

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 COSSIO 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
TELF.: 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/RSCTirant.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

Índice	13
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

Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad

DYANGO BONSIGNORE FOUQUET

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte viene siendo objeto de creciente atención la idea de vulnerabilidad. Y es pertinente plantearlo en estos términos generales precisamente porque este interés trasciende los confines de una disciplina concreta. Esto no quiere decir que no puedan destacarse áreas de conocimiento donde la exploración de la noción de vulnerabilidad ha sido especialmente intensa, pero este tipo de confluencias transdisciplinarias, especialmente cuando no son buscadas, parecen expresar movimientos de fondo en el sentir público que afloran en diversos campos del ámbito académico.

Naturalmente, las demarcaciones disciplinarias producen también efectos, no sólo en el abordaje de los conceptos, sino en la forma que se les acaba imprimiendo, algo que el debate reciente en torno a la idea de vulnerabilidad muestra con claridad. Aunque exista algo semejante a un núcleo de significado compartido que hace que la idea de vulnerabilidad comparta ciertos rasgos en la bioética, el derecho penal o los estudios de seguridad (por ejemplo), no es menos cierto que las reflexiones y aportaciones efectuadas desde un campo concreto están sesgadas por el propósito, así como los rasgos fundamentales que identifican dicho campo. Si pensamos únicamente en los conceptos jurídicos, por ejemplo, se asume un universo preexistente en el que han de cumplir ciertas funciones y con el que deben ser coherentes por lo general: el ordenamiento jurídico, los valores y principios propios de éste y el tipo de tareas que se entiende como aceptable realizar a través de normas.

Es por ello que los diálogos entre disciplinas son frecuentemente complicados: cuando los intereses no coinciden plenamente, la extensión de los conceptos tampoco, motivo por el que recurrir a la autonomía disciplinaria es un recurso siempre disponible. Con todo, el problema no radica necesariamente en la acomodación de los concep-

tos al campo en el que han de servir (la vulnerabilidad *en sentido jurídico* o, incluso, *jurídico penal*, por ejemplo) sino, tal vez, en no estar plenamente atentos a las decisiones implícitas con las que moldeamos los conceptos, incluso antes de usarlos en sentido técnico, como fruto de este posicionamiento disciplinario de partida.

Teniendo en cuenta estas reflexiones, el presente capítulo tratará de discurrir brevemente sobre la idea de vulnerabilidad, intentando presentar de manera sucinta y dirigida lo fundamental de los aportes efectuados desde diversas perspectivas, sin perder por ello la orientación primariamente jurídico-penal de la discusión que interesa a estas páginas. Por este motivo, no se seguirá una estructura clásica, orientada por la jerarquía normativa, que buscase las definiciones legales de mayor rango para, después, decantar el análisis hacia normas de rango menor. Al contrario, se tratará de construir el armazón conceptual necesario sobre una base doctrinal interdisciplinaria a sabiendas de que habrá ocasión de aumentar la especificidad del análisis en capítulos posteriores.

De este modo, este trabajo se divide fundamentalmente en dos grandes bloques. El primero, tratará de dar cuenta de algunas de las discusiones y enfoques más relevantes sobre la vulnerabilidad procedentes de disciplinas como la filosofía, la sociología, la bioética o los estudios de género. Dentro de este contexto, se intentará seguir una exposición que vaya de lo general a lo particular, desde una exploración de la vulnerabilidad como cualidad asociada a la condición humana, hasta un comentario más detallado sobre el modo en que cabe entender las especiales condiciones de vulnerabilidad que afectan a determinadas personas y grupos. Tras un breve comentario cauteloso en torno a los riesgos que subyacen a las políticas de vulnerabilidad, se dará paso al segundo bloque analítico, que tratará de explorar algunas de las maneras básicas en que la idea de vulnerabilidad encuentra su traducción en el ámbito penal y político criminal. Se proponen dos grandes aproximaciones en la tutela penal la vulnerabilidad, con el propósito de servir como ejemplos paradigmáticos a los que reconducir, con matices, las opciones reguladoras específicas. Finalmente, se abordan algunas cautelas necesarias para el debate penal, a modo de reflexión conclusiva.

II. LA VULNERABILIDAD: ASPECTOS FUNDAMENTALES DE UN CONCEPTO DEBATIDO

Como sugeríamos en las primeras páginas, existe cierto núcleo fundamental que da su sentido a la mayoría de los conceptos y los hace reconocibles al hablante medio de una lengua cualquiera. Cuando hablamos de vulnerabilidad, los distintos autores tienden a converger en torno a una idea relativamente sencilla, con escasas variantes o diferencias de énfasis. Vulnerabilidad sería la susceptibilidad de algo o alguien a ser dañado de algún modo¹. Recordar la etimología de vulnerabilidad, que remite al latín *vulnus*, “herida”², permite no sólo corroborar lo básico de esta noción, sino que nos inclina ya hacia una concepción orientada a los seres vivos (seres que pueden *ser heridos*) y, en última instancia, a los seres humanos.

Con todo, y a un nivel aún abstracto varias notas pueden destacarse. La vulnerabilidad no se refiere a un daño consumado, en principio, sino a la posibilidad de este. Es un concepto que denota exposición, así como cierta incertidumbre y riesgo, pues al daño ya ocurrido no se es vulnerable, aunque sí se lo pueda ser a las consecuencias derivadas de aquel. Asimismo, esta exposición al daño sugiere cierto grado de apertura³ de la propia integridad frente a los efectos deletéreos que proceden de fuentes de las que uno no puede sustraerse siempre. Tan-

¹ Similarmente, según el DRAE, vulnerable es aquello “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

² ANDORNO, R.: “Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 257; MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S.: “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 4; MARCOS, A.: “Vulnerability as a Part of Human Nature”, en MASFERRER, A. Y GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 34.

³ Marcos plantea en este punto una reflexión interesante, señalando que la vulnerabilidad resulta intrínseca a todo organismo vivo precisamente en la medida en que la separación con el exterior resulta siempre porosa. Esta porosidad es una necesidad irrenunciable, incluso a nivel celular, pero también la brecha desde donde penetran amenazas para la supervivencia del organismo. “*El ser vivo no es una mónada, sino que tiene que equilibrar su grado de separación y de comu-*

to el interior, las condiciones de existencia de la cosa misma, como el exterior, son fuentes de vulnerabilidad desde este punto de vista.

2.1. *Vulnerabilidad universal y la condición humana*

Pasando a hablar ya de vulnerabilidad humana, el renovado interés por la idea de vulnerabilidad viene conectado a una discusión doctrinal relativa al lugar que esta ha de ocupar en el pensamiento político y jurídico. El argumento estriba en que, según algunas autoras y autores, la vulnerabilidad ha actuado como una suerte de “elefante en la habitación” del modelo ético-político liberal: siendo una evidencia para todos, la vulnerabilidad habría venido inmediatamente ocultada en favor de nociones mucho más gratas como las de autonomía, racionalidad, y dignidad. Así, el modelo del ciudadano como sujeto político del liberalismo enfatiza su posición celular, su independencia, fomentando una impresión de invulnerabilidad que se erige en modelo por defecto⁴. No es este el momento para recordar en detalle la conocida crítica histórica sobre la forma en que la burguesía se situó en representación, política, antropológica y ética, de la humanidad y la universalidad⁵. Sin embargo, desde el punto de vista de la vulnerabilidad, este movimiento contribuía a marginalizar todo elemento que recordara la fragilidad existencial del ser humano, su dependencia inescusable respecto de otros y el juego de jerarquías sociales inherente a la estigmatización de cualquier clase de autonomía imperfecta. En este modelo (simplificado), el sujeto vulnerable tiene dos lugares

nicación con el entorno. Sin una membrana no hay célula, ni puede existir célula sin poros”, MARCOS, “Vulnerability as a Part of Human Nature”, p. 36.

⁴ FINEMAN, M.A.: “Vulnerability and Inevitable Inequality”, *Oslo Law Review* 4, núm. 3, 2017, p. 142, <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>; MACKENZIE, C.: “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 36; MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E.: “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 22; NUSSBAUM, M.C.: *El Ocultamiento de Lo Humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley* Katz, 2006, p. 30.

⁵ HOBSBAWM, E.: *La Era de La Revolución, 1789-1848*, 6a ed., Crítica, 2009, p. 66-68.

alternativos que ocupar: el de la simulación de autonomía, que fuerza la igualación con el ciudadano arquetípico limando e invisibilizando las asperezas (es decir, las fuentes de dependencia o vulnerabilidad que chocan con el modelo de sujeto político); o, simplemente, el encasillamiento en una identidad vulnerable, “dis-capacitada” en algún sentido, que pierde estatus y autonomía en la misma medida en que requiere de otros ayuda y tutela. Vistas de este modo, autonomía y vulnerabilidad funcionan en un juego de suma cero⁶.

Frente a esta representación de la humanidad, tal vez un tanto idealizada, se alzaron voces críticas que pretendieron resucitar lo que parecía evidente y, sin embargo, desatendido: el carácter inherentemente vulnerable de la humanidad. Desde este punto de vista, autores como JUDITH BUTLER, MARTHA ALBERTSON FINEMAN o BRYAN TURNER han insistido con éxito en la asociación inextricable entre la humanidad, la corporalidad y la vulnerabilidad⁷. Esto es lo que en ocasiones se ha caracterizado como vulnerabilidad “inherente” u “ontológica”⁸, y que deriva de la fragilidad de las condiciones que sustentan la vida en general, y la vida humana en particular. Es porque esta vida se canaliza y sostiene a través del cuerpo que nos encontramos siempre expuestos a su finitud y a sus perpetuas necesidades, de modo que la vida subsiste en el esfuerzo permanente por repeler los continuos envites de la muerte. Pero a la corporalidad acompañan también la exposición al sufrimiento y la dependencia, que forman parte de la experiencia vital de toda persona. Desde este punto de vista, el ser humano aparece como un animal especialmente poco dado a la autonomía, no sólo por la exposición al dolor y a la muerte, que

⁶ ANDERSON, J.: “Autonomy and Vulnerability Entwined”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 136–37; FINEMAN, M.A.: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism* 20, núm. 1, 2008, p. 8.

⁷ BUTLER, J.: *Vida Precaria: El Poder Del Duelo y La Violencia*, Paidós, 2006.; BUTLER J.: *Marcos de Guerra: La Vidas Llorables*, Paidós, 2010; FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”; TURNER, B.S.: *Vulnerability and Human Rights. Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania State University Press, 2006.

⁸ MACKENZIE, ROGERS, y DODDS, “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, p. 4.

comparte con el resto de los seres vivos, sino con el elevado grado de dependencia⁹ del resto de seres humanos, desde el nacimiento hasta la tumba, que ponen de manifiesto que la sociabilidad es una necesidad imperiosa con asiento en la misma conformación biológica humana. En resumidas cuentas, la autonomía aparece como la excepción, no la regla, un ideal a alcanzar que tan sólo podría cumplirse en circunstancias muy específicas y dentro de un lapso vital relativamente restringido. Por este motivo, puestos a erigir el sistema político sobre un modelo de ciudadanía y de individuo, el *sujeto vulnerable* puede resultar más interesante y fructífero¹⁰.

Naturalmente, no es esta la primera constatación de la vulnerabilidad como condición universal, como sugeríamos. Tal vez uno de los ejemplos más explícitos de la historia del pensamiento político proceda, precisamente, del modelo de contractualismo diseñado por THOMAS HOBBS. Resulta bien conocida, en este sentido, su reflexión sobre el estado de naturaleza y la guerra del todos contra todos, cuya prevención constituye el imperativo sobre el que se erige el orden político del Leviatán. En este planteamiento resulta extremadamente importante el papel de la vulnerabilidad pues las personas, por muy desiguales que puedan ser, siempre lo son en medida suficiente como para darse muerte unos a otros, y la muerte es el igualador político supremo. “*Porque en lo que toca a la fuerza corporal, aun el más débil*

⁹ La noción de dependencia tiene una conexión teórica fuerte con la de vulnerabilidad que, además, permite retirar algo de peso a la distinción entre vulnerabilidad corporal y social. Las necesidades orgánicas más básicas del ser humano pueden ser difíciles (o imposibles) de satisfacer sin un apoyo consistente de los demás y, al mismo tiempo, las necesidades de socialización, de afecto, de cuidados, etc. son tan fundamentales en el ser humano que producen serias privaciones y disfunciones en el desarrollo del individuo cuando no quedan adecuadamente satisfechas. En definitiva, parece tan inherente a la vulnerabilidad humana la necesidad de comer como la de establecer relaciones con otros. *Vid.* DODDS, S.: “Dependence, Care, and Vulnerability”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 183; FINEMAN, “Vulnerability and Inevitable Inequality”, p. 145; TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, p. 10.

¹⁰ Especialmente elocuente resulta Martha Nussbaum: “*Lo que propongo, de hecho, es (...) una sociedad de ciudadanos que admitan que tienen necesidades y son vulnerables, y que descarten las grandiosas demandas de omnipotencia y completitud que han permanecido en el corazón de tanta miseria humana*”, NUSSBAUM, *El Ocultamiento de Lo Humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 30.

*tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, sea por maquinación secreta o por federación con otros que se encuentran en el mismo peligro que él*¹¹. Interesantemente, a una vulnerabilidad universal como esta corresponde una respuesta igualmente universal: la institución de un ordenamiento jurídico (y un poder político), capaz de regir sobre todos y que, apoyándose sobre dicha vulnerabilidad universal (el “poder de vida y muerte”¹² del soberano no es sino esto), consigue reducir su presencia en la vida de la comunidad política.

Aunque algo más se dirá al respecto, la relación entre la vulnerabilidad universal/ontológica y los fundamentos últimos de los ordenamientos jurídicos no es un enfoque infrecuente en la literatura. La evidencia histórica resulta sugerente al menos, cuando se constata que la explosión de los derechos humanos sigue de cerca la más brutal instrumentalización de la vida humana durante la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto¹³. No parece azaroso que se redescubrieran las profundidades de la fragilidad humana en este momento, una fragilidad que viene también adecuadamente descrita por la *banalidad* que ARENDT atribuyó al “mal”¹⁴, encarnado en un proceso que se caracterizaba, precisamente, por “desacralizar” la vida humana, por demostrar repetidas veces cómo el dolor y la muerte podían administrarse desde una rutina casi trivial.

Las declaraciones de derechos cumplían una función de “resacralización”¹⁵ de los aspectos fundamentales e inalienables que

¹¹ HOBBS, T.: *Leviatán*. 2a ed., Editora Nacional, 1980 p. 222.

¹² AGAMBEN, G.: *Homo Sacer. El Poder Soberano y La Nuda Vida*, PRE-TEXTOS, 2006, p. 113; FOUCAULT, M.: *Histoire de La Sexualité: La Volonté de Savoir*. Vol. 1, Gallimard, 1976, p. 177–78.

¹³ Por supuesto, conviene recordar el eurocentrismo de la cuestión al contraste de las violencias salvajes y cronificadas que los imperios exportaron a las colonias sin suscitar el tipo de revulsivo jurídico que la literatura atribuye a la guerra entre potencias del Norte Global y al campo de concentración Nazi. Valga, no obstante, con reconocer este punto que, en lo fundamental, no contradice la observación histórica recogida con frecuencia en la literatura. Vid. MASFERRER/GARCÍA SÁNCHEZ, “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, p. 5–6; TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, p. 17–18.

¹⁴ ARENDT, H.: *Eichmann En Jerusalén*. 3a ed., DeBOLSILLO, 2008, p. 368.

¹⁵ Turner se apoya precisamente en la idea de Berger de que el orden normativo funciona como una “cobertura sagrada” (*sacred canopy*), desde el punto de vista de la sociología de la religión. A esto, añade y especifica que “*como parte del entorno*

debieran acompañar a toda vida humana por el mero hecho de su existencia, todo ello con la esperanza de proveer una mejor protección frente a los horrores que pudieran venir. En este sentido, la cuestión no estriba tanto en saber si tales derechos *son* o no intrínsecos al ser humano, cuestión que ha ocupado a parte de la doctrina con mayor o menor fortuna¹⁶. En opinión de este autor, el uso del lenguaje descriptivo en discusiones normativas cumple a menudo una función de proclamación que se basa, precisamente, en la confusión de los límites del ser y del deber ser. Los derechos *son* humanos e inalienables, la dignidad *es* una propiedad fundamental de la persona humana, no porque esto sea un hecho de la observación naturalista, sino porque es un *axioma* de las comunidades políticas modernas. Es una forma de establecer todo un entramado de instituciones y rituales que, por repetición, crean un ser allá donde, en origen, sólo había un deber ser¹⁷. El carácter inalienable de los derechos es una profecía autocumplida que se construye sobre la conciencia de que, si algo pertenece a todos y cada uno, es esta vulnerabilidad radical de la que venimos hablando¹⁸.

protector de los seres humanos abiertos al mundo, las instituciones legales son fundamentales a la hora de proveer cierto grado de seguridad en este entorno precario (...) Los derechos humanos pueden ser vistos como un componente de este escudo jurídico protector”, vid. TURNER, Vulnerability and Human Rights, p. 29.

¹⁶ MASFERRER, A.: “Taking Human Dignity More Humanely”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 229; MASFERRER/ GARCÍA SÁNCHEZ, “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, p. 6.

¹⁷ En este punto somos sensibles a la crudeza de la posición de Arendt en *Los orígenes del totalitarismo*, para quien la retórica de los derechos humanos corre el riesgo de quedar vacía de contenido cuando no queda autoridad alguna que los haga valer, algo que contribuía a dar crédito a conservadores como Burke quien, célebremente, había afirmado la mayor seguridad de sus “derechos de inglés” (*rights of the Englishmen*) frente a los abstractos “derechos humanos”. No se trata tanto de discutir sobre la esencia de las cosas, por tanto, sino de determinar qué condiciones institucionales se requieren para materializar los principios políticos. *Vid. The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace & Co., 1975, p. 70.

¹⁸ En un sentido similar se pronuncia Bryan Turner: “*Los derechos humanos pueden ser definidos como principios universales, porque los seres humanos comparten una ontología común*”, *vid. TURNER, Vulnerability and Human Rights*, p. 6. Su posición parece querer conjurar los peligros del relativismo que, según parte de la literatura, derivaría de la imposibilidad de hallar una base ontológica para los derechos humanos. Resultaría imposible abrir este debate en este

2.2. *Vulnerabilidad especial: Grupos, capas*

Aunque conviene recordar que el debate en torno a la vulnerabilidad como condición universal tiene mucho que ver con el contexto de una crítica dirigida a las limitaciones del del liberalismo político clásico, no es menos cierto que también ha suscitado cierto número de objeciones. Tal vez una de las más relevantes, a efectos de la discusión que aquí interesa, sea la que plantea que, una vez satisfechos sus objetivos discursivos y analíticos concretos, insistir en la universalidad de la vulnerabilidad puede dar lugar a un planteamiento político un tanto inerte, pues si todos somos vulnerables, proverbialmente, nadie es vulnerable¹⁹.

Así, aunque normalmente la variabilidad se produce en términos de énfasis discursivo, para algunos autores, una cuestión importante a la que la vulnerabilidad “ontológica” no atiende es, precisamente, la necesidad de *diferenciar* sobre la base de la vulnerabilidad misma. En este sentido, la vulnerabilidad se vuelve particularmente esclarecedora cuando repercute sobre determinadas personas y grupos en un grado e intensidad superior a la media. Esta intuición ha dado lugar a la que tal vez sea la acepción más debatida de vulnerabilidad, que es la que concierne a las personas “especialmente vulnerables”.

En efecto, no resulta extraordinario reconocer que, en determinadas personas, por motivos diversos, la vulnerabilidad aparece como particularmente severa. El hecho de que, frecuentemente, las situaciones de vulnerabilidad tiendan a estar sobrerrepresentadas en determinados colectivos ha hecho que se haya creído oportuno hablar de “grupos vulnerables”. Las tipologías son diversas y responden a motivos igualmente variados: la edad (por corta o por avanzada), la enfermedad, la discapacidad, la raza, el género, la pobreza, la identidad sexual... No obstante, esto presenta los habituales problemas

momento, aunque no estamos plenamente convencidos de que este temor se encuentre justificado, como puede inferirse también de lo dicho a cuerpo de texto y en la nota anterior.

¹⁹ LUNA, F.: “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 2, núm. 1, 2009, p. 128; R ROGERS, W./ MACKENZIE, C./ DODDS, S.: “Why Bioethics Needs a Concept of Vulnerability”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 5, núm. 2, 2012, p. 16, <https://doi.org/10.1353/ijf.2012.0024>.

de sobre e infrainclusión²⁰: ni todos los miembros de un colectivo *prima facie* vulnerable son necesariamente vulnerables, ni las personas que no pertenecen a tales grupos se encuentran al abrigo de serlo. También resulta importante señalar que las personas vulnerables no tienen por qué serlo a todos los efectos ni en todas las áreas de sus vidas, pues algunas causas de vulnerabilidad son bastante específicas en cuanto a sus manifestaciones, mientras que otras pueden tener un efecto relativamente transversal. Esta diversidad en cuanto al alcance de la vulnerabilidad es probablemente uno de los factores principales que explican la heterogeneidad de las enumeraciones de grupos vulnerables, en la medida en que cada instrumento normativo y cada clasificación tienen un rango de aplicación potencialmente distinto. Si nos interesa una vulnerabilidad que podría afectar a la capacidad para emitir un consentimiento adecuado, los grupos sobre los que podríamos albergar ciertas reservas no serán los mismos que si pensamos en la vulnerabilidad frente a los vaivenes económicos, la posibilidad de desarrollar enfermedades o a ser víctima de violencia en las relaciones de pareja.

En función de esto, podríamos señalar lo siguiente. En primer lugar, aunque es innegable la ligazón fundamental que une la vulnerabilidad a la vida humana, hablar de grupos especialmente vulnerables es importante a efectos de diferenciación y priorización de los recursos públicos. La oposición doctrinal entre ambas visiones no debería, en este sentido, ser exagerada, pues la especial vulnerabilidad de ciertas personas no contradice la vulnerabilidad como universal, sobre la que se erige y con la que interactúa. De hecho, hay motivos para pensar que es sobre la base de nuestra universal vulnerabilidad que surge la solidaridad necesaria, no sólo para establecer unas mínimas redes de cuidado mutuo de alcance general, sino para priorizar la atención a aquellos especialmente vulnerables²¹.

²⁰ FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition,” 4.

²¹ Posiblemente asista la razón en este punto a los críticos del modelo clásico encastillado en la autonomía y la responsabilidad: si la autonomía es el estándar ciudadano, la vulnerabilidad queda definida como dependencia, estableciendo una relación tutelar que aparece como una “carga” para el ciudadano medio cuando le corresponde, no sólo el mantenimiento de sus propias condiciones de autonomía (su buena salud física, mental, su solvencia económica, etc.), sino

Cabe pensar, entonces, en la vulnerabilidad como una orografía irregular de factores de riesgo y protección²². La metáfora no es ca-

“compensar” la falta de autonomía de sus dependientes. Partir del reconocimiento universal de la vulnerabilidad, de su carácter fluctuante, y de la precariedad de la vida humana delinea más fácilmente el sustrato ético que subyace a la obligación individual e institucional al cuidado y la solidaridad. El individualismo clásico no es incompatible con estas consideraciones, pero requiere de justificaciones *ad hoc* para que no derive en egoísmo y atomización social. Esta crítica, de hecho, se ha intensificado en tiempos de neoliberalismo, señalando precisamente cómo, al insistir en el individuo como autónomo y responsable se abre paso una vida social privada de colectivo, despolitizada, donde todo movimiento del agente, entendido como egoísta por definición, se orienta a la mejora de sus condiciones de vida, al éxito, quedando todo lo demás al servicio de este objetivo. En este mismo contexto, la vulnerabilidad de los menos aventajados se transforma rápidamente en fracaso, en falta de competitividad y, por efecto de un revés filosófico-político, en responsabilidad por los propios errores, autoflagelación y depresión. La estructura social y sus deficiencias queda, *grosso modo*, absorbida en el agregado de conductas individuales, en el juego permanente de competición social y, en última instancia, en las fallas de los perdedores frente al “mérito” de los vencedores (ambos plenamente responsables de sus posiciones y, por ende, incapacitados para tejer una relación social que no pase por el aleccionamiento de los mejores sobre los peores). Los contenidos de esta nota se nutren de contribuciones de diversos autores, entre otros, BAUMAN, Z.: *Vida Líquida*, Paidós, 2006, p. 32; FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, p. 11 y ss.; FINEMAN, M.A.: “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, en FINEMAN, M.A./ GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, 2013, p. 16; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: *Neoliberalismo y Castigo*, Bellaterra, 2021, p. 94–96.

²² La relación de la vulnerabilidad con el riesgo es prácticamente conceptual, a la vista de la definición básica ofrecida al principio de este trabajo. Así lo destaca también parte de la literatura de manera explícita. V.gr. FINEMAN, “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, p. 20; LUNA, “Elucidating the Concept of Vulnerability : Layers Not Labels”, 135; MACKENZIE, “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability,” p. 33; MACKENZIE/ ROGERS/ DODDS, “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?,” p. 6; ROGERS, W.: “Vulnerability and Bioethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 77. Esto no es muy distinto a los enfoques victimológicos que tratan de identificar factores de riesgo frente a la victimación, si bien la impresión es que esta es un área de estudio significativamente menos desarrollada que la valoración del riesgo aplicada a los delinquentes actuales o potenciales. Aunque la interpretación de esta disparidad debe quedar a juicio del lector, tal vez pueda

sual, pues remite al argumento célebre de FLORENCIA LUNA quien, criticando la rigidez en el uso de la “etiqueta” de vulnerabilidad para señalar colectivos (y tal vez, incluso, estigmatizarlos)²³, indicaba que era necesario concebir la vulnerabilidad individual como el resultado de la acumulación de múltiples “capas” de vulnerabilidad que interactúan entre sí y componen sus efectos²⁴. Profundizando un poco, entender la vulnerabilidad como un proceso de acumulación en “capas” apunta a observar el concepto en términos dinámicos y relacionales²⁵. Aunque no sería posible explorar en todo detalle lo que ambas ideas implican, de manera simplificada podemos apuntar a lo siguiente: antes que como una identidad rígida y más o menos esencialista, la vulnerabilidad de una persona es el resultado de un proceso variable en el tiempo que hace que, a lo largo de su biografía, se encuentre expuesta a diversas fuentes de daño, así como a un (también variable) grado de dependencia. Esto no sólo se debe a los cambios que un organismo vivo experimenta desde su nacimiento hasta su muerte, sino a los cambios que acontecen en el ambiente en que dicho organismo se desenvuelve. Ambos niveles se encuentran en interacción, de mane-

conjeturarse, a modo de explicación, un efecto duradero de la asociación entre la peligrosidad (de la que el riesgo es heredero) y la persona del criminal.

²³ Esta es una crítica frecuente a la metodología de los “grupos vulnerables”, que tiene que ver con el problema del paternalismo también. Identificar con excesiva rigidez a determinados grupos como vulnerables, incluso con el propósito bien-intencionado de reforzar su protección, corre el riesgo de perpetuar estereotipos e, incluso, de reproducir políticas estigmatizantes que condenan a ciertos colectivos a una posición subalterna social, política y jurídicamente. Algunos debates que han suscitado discusión a lo largo de estas líneas en tiempos recientes han sido las implicaciones que se derivarían de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, o la tutela penal dispensada a las víctimas de violencia de género. En ambos casos, el problema de (sobre)proteger y el paternalismo institucional se han señalado críticamente, si bien por motivos y con fundamentos distintos. Sobre lo discutido aquí véase, por ejemplo: ALEMANY, M.: “Igualdad y Diferencia En Relación Con Las Personas Con Discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad)”, *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, p. 201–22; LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género En El Derecho Penal. Un Ejemplo de Paternalismo Punitivo”, en LAURENZO COPELLO, P./ MAQUEDA ABREU, M.L./ RUBIO CASTRO, A.M., *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 329–62.

²⁴ LUNA, “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels”, p. 124.

²⁵ LUNA, p. 129.

ra que algunos elementos estrictamente derivados de la biología cambiante de los seres humanos tan solo adquieren valor como factor de vulnerabilidad dentro de condiciones sociales que los hacen aflorar²⁶. Aquí observamos el segundo elemento con claridad: las personas no son vulnerables, sino que lo *devienen* fruto de la relación que las une a otras personas, otros grupos sociales, circunstancias ambientales y, en general, a la situación en la que vayan a entrar en juego sus recursos y carencias particulares²⁷.

Visto de este modo, el análisis de la vulnerabilidad se asemeja notablemente al concepto de interseccionalidad²⁸, que pone de manifies-

²⁶ Luna señala, por ejemplo, que aunque pertenecer al sexo femenino no es *per se* un factor de vulnerabilidad, lo deviene cuando la mujer vive en un país donde no se reconocen derechos reproductivos. En tal caso, no es que el ser mujer sea causa de vulnerabilidad, sino que es una cualidad que, en un determinado contexto, la expone a adquirir una nueva “capa” de vulnerabilidad. *Vid.* LUNA, p. 128–29. Similarmente, para Mackenzie, Rogers y Dodds, quienes distinguen entre fuentes de vulnerabilidad “inherentes” y “situacionales”: “*Estas dos fuentes de vulnerabilidad (...) no son categóricamente diferentes. Las fuentes de vulnerabilidad inherente reflejan en mayor o menor medida características del entorno en el que los individuos nacen, se desarrollan y viven (p.ej., el estado de salud depende mucho de factores socio-económicos), mientras que causas de vulnerabilidad situacional tendrán un mayor o menor efecto dependiendo de la resiliencia de los individuos, que es en sí misma un producto de influencias genéticas, sociales y ambientales*” [traducción propia], *vid.* MACKENZIE/ ROGERS/ DODDS, “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, p. 8.

²⁷ LUNA, “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels,” 129.

²⁸ Concepto acuñado por Kimberle Crenshaw en CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *The University of Chicago Legal Forum*, núm. 140, 1989, p. 139–67; CRENSHAW, K.: “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Source: Stanford Law Review* 43, núm. 6, 1991, p. 1241–99. Aunque restricciones de espacio no permiten una atención exhaustiva a la noción de interseccionalidad, algunas ideas son interesantes para complementar el análisis sobre la vulnerabilidad. En primer lugar, aunque resulta de especial interés la “intersección” acumulada de varias fuentes de vulnerabilidad, el análisis interseccional enfatiza la relación que existe con su opuesto: el privilegio. De este modo, la posición de cada cual, desde un punto de vista interseccional, se deriva del efecto conjugado de factores favorables y desfavorables, de una combinación variable de recursos y carencias, poder e impotencia. Asimismo, ofrece una crítica adicional a las “políticas identitarias” (basadas en grupos, pues), insistiendo

to que lo principal no es la pertenencia de una persona a un colectivo predeterminado, sino el entrecruzamiento mismo de procesos, identidades y roles sociales. Dado que rara vez la posición social viene determinada por una sola faceta de la persona y que, al contrario, uno extrae recursos y se expone a riesgos en las distintas áreas de su vida, la vulnerabilidad aparece como el resultado de este agregado complejo. No se es vulnerable por ser mujer, miembro de una minoría étnica, pobre o migrante irregular, entendidos separadamente. Al contrario, la vulnerabilidad de *esa mujer en concreto* vendrá determinada por la interacción de estas y otras variables y la influencia mayor o menor que adquieren dentro de cierta ecología social.

Con todo, la transición de los grupos especialmente vulnerables a las capas de vulnerabilidad produce una cierta *individualización* del juicio de vulnerabilidad, un desplazamiento hacia la biografía individual y a la infinitud de los detalles “micro”. Aunque esto pueda ser sensato a nivel analítico, lo cierto es que no deja de plantear potenciales problemas a nivel ético y político. En particular, adentrarse en esta infinitud de circunstancias particulares, aunque pertinente cuando se trata del nivel específico requerido por la intervención (supongamos, para determinar el elenco de necesidades de una persona que requiere asistencia social, o para adecuar un programa de tratamiento penitenciario), resulta inadecuado para generar el impulso que requieren algunos problemas de amplio espectro con raigambre estructural. La potencia crítica de factores de vulnerabilidad como la raza, el género o la pobreza proceden, precisamente, de cierta negativa a ser trans-

en el efecto amalgamante que la referencia al grupo tiene sobre las diferencias individuales y, en particular, cómo oculta que la experiencia de cada individuo viene determinada, no ya por su pertenencia a un grupo concreto (con quien compartiría una comunidad de biografía y destino, por así decir), sino por el específico solapamiento de sus distintas identidades. Simplificando (y siguiendo el ejemplo de la autora), la experiencia de una mujer víctima de violencia no es universal, de manera que lo sucedido a una mujer racializada de clase baja no puede simplemente ser absorbido por el “prototipo” de la víctima blanca de clase media. Fruto de ello, estrategias diseñadas sobre la base de una única de las variables en juego corren el riesgo de caer en la inutilidad con personas en quienes convergen múltiples contextos de desventaja o, incluso, favorecer a aquellos que disponen de recursos no tenidos en consideración (algo que será problemático o no en función del contexto en que nos encontremos). *Vid.* CRENSHAW, 1242–46.

formados en condiciones individuales²⁹, en el mantenimiento de una lectura primordialmente estructural que los muestra como factores de desigualdad a escala demográfica, forzando una respuesta colectiva basada en la solidaridad por el sufrimiento compartido.

2.3. *Políticas de vulnerabilidad. Algunas cautelas necesarias*

Finalmente, y especialmente en el contexto disciplinario en el que se enmarca este trabajo, tal vez resulta apropiado destacar brevemente algunos aspectos resaltados por la literatura y que tienen que ver con los efectos perniciosos que pueden entrañar las políticas dirigidas a personas y colectivos vulnerables. Por una parte, retomaremos el debate vulnerabilidad/autonomía/paternalismo, aunque sea en sus contornos más elementales, con el fin de matizar algunos de los planteamientos trasladados hasta el momento. Por otra, nos detendremos brevemente en la idea de *vulnerabilidad patogénica* defendida por CATRIONA MACKENZIE, WENDY ROGERS y SUSAN DODDS³⁰, que busca poner nombre a las formas de vulnerabilidad surgidas de condiciones ambientales intolerables, en ocasiones institucionalmente propiciadas, que ahondan y agravan las vulnerabilidades existentes.

En lo concerniente al primero de los puntos, hemos visto que la teoría sobre la vulnerabilidad se ha apoyado con frecuencia en una crítica al liberalismo político, al contractualismo y a lo que se describe en ocasiones como una idealización exagerada del ciudadano promedio (racional, responsable, autónomo y tácitamente invulnerable). Este envite argumental tiene un sentido polémico específico, pero tal vez haya contribuido a polarizar los términos de la discusión más allá de aquello que se trataba de conseguir. En efecto, aunque la idolatría de la autonomía resulta criticable (especialmente para fundamentar un sistema sociopolítico), no debe incurrirse en la tentación de pensar que vulnerabilidad y autonomía son los extremos de una dicotomía³¹.

²⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Neoliberalismo y Castigo*, p. 111.

³⁰ MACKENZIE/ ROGERS/ DODDS, "Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?", p. 9.

³¹ De hecho, la crítica a la idealización del sujeto político, cuyo origen muchos autores localizan en la doctrina ilustrada, no debe tampoco ser sacada de su contexto. Lo que se critica son las disfunciones y limitaciones que tal doctrina

Más bien al contrario, autonomía y vulnerabilidad se encuentran en relación constante, y si bien no hay modo de entender la autonomía humana sino al trasluz de la vulnerabilidad, tampoco la omnipresencia de la vulnerabilidad desemboca necesariamente en una humanidad inerme, encogida y paralizada.

Pero no se trata simplemente de hallar la caracterización más adecuada en sentido antropológico (algo que excede con mucho la temática de este texto), sino de insistir, con MACKENZIE³², en el espacio positivo y necesario que debe ocupar la autonomía en toda reflexión sensible a la vulnerabilidad. Desde el más intuitivo de los puntos de vista, una de las principales ambiciones de quienes experimentan el

ha desencadenado y que resultan visibles (y criticables) en el escenario contemporáneo, entre otras cosas, por haberse transformado en una suerte de dogma reduccionista grabado en piedra. De ello no se infiere, en cambio, una crítica que quisiera remontarse atrás en el tiempo y que negara la utilidad de las ideas del liberalismo político y el iluminismo, que tan arduamente fueron asentándose durante el siglo XIX. Aunque hoy por hoy pueda requerir de matices, la importancia de invocar la autonomía individual, dentro del entramado formado por el nuevo concepto de ciudadano libre e igual a sus conciudadanos, era seguramente capital en el momento histórico en que estas ideas adquirieron suficiente entidad. Al contraste del modelo absolutista y estamental, enfatizar la autonomía significaba insistir en la libertad y en el final de las jerarquías tradicionales. Operando de nuevo a caballo entre lo descriptivo y lo normativo, describir al ciudadano moderno como autónomo era la manera definitiva de *postularlo* como tal, de concederle la emancipación que se buscaba respecto del sistema de ataduras del Antiguo Régimen, *vid.* CASTEL, R.: *La Metamorfosis de La Cuestión Social*, Paidós, 1997, p. 182; FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, p. 2. En cierto sentido, cabría decir que la ilustración pugnaba frente a otras fuentes de vulnerabilidad y empleaba como instrumento una renovada estructura jurídico-política, algo no muy distinto de lo que haríamos en la actualidad. Postular al ciudadano autónomo también puede ser entendido, en su contexto, no como una negación radical de la vulnerabilidad (que implícitamente es perceptible en las incursiones antropológicas de autores como Rousseau o, más polémicamente, del propio Kant), sino como una lucha por trascender esa vulnerabilidad fáctica mediante una armadura suficiente de derechos y libertades. *Vid.* MASFERRER/ GARCÍA SÁNCHEZ, “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, p. 2; FORMOSA, P.: “The Role of Vulnerability in Kantian Ethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 93.

³² MACKENZIE, “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, p. 33.

peso de múltiples “capas” de vulnerabilidad es la de recuperar cierto control sobre la propia vida³³. La autonomía, por imperfecta, limitada y quebradiza que pueda ser, es tal vez el primer objetivo y principal instrumento sobre el que construir y al que orientar la recuperación y la resiliencia. Por este motivo, incidir sobre la vulnerabilidad de manera eficaz debería aspirar, cuando el contexto lo permita, a rearmar y reforzar al individuo con el fin de alcanzar un grado bastante de autosuficiencia³⁴.

Aparte de para compensar el sentimiento de impotencia que la vulnerabilidad puede generar, el segundo motivo por el que MACKENZIE destaca la importancia de promover la autonomía estriba en el riesgo de incurrir, en caso contrario, en intervenciones paternalistas

³³ El llamado síndrome de indefensión aprendida puede ser un ejemplo útil para observar el efecto destructivo que sobre la persona puede tener una excesiva conciencia de vulnerabilidad, la impotencia que procede de la sensación de no tener control sobre las parcelas de seguridad existencial más elementales. De acuerdo con una descripción básica del asunto, las personas afectadas por el síndrome han aprendido a concebir todo acto de resistencia frente a situaciones aversivas como inútil, desarrollando como consecuencia una pasividad extrema y una actitud resignada, incluso en presencia de oportunidades claras para mejorar su situación u obtener algún beneficio. La idea se encuentra fuertemente relacionada con los trastornos depresivos y con la noción de “locus de control externo” (la tendencia a situar el control sobre los aspectos fundamentales de la propia vida en instancias exteriores a uno mismo, como el destino, la suerte o las decisiones de otros), y parece un importante indicador de la fuerza protectora de una mínima conciencia de autonomía. El artículo fundacional sobre la idea de indefensión aprendida corresponde a SELIGMAN, M.E.P.: “Learned Helplessness”, *Annual Review of Medicine* 23, 1972, p. 407–12.

³⁴ Esto es, por supuesto, bien distinto al argumento de corte conservador que sugiere usar la autonomía como un punzón, limitando todo tipo de intervención asistencial a salvaguardar las mínimas condiciones de supervivencia. En tales casos, efectivamente, la autonomía se fuerza por omisión institucional, si bien es dudoso que se incentive de manera eficaz. El juego parece más bien semántico: la persona vulnerable (pleonasm) es forzada a ser autónoma, pues no se la tratará de un modo distinto. La crítica a la retórica del emprendimiento neoliberal y del *self made man* apunta precisamente al efecto caricatural y perverso de la idolatría de una autonomía ideal impuesta forzosamente sobre la realidad. *Vid.* COYLE, S.: “Vulnerability and the Liberal Order”, en FINEMAN, M.A./ GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, 2013, p. 64; GORDON, C.: “Governmental Rationality: An Introduction”, en BURCHELL, G., GORDON, C./ MILLER, P., *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, University of Chicago Press, 1991, p. 44.

que puedan resultar cuestionables. Esto se comprende especialmente bien en conexión con las dificultades que derivan de una visión monolítica de los “grupos especialmente vulnerables”, si bien puede darse incluso sin hacer uso de este tipo de categorías conceptuales. Es cierto que el tipo de protección que ciertas formas de vulnerabilidad exigen puede requerir una intervención tutelar que, en última instancia, pueda llegar a superponerse a la voluntad manifestada por la persona vulnerable. Este es un tipo de autoridad que se espera de los padres respecto de los menores de corta edad, así como de los cuidadores y/o representantes de personas que, aquejadas por una enfermedad mental o discapacidad intelectual, puedan hallarse en serias dificultades para tomar decisiones sobre alguna parcela de la propia vida.

En este sentido, el correcto acompañamiento de la intervención protectora/tutelar a las limitaciones específicas de la persona vulnerable es una pieza clave, y un instrumento central para dicho acompañamiento es, precisamente, el favorecimiento de la autonomía en la medida máxima que sea posible. El caso de los menores es de nuevo clásico: conforme el menor se desarrolla y adquiere cotas mayores de madurez las necesidades tutelares ceden paso a necesidades de acompañamiento y consejo de modo que, al final, las capacidades del joven son suficientes como para paliar la vulnerabilidad que procedía de la inmadurez y abrir paso a un margen de autodeterminación creciente sobre la propia vida. En este sentido, prolongar la vigilancia tutelar, incluso bienintencionadamente, redundaría en paternalismo siempre que se impone a un sujeto que ha alcanzado unas mínimas capacidades para decidir y, en su caso, para errar³⁵.

En este acompañamiento, es también importante la relación funcional entre el tipo de protección impuesta y las carencias concretas de la persona, como es evidente. Una ludopatía podría demandar medidas tutelares para evitar la dilapidación del patrimonio personal o familiar, pero difícilmente podría justificar la intervención en otras áreas de decisión no vinculadas como la libertad sexual, la ideología política, etc. Naturalmente, otros casos son más complicados, pero la

³⁵ ALEMANY, “Igualdad y Diferencia En Relación Con Las Personas Con Discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad)”, 203.

idea seguramente se sostiene. Una discapacidad intelectual puede afectar a las aptitudes de la persona para tomar decisiones que impliquen operaciones contractuales complejas, pero no necesariamente para decidir sobre el contenido de su testamento, sus relaciones íntimas o el voto en las próximas elecciones³⁶. No hay que olvidar que son precisamente las personas a quienes atribuimos plena madurez psico-social para desenvolverse con libertad quienes, mayoritaria y consistentemente, muestran su inclinación por decisiones poco inspiradas y perjudiciales (para sí y para otros). En términos de vulnerabilidad, no habría que caer en la tentación de sobredimensionar la dependencia de los “grupos vulnerables”, ni de exagerar la competencia de quienes no se encuentran subsumidos en alguno de tales grupos.

Paternalismo y abandono representan así los dos extremos indeseables de una política de vulnerabilidad desincronizada respecto de las necesidades de las personas vulnerables: en un caso, por la extensión o intensidad de los mecanismos tutelares que se transforman en una relación disimulada de dominación³⁷, en otro, por una exageración de la presunción de autonomía a la que siguen frecuentemente tanto una ausencia de acompañamiento necesario como una elevación del estándar de responsabilidad³⁸.

Esto nos conduce, finalmente, al último concepto que aquí quisiéramos rescatar de la literatura sobre vulnerabilidad, que es el de vulnerabilidad “patogénica”. Para MACKENZIE, ROGERS y DODDS, la vulnerabilidad patogénica señala fuentes de vulnerabilidad situacional/ambiental que agravan o refuerzan vulnerabilidades, por ejemplo, a través de relaciones de dominación o explotación. Dentro de este concepto, las autoras incluyen una variante que aquí interesa más

³⁶ En este sentido, debe evitarse el riesgo de equiparar una decisión autónoma con una decisión “correcta” o tendencialmente “perfecta”. El objetivo no es neutralizar el error, sino minimizar el daño (y tanto más cuanto más grave sea el daño esperable) para la persona vulnerable. Dentro del margen de los riesgos asumibles no corresponde suplantar la voluntad, sino acompañarla tratando, en la medida de lo posible, de edificar dicha voluntad en beneficio de la persona vulnerable.

³⁷ MACKENZIE, “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, 47.

³⁸ ALEMANY, “Igualdad y Diferencia En Relación Con Las Personas Con Discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad)”, 219.

y en la que nos centraremos, a saber, aquellas formas de vulnerabilidad que son el resultado indeseado de intervenciones dirigidas a reducir, precisamente, una situación de vulnerabilidad. Precisamente, discutimos esto tras haber abordado brevemente el debate sobre el paternalismo por su conexión con la duda fundamental de si una determinada política proteccionista no hace, en el fondo, más mal que bien a quienes debiera proteger.

Naturalmente, el paternalismo (injustificado, se entiende) no es la única forma concebible de vulnerabilidad patogénica, ni es el motivo más importante por el que el concepto se trae aquí a colación. Se trata, más bien, de destacar un aspecto fundamental de cuando se piensa en términos jurídicos y políticos, pues toda propuesta es susceptible de tener efectos imprevistos y contraproducentes. En este sentido, resulta importante tener siempre presente que la consistencia interna de una norma, o la sensatez de una política en sí misma considerada, puede no decirnos gran cosa sobre los resultados que vaya a tener en la práctica. Tal vez, incluso, sugiere la necesidad de someter toda idea con visos de practicidad a un imperativo pragmático de eficacia: si no funciona, las virtudes *a priori* de un plan o una norma quedan privadas de buena parte de su valor.

Esto nos conduce a sugerir un doble “test de patogenia”, *a priori* y *a posteriori*. El primero implicaría, al menos, la prudencia de considerar, proverbialmente, que todo lo que puede salir mal, saldrá mal³⁹,

³⁹ Una de las diversas formulaciones de la conocida “Ley de Murphy”, de orígenes particularmente inciertos, tal vez por la universalidad de la frustración que transmite. Naturalmente, no existe un sustento científico consolidado para lo que, en opinión de algún autor, no es otra cosa que el efecto combinado de la ley de los grandes números y la inclinación humana a incurrir en sesgos confirmatorios. Con todo, el llamado “principio de precaución” no parece distar mucho del intento de articular una guía de acción sobre la base de la ley de Murphy, dado que cuando el riesgo es tendencialmente inadmisiblemente, la única forma de anticiparse es asumir, precisamente, que todo lo que puede salir mal, saldrá mal, con el fin de actuar sobre todo el espectro de posibilidades. Aunque es indudable que las políticas precautorias pueden presentar graves problemas de justificación (tanto mayores cuanto más onerosas), a un nivel más humilde, atender a cierto principio de prudencia puede ser razonable cuando se trata de personas vulnerables. En conexión con esta nota, *vid.* HAND, D.J.: *The Improbability Principle: Why Coincidences, Miracles, and Rare Events Happen Every Day*, Scientific American, 2014; SUNSTEIN, C.R.: *Worst-Case Scenarios*, Harvard University Press,

y sobre todo para las personas vulnerables que tratamos de proteger. De ello se deriva la necesidad de tratar de anticipar los resultados indeseables de las propias ideas y proyectos siendo conscientes de que, de nuevo, no existe una relación directa entre validez interna y externa, como recuerda la metodología científica⁴⁰. La segunda faceta del “test” no es más que la necesidad de evaluación posterior a la implementación que, desde el campo de los estudios sobre políticas públicas, se reclama rutinariamente y que, en el ámbito de la justicia penal, goza de una tradición limitada⁴¹.

III. POLÍTICA CRIMINAL Y VULNERABILIDAD HUMANA

Llegados a este punto, la discusión debe inclinarse hacia los intereses disciplinarios que orientan la obra en su conjunto, ahondando en aquello que la teoría sobre la vulnerabilidad puede aportar a la política criminal y a la justicia penal, pero tratando de detectar también si existen especificidades y cautelas que vengan impuestas por la naturaleza misma de un campo tan específico como desatendido por el mencionado resurgir de los trabajos sobre vulnerabilidad. Esta desatención es extraña y, en realidad, tal vez sólo aparente, en la medida en que al Derecho y a la penalidad, como hemos anticipado y seguiremos viendo, no es posible separarlos de la vulnerabilidad humana en la que encuentran, según algunos autores, su principal razón de ser.

2007; SUNSTEIN, C.R.: *Leyes de Miedo. Más Allá Del Principio de Precaución*, Katz, 2010.

⁴⁰ Estrictamente hablando, se ha planteado incluso una relación inversa, si bien no parece pertinente empujar la analogía mucho más allá en este punto. V.gr. CUBO DELGADO, S.: “Validez y Técnicas de Control de Las Fuentes de Variación”, en CUBO DELGADO, S./ MARTÍN MARTÍN, B./ RAMOS SÁNCHEZ, J.L., *Métodos de Investigación y Análisis de Datos En Ciencias Sociales y de La Salud*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2011, p. 156–58; TEJEDOR TEJEDOR, F.J.: “Validez Interna y Externa En Los Diseños Experimentales”, *Revista Española de Pedagogía* 39, núm. 151, 1981, p. 33–34.

⁴¹ Díez RIPOLLÉS, J.L.: *La Racionalidad de Las Leyes Penales*, Trotta, 2003, p. 58–59.

3.1. *La vulnerabilidad humana en el origen del Derecho*

Comenzando por este extremo, podemos citar a MARTHA NUSSBAUM, para quien “*El rol disuasivo del castigo no puede explicarse sin alguna razón de por qué ciertos actos son malos. Tal explicación tiene que referirse a la vulnerabilidad humana*”⁴², insistiendo más adelante en que el Derecho “*tiene la función de protegernos en áreas de vulnerabilidad significativa*”⁴³. Anteriormente citábamos la tradición hobbessiana, también en sentido similar: la vulnerabilidad humana, traducida en la facilidad de matarnos unos a otros (permítase este resumen algo brusco), fundamenta la necesidad de un sistema jurídico-político que reintroduzca, no solo orden, sino seguridad y previsibilidad en las sociedades humanas. Generar las condiciones de posibilidad para una existencia mejor a la que correspondería en condiciones naturales es la principal aspiración desde este enfoque.

Ahondando en una dirección similar (tal vez no en sus derivadas políticas, pero sí en el punto de partida), parte de la doctrina ha localizado en las formas de vulnerabilidad humana más elementales el origen de los derechos humanos, como anticipábamos. La fragilidad de del ser humano como organismo viviente se enlaza con la necesidad, no sólo de proteger y proveer las mínimas condiciones para la vida, sino también los mecanismos básicos por los que las personas tienden a prosperar directa o indirectamente, entre los cuales se encuentra la sociabilidad. Por tanto, igual que resulta importante amparar jurídicamente la vida y la integridad física, también son centrales los derechos que conforman un marco dentro del cual la vida puede desarrollarse en unas condiciones mínimamente adecuadas y dignas⁴⁴. De hecho, la noción de dignidad se ha planteado en ocasiones como condensador jurídico que permite conectar la vulnerabilidad humana y la protección jurídica por medio de diversas variantes del argumento

⁴² NUSSBAUM, *El Ocultamiento de Lo Humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*, 22.

⁴³ NUSSBAUM, 24.

⁴⁴ Bryan Turner pone el ejemplo de las libertades políticas, explicando que, indirectamente, estas también son una forma de proteger la vida humana y sus condiciones, habida cuenta de la relación epidemiológica existente entre mejores condiciones de salud pública, menores cotas de desigualdad socioeconómica y mayor grado de libertades democráticas. Vid. TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, 36–37.

kantiano de que las personas poseen un valor intrínseco (su dignidad) que impide tratarlas de otro modo que como fines en sí mismos⁴⁵. Sintéticamente, las necesidades de protección jurídica se deducen del reconocimiento de la inherente vulnerabilidad humana y del mandato irrenunciable de que cada vida se desarrolle conforme a la dignidad que le corresponde a toda persona⁴⁶.

Con independencia de las profundidades, aquí insondables, del debate, parece relativamente compartida alguna forma de la premisa fundamental que señala que: a) las personas son inherentemente vulnerables; b) las personas tienen un interés mayor en sobrevivir tanto y tan bien como fuera posible; c) los sistemas sociales encuentran, al menos, una parte esencial de su fundamento y justificación en servir como instrumento a dicha supervivencia y, en general, a paliar las vulnerabilidades humanas; y d) entre los mecanismos de los que puede valerse una sociedad para cumplir con esa misión, el subsistema jurídico ocupa un papel sumamente importante.

Pero en este punto de la discusión es preciso reconocer que, cuando hablamos específicamente del Derecho penal y la política criminal, su intervención dentro de esta misión política general es considerablemente limitada (autolimitada, fruto del consabido principio de fragmentariedad/intervención mínima) e, incluso, tal vez pueda llegar a ser ineficiente o problemática.

⁴⁵ El lector no debe olvidar, a pesar de la simplificación narrativa hecha a cuerpo de texto, que resulta sumamente polémica y discutida la relación que une a la teoría moral kantiana con la vulnerabilidad y si se encuentra efectivamente vinculada a la dignidad. Igualmente, se ha tratado de distinguir entre Kant y los “kantianos”, algo que aquí sólo podemos reflejar para dar cuenta de la dificultad doctrinal. Entre muchos otros, véanse: ATIENZA, M.: *Sobre La Dignidad Humana*, Trotta, 2022, p. 47–55; CORTINA, A./ CONILL, J.: “Ethics of Vulnerability”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 58; MASFERRER, “Taking Human Dignity More Humanely”, 227; MASFERRER/ GARCÍA SÁNCHEZ, “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, 4.

⁴⁶ Este no es el lugar para desarrollar el que es un argumento iusfilosófico complejo y poco pacífico. A tal efecto se recomienda la lectura de ATIENZA, *Sobre La Dignidad Humana*.

3.2. *Vulnerabilidad y penalidad*

Si admitimos que la política criminal y el Derecho penal tienen como misión contribuir de algún modo, por modesto que fuera, al esfuerzo general de la autopreservación humana, y ello de acuerdo con unos estándares jurídicos (de dignidad, tal vez) determinados y variables en función del momento y lugar, seguramente tengamos que reconocer que opera protegiendo un reducto determinado de intereses humanos especialmente importantes, priorizando las amenazas especialmente graves y adjudicándoles una pena. Desde este punto de vista, la vulnerabilidad “ontológica” determina la perenne posibilidad de ser agredido, herido o explotado de algún modo por otros, siendo los delitos un subconjunto de esas agresiones posibles que, por motivos diversos, se considera que requieren de la intervención de la maquinaria penal con los medios que le son propios. Así las cosas, la pena actúa como un mecanismo de defensa peculiar del que se espera que cumpla su función protectora mediante a) la prevención y b) el castigo.

Aunque un estudio dilatado de las funciones de la pena al trasluz de la vulnerabilidad seguramente excediera el espacio disponible, podrían señalarse algunas cuestiones elementales. Desde el punto de vista preventivo, la penalidad interviene tanto como desincentivo sobre la sociedad en general, de donde proceden los potenciales delincuentes que podríamos concebir, desde este punto de vista, como explotadores de la vulnerabilidad ajena (o del tipo de vulnerabilidades seleccionadas como penalmente relevantes). Asimismo, también se incide sobre los delincuentes consumados, mediante mecanismos teóricamente preventivos: el sufrimiento penal, la incapacitación y las medidas orientadas a la reinserción. Pero ya en un retrato tan conciso y poco sutil de la mecánica penal tenemos varias cuestiones de interés que, desde el punto de vista de la vulnerabilidad, pueden destacarse.

Por una parte, los destinatarios de la misión protectora del Derecho penal son múltiples y la forma en que se atiende a su vulnerabilidad es en cada caso diversa. El sistema penal como mecanismo de prevención y control de la delincuencia aspira a ser un medio *erga omnes* de protección que se dirige inespecíficamente hacia la vulnerabilidad de todos, entendidos como víctimas potenciales. Este objetivo, el Derecho penal lo cumple principalmente mediante un juego

simbólico: manifiesta su vigencia y comunica las consecuencias de contravenir su mandato, sea a través de la proclamación general de la norma, sea por medio del funcionamiento práctico de las instituciones penales. Si cumple eficazmente con su misión, deberían producirse efectos agregados sobre la vulnerabilidad social al delito (o *propensión* victimal)⁴⁷.

En segundo lugar, está la protección de la víctima consumada del delito. En tales casos, la misión penal varía, pues la vulnerabilidad ya no es meramente potencial, sino que ha sido corroborada por los hechos. Dos vulnerabilidades emergen aquí, que son coherentes con la distinción entre vulnerabilidad *ocurrente* y *disposicional* propuesta por MACKENZIE, ROGERS y DODDS⁴⁸: en un caso, tenemos que lidiar con la “herida” causada por la victimización, en el otro, con las posibilidades de volver a sufrir en el futuro, sea por revictimización⁴⁹ en sentido estricto, sea por un contacto con las instituciones penales que ahonda en el sufrimiento de la víctima (una forma de vulnerabilidad *patogénica* que en victimología se ha venido denominando victimización “secundaria”⁵⁰).

⁴⁷ En términos victimológicos se ha distinguido ocasionalmente entre “víctima de riesgo” y “víctima vulnerable”, siendo la primera aquella persona con una mayor probabilidad de convertirse en víctima, mientras que el segundo término apunta a una victimación consumada que deja también una serie de daños y secuelas. Vid. HERRERA MORENO, M.: “Victimación. Aspectos Generales”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 203; TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La Victimología: Cuestiones Conceptuales y Metodológicas”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 29.

⁴⁸ MACKENZIE/ ROGERS/ DODDS, “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, 8.

⁴⁹ A efectos de vulnerabilidad, de hecho, la revictimización ha sido enfrentada desde dos hipótesis teóricas enfrentadas: la tesis de la vulnerabilidad, que postula efectos de indefensión aprendida fruto de la victimización repetida; y la tesis de la resiliencia, que señala que la victimización repetida contribuye al desarrollo de técnicas de afrontamiento. Vid. HERRERA MORENO, “Victimación. Aspectos Generales,” 110.

⁵⁰ A efectos comparativos, Tamarit proporciona la siguiente definición de victimización secundaria: “*constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es el objeto de enjuiciamiento. El concepto comprende los efectos traumatizantes*”

Los compartimentos no son necesariamente estancos, pero apuntan ya a una vulnerabilidad compleja y multidimensional de la que pueden deducirse obligaciones de diverso tipo para las instituciones. Tentativamente, podríamos señalar obligaciones de protección, de justicia sustantiva, restitutivas, de justicia procedimental y obligaciones asistenciales, según se trate de a) evitar nuevos ataques a las víctimas b) restablecer el sentido de injusticia generado por el delito (con todas sus consecuencias en términos de sufrimiento), c) restituir, en la medida de lo posible, los daños materiales causados por el delito, d) fomentar una relación con las instituciones penales que pueda ser útil y, como mínimo, que no agrave el daño existente; y e) promover el regreso de la víctima a una vida normalizada y resiliente.

Sin embargo, esto no es lo único que muestra esta imagen simplificada del sistema penal. Al contrario, desde el punto de vista de la vulnerabilidad, el Derecho penal característicamente moderno se encuentra relacionado con el descubrimiento de otro sujeto vulnerable: el delincuente. Pero la tutela de la vulnerabilidad del delincuente es una labor ambigua para la penalidad, que no tiene otro remedio que aprovecharse de ella, en cierto modo, como punto de apoyo para ejercer su misión. Se atisba aquí la clásica referencia a la pena como un “mal necesario”, un instrumento de tutela de la vulnerabilidad que funciona explotando esta misma vulnerabilidad según un sistema de reparto de males: herir al delincuente con la esperanza de minimizar las victimizaciones y apuntando, en conjunto, a la reducción de la cifra de damnificados, sean víctimas o victimarios⁵¹.

derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral”, vid. TAMARIT SUMALLA, “La Victimología: Cuestiones Conceptuales y Metodológicas”, 32.

⁵¹ Acéptese esta lectura consensual sobre la justicia penal, que aspira más a dar cuenta de la visión justificativa que de la visión crítica. Esta última tal vez reduciría el objetivo de reducción del delito a la preselección (sesgada, interesada, cínica) de las formas de delincuencia cuya represión resulta útil a fines que no son los proclamados por la doctrina, sino otros de carácter político-ideológico. Si el funcionamiento material de la penalidad acaba expresándose fundamentalmente como un sistema de gestión de la marginalidad más problemática, entonces la lectura en términos de vulnerabilidad se vuelve muy diferente: los colectivos socialmente vulnerables se enfrentarían al Derecho penal como una parada más en un prolongado itinerario de experiencias que refuerzan y multiplican su vulnerabilidad. Los demás estratos de la población resultan doblemente protegidos:

De un modo como de otro, una de las principales fuentes de legitimación del Derecho penal estriba en proteger también, y con especial celo, a los autores de delitos. Este principio tiene, al menos, dos grandes manifestaciones. La primera, clásica, muy relacionada con el modelo iluminista, fue bien condensada por VON LISZT, quien caracterizó el Derecho penal como la Carta Magna del delincuente⁵². En el núcleo de esta idea se encuentra el reconocimiento del autor del delito como un sujeto sometido a una relación de fuerzas en la que se encuentra estructuralmente en desventaja. El poder siempre superior del Estado (o de la mayoría) tiene su reflejo en la vulnerabilidad del individuo, para quien se prevén toda una serie de garantías destinadas a que esta desigualdad no derive en abuso (puesto que es una desigualdad irrenunciable, se trata de que no devenga *patogénica*). Sin embargo, a esta vulnerabilidad coherente con el modelo liberal del ciudadano, a quien se protege de la lesión arbitraria de sus derechos, se añade otra, más semejante a las discutidas en el apartado primero de este trabajo, y que dibujan al delincuente como un sujeto biográfico concreto. Desde este punto de vista, la criminalidad es, en muchas circunstancias, el signo mismo de la vulnerabilidad: vulnerabilidad biopsicológica, vulnerabilidad educativa, sociofamiliar, económica, etc., pero también vulnerabilidad fruto de la selectividad de las instituciones penales. Aunque este último elemento es problemático y no diríamos que es tenido en cuenta de manera sistemática, el reconocimiento de la vulnerabilidad “criminógena”, fruto de diversos factores (entre los que se encuentran las deficiencias estructurales social e institucionalmente producidas) ha servido como puntal para insistir en la obligación de atender, también, a las necesidades del delincuente⁵³.

de manera directa, mediante la segregación de los sujetos socialmente problemáticos, y de manera indirecta, fruto del proceso selectivo que hace improbable el castigo de sus propios comportamientos socialmente dañinos o, incluso, delictivos.

⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El Papel Epistémico de La Política Criminal En Las Ciencias Penales: La Contribución de v. Liszt”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.*, núm. 20, 2018, p. 12; MUÑOZ CONDE, F.: “La Herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, núm. 2, 2011, p. 59.

⁵³ El término *necesidades criminógenas* empleado por Andrews y Bonta condensa bien esta idea, si bien en este caso utilizado en sentido técnico para referirse a aquellos factores de riesgo de carácter dinámico, *vid.* ANDREWS, D.A./ J. BON-TA: *The Psychology of Criminal Conduct*. 5a ed., LexisNexis, 2010, p. 21 y ss.

Aunque no se trata del único de los principios penales reconducibles a esta idea, el principio de resocialización es seguramente el mejor ejemplo del reconocimiento penal de esta segunda forma de vulnerabilidad “criminógena” (algo que, por cierto, delata la historia de selectividad penal que ha tendido a rellenar las cárceles con todo tipo de individuos que cabría considerar vulnerables en más de un sentido). Desde este punto de vista, el castigo trata de ser, no ya un mal necesario, sino un mal de menor entidad, al venir impregnado de aspiraciones reeducativas, tratamentales y transformadoras que, en principio, deberían redundar en beneficio del propio reo (o, en términos de la teoría del apartado primero, dotarlo de recursos para potenciar su resiliencia).

De ello se infiere, tal vez, un último detalle: sin la resocialización, el castigo penal se encuentra desprovisto de funciones que puedan considerarse útiles desde la óptica de la vulnerabilidad (cuando uno hace abstracción de sus efectos de comunicación social, de donde se predica el grueso de las funciones preventivas, con la salvedad de la inocuización). Si la pena en sí misma considerada no reinserta ni lo intenta, la única lectura posible del castigo es su eficacia retributiva y excluyente. Se trataría de una herramienta para producir dolor que aprovecha la vulnerabilidad (especial) del reo⁵⁴ para infligir más sufrimiento, en beneficio de una sociedad presuntamente protegida

También interesa destacadamente el planteamiento de Zaffaroni en materia de vulnerabilidad del delincuente frente a la criminalización, *vid.* ZAFFARONI, R.: “Los Disfraces de La Peligrosidad (La Pena Del Delito Común Contra La Propiedad)”, en DE LA CUESTA AGUADO, P./ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R./ ACALE SÁNCHEZ, M./ HAVA GARCÍA, E./ RODRÍGUEZ MESA, M.J./ GONZÁLEZ AGUDELO, G./ MEINI MÉNDEZ, I./ RÍOS CORBACHO, J.M., *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos En Homenaje Al Profesor Doctor Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 374–75.

⁵⁴ Esta vulnerabilidad especial de los presos es también reconocida con frecuencia, de manera que la relación de sujeción que se produce en las instituciones totales determina la creación de un grupo (los internos) especialmente vulnerable. Esto viene corroborado por los diversos instrumentos internacionales dirigidos a garantizar unas condiciones mínimas de adecuación de la vida penitenciaria y del respeto de los internos, si bien ello no previene las cíclicas constataciones críticas, por ejemplo, del Comité para la Prevención de la Tortura. *Vid.* FORMOSA, P.: “The Role of Vulnerability in Kantian Ethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 381–83.

por segregación. De esto, sólo podría salir un sujeto más vulnerable: inocuo si ha sido quebrado por la prisión, y peligroso si solo ha salido peor de lo que entró.

3.3. Políticas criminales y especial vulnerabilidad de las víctimas

Visto lo anterior, la naturaleza de este trabajo requiere, por coherencia, dedicar especial atención a ciertas formas de vulnerabilidad en particular. En este sentido, las contribuciones que siguen a estas líneas toman en general a la víctima como centro de atención a la hora de hablar de vulnerabilidad. Por tanto, aquí se tratará de prestar especial atención a la “víctima vulnerable”.

Como punto de partida cabría sintetizar lo expresado hasta ahora: si coincidimos en que se encuentra en la naturaleza de la protección penal atender a determinadas parcelas de vulnerabilidad humana que, en general, se encuentran ampliamente compartidas por la población, entonces el Derecho penal ya se interesa intrínsecamente por una forma de vulnerabilidad más o menos universal, entendida como la posibilidad de toda persona de convertirse en víctima de delito.

Esta precisión sirve para aclarar, entonces, que cuando en materia penal se considera necesario hacer mención expresa a la vulnerabilidad, implícitamente deberíamos estar hablando de un “plus” de vulnerabilidad. En principio, hablar de vulnerabilidad victimal sólo interesa cuando la naturaleza de esa vulnerabilidad se entiende como un factor diferencial que resulta, por ello mismo, destacable por encima de la vulnerabilidad implícita que acompaña al sujeto pasivo del delito. Dicho esto, tal vez resulte ocioso recordar que la tutela de la vulnerabilidad puede llevarse a cabo sin mencionarlo explícitamente. Aunque en términos generales interesa a esta obra atender a aquellos lugares en que la normativa penal habla expresamente de vulnerabilidad⁵⁵, a los efectos de la reflexión que este capítulo propone no

⁵⁵ El lector tendrá ocasión de regresar sobre estas mismas discusiones en capítulos subsiguientes, siendo especialmente importante a efectos de las conclusiones que se defenderán al final de la obra. Baste de momento con señalar que, aunque la terminología puede ser diversa, parece tan connatural al Derecho penal ocuparse de la vulnerabilidad como establecer una gradación de vulnerabilidades sobre la que articular una respuesta acorde.

es necesario seguir tan de cerca una acepción restrictiva de víctima vulnerable.

Con todo, y aunque este comentario pueda servir a los efectos de desambiguar un poco, no es menos cierto que apenas resuelve las dificultades político-criminales más relevantes. Como antes mencionábamos, existe una notable polémica en torno al nivel de precisión que debe acompañar al análisis de la especial vulnerabilidad. ¿Es una víctima (especialmente) vulnerable con motivo de su pertenencia a un colectivo de cuyas características se predica una necesidad de protección reforzada (el modelo de los grupos vulnerables)? ¿O acaso debemos entender que una víctima vulnerable lo es por la confluencia específica de vulnerabilidades que se dan sobre su persona, pero que sólo son plenamente comprensibles a nivel individual (p.ej. modelo de las “capas” de vulnerabilidad)? Pero las preguntas de mayor trascendencia no son conceptuales, sino prácticas. ¿Cuál sería, para el Derecho penal, la forma adecuada y legítima de reforzar la protección de las víctimas especialmente vulnerables? ¿Hay un único modo de intervenir en esta materia? Y si así fuera, ¿cuál sería? ¿Debe la política criminal atender a necesidades importadas de otras áreas de la política estatal? ¿O acaso tiene el Derecho penal objetivos específicos que satisfacer? Asimismo, ¿cómo orientar los instrumentos penales a la tutela de las víctimas vulnerables? ¿Puede el castigo servir a ese tipo de fines, cuando su punto de aplicación recae sobre el imputado, y no sobre la víctima? E incluso, ¿bajo qué premisas es legítimo intensificar la pena para el autor sobre la base de la vulnerabilidad de la víctima? Finalmente (si bien la lista no es exhaustiva), ¿puede el Derecho penal tutelar la vulnerabilidad de la víctima sin resultar contraproducente (patogénico) en algún sentido?

Seguramente sean demasiadas preguntas para atenderlas aquí, y sin duda son más profundas de lo que es posible ventilar con reflexiones generales. Sin embargo, dada la naturaleza introductoria de este primer capítulo, podemos tomar una ruta intermedia, tratando de comentar algunos ejemplos de políticas criminales orientadas por cierta idea de vulnerabilidad con el fin de extraer algunas pistas preliminares. En este sentido, en la opinión de este autor pueden distinguirse dos grandes modelos de tutela penal de la vulnerabilidad, que se corresponden más o menos bien con la distinción entre enfoques orientados a colectivos vulnerables y enfoques dirigidos a víctimas

vulnerables individuales. Ambas estrategias, cabe sugerir, son fruto de una aproximación distinta al problema y sus virtudes y defectos dependen, en buena medida, de los propósitos político-criminales perseguidos. Veamos algunos ejemplos.

3.3.1. Grupos vulnerables, política criminal antidiscriminatoria y las líneas rojas penales

Uno de los procedimientos de intervención penal sobre la vulnerabilidad victimal podría considerarse articulado conforme a un método de “líneas rojas”. De acuerdo con este enfoque, la protección reforzada de ciertas víctimas se efectúa delimitando espacios que suponen fronteras a no transitar. Estas líneas rojas vienen determinadas, en última instancia, por prioridades políticas de las que derivan escalas de valores. Esto, naturalmente, no quiere decir que carezcan de otra justificación que la imposición arbitraria de cánones normativos y valorativos en el ámbito penal. Lo que quiere decir es que, por su *modus operandi*, tienen una conexión tal vez más explícita o directa con una toma de posición política en relación con tales cánones normativos. A nivel estructural, esto se deduce de una reducción considerable de las necesidades de fundamentación basadas en el caso concreto, que son las que, de otro modo, sustentarían la legitimidad de la condena sobre la base de una vulnerabilidad constatada (antes que presunta) y refutable.

A título de ejemplo, piénsese en los delitos de odio tutelados a través artículo 510.1 del Código Penal. Una característica fundamental de la regulación en tales casos es su alusión directa a grupos que son considerados vulnerables⁵⁶. Usualmente, a ello acompaña una justifi-

⁵⁶ Así, se señala como destinatarios del delito “*un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad*”. Cuestión distinta es si efectivamente se trata de proteger a colectivos vulnerables o si esto sería una lectura ideologizada de la intención del legislador. Este desacuerdo se encuentra en la base del debate en torno a la aplicabilidad de estos delitos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Un entendimiento de la vulnerabilidad como indicador

cación que alude a una discriminación histórica o estructural y que explica la vulnerabilidad del colectivo⁵⁷. En este sentido, el método de comprobación de la vulnerabilidad tiende al automatismo desde el punto de vista de la vulnerabilidad, es decir, requiere únicamente de la pertenencia de la víctima a alguno de los citados grupos (cuando no es el grupo mismo el que es considerado víctima)⁵⁸. Esto es relevante, en la medida en que otras consideraciones ocupan un papel secundario, si es que lo ocupan en absoluto: por ejemplo, no es necesario comprobar si la víctima, perteneciente a un grupo de los señalados, era especialmente vulnerable a nivel individual, o si otros factores protectores intervenían para compensar la vulnerabilidad predicada de su pertenencia al grupo. Por otro lado, tampoco se requiere del autor algo parecido a la voluntad de abusar de esa situación estructural de vulnerabilidad, sólo la presencia de una motivación ilícita en tanto que dirigida a ahondar en el estado de discriminación preexistente. En cierto modo, lo importante es su dedicación por contribuir a un estado de cosas que le trasciende pero que, a nivel normativo, resulta

de necesidad de tutela penal apunta a lo desafortunado de esta confusión. Dicho de otro modo, proteger penalmente resulta más defendible si existe una situación de vulnerabilidad tal que explique la necesidad de una protección ampliada para equiparar a ciertos colectivos con el resto de la ciudadanía. *Vid.* LANDA GOROSTIZA, J.M.: *Los Delitos de Odio. Artículos 510 y 22.4o CP 1995*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 102; TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, *Política Criminal* 16, núm. 31, 2021, p. 303. En todo caso, esto parece coherente con pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sentencia 3124/2019, de 9 de octubre, en relación con el “caso Alsasua”) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Sacca Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018). Con todo, la opinión contraria fue defendida por Magro Servet y Moral García en un voto particular a la STS citada.

⁵⁷ En términos semejantes lo planteaba, en relación con la discriminación por sexo, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio (fundamento jurídico 5º). Con todo, es evidente que no todos los supuestos son fácilmente reconducibles a esta idea, como los referentes a la ideología.

⁵⁸ *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, E.: “Delitos de Odio y Derecho Penal de La Culparidad”, en DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Reflexiones Académicas Sobre Delitos de Odio*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2022, p. 9; TAPIA BALLESTEROS, “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, 291.

inaceptable seguir alimentando⁵⁹. En resumen, a efectos de vulnerabilidad el criterio de comprobación se reduce entonces a la pertenencia de la víctima a uno de los grupos destacados (unido a la intención del autor de atentar contra aquellos).

Por otro lado, si atendemos a la circunstancia agravante 4ª del artículo 22 CP, podemos observar una variante interesante, pues lo importante aquí es únicamente la presencia del motivo discriminatorio, “*con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*”. Se plasma, de este modo, una protección de colectivos vulnerables *independiente de los propios colectivos vulnerables*, es decir, donde ni siquiera importa si la víctima formaba parte de alguno de ellos realmente. Podría incluso decirse que en estos casos se arbitra una tutela simbólica de la vulnerabilidad, que apunta a surtir efectos a nivel comunicativo, aún sin posibilidad de hacerlo a nivel material. Desde este punto de vista, cualquier víctima pasa a representar (incluso sin pertenecer) al grupo vulnerable⁶⁰ y la protección se encuentra de es-

⁵⁹ Algo que entronca adecuadamente con la naturaleza de delito de peligro abstracto que se ha concedido a la mayoría de las conductas del art. 510 CP, *v.gr.* TAPIA BALLESTEROS, “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, 308. Como tal, su objeto de atención es el riesgo, no el daño, lo que nos sitúa entre las medidas de tutela de la vulnerabilidad que apuntan al contexto y, a través de él, a reducir las probabilidades de victimización a nivel agregado. Ahora bien, se ha apuntado a la necesidad de una interpretación restrictiva que puede ser reconducida a las expresiones con mayor capacidad para causar un impacto en el discurso público. Este impacto puede ser concebido precisamente en términos de vulnerabilidad: todo discurso con la capacidad para ahondar la situación de vulnerabilidad de partida de los colectivos especialmente expuestos señalados en el articulado. En esta dirección parece apuntar el Memorandum Explicativo de la Recomendación de Política General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio, de 8 de diciembre de 2015, de la Comisión Europea contra el racismo y la Intolerancia (ECRI): “*Los factores importantes para que el uso de discurso de odio alcance el límite de responsabilidad penal son los que tienen un carácter más grave, es decir, cuando tienen la finalidad, o quepa suponer razonablemente que van a tener dicho efecto, de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación y cuando el uso de expresiones de este tipo tiene lugar en público*” (párrafo 173).

⁶⁰ Esto es menos extraño de lo que pudiera parecer, pues la representación o la defensa de los intereses de determinados grupos pueden realizarlas personas “*externas*”. En este sentido, tal vez la regulación tome a la víctima como pasarela

te modo “espiritualizada”: se busca en la conciencia del autor, cuyo delito se transforma en un símbolo que queda (hasta cierto punto) emancipado de su lesividad directa sobre la víctima.

Un procedimiento parecido se ha defendido recientemente en relación con los delitos de violencia de género, a nivel de aplicación jurisprudencial⁶¹. De acuerdo con esta línea, la disparidad que fundamenta la sobreprotección de la víctima mujer respecto de su agresor debe ser valorada en términos “formales”, es decir, si se cumple el tipo de relación entre sujeto activo y pasivo requerida por la norma entonces se dan los requisitos necesarios para justificar la protección penal reforzada. Todo ello sin necesidad de acudir a ulteriores comprobaciones atinentes al caso concreto, como podrían ser la “motivación machista”, el “contexto de dominación” o la “indefensión” de la víctima. Naturalmente, estas figuras delictivas son distintas y responden a propósitos y fundamentos propios⁶² y aquí se traen a colación principalmente como un ejemplo más de este procedimiento basado en trazar “líneas rojas”, que es la similitud que quisiéramos resaltar⁶³.

para la protección del colectivo con base en la intuición de que, posiblemente, así vaya a ser en ocasiones.

⁶¹ Hablamos aquí de la conocida Sentencia n.º 677/2018 de 20 de diciembre del Tribunal Supremo que, en lo que importa a efectos de este texto, sustenta la aplicación de un delito de violencia de género sobre la base de la comprobación del sexo de la víctima, del victimario y de la relación de pareja existente.

⁶² Ello no obstante, es preciso recordar que el género se encuentra entre las circunstancias del artículo 510 CP, como hemos visto, o de la agravante del 22. 4º CP. Consideradas en conjunto, tienden a retratar la tutela penal por razón del género como un mecanismo automatizado, diseñado a escala de “grupo vulnerable”. No obstante, es cierto que la Sentencia citada da un paso más, en la medida en que los otros preceptos al menos requieren de un elemento motivacional concreto.

⁶³ Con todo, es preciso reconocer que una línea jurisprudencial como la expuesta deja espacio para una interpretación peculiar en términos de vulnerabilidad. Si se considera que las figuras de violencia de género son objeto de una intervención penal agravada debido al contexto de dominación que trasladan, parece sugerirse precisamente una relación en la que el dominado se encuentra en una posición de vulnerabilidad respecto del dominante. Pero es diferente decir que una víctima de violencia de género era vulnerable por estar sumida en un contexto de dominación específico en su relación de pareja, frente a presumir la existencia universal de este contexto (que es lo que parece que se desprende de una aplicación tendencialmente automática como la que se comenta). En este segundo

El establecimiento de criterios tendencialmente “objetivos” o formales delata, en realidad, una intención político criminal concreta que se basa, precisamente, en no individualizar más allá de cierto punto⁶⁴. Detener el proceso de individualización en un estadio anterior implica, en términos teóricos, tratar todos los casos análogos de la misma manera, pero el criterio de analogía es aquí, precisamente, la común pertenencia de las víctimas a un colectivo especialmente protegido. Regulando de este modo, el mensaje político criminal que se transmite es, precisamente, que atentar contra ciertos grupos de víctimas es un mal en sí mismo que demanda escasos matices, y que el propósito fundamental estriba en combatir la victimización *a nivel de grupo*. No es a la víctima, sino a la etnia, al género, o a la religión discriminadas a quienes se orienta la tutela penal y en torno a las que erige una frontera especial que, para ser políticamente eficaz, no puede venir luego desmentida por las específicas circunstancias de la víctima.

Sin perjuicio de que esta pueda no ser la opción reguladora más sutil o adecuada en según qué casos, no es menos cierto que no carece *per se* de sentido político criminal. En efecto, si el propósito es combatir una situación de discriminación estructural, no resulta extravagante partir de una variable que, según se entiende, aglutina adecuadamente a la mayoría de los individuos discriminados (género, etnia, religión...). En cierto sentido, la crítica al racismo (por ejemplo) depende en buena medida de tomarlo sin excepciones como repudiable, sin entrar a valorar si todas y cada una de las personas que pertenecen a una raza globalmente discriminada lo fueron efectivamente a nivel individual. La protección en tales casos no descansa en la bondad, inocencia o cualidad de mártir de la víctima, sino en la carga que comparte con sus compañeros de “grupo”, fuertes o débiles, malvados o virtuosos.

supuesto, a efectos normativos, toda mujer queda representada como vulnerable respecto de su pareja masculina, algo que no deja de ser problemático.

⁶⁴ Sobre las implicaciones jurídico-penales de individualizar más o menos, una interesante discusión (aplicada a otro objeto de estudio) puede encontrarse en PUENTE RODRÍGUEZ, L.: *La Peligrosidad Del Imputable y La Imputabilidad Del Peligroso. Un Estudio Sobre Las Posibles Repercusiones Jurídicas de Las Relaciones Entre La Imputabilidad Penal y La Peligrosidad Criminal*, Marcial Pons, 2021 p. 262–66.

Desde luego, podría objetarse con cierta solidez si este tipo de posiciones institucionales no pertenecen primordialmente a otras áreas de la política estatal y, particularmente, si no resultan antitéticas con los principios individualistas que han tendido a orientar el Derecho penal. Este debate, con todo, no podría ser resuelto en este momento, de modo que baste con reiterar la existencia de posiciones enfrentadas en cuanto a qué es una estrategia política (y penal) útil, deseable y legítima.

3.3.2. ¿Víctimas especialmente vulnerables? Entre automatismos e individualización

En contraposición con el modelo anteriormente discutido, en el ámbito penal también se han ensayado formas de protección más aliñadas con el enfoque individualista de la vulnerabilidad. Característicamente, estaríamos hablando de aquellos casos en que la activación de la protección reforzada requiere comprobar la efectiva situación de vulnerabilidad que ha sido explotada por el victimario en el caso concreto. Sin perjuicio de lo que se dirá en otros puntos de esta obra, a un nivel conceptual al menos la circunstancia penal de alevosía canaliza una idea semejante: se sobrepenaliza la creación por el autor de una situación de disparidad tal que conduce a la indefensión de la víctima específica. En un caso como este, la pertenencia a un determinado grupo no resulta relevante en principio, pues lo que importa es la degradación fáctica de las capacidades de resistencia o defensa. Otras circunstancias, como los abusos de superioridad o de confianza, reflejan precisamente una vulnerabilidad que tiene origen en la relación específica que une a la víctima y al victimario y que expone a aquella de manera exacerbada a la voluntad de este último. Algo característico y relevante de esta forma de intervenir sobre la vulnerabilidad es lo que podríamos llamar una aproximación “funcional” al problema, es decir, una aproximación en la que lo determinante es si existió un tipo de vulnerabilidad específica que cristaliza en una menor posibilidad de resistencia, evitación o defensa frente al delito⁶⁵. Se trata, por tanto, de una vulnerabilidad victimal en sentido

⁶⁵ MOYA GUILLEM, C.: “Alternativas a La Aporofobia Como Circunstancia Agravante: Apuntes Acerca Del Subtipo Cualificado Por La Especial Vulnera-

concretísimo: una víctima concreta, en una situación concreta, frente a un autor y un delito concretos, se encontraba sometida a un cúmulo de circunstancias específicas y demostrables que la pusieron en una situación de inferioridad más intensa de la que cabría esperar en la “víctima promedio”. Aquí tenemos, en definitiva, una vulnerabilidad victimal en sentido estricto, casuística, y medida sobre la base de la degradación funcional de las capacidades de resistencia por encima de un umbral considerado jurídicamente normal.

Asimismo, es posible encontrar en el Código Penal un *modus operandi* de protección de las víctimas vulnerables que quizás cabría calificar de “mixto”, si bien quizás más por la forma que por el fondo. Esto se deba a la importancia que en él juega el colectivo vulnerable al que pertenece la víctima, sin ser determinante por sí solo si no viene acompañado de una degradación funcional de sus capacidades defensivas. En este sentido, en diversos puntos de la norma se hace mención de categorías de vulnerabilidad como la edad, la enfermedad, o la discapacidad. No obstante, en principio al menos, cada una de estas categorías se utiliza como un *proxy*, como una forma de nombrar un conglomerado de circunstancias psicofísicas que redundan, como norma general, en una menor aptitud para resistirse a la propia victimización. Ahora bien, su valor como indicador es irregular y en muchos puntos cuestionable. Esto resulta especialmente evidente al hablar de enfermedad o discapacidad y nos aboca, en general, a preguntarnos por cuál era el estado psicofísico de la víctima concreta con el fin de determinar si era efectivamente vulnerable. La terminología empleada en varios puntos del Código Penal sugiere, precisamente, este procedimiento en dos pasos cuando habla de que la víctima sea especialmente vulnerable “por razón de...”⁶⁶. Desde este punto de vista, parece que

bilidad de La Víctima y Del Abuso de Superioridad En Contextos de Pobreza”, *Revista Sistema Penal Crítico*, núm. 1, 2020, p. 145; MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. 10a ed., Tirant lo Blanch, 2019 p. 466–67.

⁶⁶ Algo que es posible ver en el 140.1 CP, por ejemplo, que reserva aun así una agravación automática para menores de 16 años. También existe algún caso en el que las circunstancias de vulnerabilidad se encuentran desagregadas, por lo que es prudente no conceder excesiva importancia a las formas cuando no entrañan cuestiones de fondo. Por ejemplo, el artículo 148 CP menciona la “especial vulnerabilidad” de la víctima que conviva con el autor en su 5º punto, mientras que

la vulnerabilidad es una incógnita que probar, que sólo es relevante en algunas circunstancias concretas. Sin embargo, a esto cabe añadir que, frecuentemente, se hace mención también a la “situación”⁶⁷ de vulnerabilidad o a “cualquier otra circunstancia” en la que se encuentre la víctima y que la haga vulnerable, lo que obliga necesariamente a descender al caso concreto⁶⁸. De hecho, en la actualidad tal vez sea más apropiado construir el argumento al revés: la tendencia de las últimas reformas penales (LO 8/2021, de 4 de junio y LO 10/2022, de 6 de septiembre) a incorporar la referencia a “cualquier otra circunstancia” tras la enumeración de varias causas de vulnerabilidad tiende a hacer de estas un simple recordatorio enfático, antes que una lista de *numerus clausus*. Desde este punto de vista, la regulación se inclina hacia una valoración individualizada de vulnerabilidad, compatible en principio con cualquier motivo o cúmulo de motivos.

Un caso que seguramente merezca atención particularizada es la tutela penal de los menores⁶⁹. En efecto, aquí la tendencia político criminal se ha encontrado más cerca del empleo de “líneas rojas” an-

en el 2º alude a la alevosía, en el 3º la minoría de edad o la discapacidad y en el 4º a que la víctima fuera esposa (o análoga).

⁶⁷ Naturalmente, la situación podría interpretarse con carácter estructural, en una línea similar al modo en que se ha considerado la discriminación estructural acusada por determinados colectivos. Con todo, las ambiciones en relación con el alcance de esta circunstancia parecen haber sido en general más contenidas, apuntando a contextos particulares de desequilibrio entre víctima y victimario, no reconducibles a las demás circunstancias (como la embriaguez o el embarazo, según la jurisprudencia). Sobre los matices que circundan a la vulnerabilidad por “situación”, *vid.* MOYA GUILLEM, “Alternativas a La Aporofobia Como Circunstancia Agravante: Apuntes Acerca Del Subtipo Cualificado Por La Especial Vulnerabilidad de La Víctima y Del Abuso de Superioridad En Contextos de Pobreza,” 140.

⁶⁸ Por ejemplo, el art. 172 *ter* 1, tras la reforma operada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, dice: “Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años”.

⁶⁹ Algo similar podría ser dicho sobre las “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, siquiera por el tándem que forma con la minoría de edad en múltiples puntos del Código penal. Sobre el particular, *vid.* MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto Penal de Discapacidad y de Persona Con Discapacidad Necesitada de Especial Protección (Art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a La Reforma Del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 125–49.

teriormente mencionado. Esto puede verse a veces explícitamente en la técnica legislativa empleada en algunos delitos⁷⁰ y en otras ocasiones en la pauta interpretativa seguida por los tribunales. Con todo, las diferenciaciones al tratar de menores no son infrecuentes, siendo tendencialmente distinto el tratamiento dispensado a los menores de corta edad (más uniformemente proteccionista) en comparación con las franjas que circundan la adolescencia (donde algo más de individualización se impone)⁷¹. Naturalmente, habría espacio para considerar que un retrato panorámico de la protección penal a víctimas menores de edad, que incluyera también el tono generalmente hosco de los delitos sexuales en esta materia, inclinaría la balanza del lado de las líneas rojas⁷². No obstante, este es quizás el punto en que resulta pertinente no empujar el argumento más allá de los límites asumidos por este trabajo.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Llegados a este punto, sintéticamente, podemos resaltar que la tutela de la vulnerabilidad no es inusual en el ámbito penal, con independencia de que pensemos en vulnerabilidad “general” o “especial”. Sin embargo, puede observarse cierta diversidad de aproximaciones normativas. Esto puede ser fruto de la tantas veces denunciada desa-

⁷⁰ Moya Guillem es precisa a este respecto: “*Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 156 bis.4. b), que sanciona el tráfico de órganos con la pena superior en grado siempre que «la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación».* En este caso debe entenderse que se agravará la pena de manera automática cuando se trate de una víctima menor de edad y que la edad que podrá determinar la cualificación por especial vulnerabilidad se limitará, en cambio, a la ancianidad.”, *vid.* MOYA GUILLEM, C.: “La Especial Vulnerabilidad Como Circunstancia Agravante. Resultados de Una Investigación Sobre La Jurisprudencia Penal Española”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3a Época, núm. 24, 2020, p. 25.

⁷¹ MOYA GUILLEM, 26.

⁷² Algo así sugieren los autores que hablan de un “tabú” en esta materia, que no es sino la expresión antropológica fundamental de una línea roja infranqueable. *V.gr.* RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Depredadores, Monstruos, Niños y Otros Fantasmas de Impureza (Algunas Lecciones de Derecho Comparado Sobre Delitos Sexuales y Menores)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3a Época, núm. 8, 2012, p. 215.

tención del legislador, pero sirve para dar cuenta también de un universo de posibilidades en que no parece haber una estrategia universal. Tal vez porque no se haya diseñado una, o tal vez porque no sea posible atender a todas las formas de la vulnerabilidad victimal con un único proceder. De un modo como de otro, la tutela penal de la vulnerabilidad plantea interrogantes específicos a los que resulta necesario atender con independencia de si se aboga por el “monismo” o por el “pluralismo” táctico (es decir, por una aproximación universal, o por varios modelos parciales de tutela de la vulnerabilidad). Estos interrogantes se incrementan en número y complejidad conforme uno pasa de preguntarse por lo que es *debido* a plantearse lo que es *posible* hacer y cómo conseguirlo.

En este sentido, una primera vía para limitar las dificultades radica en acotar el concepto de vulnerabilidad. No sería la primera vez que los conceptos tienen una dimensión y confines determinados *ad hoc* a efectos de la ley penal, pero no cabe olvidar que cuando hablamos de nociones con una mínima vocación descriptiva o que remiten a una realidad externa al ámbito normativo, definir de manera excesivamente *sui generis* una idea como la vulnerabilidad puede plantear problemas de legitimidad y de utilidad. Como hemos visto, la vulnerabilidad es una idea compleja, multidimensional y de límites difusos, es decir, poco cómoda para su uso en las discusiones penales. Por ello, concederle unos límites específicamente penales seguramente sea necesario, buscando una conversión del lenguaje natural al jurídico que resulte operativa sin pecar de reduccionista.

Pero entonces se evidencia el problema de cómo articular concretamente el ensamblaje normativo que da vida al concepto penal de vulnerabilidad. Porque preguntarse qué es la vulnerabilidad a efectos penales entraña seguramente dos preguntas implícitas más: a) qué debería ser, en términos normativos y b) de qué modo tendría que materializarse. Ambos planos no están en inmediata continuidad, y un buen plan a nivel de concepto podría no resultar útil ni deseable en el plano práctico. Por este motivo, la armonía es necesaria, y una buena definición seguramente sea también una razonablemente útil.

En este sentido, la diversidad de opciones disponibles en el ámbito penal es considerable, pues, a pesar de la perenne tentación de la pena de prisión, este no es seguramente ni el único ni el más eficaz

de los mecanismos en términos de vulnerabilidad, como discutíamos con anterioridad. Así las cosas, ¿dónde habría de ubicarse la tutela de la vulnerabilidad? ¿En la Parte General del Código Penal? Si así lo consideráramos, deberíamos aceptar una idea de vulnerabilidad virtualmente aplicable a todos y cada uno de los delitos existentes, y diseñar un concepto suficientemente adaptable como para cumplir con esta función. Si, en cambio, se considera que la vulnerabilidad es una problemática que tan sólo se plantea ante determinados delitos muy concretos (o, incluso, que tan sólo *debería plantearse* ante determinados delitos) probablemente la consecuencia sea el diseño de cláusulas de vulnerabilidad que funcionen como añadido a ciertos delitos, aun a riesgo de generar una topografía de vulnerabilidades compleja, heterogénea y fuertemente determinada por la selección que el legislador tenga a bien hacer. Y precisamente, la selección no es un problema menor, pues supone vedar efectos normativos a diversas vulnerabilidades, algo que no es evidente ni pacífico de por sí.

Finalmente, si en el inhóspito campo de las discusiones penales todo hubiera de reconducirse en última instancia a la pena, no es posible desatender las dificultades que lo penológico imprime sobre lo teórico. ¿Cuál es el precio a pagar por defender un determinado concepto penal de vulnerabilidad, en términos de inflacionismo sancionador? ¿Es razonable que ciertas causas de vulnerabilidad tengan los efectos genéricos de las agravantes y otras provoquen disparos penológicos? Este es, en cierto modo, un “test de patogenia” para las propuestas penales que resulta además sensible a los planteamientos sobre la vulnerabilidad procedentes de otros campos. La protección reforzada de las personas vulnerables es necesaria, pero el castigo penal resulta muchas veces más apropiado para infligir dolor que para aliviarlo, especialmente si tenemos en cuenta los escasos réditos preventivos que cabe esperar de los incrementos penales⁷³. Siendo esto así, la tarea que se abre a las ciencias penales estriba en atender a la naturaleza de las herramientas que maneja, valorando qué ayuda pueden suminis-

⁷³ Una discusión reciente del asunto puede encontrarse en ENGEL, C./ D. NAGIN: “Who Is Afraid of the Stick? Experimentally Testing the Deterrent Effect of Sanction Certainty”, *Review of Behavioral Economics* 2, núm. 4, 2015, p. 405–34, <https://doi.org/10.1561/105.00000037>.

trar sin desatender que, a menudo, en el delito va a condensarse una ecología de vulnerabilidades difícil de desentrelazar.

BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G.: *Homo Sacer. El Poder Soberano y La Nuda Vida*, PRE-TEXTOS, 2006.
- ALEMANY, M.: “Igualdad y Diferencia En Relación Con Las Personas Con Discapacidad. (Una Crítica a La Observación General n.º 1 (2014) Del Comité (UN) de Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad)”, *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, p. 201–22.
- ANDERSON, J.: “Autonomy and Vulnerability Entwined”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 134–61.
- ANDORNO, R.: “Is Vulnerability the Foundation of Human Rights?”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 257–72.
- ANDREWS, D.A./ J. BONTA: *The Psychology of Criminal Conduct*. 5a ed., LexisNexis, 2010.
- ARENDT, H.: *Eichmann En Jerusalén*. 3a ed., DeBOLSILLO, 2008.
- : *The Origins of Totalitarianism*., Harcourt Brace & Co., 1975.
- ATIENZA, M.: *Sobre La Dignidad Humana*, Trotta, 2022.
- BAUMAN, Z.: *Vida Líquida*, Paidós, 2006.
- BUTLER, J.: *Vida Precaria: El Poder Del Duelo y La Violencia*, Paidós, 2006.
- BUTLER J.: *Marcos de Guerra: La Vidas Llorables*, Paidós, 2010.
- CASTEL, R.: *La Metamorfosis de La Cuestión Social*, Paidós, 1997.
- CORTINA, A./ J. CONILL: “Ethics of Vulnerability”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 45–62.
- COYLE, S.: “Vulnerability and the Liberal Order”, en FINEMAN, M.A./ GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, 2013, p. 61–70.
- CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *The University of Chicago Legal Forum*, núm. 140, 1989, p. 139–67.
- : “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Source: Stanford Law Review* 43, núm. 6, 1991, p. 1241–99.

- CUBO DELGADO, S.: “Validez y Técnicas de Control de Las Fuentes de Variación”, en CUBO DELGADO, S./ MARTÍN MARTÍN, B./ RAMOS SÁNCHEZ, J.L., *Métodos de Investigación y Análisis de Datos En Ciencias Sociales y de La Salud*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2011, p. 137–72.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El Papel Epistémico de La Política Criminal En Las Ciencias Penales: La Contribución de v. Liszt”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.*, núm. 20, 2018, p. 1–31.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La Racionalidad de Las Leyes Penales*, Trotta, 2003.
- DODDS, S.: “Dependence, Care, and Vulnerability”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 181–203.
- ENGEL, C./ D. NAGIN: “Who Is Afraid of the Stick? Experimentally Testing the Deterrent Effect of Sanction Certainty”, *Review of Behavioral Economics* 2, núm. 4, 2015, p. 405–34. <https://doi.org/10.1561/105.00000037>.
- FINEMAN, M.A.: “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, en FINEMAN, M.A./ GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Routledge, 2013, p. 13–28
- : “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, *Yale Journal of Law and Feminism* 20, núm. 1, 2008, p. 1–23.
- : “Vulnerability and Inevitable Inequality”, *Oslo Law Review* 4, núm. 3, 2017, p. 133–49. <https://doi.org/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>.
- FORMOSA, P.: “The Role of Vulnerability in Kantian Ethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 88–109.
- FOSTER, S.: “The Effective Supervision of European Prison Conditions”, en IPPOLITO, F./ IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Hart, 2015, p. 381–400.
- FOUCAULT, M.: *Histoire de La Sexualité: La Volonté de Savoir*. Vol. 1, Gallimard, 1976.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: *Neoliberalismo y Castigo*, Bellaterra, 2021.
- GORDON, C.: “Governmental Rationality: An Introduction”, en BURCHELL, G./ GORDON, C./ MILLER, P., *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, University of Chicago Press, 1991, p. 1–52.
- HAND, D.J.: *The Improbability Principle: Why Coincidences, Miracles, and Rare Events Happen Every Day*, Scientific American, 2014.
- HERRERA MORENO, M.: “Victimación. Aspectos Generales”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 79–128.
- HOBBS, T.: *Leviatán*. 2a ed., Editora Nacional, 1980.

- HOBSBAWM, E.: *La Era de La Revolución, 1789-1848*. 6a ed., Crítica, 2009.
- LANDA GOROSTIZA, J.M.: *Los Delitos de Odio. Artículos 510 y 22.4o CP 1995*, Tirant lo Blanch, 2018.
- LAURENZO COPELLO, P.: “La Violencia de Género En El Derecho Penal. Un Ejemplo de Paternalismo Punitivo”, en LAURENZO COPELLO, P./ MAQUEDA ABREU, M.L./ RUBIO CASTRO, A.M., *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 329–62.
- LUNA, F.: “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 2, núm. 1, 2009, p. 121–39.
- MACKENZIE, C.: “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 33–59.
- MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S.: “Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 1–29.
- MARCOS, A.: “Vulnerability as a Part of Human Nature”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 29–44.
- MARTÍNEZ GARAY, L.: “Concepto Penal de Discapacidad y de Persona Con Discapacidad Necesitada de Especial Protección (Art. 25)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a La Reforma Del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 125–49.
- MASFERRER, A.: “Taking Human Dignity More Humanely”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 221–56.
- MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E.: “Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights”, en MASFERRER, A./ GARCÍA SÁNCHEZ, E., *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer, 2016, p. 1–25.
- MOYA GUILLEM, C.: “Alternativas a La Aporofobia Como Circunstancia Agravante: Apuntes Acerca Del Subtipo Cualificado Por La Especial Vulnerabilidad de La Víctima y Del Abuso de Superioridad En Contextos de Pobreza”, *Revista Sistema Penal Crítico*, núm. 1, 2020, p. 135–51.
- : “La Especial Vulnerabilidad Como Circunstancia Agravante. Resultados de Una Investigación Sobre La Jurisprudencia Penal Española”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3a Época, núm. 24, 2020, p. 13–58.

- MUÑOZ CONDE, F.: “La Herencia de Franz von Liszt”, *Revista Penal México*, núm. 2, 2011, p. 57–73.
- MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. 10a ed., Tirant lo Blanch, 2019.
- NUSSBAUM, M.C.: *El Ocultamiento de Lo Humano. Repugnancia, Vergüenza y Ley*. Katz, 2006.
- PENARANDA RAMOS, E.: “Delitos de Odio y Derecho Penal de La Culpabilidad”, en DÍAZ LÓPEZ, J.A., *Reflexiones Académicas Sobre Delitos de Odio*, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2022, p. 7–21.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L.: *La Peligrosidad Del Imputable y La Imputabilidad Del Peligroso. Un Estudio Sobre Las Posibles Repercusiones Jurídicas de Las Relaciones Entre La Imputabilidad Penal y La Peligrosidad Criminal*, Marcial Pons, 2021.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Depredadores, Monstruos, Niños y Otros Fantasmas de Impureza (Algunas Lecciones de Derecho Comparado Sobre Delitos Sexuales y Menores)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3a Época, núm. 8, 2012, p. 195–227.
- ROGERS, W.: “Vulnerability and Bioethics”, en MACKENZIE, C./ ROGERS, W./ DODDS, S., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014, p. 60–87.
- ROGERS, W./ MACKENZIE, C./ DODDS, S.: “Why Bioethics Needs a Concept of Vulnerability”, *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 5, núm. 2, 2012, p. 11–38. <https://doi.org/10.1353/ijf.2012.0024>.
- SELIGMAN, M.E.P.: “Learned Helplessness”, *Annual Review of Medicine* 23, 1972, p. 407–12.
- SUNSTEIN, C.R.: *Leyes de Miedo. Más Allá Del Principio de Precaución*, Katz, 2010.
- : *Worst-Case Scenarios*, Harvard University Press, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La Victimología: Cuestiones Conceptuales y Metodológicas”, en BACA BALDOMERO, E./ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./ TAMARIT SUMALLA, J.M., *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 17–50.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: “El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código Penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación”, *Política Criminal* 16, núm. 31, 2021, p. 284–320.
- TEJEDOR TEJEDOR, F.J.: “Validez Interna y Externa En Los Diseños Experimentales”, *Revista Española de Pedagogía* 39, núm. 151, 1981, p. 15–39.
- TURNER, B.S.: *Vulnerability and Human Rights. Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania State University Press, 2006.

ZAFFARONI, R.: “Los Disfraces de La Peligrosidad (La Pena Del Delito Común Contra La Propiedad)”, en DE LA CUESTA AGUADO, P./ RUIZ RODRÍGUEZ, L.R./ ACALE SÁNCHEZ, M./ HAVA GARCÍA, E./ RODRÍGUEZ MESA, M.J./ GONZÁLEZ AGUDELO, G./ MEINI MÉNDEZ, I./ RÍOS CORBACHO, J.M., *Liber Amicorum: Estudios Jurídicos En Homenaje Al Profesor Doctor Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 367–76.