrantes de las distintas salas podían determinar las circunstancias que, a su parecer, agravarían la pena en ese caso concreto sometido a juicio. Ahora bien, a pesar de no existir una enumeración cerrada, la vulnerabilidad de la víctima pronto se erigió en una de las agravantes más frecuentemente aplicadas, en particular en el contexto del conflicto de los Balcanes.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, las agravantes y atenuantes sí se encuentran expresamente previstas en la Regla 145 RPE, que en el punto 2.b.iii se refiere a “la comisión del delito cuando la víctima esté particularmente indefensa”.² Aunque el número de sentencias dictadas por la Corte es, por el momento, reducido, esta

² En la versión oficial en inglés: “commission of the crime where the victim is particularly defenceless” (Rules of Procedure and Evidence).

agravante ya ha suscitado cierta discusión a la hora de determinar su aplicabilidad.

En este contexto, en las siguientes páginas examinaré, en primer lugar, la protección de los grupos vulnerables en los denominados *core crimes* (delitos fundamentales). En segundo lugar, expondré las dos vías elegidas por la jurisprudencia para dar cabida a la especial vulnerabilidad de la víctima: por una parte, el incremento de la gravedad del delito a efectos de la determinación de la pena; por otra, el recurso a una agravante, tal y como ha sido empleada en los diferentes tribunales penales internacionales. Finalmente, el trabajo concluirá con algunas reflexiones a propósito de lo que el Derecho Penal Internacional puede aportar al debate en el ámbito nacional, objeto de este libro.

II. LA PROTECCIÓN A GRUPOS VULNERABLES

2.1. *La vulnerabilidad de los grupos protegidos en el delito de genocidio*

Raphael Lemkin, el jurista polaco que acuñó el término genocidio, dedicó sus primeros trabajos al estudio de la protección jurídica de las minorías que, en los inicios del siglo XX, y en un contexto de redefinición de fronteras, eran víctima frecuente de graves violaciones de sus derechos. Estas minorías se encontraban amenazadas por las acciones de sus propios gobiernos.³

Con el trabajo de Lemkin y los juicios de Nuremberg como antecámara, la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio se aprobó en 1948 y definió el delito como:

“[C]ualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

³ LEMKIN, R.: *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

La formulación del delito tomaba forma todavía bajo el impacto de las monstruosas dimensiones del Holocausto judío, que provocó la muerte de alrededor de 6 millones de personas. Así, el delito se estructuró en torno a un elemento subjetivo del injusto consistente en buscar la destrucción total o parcial del grupo. En la formulación de las modalidades, se tuvo en cuenta la política de exterminio nazi, aunque también los hechos acaecidos en Armenia a principios de siglo XX. Por ejemplo, través de las “matanzas de miembros del grupo” se pretendían castigar las cámaras de gas o las ejecuciones; con el “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial” se trataba de dar respuesta penal a los trenes de la muerte, los campos de concentración o los guetos, pero también el paso por el desierto de los armenios.

Más controvertida fue la selección de los grupos, que finalmente quedó reducida a los nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Aunque persisten las dudas sobre los contornos precisos de algunas de estas categorías, sí está claro que quedaron fuera grupos como los políticos, los económicos o los basados en el sexo, género, orientación sexual e identidad sexual de sus miembros.⁴

Existe cierto debate a propósito de los criterios manejados para llegar al listado final de grupos protegidos. Los trabajos preparatorios no son necesariamente claros al respecto; algo más de luz pueden arrojar las discusiones sobre los grupos excluidos, en particular, los controvertidos grupos políticos. Entre los argumentos esgrimidos para descartar a los grupos políticos se argumentó que carecían de la suficiente homogeneidad y estabilidad y que sus miembros habían

⁴ De estas dudas da cuenta también la jurisprudencia, por ejemplo, en: Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Rutaganda Trial Judgment*, 6 December 1999, párrafo 56.

elegido libremente su afiliación.⁵ También la doctrina suele respaldar la idea de que la estabilidad es un rasgo común compartido por los grupos seleccionados.⁶ Asimismo, la jurisprudencia ha incidido en la importancia de la estabilidad, identificándola con la permanencia del grupo, la adscripción por nacimiento, la ausencia de adscripción voluntaria por compromiso individual, la condición de miembro no modificable o la gran dificultad para el abandono del grupo.⁷

No está claro si efectivamente ese fue el criterio rector.⁸ Pero, de serlo, podría afirmarse que lo que existe tras esa idea de inevitabilidad en la pertenencia al grupo es, en última instancia, la mayor vulnerabilidad de sus miembros, que se encuentran, desde esta lógica, más expuestos al ataque. Este rasgo nacional, étnico, racial o religioso es el que, en un contexto de ataque contra el grupo, lo convierte en vulnerable. Pero no se trata de un rasgo *a priori* del grupo como tal. Los judíos eran un grupo numeroso, con cierto poder político y, sin duda, económico a principios del siglo XX. Los tutsis eran considerados la élite económica y política décadas antes del genocidio. Sin embargo, una vez se puso en marcha el plan de ataque que los hacía objetivo a destruir, se convirtieron en grupos vulnerables, a lo que el delito de genocidio pretende dar respuesta.

⁵ Sobre el proceso de redacción, véase, SCHABAS, W.A.: *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2ª ed., 2009.

⁶ Por todos, WERLE, G./ JESSBERGER, F.: *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3a ed., 2014, p. 295.

⁷ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Akayesu Trial Judgement, 2 September 1998, párrafo 511; Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Rutaganda Trial Judgement, 6 December 1999, 14 December 1999, párrafo 57; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Jelisić Trial Judgement, párrafo 69. Sobre el carácter estable de los grupos, véase FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.: *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 2011, p. 145-161.

⁸ Más bien, los Estados se mostraban reticentes a renunciar a su prerrogativa de reprimir la subversión y dejar a los grupos políticos fuera del precepto podía asegurar un mayor consenso y una ratificación más amplia (MARTIN, F.: “The notion of «protected group» in the Genocide Convention and its application”, en GAETA, P., *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, 2009, p. 116.

2.2. *La vulnerabilidad de la población civil en los crímenes de lesa humanidad*

Fue en Nuremberg cuando, por primera vez en la historia, se castigaron los crímenes contra la humanidad, proclamando con ello el derecho de la comunidad internacional de levantar el velo de la soberanía estatal cuando un estado vulnera sistemáticamente los derechos humanos de sus ciudadanos.⁹ Este avance se produjo a pesar de las reticencias mostradas por los aliados al castigo de los delitos cometidos por Alemania contra los alemanes, lo que provocó la imposición del requisito de vinculación del delito a la situación de conflicto armado, ya sea a través de los crímenes de guerra o de los crímenes contra la paz.¹⁰

La formulación de los crímenes contra la humanidad ha ido evolucionando en las últimas décadas, desde la sucinta definición en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, hasta la mucho más detallada redacción en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Algunos rasgos se han ido modificando, como su desvinculación del contexto de conflicto armado o la inclusión expresa de formas de violencia sexual como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, hay un elemento que ha permanecido estable desde su concepción: que las conductas recaigan sobre la población civil.

Los crímenes de lesa humanidad aparecen recogidos en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional en los siguientes términos:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;

⁹ Tras su formulación se encontraba el eminente jurista Hersch Lauterpacht (sobre este tema, véase, SANDS, P.: *Calle Este-Oeste*, Anagrama, 2016). GAETA, P.: “War crimes and other international «core» crimes”, en CLAPHAM, A./ GAE-TA, P. *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, p. 743.

¹⁰ SCHABAS, W.A.: *An introduction to the International Criminal Court*, 6a ed., 2020, p. 102.

- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Es evidente, por tanto, el protagonismo de la población civil, elemento esencial que se integra en la cláusula contextual que debe acompañar a todas las modalidades enunciadas. La jurisprudencia internacional ha dedicado grandes esfuerzos a su interpretación. En general, se entiende que, en tiempos de paz, es civil toda la población excepto quienes están a cargo de mantener el orden público y están legitimados para el uso de la fuerza;¹¹ en tiempos de conflicto armado, la población civil incluye a todo aquel que no sea miembro de las fuerzas armadas ni combatiente regular.¹² En caso de duda sobre el estatus de una persona, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha abogado por calificarla como civil.¹³

¹¹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Kayishema and Ruzindana Trial Judgement, párrafo 127.

¹² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Kunarac Trial Judgement, párrafo 426; Blaškić Trial Judgement, párrafo 214.

¹³ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Kunarac Trial Judgement, párrafo 426; con ciertos matices en Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Blaškić Trial Judgement, párrafo 111. Esto está en línea con lo proclamado por el artículo 50.1 del Protocolo Adicional I a los Convenios de

Se han considerado civiles a los efectos de este precepto a todos aquellos que no estén tomando parte en las hostilidades, incluyendo a miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas o están fuera de combate por estar enfermos, heridos o detenidos.¹⁴ También fueron catalogados como civiles los antiguos miembros de la resistencia que han depuesto las armas y se encuentran hospitalizados,¹⁵ e incluso los que están “activamente involucrados en el movimiento de resistencia”.¹⁶ En definitiva, los tribunales *ad hoc* han sostenido una versión muy amplia de este elemento, en línea con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.¹⁷

Es decir, la interpretación de la “población civil” está íntimamente vinculada a cierta indefensión, especialmente teniendo en cuenta que, aunque no es imprescindible que exista un conflicto armado, los hechos sí se producen en el contexto de un ataque generalizado o sistemático. Este ataque, según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, implica la existencia de la “política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” (artículo 7.2.a).

2.3. La vulnerabilidad en los crímenes de guerra

Los crímenes de guerra, entendidos *stricto sensu* en su sentido jurídico como violaciones de Derecho internacional humanitario que acarrearán responsabilidad penal directa en Derecho internacional,¹⁸

Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

¹⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Akayesu Trial Judgement, párrafo 582. También en Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Rutaganda Trial Judgement, párrafo 72 o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Musema Trial Judgement, párrafo 207.

¹⁵ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Mskšić Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, para. 32.

¹⁶ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tadić Trial Judgment, párrafo 643; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Kupreškić Trial Judgement, párrafo 549.

¹⁷ A propósito, AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 64.

¹⁸ WERLE, G./JESSBERGER, F.: *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3a ed., 2014, p. 392.

constituyen el tercer *core crime*, el más antiguo de todos, por cuanto se encuentra estrechamente vinculado al Derecho internacional humanitario, que comenzó a desarrollarse mucho antes que el Derecho Penal Internacional.¹⁹ La relación de los crímenes de guerra con el Derecho internacional humanitario es tal, que no es posible comprender los elementos del tipo de los crímenes de guerra sin remitir a este cuerpo de normas.²⁰

Aunque hoy esta clasificación se entiende superada, tradicionalmente se ha distinguido entre dos ámbitos, el denominado “Derecho de la Haya”, dirigido a proscribir determinados medios y usos de guerra (como, por ejemplo, emplear veneno o armas envenenadas) y el “Derecho de Ginebra”, en referencia a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, que se centraba en otorgar protección a categorías protegidas de personas (como, por ejemplo, los prisioneros de guerra).²¹

Los cuatro Convenios de Ginebra aprobados en 1949 se diferenciaban precisamente por el grupo de personas a los que va dirigido: heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I), heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (II), prisioneros de guerra (III) y personas civiles en tiempo de guerra (IV). Por su parte, los Protocolos Adicionales I y II se dirigían a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales.

Este segundo bloque, centrado en la persecución de delitos contra personas protegidas en el contexto de un conflicto armado, se encuentra claramente plasmado en los distintos estatutos de los tribunales. En el caso de la Corte Penal Internacional, se castigan como crímenes de guerra las infracciones graves a los Convenios de Ginebra conductas como el homicidio, la tortura, la deportación o el traslado ilegal, cometidas contra personas protegidas por las disposiciones del Con-

¹⁹ SCHABAS, W.A.: *An introduction to the International Criminal Court*, 6th ed., 2020, p. 117.

²⁰ COTTIER, M.: “Article 8”, en TRIFFTERER, O./ AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck, 3a ed., 2016, p. 317.

²¹ SANDOZ, Y./SWINARSKI, C./ ZIMMERMANN, B. (eds.): *Comentario de los Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, 2000, tomo I, p. 28.

venio de Ginebra (art. 8.2 del Estatuto). Entre estas personas protegidas están los miembros de las fuerzas armadas que ya no participan en las hostilidades por estar heridos o haber sido capturados. También hay referencias en el artículo 8 a las “personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa” (art. 8.2.c) y a la población civil (art. 8.2.e). Es decir, tras esta selección de personas protegidas hay, sin duda, un claro componente de vulnerabilidad en el contexto del conflicto armado que justifica una protección reforzada que articulan los crímenes de guerra.

En conclusión, el Derecho Penal Internacional pretende proteger a grupos vulnerables en contextos de violación sistemática de sus derechos. Pero también cuenta con medios para castigar más gravemente aquellas conductas constitutivas de delito que recaen sobre individuos especialmente vulnerables. A esta segunda vía se dedicará el apartado siguiente.

III. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA EN LA VALORACIÓN DE LA GRAVEDAD DEL DELITO A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

3.1. La gravedad del delito como factor principal para la determinación de la pena

Si algo caracteriza la determinación de la pena en los tribunales penales internacionales es la extrema discrecionalidad de la que gozan sus jueces. De hecho, en los Estatutos no se incluyen marcos penales. En general, las disposiciones referidas a la determinación de la pena son particularmente escuetas, haciendo poco más que apuntar a la prisión como pena principal y, en su caso, la posibilidad de imponer cadena perpetua.

En cuanto a los criterios de determinación de la pena, los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como el de la Corte Especial para Sierra Leona, establecen que “al imponer las penas, las Salas de Primera Instancia deberán

tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado”.²²

La gravedad del delito se ha considerado tradicionalmente y de forma unánime por la jurisprudencia de todos los tribunales internacionales como el factor clave en la determinación de la pena. Es ya célebre la cita de la sentencia Čelebići en primera instancia en la que la Sala del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia determinó que “la consideración más importante que puede ser considerada como prueba definitiva para una sentencia adecuada es la gravedad del delito”.²³

Con todo, como señaló la sentencia Kambanda del Tribunal Penal Internacional para Ruanda:

“En lo que respecta a la individualización de la pena, los jueces de la Sala no pueden limitarse a los factores mencionados en el Estatuto y las Reglas (...). Su discrecionalidad ilimitada para evaluar los hechos y las correspondientes circunstancias debería habilitarles para tener en cuenta cualquier otro factor que consideren pertinente”.²⁴

En cuanto a la Corte Penal Internacional, el artículo 77.1 del Estatuto señala las penas aplicables al declarar que la Corte podrá imponer “[l]a reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. La introducción de la cadena perpetua no estuvo exenta de polémica al considerarse por algunos estados como un castigo cruel, inhumano y degradante. Su presencia se explica, de nuevo, por la voluntad de alcanzar el consenso frente a Estados que defendían la pena de muerte. Finalmente se aprobó la inclusión de la cadena per-

²² Artículo 24.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia; artículo 23.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; y artículo 19.2 del Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona.

²³ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Čelebići Trial Judgement, 16 November 1998, para. 1225.

²⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Kambanda Judgement and Sentence, 4 September 1998, para. 30.

petua, si bien estableciendo una revisión de la condena al cabo de 25 años de cumplimiento de la pena.²⁵

Aunque tampoco el Estatuto de Roma contempla marcos penales, sí hay criterios de determinación de la pena algo más concretos. En primer lugar, en la misma línea de sus predecesores, el artículo 78.1 del Estatuto proclama que, “[a]l imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

La novedad viene, por tanto, de la mano de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que, en la Regla 145.1, enumeran una serie de factores para la determinación de la pena en los siguientes términos:

“Adicionalmente a los factores mencionados en el artículo 78, párrafo 1, se considerarán, *inter alia*, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares; la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen; el grado de participación del condenado; el grado de intencionalidad; las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad; educación y condición social y económica del condenado”.²⁶

3.2. *La especial vulnerabilidad de la víctima como elemento integrante de la gravedad*

Precisamente debido a la falta de reglas de determinación de la pena y a la inicial incertidumbre sobre los contornos precisos del concepto de gravedad, en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, aunque también en la de la Corte Especial para Sierra Leona, no pocas sentencias han incluido la espe-

²⁵ Sobre el debate, véase SCHABAS, W.A.: Introduction to the International Criminal Court, Cambridge University Press, 6a ed., 2020, p. 343.

²⁶ Traducción propia del inglés: In addition to the factors mentioned in article 78, paragraph 1, give consideration, *inter alia*, to the extent of the damage caused, in particular the harm caused to the victims and their families, the nature of the unlawful behaviour and the means employed to execute the crime; the degree of participation of the convicted person; the degree of intent; the circumstances of manner, time and location; and the age, education, social and economic condition of the convicted person.

cial vulnerabilidad de la víctima en la valoración de la gravedad del delito.²⁷ Es decir, si las conductas recaían sobre personas especialmente vulnerables, la gravedad del delito se consideraba mayor y, en consecuencia, la pena se incrementaba. Como consecuencia, ya no sería posible la apreciación de una agravante para esta circunstancia, puesto que lo contrario vulneraría el principio *ne bis in idem*.

Por ejemplo, en la sentencia del caso Zelemović, el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia determinó que:

“Un factor importante al valorar la gravedad del delito es la vulnerabilidad de las víctimas. Las víctimas en este caso fueron arrestadas y detenidas en condiciones brutales durante largos periodos de tiempo. Estaban desarmadas e indefensas. Las víctimas estaban, por tanto, en una situación de particular vulnerabilidad en el momento de la comisión de los delitos. Además, la víctima FWS-87, que fue violada por el señor Zelenović en numerosas ocasiones, tenía unos 15 años en el momento de la comisión de los delitos. Esto incrementa la gravedad del delito cometido contra ella. El señor Zelenović era consciente y aprovechó esta vulnerabilidad de las víctimas”.²⁸

También la Corte Especial para Sierra Leona empleó esta vía para valorar la especial vulnerabilidad de la víctima, a pesar de que la Fiscalía intentó reiteradamente que se reconociera como agravante.²⁹ No obstante, la Corte estableció en múltiples ocasiones que la vulnerabilidad debía tenerse en cuenta al valorar la gravedad de los delitos cometidos y no como agravante.³⁰ Esta especial vulnerabilidad ha sido reconocida en delitos cometidos contra niños, mujeres y mujeres embarazadas.³¹

²⁷ Entre otras, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Bala Trial Judgement, 30 November 2005, párrafo 731.

²⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Zelemović Sentencing Judgement, 4 April 2007, párrafos 39.

²⁹ Prosecution Sentencing Brief, citada en AFRC Sentencing Judgement, 17 July 2007, nota 108.

³⁰ Esta es una constante en todas las sentencias dictadas. Por todas, Corte Especial para Sierra Leona, CDF Sentencing Judgement, 9 October 2007, note 51.

³¹ Corte Especial para Sierra Leona, AFRC Sentencing Judgement, 17 July 2007, párrafo 82; Corte Especial para Sierra Leona, CDF Sentencing Judgement, 9 October 2007, párrafo 48 y 55.

Además de la vulnerabilidad de la víctima, según la jurisprudencia de la Corte Especial de Sierra Leona, forman parte de la valoración de la gravedad factores como la naturaleza de la conducta criminal o el grado de participación del acusado en los hechos, pero también otras circunstancias estrechamente vinculadas a la víctima, como el número de víctimas, el grado de sufrimiento, impacto y consecuencias del delito en la víctima inmediata en términos de efectos físicos, emocionales y psicológicos o los efectos del crimen en los familiares de la víctima inmediata o en el grupo víctima de los ataques.³²

Las consecuencias penológicas son, en última instancia, las mismas que ante la aplicación de la agravante: la pena se eleva cuando las víctimas fueran especialmente vulnerables, entendiendo que ello incrementa la gravedad del delito cometido. Con todo, esta especial vulnerabilidad parece tener menos visibilidad al diluirse en el concepto más amplio de gravedad.

IV. LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA COMO AGRAVANTE

4.1. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Como señalé, los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda no contaban con un listado de agravantes o atenuantes, sino que podían valorar libremente qué circunstancias podían agravar o atenuar las penas. La Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ha entendido al respecto que, ya que estas circunstancias no se encuentran definidas en el Estatuto ni en las Reglas, las salas tienen “un considerable grado de discrecionalidad para decidir estos factores”.³³

En la práctica, esto ha traído consigo una gran variedad de agravantes como, por ejemplo, el abuso de posición de superioridad, el

³² Corte Especial para Sierra Leona, AFRC Sentencing Judgement, 17 July 2007, párrafo 19.

³³ Por todas, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Čelebići Appeals Judgement, para. 780.

sufrimiento extraordinario de las víctimas, la gran cantidad de víctimas, la crueldad del ataque, la duración de la participación en los delitos, la importancia de la participación en el ataque, el estatus de las víctimas, el nivel educativo del autor o la creación de un ambiente de terror.³⁴ Con todo, la agravante por vulnerabilidad ha tenido un papel preeminente en la jurisprudencia del Tribunal y ha sido una de las agravantes más frecuentemente aplicada. Según un estudio realizado en 2011 por D'Ascoli, esta agravante fue esgrimida por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en 50 sentencias del total de 87 estudiadas, siendo la segunda agravante más empleada.³⁵ En otro estudio publicado el mismo año, Holá, Smeulers y Bijleveld llegaron a una conclusión similar, señalando que en el 46% de las sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia incluían la agravante por vulnerabilidad.³⁶

Su formulación (esto es, los términos en concreto empleados) ha ido modificándose, precisamente como consecuencia de la falta de regulación expresa. En los primeros años, las sentencias se referían, en el contexto de las detenciones ilegales, a que las víctimas se encontraban “cautivas a merced de sus captores”³⁷ o “a completa merced de sus captores”.³⁸ Fue a partir de la sentencia Aleksovski, en 1999, donde comenzaron las referencias a la “vulnerabilidad”, a la “indefensión” o a la “situación de inferioridad”.³⁹ Aunque no siempre, en ocasiones,

³⁴ HOLÁ, B./ SMEULERS, A./ BIJLEVELD, C., “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 9.

³⁵ D'Ascoli, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011, p. 245.

³⁶ HOLÁ, B./ SMEULERS, A./ BIJLEVELD, C., “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 435.

³⁷ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Celebici Trial Judgement, 16 de noviembre de 1998, párrafo 1268; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Furundžija Trial Judgement, 10 de diciembre de 1998, párrafo 283.

³⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Furundžija Trial Judgement, 10 December 1998, para. 283.

³⁹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Aleksovski Trial Judgement, 25 June 1999, párrafo 227.

se refería la jurisprudencia a la “total”⁴⁰ o, más frecuentemente y en línea con el Derecho comparado, la “especial” vulnerabilidad.⁴¹

En 2004, en la sentencia Blaskic en segunda instancia, la Sala de Apelación recogió un listado -aunque abierto- de agravantes. En esta enumeración había dos referencias relevantes a efectos de la vulnerabilidad. Por una parte, se incluía la posibilidad de agravar la pena debido a “la naturaleza sexual, violenta y humillante de los actos y la vulnerabilidad de la víctima”. Por otra parte, como una circunstancia distinta, la sentencia se refería a la agravante fundamentada en “el estatus de la víctima, su juventud y número y el efecto de los delitos en ella”.⁴²

Es decir, en su origen, el concepto de vulnerabilidad era poco nítido y se encontraba íntimamente asociado a otras agravantes vinculadas en términos generales con la víctima. Con el paso del tiempo, esta agravante fue diferenciándose y adquiriendo rasgos específicos. En 2006, en la sentencia Rajić se estableció que “la jurisprudencia del Tribunal ha considerado de forma consistente la especial vulnerabilidad de ciertas categorías de víctimas, como discapacitados, niños o ancianos, como un factor agravante”.⁴³

Por tanto, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, es posible concluir que la agravante por la especial vulnerabilidad de la víctima se ha empleado en dos grupos de casos. En primer lugar, basada en las características o estatus de la víctima. En este ítem se incluye a ancianos, niños, discapacitados y “pacientes de hospital”.⁴⁴ También han sido consideradas víctimas vulnerables a efectos de agravación de la pena las mujeres (en concreto, aunque no solo, jóvenes o ancianas), lo cual resulta ra-

⁴⁰ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Kvočka et al Trial Judgement, 2 November 2001, párrafo 702.

⁴¹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Mrđa Sentencing Judgement, 31 March 2004, párrafo 46.

⁴² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Blaskic Appeal Judgement, 29 July 2004, párrafo 686.

⁴³ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Rajić Sentencing Judgement, 8 May 2006, párrafo 117.

⁴⁴ Entre otras, Jokić Sentencing Judgement, 18 April 2004, párrafo 64.

zonable en un contexto de conflicto y ante la dimensión e intensidad de la violencia sexual en la guerra de los Balcanes.⁴⁵

En segundo lugar, para la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia la vulnerabilidad puede fundamentarse en la situación de la persona. Así, son frecuentes las referencias a la situación de inferioridad o de indefensión de quienes se encuentran cautivos en campos de detención como Omarska o Kera-term. En este sentido, algunas sentencias consideraban que el hecho de que las víctimas estuvieran detenidas en condiciones extremas en campos de detención servía como fundamento a esta especial vulnerabilidad que permitía agravar la pena.⁴⁶ Se equipara, en este contexto, la vulnerabilidad y la indefensión producida por las circunstancias. Probablemente por este uso de la agravante, defienden Holá, Smeulers y Bijleveld que la vulnerabilidad es una de las pocas agravantes específicamente relacionadas con una situación de conflicto.⁴⁷

Aunque las sentencias en general no hagan referencia expresamente al principio *ne bis in ídem*, sí está claramente reflejado su contenido, conforme al cual un mismo aspecto no puede ser tenido en cuenta dos veces.⁴⁸ Esto es, si la vulnerabilidad ya fue valorada en la definición del delito, no podrá aplicarse también la agravante por vulnerabilidad.⁴⁹ El ejemplo más claro en este sentido es la condición de civil. La jurisprudencia ha sido muy constante a la hora de prohibir que la condición de población civil en un contexto de conflicto armado por sí misma pueda fundamentar la vulnerabilidad o, en general, considerarse como una agravante, en tanto este hecho ya ha sido tenido en cuenta para considerar la tipicidad de la conducta, como ocurre en los

⁴⁵ Entre otras, Kunarac et al., Trial Judgement, 22 February 2001, párrafo 879.

⁴⁶ Entre otras, Nikolić Sentencing Judgment, 18 December 2003, para. 184; Ćesić Sentencing Judgement, 11 March 2004, para 49.

⁴⁷ HOLÁ, B./ SMEULERS, A./ BIJLEVELD, C., “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 436.

⁴⁸ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Blaskic Appeal Judgement, 29 July 2004, párrafo 693.

⁴⁹ Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Jokić Sentencing Judgment, 18 April 2004, párrafo 64.

crímenes de lesa humanidad o en algunas modalidades de crímenes de guerra.⁵⁰

En ocasiones, especialmente en las primeras sentencias, la línea que separa unas agravantes y otras no es nítida. Resulta evidente este problema, por ejemplo, respecto al abuso de superioridad, que aparece en algunos casos vinculado a la vulnerabilidad.⁵¹ También es relevante el caso de la agravante por victimización, aplicada de forma independiente por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, concebido como el “daño y nivel de sufrimiento causado a las víctimas, consecuencias para los supervivientes, trauma físico y psicológico sufrido por los supervivientes”.⁵²

4.2. *El Tribunal Penal Internacional para Ruanda*

Si en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia la agravante por vulnerabilidad de las víctimas fue una de las más frecuentemente aplicadas, en la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ocurrió justo lo opuesto, apreciando esta circunstancia de forma muy escasa.⁵³ Este uso desigual es clara consecuencia de la discrecionalidad en la identificación de agravantes, ya que no es posible afirmar que muchas de las víctimas del genocidio ruandés no fueran vulnerables.

Así, los hechos delictivos que hubieran podido justificar la aplicación de esta agravante resultaban agravados con otras formulaciones. En el caso Muhimana una mujer embarazada fue brutalmente asesi-

⁵⁰ Entre otras, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Česić Sentencing Judgement, 11 March 2004, párrafo 49.

⁵¹ D'ASCOLI, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011, p. 245.

⁵² D'ASCOLI, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011, p. 245.

⁵³ Según D'ASCOLI solo en 6 sentencias (D'ASCOLI, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011, p. 245). HOLÁ *et al.* ni siquiera incluyen la vulnerabilidad en su recuento de las 10 agravantes más utilizadas por el TPIR (HOLÁ, B./ SMEULERS, A./ BIJLEVELD, C.: “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 435).

nada. La sentencia determinó que “este salvaje ataque a una mujer embarazada merece la condena más contundente posible y constituye un factor altamente agravante”.⁵⁴ En otras ocasiones, de forma más expresa se recurre a la agravación por la crueldad del ataque, en situaciones que hubieran sido susceptibles de constituir especial vulnerabilidad. Esto es, mientras que la agravante por especial vulnerabilidad se aplicaba en el caso de la antigua Yugoslavia para las víctimas retenidas en campos de detención como Omarska o Keraterm, en el caso ruandés, los ataques sobre iglesias y refugios en los que cientos de víctimas se refugiaban se castigaron aplicando una agravante por la crueldad del ataque⁵⁵.

4.3. *La Corte Penal Internacional*

Dado que el marco legal de la Corte Penal Internacional es más detallado y, por tanto, más claro, también la distinción entre los factores que determinan la gravedad del delito y las agravantes lo está. En parte porque, como señalé, las Reglas de Procedimiento y Prueba ofrecen un listado de factores que puede entenderse que definen la gravedad del delito. Pero, sobre todo, porque las agravantes están expresamente recogidas en las Reglas de Procedimiento y Prueba, figurando entre ellas “la comisión del delito cuando la víctima está particularmente indefensa” (Rule 145.2.b.iii). Por tanto, en el marco de la Corte, la especial vulnerabilidad de la víctima no se aprecia al evaluar la gravedad del delito cometido, sino como agravante. Con todo, la distinción no es tan nítida como pudiera parecer. La regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba menciona como factor indicativo de la gravedad del delito “el daño causado a las víctimas y sus familias.”

Es interesante que la agravante se configure en torno al concepto de “indefensión” y no directamente de la vulnerabilidad. No obstan-

⁵⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Muhimana Trial Judgement, 28 de abril de 2005, párrafo 612.

⁵⁵ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Kamuhanda Trial Judgement, 22 January 2004, párrafo 764. Sobre este asunto, Holá et al señalan que esta agravante ha sido empleada en un 12,5% de las sentencias estudiadas (HOLÁ, B./SMEULERS, A./BIJLEVELD, C.: “International sentencing facts and figures. Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, p. 436).

te, en la práctica, la vulnerabilidad se emplea en las decisiones como sinónimo. Además, la formulación parece poner el énfasis en la situación en la que se encuentra la víctima y no exclusivamente en sus características personales.

No hay una definición de lo que debe entenderse por esta indefensión en el ámbito de la determinación de la pena. Sí la hay en el ámbito procesal, donde existe un protocolo especial para testigos vulnerables en el que se identifican tres grupos de factores empleados para determinar la vulnerabilidad de los testigos. En este contexto, dos de los grupos de criterios enunciados pueden ser de utilidad para el ámbito sustantivo. Primero, los factores relacionados con la persona, como la edad (niños o ancianos), la personalidad, la discapacidad (incluyendo deficiencias cognitivas), la enfermedad mental o los problemas psicosociales (como problemas relacionados con el trauma y/o falta de apoyo social). En segundo lugar, aquellos factores relacionados con la naturaleza del delito, en particular, víctimas de violencia sexual o violencia basada en el género, niños que son víctimas de violencia, y víctimas de torturas u otros delitos que impliquen violencia excesiva.⁵⁶

En las todavía escasas sentencias dictadas por la Corte Penal Internacional hasta el momento, la agravante por indefensión ya ha sido aplicada en varias ocasiones. En Lubanga, la Fiscalía solicitó la aplicación de esta agravante vinculada al crimen de guerra consistente en “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” (art. 8.2.b.xxvi), porque algunos de los niños reclutados eran extremadamente jóvenes (5 ó 6 años).⁵⁷ Sin embargo, la Sala rechazó esta posibilidad, al considerar que, tal y como argumentaba la Defensa, la edad de los niños no podía ser tomada en cuenta para definir la gravedad del delito y también adicionalmente como agravante.⁵⁸ Lo mismo ocurrió en la sentencia Katanga, donde se entendió que la vul-

⁵⁶ Menos útiles resultan en el contexto sustantivo aquellos factores relacionados con el propio proceso, que el Protocolo identifica como el estrés o ansiedad producidos por la reubicación vinculada a su testimonio ante la Corte (Protocol on the vulnerability assessment and support procedure used to facilitate the testimony of vulnerable witnesses, ICC-01/04-02/06-419-Anx3 22-12-2014).

⁵⁷ Lubanga Sentencing Judgement, 10 July 2021, párrafo 77.

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 78.

nerabilidad de las víctimas ya había sido tomada en cuenta al evaluar la gravedad del delito.⁵⁹

En Ntaganda, la agravante se apreció reiteradamente para los delitos de asesinato como crimen de lesa humanidad, violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra y reclutamiento de menores como crimen de guerra. En el caso del asesinato, dicha agravante se aplicó a casos en los que las víctimas habían sido previamente capturadas o detenidas, una mujer embarazada, bebés y niños de corta edad y personas enfermas o discapacitadas incapaces de huir.⁶⁰ En el caso de la violación, la agravante por indefensión se basó en la juventud de las víctimas.⁶¹

En lo que respecta al reclutamiento forzoso, la Sala modificó el criterio adoptado en Lubanga considerando que, aunque la condición de niño de las víctimas ya es un elemento legal del delito y, por tanto, no puede constituir también un factor agravante, la corta edad de al menos una de las víctimas sí podía ser apreciado como agravante por su indefensión.⁶² No se tuvieron en cuenta las duras condiciones en las que se encontraban los niños soldado (similar en muchos aspectos a un campo de detención), por entender que constituiría *bis in idem*.⁶³

En cuanto a la sentencia del caso Ongwen, se señala que:

“La Sala es muy consciente de la extrema gravedad de los numerosos delitos por los que Dominic Ongwen fue condenado (...) Muchas de estas víctimas, que fueron atacadas por motivos discriminatorios, estaban particularmente indefensas. Particularmente niños y niñas jóvenes fueron secuestrados y obligados a ser niños soldados o sirvientes domésticos. Durante los ataques, las personas que habían sido secuestradas, incluidos niños, ancianos y mujeres embarazadas, fueron luego asesinadas y torturadas”.⁶⁴

En consecuencia, se apreció la agravante en relación con distintos delitos. Primero, en varios casos de asesinato como crimen de lesa hu-

⁵⁹ Katanga Sentencing Judgement, 23 May 2014, párrafo 71.

⁶⁰ Ntaganda Sentencing Judgement, 7 November 2019, párrafo 82.

⁶¹ *Ibid.*, párrafos 121, 126 y 130.

⁶² *Ibid.*, párrafo 195.

⁶³ *Ibid.*, párrafo 193.

⁶⁴ Ongwen Sentencing Judgement, 6 May 2021, párrafo 384.

manidad y como crimen de guerra. La mayor parte de las víctimas en este caso eran personas secuestradas a las que mataban por intentar escapar o por negarse a transportar bienes robados. Además, teniendo en cuenta el trato al que eran sometidas las personas secuestradas (situación de “grave abuso físico”), la Sala consideró adecuado apreciar en varios casos la agravante por indefensión.⁶⁵ También entendió aplicable por los mismos motivos al delito de atentado contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes (art. 8.2.b.xxi)⁶⁶, a la violencia sexual, al entender que las víctimas eran mujeres jóvenes especialmente vulnerables,⁶⁷ al matrimonio forzoso como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.k),⁶⁸ esclavitud,⁶⁹ embarazo forzoso como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra.⁷⁰

La Sala de Primera Instancia IX hubo de entrar, de nuevo, a valorar la compatibilidad de la agravante por indefensión con el delito de reclutamiento de niños. Al respecto, confirmando el cambio de doctrina, afirmó que, aunque el delito se produce, por definición, contra menores de 15 años y que la vulnerabilidad forma parte de la gravedad del delito como tal, “debe ser reconocido que incluso en esta -necesaria- categoría de víctimas vulnerables, algunas presentarán una -innecesaria- vulnerabilidad adicional debido a su particularmente corta edad y poder ser considerados, por este motivo, incluso en el contexto del referido delito, como «particularmente indefenso» en el sentido de la circunstancia agravante relevante de la Regla 145(2)(b)(iii)”.⁷¹ Por ello, entendiendo probado que niños incluso menores de 10 años fueron secuestrados e integrados en el LRA (Lord Resistance Army), la Sala de Primera Instancia entendió que la agravante era aplicable.⁷²

⁶⁵ *Ibid.*, párrafos 155, 190, 228, 264.

⁶⁶ *Ibid.*, párrafo 209.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafos 287, 303 y 308.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 293.

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 314.

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 319.

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 369.

⁷² *Ibid.*, párrafo 369.

V. REFLEXIONES FINALES: ¿QUÉ PUEDE APORTAR LA EXPERIENCIA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL AL DEBATE NACIONAL?

La vulnerabilidad es relevante en Derecho Penal Internacional desde distintas perspectivas, al dirigirse la norma a la protección de grupos vulnerables, pero también al tener en cuenta la especial vulnerabilidad de la víctima a efectos de agravación de la pena. Desde la perspectiva nacional, a la que se dedica esta obra, algunos aspectos de la experiencia penal internacional pueden contribuir al debate:

- i. Contar con una agravante aplicable en casos de delitos cometidos contra víctimas especialmente vulnerables ofrece algunas ventajas respecto a su integración en la valoración de la gravedad. Aunque en Derecho Penal Internacional las consecuencias penológicas exactas son inciertas, la agravante presenta la ventaja de resultar más clara y permitir, a largo plazo, mayor coherencia y consistencia en el de por sí incierto ámbito de la determinación de las penas.
- ii. El que la agravante se configure como genérica permite aplicarla a cualquiera de los delitos competencia de la Corte, en cualquiera de sus modalidades. Tal y como muestra la jurisprudencia, incluso en los delitos que recaen por defecto en sujetos *a priori* vulnerables, como los menores, puede justificarse la aplicación adicional de la agravante sin aparente vulneración del *ne bis in ídem*.
- iii. La formulación adoptada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional pone el énfasis en la situación de indefensión en la que se encuentra la víctima y no en la condición personal. Es decir, se incide en el hecho de que la víctima *esté* en una situación de vulnerabilidad y no necesariamente que *sea* vulnerable.
- iv. Ligado a este último aspecto, tienen un especial protagonismo en la jurisprudencia internacional los casos de vulnerabilidad o indefensión derivada de una situación. Son notables en este sentido los casos de campos de detención en el que sujetos que en principio no presentan ninguna de las condiciones habitualmente vinculadas a la vulnerabilidad pueden ser considerados vulnerables por la situación de indefensión en la que se encuentran.

- v. Las Reglas de Procedimiento y Prueba no incluyen ninguna referencia a los motivos que justifican la indefensión de la víctima. Esto permite adaptarla a los distintos delitos previstos en el Estatuto. En la práctica, la especial vulnerabilidad (en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*) o la particular indefensión (en la de la Corte Penal Internacional) se ha aplicado a categorías de sujetos que también desde la perspectiva nacional pueden ser consideradas como tales: menores, jóvenes, ancianos, mujeres, heridos, embarazadas...
- vi. Los efectos victimizadores sobre la víctima quedan fuera de la valoración sobre la vulnerabilidad o la indefensión. En el caso de los tribunales *ad hoc* porque estas consideraciones solían reflejarse a través de una agravante distinta; y en el caso de la Corte Penal Internacional, porque la formulación de la agravante pone el énfasis en la indefensión en el momento de la comisión del delito, lo cual excluye sus posibles efectos, que se recogen como parte de la gravedad del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K.: *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The crimes and sentencing*, Oxford University Press, 2014.
- BOOK, J.P., *Appeal and sentence in International Criminal Law*, BWV, 2011.
- CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3a ed., 2013.
- COTTIER, M.: "Article 8", en TRIFFTERER, O./ AMBOS, K., *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck, 3rd ed., 2016, p. 295-580.
- D'ASCOLI, S.: *Sentencing in International Criminal Law: The un Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Bloomsbury Publishing Plc, 2011.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.: *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, 2011,
- GAETA, P.: "War crimes and other international «core» crimes", en CLAPHAM, A./ GAETA, P. *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, p. 737-765.

- HOLÁ, B./ BIJLEVELD, C./ SMEULERS, A.: “Consistency of international sentencing: ICTY and ICTR case study”, *European Journal of Criminology*, 9 (5), 2012, p. 539-552.
- HOLÁ, B./ BIJLEVELD, C./ SMEULERS, A.: “International sentencing facts and figures: Sentencing practice at the ICTY and ICTR”, *Journal of International Criminal Justice*, 9(2), 2011, p. 411-439
- HOLÁ, B./ CHIBASHIMBA, A., “Punishment in Transition: Empirical Comparison of Post-Genocide Sentencing Practices in Rwandan Domestic Courts and at the ICTR”, en AKSENOVA, M./ VAN SLIEDREGT, E./ PARMENTIER, S., *Breaking the Cycle of Mass Atrocities Criminological and Socio-Legal Approaches in International Criminal Law*, Hart Publishing, 2019, p. 137-162.
- LEMKIN, R.: *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, 1944
- MARTIN, F.: “The notion of «protected group» in the Genocide Convention and its application”, en GAETA, P., *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, 2009, p. 112 a 127.
- METTRAUX, G.: *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford University Press, 2005.
- SANDOZ, Y./SWINARSKI, C./ ZIMMERMANN, B. (eds.): *Comentario de los Protocolos del 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, 2000.
- SANDS, P.: *Calle Este-Oeste*, Anagrama, 2016.
- SCHABAS, W.A.: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 6a ed., 2020.
- SCHABAS, W.A.: *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2ª ed., 2009.
- SCHABAS, W.A.: *The International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2a ed., 2016.
- WERLE, G./ JESSBERGER, F.: *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, 3a ed., 2014.