

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 39/2025
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Directora)

Cristina García Pascual

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (España) (Directora)

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)

Formó parte de este Consejo Editorial:

Tomás S. Vives Antón

SECRETARIO:

Jose Antonio García Sáez

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universitat de València (España)

COMITÉ CIENTÍFICO:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán

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

José Ramón Cossío Díaz

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

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

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

Ruth Zimmerling

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

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez, Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán Sánchez

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es. Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Mail: tlb@tirant.com

ISSN (impreso): 1888-3443

Depósito legal: V-2840-2007

Maqueta: Tink Factoría de Color

Fax: 96/369 41 51

<http://www.tirant.com>

ISSN (online): 2695-6594

SUMARIO

DEBATE

Presentación: Vulnerabilidad y justicia procesal sostenible	10
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
Pensar la vulnerabilidad y su incidencia en la justicia	16
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
Tutela procesal de las personas vulnerables: el proceso judicial a medida.....	44
<i>Fernando Martín Diz</i>	
Personas vulnerables y medios adecuados de solución de controversias.....	70
<i>Juan F. Herrero Perezagua</i>	
Vulnerabilidad, prueba preconstituida y derecho (efectivo) a la defensa	96
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
La palabra de los vulnerables. Sobre la valoración del testimonio de las personas con discapacidad intelectual	124
<i>Marina Gascón Abellán</i>	
Colectivo LGTBI, derecho a la igualdad y prohibición de discriminación: especialidades procesales	144
<i>Luis-Andrés Cucarella Galiana</i>	
La especial vulnerabilidad del menor extranjero no acompañado en conflicto con la Ley penal	170
<i>Esther Pillado González</i> <i>Paula Martínez Molares</i>	
Los intereses vulnerables de las futuras generaciones. Dos sentencias claves para su comprensión: STC 142/2024, de 20 de noviembre en relación al Mar Menor y la STEDH Klimaseniorinnen, de 9 de abril 2024.....	198
<i>Elena Martínez García</i>	

ESTUDIOS

La dogmática tributaria latinoamericana y la teoría de los sistemas	234
<i>Andrés Blanco</i> <i>Hillary Marks</i>	
Vulnerabilidad, sujeto y arquitectura institucional. Análisis y crítica al modelo normativo de Martha A. Fineman	258
<i>Carlos H. González Bellene</i>	
El factor indomesticable. Elementos para la reflexión iusfilosófica de la disrupción digital.....	288
<i>Clara Navarro Ruiz</i>	
La independencia judicial y el principio de legalidad. Análisis del caso <i>Gutiérrez Navas y otros vs. Honduras</i>	314
<i>John Fernando Restrepo</i> <i>Juliana Sinisterra</i> <i>Santiago Agudelo</i>	

SUMMARY

DEBATE

Presentation: Vulnerability and sustainable procedural justice.....	10
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
Rethinking vulnerability and its implications for justice	16
<i>Silvia Barona Vilar</i>	
Procedural protection of vulnerable persons: fitting the judicial process.....	44
<i>Fernando Martín Diz</i>	
Vulnerable people and appropriate means of dispute resolution.....	70
<i>Juan F. Herrero Perezagua</i>	
Vulnerability, pre-constituted evidence and (effective) right to defense	96
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
The voice of vulnerable people. On the assessment of testimony from persons with intellectual disabilities	124
<i>Marina Gascón Abellán</i>	
LGTBI collective, right to equality and prohibition of discrimination: procedural specialties	144
<i>Luis-Andrés Cucarella Galiana</i>	
The special vulnerability of unaccompanied foreign minors in conflict with criminal Law	170
<i>Esther Pillado González</i> <i>Paula Martínez Molares</i>	
The vulnerable interests of future generations. Two key judgments for their understanding: STC 142/2024, of november 20 in relation to the Mar Menor and the ECHR Klimaseniorinnen, of april 9, 2024.....	198
<i>Elena Martínez García</i>	

ESTUDIES

The latin american tax legal scholarship and the systems' theory	234
<i>Andrés Blanco</i> <i>Hillary Marks</i>	
Vulnerability, subject and institutional architecture. Analysis and critique of martha a. fineman's normative model.....	258
<i>Carlos H. González Bellene</i>	
A reckless asset. Elements of a legal-philosophical approach to digital disruption.....	288
<i>Clara Navarro Ruiz</i>	
Judicial independence and the principle of legality. Analysis of the case of <i>Gutiérrez Navas et al. v. Honduras</i>	314
<i>John Fernando Restrepo</i> <i>Juliana Sinisterra</i> <i>Santiago Agudelo</i>	

PENSAR LA VULNERABILIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA JUSTICIA* RETHINKING VULNERABILITY AND ITS IMPLICATIONS FOR JUSTICE

Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

RESUMEN

La vulnerabilidad es una noción polisémica, dinámica y actual, si bien encuentra en la historia jurídica un por qué de su emergencia y en el pensamiento jurídico, las diversas posiciones que permiten transitar hacia una necesidad insoslayable de incursión en el mundo jurídico y especialmente en la Justicia. En este trabajo se atiende al pasado, para comprender el presente, con atención al pensamiento ético y filosófico, diferenciando entre vulnerabilidad, que es la condición, y los grupos vulnerables, que son la situación. Aun cuando es importante su diferenciación, se integran ambas para reconocer, desde los derechos humanos, la necesidad de paliar o minimizar la situación o situaciones vulnerables y, con ello, desde la noción de “vulnerabilidad” ofrecer un criterio interpretador —categoría jurídica— que permita hacer frente a los estados vulnerables, desde el respeto a los derechos, evitando paternalismos -que no es sino el ejercicio de una forma de violencia que impide la independencia- y manejo de la justicia desde el poder de la respuesta vengativa o la desproporcionada intervención ante posibles riesgos. El papel del Estado como legislador, como Poder Judicial y desde las acciones públicas institucionales es imprescindible para afrontar un tratamiento de la dinámica y polisémica noción de vulnerabilidad.

PALABRAS CLAVE

Vulnerabilidad. Feminist Jurisprudence. Derechos humanos. Teoría de los cuidados. Justicia de los cuidados. Categoría jurídica.

ABSTRACT

Vulnerability is a polysemic, dynamic, and contemporary concept, albeit one whose emergence can be traced back to the history of law, and whose theoretical underpinnings are informed by diverse strands of legal thought. This study looks to the past in order to illuminate the present, drawing upon ethical and philosophical reasoning to distinguish between *vulnerability* as a condition inherent to the human experience, and *vulnerable groups* as context-specific manifestations of that condition. While this distinction is analytically significant, both elements must be considered jointly in order to articulate, from a human rights perspective, the imperative to alleviate or mitigate situations of vulnerability. In this regard, *vulnerability* is proposed not merely as a descriptive term, but as an interpretive criterion—a juridical category—that enables a substantive response to states of vulnerability. This must be done with due regard for the respect of fundamental rights, while avoiding paternalistic interventions, which are themselves a form of structural violence that undermines autonomy. Equally, it calls for restraint in the exercise of justice, rejecting approaches rooted in retributive or disproportionate responses to perceived risks. The role of the State—as legislator, as Judge, and through the institutional exercise of public powers—is indispensable in addressing the complex and multifaceted nature of vulnerability. A comprehensive legal framework is required, one that is sensitive to the evolving dimensions of vulnerability and committed to its principled engagement through law and justice.

KEYWORDS

Vulnerability. Feminist Jurisprudence. Human Rights. Ethics of Care. Justice from a Care Perspective. Legal Construct.

DOI: <https://doi.org/>

* Este artículo está realizado en el marco del Proyecto “Justicia sostenible en estado de mudanza global” (CIPROM 2023-64 GVA).

PENSAR LA VULNERABILIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA JUSTICIA

Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

Sumario: 1. De la fragilidad humana a la vulnerabilidad. Algunas aclaraciones conceptuales para una noción polisémica y dinámica. 2. De la invisibilidad de la noción de “vulnerabilidad” en el modelo jurídico liberal a su integración progresiva en el marco de los derechos humanos. 2.1. Libertad, autonomía, independencia y responsabilidad, fundamentos de la invulnerabilidad. 2.2. La igualdad y no discriminación y los primeros pasos hacia la visibilidad de la vulnerabilidad. 2.3. Dignidad de la persona y tutela frente a la vulnerabilidad, un paso trascendental. 3. Feminismo, movimientos sociales, filosofía de la vulnerabilidad e impulso académico para visibilizar la vulnerabilidad y el respeto hacia lo distinto. 3.1. Feminismo y movimientos sociales reivindicadores. Especial referencia a la *Critical Legal Studies* y a la emergencia de la *Feminist Jurisprudence*. 3.2. La vulnerabilidad y la teoría de la ética del cuidado, en busca de una “Justicia de los cuidados”. 4. La vulnerabilidad en la Justicia. Tránsito hacia la tutela. El papel del Estado (de lo público) y de la sociedad. 4.1. La vulnerabilidad y los grupos vulnerables en las normas, en busca de protección e inclusión. 4.2. La vulnerabilidad ¿categoría, principio, criterio interpretador? Influencia en las decisiones judiciales. 4.3. Acciones públicas y privadas. Bibliografía.

1. DE LA FRAGILIDAD HUMANA A LA VULNERABILIDAD. ALGUNAS ACLARACIONES CONCEPTUALES PARA UNA NOCIÓN POLISÉMICA Y DINÁMICA

La inmensa riqueza del ser se acompaña de la debilidad congénita de su naturaleza y es por ello que desde una perspectiva antropológica se considera la fragilidad como aquella condición de finitud propia de la persona, que la lleva a concebirse a sí misma como indefensa y susceptible de sufrir daño, lo que la convierte en dependiente. Desde el nacimiento hasta la vejez, las personas atraviesan momentos en los que requieren del apoyo y cuidado

de otros para garantizar su bienestar; es condición consustancial del ser humano. Esa vulnerabilidad antropológica se refiere a la fragilidad intrínseca del ser humano debido a su naturaleza biológica y emocional, una suerte de situación primaria o inherente a la humanidad *per se*. Ese sentido de la vulnerabilidad es estático, por consustancial al ser humano.

Ese sentido de la vulnerabilidad estático, característica universal de la condición humana (Nussbaum, 2007), ha venido anudándose a la idea de necesidad de los otros, de soledad, de fragilidad, de desprotección, de ausencia, de exclusión, de rechazo y, con ellas, la interdependencia, la responsabilidad y el reconocimiento de la fragilidad como una condición compartida que exige respuestas éticas y políticas adecuadas, desde posiciones ideológicas y filosóficas plurales y diversas.

Esto debe llevarnos a considerar que, aun cuando antropológicamente la vulnerabilidad se vincule a la debilidad o fragilidad, ello no empecé que todas las personas, incluidas las vulnerables, tienen destrezas y posibilidades de reaccionar ante ellas. Refuta por ende la consolidada percepción histórica de que vulnerable era igual a débil y frágil, carente de capacidad de decisión, de acción, etc., lo que llevaba a la actuación del Estado protector y patriarcal.

Existen ocasiones en que ese “ser limitado” o condicionado, contingente y vulnerable (frágil e indefenso) lo es —o se agrava— por situaciones imprevisibles, desconcertantes, y no por la intrínseca evolución humana. Las condiciones medioambientales (DANA), socioeconómicas, ideológicas, o sanitarias (pandemia Covid-19), entre otras, afectan al bienestar físico, psicológico, espiritual, social, reforzando la percepción de nuestra fragilidad como seres humanos. Ante estas situaciones son diversas las respuestas que ofrece la ética, la medicina, la filosofía, la política y el derecho, de manera cambiante, modulando el significado de vulnerabilidad y su percepción. Así, poco a poco, se va diferenciando entre la vulnerabilidad antropológica y la vulnerabilidad social, vulnerabilidad endógena y la vulnerabilidad exógena, o, en su caso, coyuntural y/o estructural.

La historia de la humanidad ha constatado, sin embargo, que durante siglos ni la vulnerabilidad ni los vulnerables interesaban demasiado ni a los gobernantes ni a la sociedad en sí. Existir existían tanto la vulnerabilidad como los vulnerables, pero con una palmaria desatención. La atención del pensamiento ético y filosófico clásico en torno a los vulnerables fue desigual, centrándose en la fragilidad y en su tránsito hacia la vulnerabilidad de la vida del ser humano, con referencias a la autosuficiencia y a la pertenencia a una comunidad política, especialmente en el pensamiento aristotélico (Nussbaum, 2015: 432-442).

Ese desinterés o interés asimétrico ha tenido igualmente consecuencias en el pensamiento jurídico, intrínsecamente vinculado al pensamiento ideológico político que lo abriga. A medida que se ha sabido reconocer y asimilar la vulnerabilidad como condición humana, de percibir y ser consciente de la fragilidad, las respuestas en numerosos sectores fueron emergiendo, y han influido enormemente en la concepción de la justicia y de los derechos. Así, poco a poco, la incursión de la vulnerabilidad en los discursos, en los debates bioéticos, políticos, jurídicos, filosóficos, religiosos, etc., y, sobre todo, el carácter multidimensional y polisémico que le acompaña, permite abordarla desde una mirada transversal

enriquecedora, y hasta integrarla en la pluralidad situacional que la arrastra, de manera que en la actualidad, siquiera en el mundo de la justicia, encontramos una fusión, a veces confusión, entre la vulnerabilidad y los espacios o grupos vulnerables.

La vulnerabilidad es condición; los grupos vulnerables son situación. Es importante su diferenciación, aun cuando su aplicación práctica va a venir acompañada de una integración de ambas con la imprescindible necesidad de reconocer los derechos humanos, a partir de los cuales se pretende paliar o minimizar la situación o situaciones vulnerables y, con ello, desde la noción de “vulnerabilidad” ofrecer un criterio interpretador que permita hacer frente a los estados vulnerables, desde el respeto a los derechos, evitando paternalismos —que no es sino el ejercicio de una forma de violencia que impide la independencia— y manejo de la justicia desde el poder de la respuesta vengativa o la desproporcionada intervención ante posibles riesgos. Pero esa noción de vulnerabilidad es, como hemos reiterado, dinámica y polisémica, lo que dificulta una posible naturalización más allá de lo certero.

Ese reconocimiento de la vulnerabilidad, intrínseca a la humanidad, o de percepción o emociones ante estados vulnerables, es el que ha impulsado respuestas de tutela y protección desde y con la sociedad, los otros, la colectividad, atendiendo a la absoluta necesidad de visibilizar la fragilidad, la precariedad existencial, la “incompletud” a que se refiere Judith Butler (Butler, 2007: 31). Esa precariedad existencial puede percibirse como potencialidad (vulnerabilidad) o como realidad consumada (vulneración). Así, la vulneración está intrínsecamente vinculada al daño instalado (Kottow, 2012: 25). No existe potencialidad, sino virtualidad, es real, se ha producido el daño y ha generado estado. Por su parte, la noción de vulnerabilidad se anuda al daño potencial, no es daño consumado.

En todo caso, aun cuando se constate que la vulnerabilidad se halla vinculada a la existencia o aparición de una amenaza, un riesgo, peligro o contingencia, no es solo la presencia de estos componentes lo que va a determinar que un sujeto sea o no vulnerable, sino la falta —o disminución— de la capacidad de respuesta, la protección, abrigo o defensa frente a ese riesgo, o de mitigar o evitar sus consecuencias. De ahí la importancia de determinar qué medidas deben adoptarse desde lo público de prevención, reacción o paliación de las situaciones de vulnerabilidad antropológicas, reforzando, en este sentido, e intensificando, sus capacidades, instrumentos de defensa y demás condiciones que permitan hacer posible la prevención frente a las posibles amenazas o daños. Y ha sido en el ámbito de la bioética en el que inicialmente se mostró preocupación, y muy especialmente cuanto se refiere a la investigación con seres humanos, dado su objeto de investigación, el ser humano y especialmente el ser humano enfermo, en el que concurre una vulnerabilidad más aguda (Flanigan, 2000: 13-18), mostrando la vulnerabilidad de grupos sociales (poblaciones enteras) que presentan mayor grado de vulnerabilidad por ausencia de asistencia sanitaria, defendiendo la urgencia de políticas públicas que propulsen su autonomía. Se considera que estos grupos vulnerables que requieren una protección especial muestran capacidad limitada de autonomía (Levine; Faden; Grady; Hammerschmidt; Eckenwiller, Sugarman, 2004: 45), de manera que “son relativamente (o absolutamente) incapaces de proteger sus propios intereses (Hurst, 2008: 192).

Si bien la emergencia de la noción de vulnerabilidad vino anudada a este ámbito de investigación, su proyección social, política, y también jurídica ha sido indudable. Probablemente la gran dificultad radica en la delimitación de una noción que abrigue todas las variables de vulnerabilidad. Su polisemia conceptual y el grado de vulnerabilidad modulable ha provocado la aparición de la noción de grupos especialmente vulnerables a efectos de diferenciar y priorizar recursos públicos (Bonsignore Fouquet, 2023: 28). Y también esta etiqueta ha sido largamente criticada, **por** cuando comporta una estereotipación, que puede ser negativa, dada la posible concurrencia de la vulnerabilidad interseccional, a la que perjudica la configuración de los compartimentos estancos; son diversas vulnerabilidades que interactúan entre sí, con sus específicos efectos (Luna, 2009: 124 y 129).

Pese a esa crítica a la estereotipación, se ha avanzado en la visibilidad de la vulnerabilidad social que, en ciertos casos, viene anudada a desigualdades estructurales que afectan a ciertos grupos poblacionales, colocándolos en una posición de desventaja frente a riesgos económicos, políticos y ambientales, convirtiéndose en un obstáculo para la libertad y desarrollo humano, ya que limita las oportunidades de las personas para alcanzar una vida digna (Sen, 2000: 19-20). Son verdaderos espacios de vulnerabilidad (Delor; Hubert, 2000: 1557-1570) que amplifican la vulnerabilidad antropológica al concurrir amenazas potenciales derivadas de elementos sociales e incluso ambientales y favorecen un deterioro de las condiciones de vida, asumiendo que los mismos interactúan con un entorno dinámico y en constante mutación (EuroSocial, 2015: 5). Desde esta perspectiva, la vulnerabilidad social arrastra plurales y heterogéneos riesgos de exclusión, discriminación o desprotección, generando espacios de indefensión, de susceptibilidad a sufrir algún tipo de daño o perjuicio, o de padecer incertidumbre. Y, con ello, hay personas o colectivos más vulnerables debido a su posición en la sociedad, el acceso limitado a recursos o la discriminación sistémica. Factores como el género, la clase social, la edad o la discapacidad pueden aumentar o disminuir la exposición a situaciones de vulnerabilidad. Desde esa perspectiva, la vulnerabilidad puede transformarse en solidaridad y responsabilidad ética, que deben caminar paralelas a las políticas públicas y estructuras de apoyo que promuevan la justicia y la equidad.

Dada la dificultad de integrar en una única noción los espacios de vulnerabilidad, pueden clasificarse en diversas categorías: a) Por la situación socioeconómica, esto es, por hallarse en situación de pobreza extrema, personas sin hogar o desempleados o incluso por precariedad laboral; o por el origen socioeconómico personal del grupo familiar; el nacimiento o la posición socioeconómica personal que los etiqueta, e incluso cabe incorporar en este grupo a personas que sufren desastres naturales (pandemias, DANA, volcanes, etc.); b) Por razón de la edad: niño, niña, adolescente o persona adulta —no necesariamente la edad y envejecimiento van a crear vulnerables automáticos—, especialmente cuando viven en estado de abandono, explotación o pobreza, favoreciendo asimismo el fracaso escolar o el abandono prematuro del sistema educativo; c) Por razón de sexo, de género o de la orientación sexual; d) Por razón de origen étnico, pertenencia a minoría racial o migración (migrantes, refugiados y desplazados forzados); e) Por discapacidad o condición de salud: personas con discapacidad (física, sensorial, intelectual o mental),

personas con enfermedades crónicas o terminales y personas con trastornos de salud mental; f) Por razón de idioma, religión o ideología u opinión política; g) Por ser víctimas de delitos; h) Por vivir en escenarios ecológicos (catástrofes naturales) o políticas (desórdenes sociales, crisis políticas, guerras...); i) Por haber sido acusado o condenado penalmente, con estigma social. Estas situaciones individuales, colectivas o sociales condicionan, etiquetan y generan temporal o permanentemente estados de vulnerabilidad social. Sin olvidar que, en ciertos casos, se producen vulnerabilidades agravadas por doble concurrencia de riesgo, como sucede, a título de ejemplo, con la anciana migrante discapacitada, o el joven refugiado desempleado, o la mujer migrante. Son las denominadas intersecciones de la vulnerabilidad o “capas”.

El objetivo debe ser, por un lado, identificar los espacios o grupos de personas que puedan hallarse en esa situación de vulnerabilidad, para posteriormente, analizar la causa (Andreu-Guzmán; Cortois, 2018: 55) y diseñar, en su caso, una posible protección especial, dadas las dificultades de mantener una capacidad de respuesta y adaptación a las circunstancias adversas que les acompañan; si bien esta respuesta debe otorgarse con la debida cautela, evitando etiquetas que refuerzan injusticias sociales y estereotipos (Levine et al. 2004), al categorizar a las personas en el grupo, una “vulnerabilidad automática” (Anderson, 1994: 337-338).

Atendido lo anterior, advertir la vulnerabilidad social debe llevar a afrontarla mediante estrategias y medidas que la palien o eviten:

En primer lugar, es necesario detectar la concurrencia de esos riesgos, y su condicionante de temporalidad o la permanencia, coyuntural o sistémica. No obstante, parece importante diferenciar entre “vulnerabilidad a” situaciones sociales que resultan de procesos de pérdida y “vulnerabilidad ante” amenazas y situaciones de estrés que cambian las condiciones de la unidad de análisis en un tiempo específico. El grado e intensidad del riesgo es importante, amén de si los riesgos pueden provenir de decisiones humanas propias o por situaciones exógenas. A título de ejemplo, hemos asistido impávidos a un supuesto de vulnerabilidad social “universal” (debido a la pandemia del Covid-19), una crisis disruptiva y sistémica del mundo, que vino a recordarnos nuestra vulnerabilidad, nuestra dependencia mutua (Sandel, 2020), generando dilemas en torno a la responsabilidad individual, relacional, la solidaridad o lo que un sector de la doctrina bioética denomina la “humanidad compartida” (Rogers; Mackenzie; Dodds, 2021: 215).

En segundo lugar, la incapacidad para enfrentarlos, lo que agudiza esa situación o estado de vulnerabilidad. Frente a ella es importante fortalecer la capacidad de resistir o de resiliencia a través de la educación. La vulnerabilidad va a depender mucho de esa capacidad de resistencia ante el sufrimiento, de manera que, ante determinados riesgos, el grado de vulnerabilidad se presenta de manera diversa en función de las coordenadas exógenas y endógenas (estas últimas vinculadas a la resiliencia). Esa resiliencia no puede solo contemplarse de forma individual, que es lo que habitualmente se hace, sino desde los poderes públicos, desde el Estado. Existen causas que provocan la vulnerabilidad en las que tiene mucho que ver la situación de un estado en descomposición. Los problemas sociales emergentes, como la corrupción, la drogadicción, la delincuencia juvenil y la violencia,

han aumentado severamente la inseguridad ciudadana y esto no es sino por el aumento exponencial de las desigualdades y muy especialmente por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran determinados grupos poblacionales.

En tercer lugar, deben adoptarse medidas políticas y jurídicas, tanto *ex ante* como *ex post*. Se requiere más recursos materiales e inmateriales para grupos vulnerables, generando incentivos, fortaleciendo la capacidad de resiliencia, algo con lo que las personas no nacen, sino que, en gran medida tendrá mayor o menor grado de resiliencia en función de la calidad y cantidad de recursos con los que pueda contar. Una persona resiliente puede aprovechar las oportunidades sabiendo que, si se arriesga y no obtiene el resultado deseado, tiene la capacidad de recuperarse (Fineman, 2017:147).

2. DE LA INVISIBILIDAD DE LA NOCIÓN DE “VULNERABILIDAD” EN EL MODELO JURÍDICO LIBERAL A SU INTEGRACIÓN PROGRESIVA EN EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

La trascendencia de visibilizar la vulnerabilidad se muestra en la conformación del modelo jurídico y en su integración en el sistema, con respuestas desde el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, amén de la conciencia y actuación de la sociedad en la que se desarrolla. El papel del Estado es absolutamente necesario para, por un lado, reconocer la vulnerabilidad, y adoptar instrumentos de justicia social, tanto en sus funciones legislativas, como en sus funciones tuitivas sociales en educación, sanidad, justicia, medioambiente, etc., que respondan ante la vulnerabilidad social, política y jurídicamente.

Una mirada a la historia muestra, empero, que la noción de vulnerabilidad y su tratamiento jurídico no formó parte de los postulados del modelo jurídico liberal de los siglos XVIII y XIX, conformados para luchar contra el régimen absolutista imperante en la época, encumbrando al hombre (en el sentido literal del término, sin incluir a la mujer) libre, igualitario y racional y se asienta sobre los principios de soberanía popular, división de poderes, principio de legalidad e igualdad formal (igualdad de todos ante la ley) y la protección de los derechos fundamentales básicos.

2.1. LIBERTAD, AUTONOMÍA, INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD, FUNDAMENTOS DE LA INVULNERABILIDAD

En este modelo se enfatizaba el valor jurídico “libertad” que permeaba las construcciones de la dogmática jurídica, y con ellas las nociones de autonomía, independencia y autosuficiencia (Fineman, 2017: 133-149); dicho de otro modo, se reconocía y fomentaba la ilusión de la invulnerabilidad. La gran conquista de la ideología liberal era la “libertad”, entendida como balanza de equilibrio frente a los poderes fácticos de la época, las monarquías absolutas, los poderes eclesiales y los poderes de la aristocracia. La libertad era la clave para romper estructuras y, al menos en teoría, frenar el poder omnicompreensivo de las

castas. Se convirtió en el arma política para alcanzar el equilibrio, y configurar un sistema de derechos humanos exigibles.

Desde las raíces griegas y judeocristianas hasta el siglo XVIII, las diversas transformaciones del mundo y las prácticas políticas y sociales han permitido construir una herencia cultural compleja y con rasgos comunes, basamento de la cultura occidental. En ella, probablemente por la Ilustración y el Romanticismo, durante la segunda mitad del siglo XVIII, con los cambios y las revoluciones producidas, se fue gestando esa pasión por la libertad. Ahora bien, esa pasión no comportó su reconocimiento a todos y todas, sino que fue generando cismas que tensionaron la convivencia en esa libertad a medias, esto es, sin igualdad de condiciones dentro de la ley, con desigualdades y desequilibrios. La libertad permitió liberar a algunos, los nuevos favorecidos, pero dejó fuera a sectores que continuaron bajo el yugo opresor del poder —aun cuando este cambiara, poder era que diseñaba y ordenaba para sí—, que se ejercía por “otros” detentadores, pero con unas coordenadas excluyentes.

La libertad en el siglo XIX se convirtió en el núcleo conformador del modelo político y jurídico, propulsando la diferencia desde la libertad de decidir, de actuar, según quien pudiera así actuar, a través de la autoresponsabilidad, desarrollando la dogmática jurídica la noción de capacidad plena, de discernimiento pleno y ejercicio de la libertad (Lorenzetti, 2008), y de quienes no la poseían, generando una suerte de desplazamiento o separación del hábitat actuacional garantizado jurídicamente. Así, todos los sujetos son iguales ante la ley, en sentido de “posición jurídica ante la ley”, lo que les convierte en responsables de sus actos. Es una concepción de auto-responsabilidad que no entiende de vulnerabilidad, dado que lo que importaba era la responsabilidad de los actos como consecuencia de esa voluntad exteriorizada con discernimiento, intención y libertad. Una construcción jurídica dogmática que otorgaba validez a los actos que se realizaban con capacidad. La libertad se consideraba como una simple conciencia de poder optar entre distintas alternativas en el querer y en el obrar, era un concepto formal de libertad como poder de elección asentado en la capacidad de reflexión propia de la conciencia (Profilí, 2020: 231-250).

2.2. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y LOS PRIMEROS PASOS HACIA LA VISIBILIDAD DE LA VULNERABILIDAD

Adentrados en el siglo XX se percibió que no bastaba con la construcción jurídica nucleada en la libertad, sino que fue, poco a poco, ocupando espacio político (en debates, en políticas públicas, en incorporación de normas) la noción de igualdad, si bien no confrontándola con la noción de libertad. Esto en absoluto suponía que el concepto de igualdad era desconocido, si bien era conocido con otro significado. Así, en el pensamiento político clásico se hablaba de igualdad en la filosofía política griega, si bien se le anudaba al ideal de justicia, esto es, que los hombres recibieran igual trato, pero no que fueran iguales. Tratar con igualdad a los desiguales hubiera sido tan injusto como tratar a los iguales desigualmente. El ideal griego consistía en un trato igual a todos los ciudadanos, dentro de la ley (igualdad legal), es decir, que en casos similares la ley debía aplicarse de un modo similar. A

partir del estoicismo y del cristianismo la idea de igualdad se vinculó a la razón universal, esto es, todos los hombres son iguales en dignidad o importancia, son criaturas de Dios, aun cuando puedan existir diferencias de rango, poder o riqueza.

Es a partir del siglo XVII cuando el ideal político de igualdad se vincula al pensamiento revolucionario. En aquella época, se constató que los hombres, iguales por naturaleza, se enfrentaban con desigualdades artificiales en el orden político y social, por la porosidad y permeabilidad de los riesgos endógenos y exógenos, que afianzaban la autoridad de los reyes, los privilegios de los nobles, la hegemonía masculina o la supremacía de la raza blanca. El contenido positivo, basado en el ideal de la libertad, consistió en la igualdad ante la ley y en la igualdad de derechos políticos y civiles: derecho a votar y asumir cargos públicos, derecho a contratar y adquirir propiedades o disponer de ellas y derechos a la libertad de palabra y de creencias.

Con la revolución francesa se consolida la combinación de los ideales de igualdad y libertad, sin embargo, avanzado el siglo XIX fueron muchos los que opinaron que hablar de igualdad y legalidad política no dejaba de constituir una burla cuando unos pasaban hambre, mientras otros nadaban en la abundancia, cuando la mayoría trabajaba de sol a sol en condiciones penosas, mientras los privilegiados vivían envueltos en toda clase de lujos y comodidades. Desde esta mirada se fueron diseñando programas encaminados a reducir las desigualdades económicas y sociales, en busca de la igualdad de oportunidades, algo que transitó internacionalmente hasta la consagración de los textos que conformaban la igualdad de derechos civiles y políticos, aun cuando no bastaba la mera declaración programática, sino que se requería la determinación de las condiciones bajo las que efectivamente puede ejercerse los derechos y los medios empleados para ello. La igualdad formal estaba aceptada e incorporada y caminaba con el avance del reconocimiento de los derechos humanos.

La teoría era clara, si bien se requería una acción política positiva que afianzara una auténtica igualdad de oportunidades, lo que lejos de ser sencillo, venía condicionado por agentes exógenos que incidían en la igualdad real. Situaciones bélicas, enfermedades, catástrofes naturales, la fortuna, situación económica, el sexo, la edad, etc., generaban trastornos en la aplicación real de la igualdad.

Es obvio que el liberalismo político y el iluminismo, a lo largo del siglo XIX, construyeron, frente a los poderes fácticos, la noción y el significado de la autonomía individual, de manera que permitió confeccionar el concepto de ciudadano libre e igual a los otros, algo que configuró un paso esencial en el modelo político frente al absolutismo y estamentalismo reinante hasta el momento; es decir, insistir en la autonomía individual suponía propulsar la libertad y convertirlo realmente en “ciudadano”, algo loable frente al Antiguo Régimen (Castel, 1997: 182; y Fineman, 2017: 2). Pero alcanzar la categoría de “ciudadano” no suponía fortaleza para afrontar una posible vulnerabilidad, sino más bien se efectuaba el reconocimiento de derechos y libertades frente a la misma (Massferrer; García Sánchez, 2016: 2).

Es en el siglo XX cuando se produce el paso trascendental hacia la igualdad. Más allá de la igualdad legal y la búsqueda de igualdad de oportunidades, había que avanzar en la construcción de un mundo en el que, junto a la libertad, la igualdad se convirtiera en uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo moderno. Si bien el reconocimiento formal pudiera encontrarse en la Revolución francesa (libertad, igualdad y fraternidad), era tan solo eso, un reconocimiento formal. Fueron los textos internacionales posteriores los que reforzaron el sentido real de la igualdad. La articulación de la igualdad como principio de igualdad ha quedado constatada en el derecho internacional, desde la perspectiva de sus fuentes (tratados, costumbre internacional y principios generales del derecho). Así se constata en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966. Igualmente en la Unión Europea (Tratado de Amsterdam de 1997; Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea 2002, en Tratado de la UE 2010, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000, además de numerosos instrumentos de la UE que impulsan políticas antidiscriminatorias).

Se ha tornado la igualdad, desde su triple categoría de valor, principio y derecho fundamental, fundamento de numerosas decisiones de la jurisprudencia, convirtiéndose en principio general que permea de forma transversal toda la interpretación del sistema jurídico internacional y nacional (Estrada Tanck, 2019: 327-328), en el sustento de las políticas públicas frente a la discriminación, la desigualdad y la vulnerabilidad, componentes todos ellos que se han ido confeccionando como un todo. Así, incluye la noción de vulnerabilidad, favorece la protección, y ha permeado en la dogmática jurídica, de modo que ha ido corrigiendo el postulado monolítico de la libertad y sus consecuencias, discernimiento e intención con el principio protectorio y de tutela de vulnerables (Lorenzetti, 2008).

2.3. DIGNIDAD DE LA PERSONA Y TUTELA FRENTE A LA VULNERABILIDAD, UN PASO TRASCENDENTAL

Un tercer concepto, si bien intrínsecamente vinculado al principio de igualdad, es el de dignidad de la persona, anudado al de condición de vulnerabilidad; es una cualidad propia de la condición humana, de la que emanan los derechos fundamentales, inviolables e inalienables. Así se consolida en el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978 (Pacto de San José).

Con todo lo expuesto se muestra ese hilo conductor entre sentido de vulnerabilidad con derechos humanos y con dignidad de la persona o, dicho en términos de justicia, “la acción de los poderes públicos en el ámbito del acceso a la justicia tiene como límite el respeto a la dignidad de las personas en condición de vulnerabilidad” (Delgado Martín,

2019: 127). Ahora bien, el camino hacia la visibilidad de la vulnerabilidad ha sido angosto y tortuoso. En él ha sido especialmente remarcable el impulso internacional, indudable, que caminó por la reivindicación y declaración de los derechos, que propulsó la aprobación de los textos internacionales de derechos humanos y una sucesión de instrumentos, protocolos, decisiones, convenios y tratados que han ayudado a lo largo de la historia a converger en esa búsqueda de espacios de invulnerabilidad, configurando instituciones, observatorios, estructuras y también medidas que permitan dar visibilidad a las personas vulnerables y, simultáneamente, aplicar correctivos a quienes perturben o incidan en esas vulnerabilidades.

3. FEMINISMO, MOVIMIENTOS SOCIALES, FILOSOFÍA DE LA VULNERABILIDAD E IMPULSO ACADÉMICO PARA VISIBILIZAR LA VULNERABILIDAD Y EL RESPETO HACIA LO DISTINTO

Paralelamente, como motor de este cambio y de esa proyección internacional deben destacarse numerosos movimientos sociales que desencadenaron respuestas ante la situación de desigualdad, de discriminación y de inequidad, luchando por una sociedad que no disgregue, excluya, discrimine o invisibilice. El camino, lejos de ser sencillo, ha sido tortuoso y zigzagueante, y ha supuesto una lucha por la conquista de derechos.

3.1. FEMINISMO Y MOVIMIENTOS SOCIALES REIVINDICADORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA CRITICAL LEGAL STUDIES Y A LA EMERGENCIA DE LA FEMINIST JURISPRUDENCE

Los movimientos de lucha feminista, emprendidos desde el siglo XVIII, en esa primera ola, que, impulsada por el derecho al sufragio, permitió avanzar en una batalla por el reconocimiento de derechos (a la capacitación profesional, independencia económica, derecho al trabajo, a la educación etc.) no ha cesado a lo largo de los siglos a través de las cuatro olas del feminismo. La lucha feminista es el modelo de lucha por los derechos de un colectivo discriminado y vulnerado, amén de vulnerable. Una lucha que permitió abrir el camino de lo diverso, lo distinto, y conquistar espacios de igualdad por los desiguales, discriminados, invisibles, desde la dignidad humana. El feminismo abrió el camino, se convirtió en motor de cambio y forzó la ruptura de esa estructural desigualdad que propulsaba un estado de vulnerabilidad protegido, algo que es una verdadera *contraditio in terminis*.

La lucha feminista no pretende solo que se reconozca la discriminación desde la vulnerabilidad y por ello el reconocimiento de los riesgos y daños que enfrentan las mujeres en la sociedad, sino también y muy especialmente la posibilidad de convertir esa vulnerabilidad en una herramienta para la lucha por la igualdad y la justicia; algo que se ha conseguido, abriendo la puerta a espacios, grupos o colectivos vulnerables y vulnerados. Así, en un bosque denso, lleno de desafíos y confusiones, se abrió el camino para los que siguieron la

senda de la lucha por las reivindicaciones; por ende, el movimiento social feminista fue y sigue siendo indiscutiblemente pionero para el movimiento pro derechos humanos, que favoreció, por ejemplo, el trato de las personas afectadas en el proceso penal, pasando de ser “objetos” a ser “sujetos” del proceso con derechos; las luchas de los trabajadores (movimiento obrero u obrerismo), que propulsa el asociacionismo o movimiento gremial en defensa de derechos —jornada laboral, salario, eliminación del trabajo infantil, situaciones de enfermedad, vejez, etc.— y, especialmente en el siglo XX, el movimiento a favor de los derechos y aceptación social del colectivo LGTBIQ+, desde la diversidad de identidades de género y orientaciones sexuales; el movimiento de las víctimas del proceso penal, las grandes olvidadas, que vino de la mano de la Victimología, que propulsó la necesidad de hacer visible a quienes habían sido invisibles a lo largo de la historia, bajo el argumento del contrato social de la tutela pública de las mismas; el movimiento consumerista que, frente al efecto de la globalización y el neoliberalismo del consumismo, como tendencia a comprar y gastar bienes de consumo impulsiva y desmesuradamente, se nuclea en torno a los derechos del consumidor —la parte más débil en la volcánica ebullición de la economía occidental y la aparición de la sociedad de masas, en la que el consumo se convierte en el motor esencial de la economía— respecto a la oferta, amén de dirigir hacia un consumo responsable y con criterios medidos y responsables; el movimiento ecologista, en defensa de un ecosistema no solo para hoy, sino pensando y respetando las generaciones venideras, entre otros movimientos por poner algunos ejemplos. El feminismo inició la andadura, abrió la senda de la lucha, que siguieron los diversos colectivos. El papel del feminismo como motor de transformación es incuestionable.

Son todos ellos esencia de cambios, necesidad de, en primer lugar, dar visibilidad a sectores más desprotegidos y, en segundo lugar, propulsar políticas públicas y cambios legislativos que abriguen una verdadera tutela con garantías, para trasladar a la Justicia la tutela pretendida que responda, desde el reconocimiento de la dignidad, la igualdad y no discriminación, los derechos a ser, a estar, a vivir y a compartir con *lo distinto*. Cuestión diversa es que la sociedad que nos acompaña en la actualidad favorece la expulsión de lo distinto (Byung-Chul-Han, 2018), producto de un hiperconsumismo, la autoexplotación como consecuencia de la aceleración y de la totalización del tiempo del yo, debido a la tecnología y la no desconexión digital, y el aumento del miedo al otro. Un momento esquizofrénico en el que nos autoflagelamos y aislamos, empero exigimos de la sociedad ser visibles porque somos endeble y frágiles.

En cualquier caso, en esas luchas sociales, en esos movimientos descritos, se encuentra el germen de la emergencia de la vulnerabilidad; un concepto que puede encontrar sustento ideológico en todos los movimientos que, desde el descontento por la discriminación, la explotación, la desigualdad, han reivindicado la igualdad real (no la formal). Los cambios se han ido sucediendo, en algunos casos cosméticos, empero hay avances en torno a la visibilidad de estos grupos, colectivos o espacios, con el fin de adaptar normas, políticas públicas y decisiones judiciales a realidades plurales, asimétricas y heterogéneas, de tener derecho a tener derechos (Hannah Arendt dixit). Los derechos humanos son la clave jurídi-

ca a partir de la cual conformar las políticas públicas y las acciones en la sociedad civil. Los derechos son conquistas sociales, pero los tenemos que cuidar para mantenerlos.

Entre los movimientos de cambio merece destacarse el gestado en el siglo XX en la Universidad de Harvard, lugar donde fluyen las ideas, el denominado *Critical Legal Studies*, en la década de los años setenta, como corriente que cuestionaba la objetividad y la neutralidad del derecho (Fitzpatrick; Hunt, 1987: 1-3), argumentando que este es una herramienta de dominación, utilizada por las élites para mantener el *statu quo*, sosteniendo que en absoluto el derecho es una estructura neutral, sino un espacio de lucha política donde se reproducen desigualdades de poder. Se inspiró en el pensamiento marxista, el posestructuralismo y la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt. Las ideas fundamentales que defendía eran:

- 1) El derecho no es neutral ni objetivo: rechazaba la idea de que el derecho es un sistema imparcial basado en reglas racionales, argumentando que las normas jurídicas reflejan intereses políticos y económicos dominantes (Tushnet, 1988). Se criticaba la formación jurídica que se daba en las universidades, que reproducía jerarquías de poder y favorecía una visión conservadora del derecho (Kennedy, 1983);
- 2) La indeterminación del derecho, no teniendo un significado fijo, pudiendo las normas ser interpretadas de diferentes maneras según el contexto y los intereses de quienes las aplican. Esto permite a las élites justificar decisiones que favorecen su posición de poder. Los jueces y legisladores toman decisiones influenciadas por factores sociales, políticos y económicos (Kennedy, 1997);
- 3) La relación entre derecho y poder: El derecho no solo refleja las estructuras de poder, sino que también las refuerza al presentar como “naturales” o “necesarias” ciertas desigualdades sociales; Frente a ello, incorpora ideas de lucha de clases y de la función ideológica del derecho (marxismo) y del papel del lenguaje y el discurso de la construcción de la realidad jurídica (de los postestructuralistas, Foucault y Derrida). El derecho y la política son construcciones sociales que pueden transformarse para crear una sociedad más justa, estableciendo al respecto cuales serían los principios y propuestas para alcanzar esos retos (Mangabeira Unger, 1975 y 1983).

Aun cuando este movimiento fue criticado por su pesimismo radical y no ofrecer soluciones concretas para reformar el sistema jurídico, influyó enormemente en movimientos como *Critical Race Theory* (CRT) y *Feminist Legal Theory*, que aplicaron sus ideas al análisis del racismo y la desigualdad de género en el derecho. La idea común entre la *Critical Legal Studies* y la *Feminist Jurisprudence* se encuentra precisamente en que, aunque la norma se presente como general y abstracta, ni es imparcial ni aporta realmente un patrón firme de resolución de conflictos que no deje abierta la puerta a las valoraciones no imparciales de quien la aplica (Rhode, 1991: 339); es esa no neutralidad de las normas jurídicas lo que critica la teoría jurídica feminista (Minow, 1990: 212).

Estos movimientos permitieron plantear una crítica y una reivindicación en relación con un derecho que no protege a todas y todos, replantear una necesidad de “repensar” el sentido y significado del derecho y su proyección universal. Hablar de objetividad, impar-

cialidad y neutralidad, como componentes del mundo jurídico parecen imposibles hoy, todo y que si se quiere dar esa respuesta no puede ser mediante la aplicación automática de la norma; una norma que puede haberse aprobado sin contar con la subjetividad propia de la humanidad y que requiere respuestas adaptables, no sé si con un positivismo argumentativo (Atienza) o con un positivismo analítico (García Amado), pero es indudable que el derecho, que es importante, no basta para cambiar las situaciones de discriminación que, al final, provocan vulnerabilidad. Se necesita cambiar las formas y los procedimientos que han asumido en nuestra cultura jurídica el rol de garantes en la solución de conflictos y el cómo efectuarlo es lo complicado. Abrir la puerta al cambio dialógico ya es un paso adelante.

3.2. LA VULNERABILIDAD Y LA TEORÍA DE LA ÉTICA DEL CUIDADO, EN BUSCA DE UNA “JUSTICIA DE LOS CUIDADOS”

En el pensamiento filosófico contemporáneo también la noción de la vulnerabilidad ha estado presente, sin olvidar las referencias de la vulnerabilidad como parte de la vida en el mundo antiguo (Nussbaum, 1995). Son numerosos los autores preocupados por dar contenido a la noción de vulnerabilidad y su visión conectada con nociones como herida, daño, dependencia, impotencia, que se enfrentan o cuestionan desde un universo ideal de invulnerabilidad en el que se encumbran nociones como independencia, autosuficiencia, transcendencia, individualismo (Gil, 2025), y hasta responsabilidad. La aceptación de la teoría de la vulnerabilidad ofrece una forma de pensar la subjetividad política que reconoce e incorpora las diferencias y puede atender situaciones de desigualdad entre sujetos de derecho.

Si bien no es la vulnerabilidad un principio moral, dado que la constatación de una dimensión de lo humano no puede ser exigencia de un deber, hay quien opina que se presenta como un principio de protección del vulnerable, conectando la vulnerabilidad con la ética (Kottow, 2004: 281-287), mostrándose la vulnerabilidad no solo desde la dimensión del sufrimiento, sino que la vincula a la condición de “ser afectable”, esto es, a la experiencia existencial y a la característica de nuestra naturaleza finita y dependiente. Se propone una ética que reconozca nuestra precariedad y fomente el cuidado mutuo, la solidaridad y la responsabilidad compartida, entendiendo que la libertad debe integrar la responsabilidad hacia los demás, fomentando la ética del cuidado (Seguró, 2021).

La ética del cuidado se presenta rupturista respecto de las teorías dominantes de la justicia y del pensamiento filosófico convencional; se oponen a las posturas filosóficas liberales, que atienden a un sujeto individualista, independiente, autosuficiente y tomista, que suponen el pensamiento patriarcal (Gilligan, 1952: 57). Desde la perspectiva de la ética de los cuidados, el reconocimiento de la vulnerabilidad implica asumir una responsabilidad hacia los demás. Este enfoque contrasta con visiones individualistas que priorizan la autosuficiencia y la independencia como ideales absolutos. En sí la ética se refiere al comportamiento moral que cada cual tenga y practique ante una situación que pueda presentarse en su vida, sabiendo diferenciar lo correcto de lo incorrecto, se convierte en una guía para

definir la conducta humana (Cuadros Contreras, 2019: 223-242). Frente a la concepción racionalista de la justicia que conciben la moral como individualista, la ética del cuidado parte de la idea de que las relaciones son primarias y enfatiza la importancia moral de la conexión, las actividades de cuidado y el cumplimiento de responsabilidades “basadas en un vínculo de apego, en lugar de un contrato de acuerdo”.

En suma, la ética del cuidado emergió debido a los trabajos de Gilligan y posteriores autoras que defendían la existencia de una ética masculina que se nucleaba en torno a derechos, justicia y autonomía, y una ética femenina, que se define por los conceptos de atención, preocupación por los demás (elemento relacional) y sentido de responsabilidad que refleja estrechos vínculos personales. Se ha discutido mucho acerca de la dificultad que conlleva oponer la ética femenina y la masculina, ética del cuidado y ética de la justicia, respectivamente, lo que puede conllevar el riesgo de reproducir los prejuicios profundamente arraigados que precisamente la ética del cuidado pretende contrarrestar. La propuesta de esta autora (Gilligan, 1987: 31) es que el cuidado y la justicia son componentes complementarios, cuya elección depende del contexto de aplicación, vinculando el cuidado con la sensibilidad, entendida como percepción, pero no una percepción ordinaria, sino adaptada a cada caso concreto, en atención al momento y las personas concretas, o lo que es lo mismo, hay que centrarse en la importancia de lo importante, para lo cual hay que trabajar lo que no se ve.

Pese a la buena recepción directa o indirecta obtenida de la ética del cuidado, que puede trasladarse a la decisión jurisdiccional y la consideración de la vulnerabilidad como adaptabilidad al momento y persona concreta, con sus posibles matices, ha habido, empero, sectores del positivismo, especialmente en el ámbito del derecho y de la filosofía moral, que ven la teoría de la ética de los cuidados con cierto escepticismo o como una postura complementaria, pero no suficientemente convincente como para fundamentar normas éticas o jurídicas universales (Carabante, 2023). Esta posición se asienta en la idea de que el derecho y la moral deben separarse (Kelsen y Hart), por lo que se percibe la ética del cuidado como subjetiva, subjetivismo jurídico, en cuanto se fundamenta en valores como la interdependencia o la empatía, que no pueden ser empleados para construir reglas claras y universales. Los positivistas, influidos por el empirismo lógico, tienden a ver la ética del cuidado como demasiado dependiente de la intuición y la emoción, de las percepciones, lo que dificulta su evaluación con criterios objetivos o científicos. En lugar de centrarse en relaciones personales y contextos específicos, los positivistas buscan principios generales y verificables para evaluar la moralidad. Por ello, las principales críticas que se efectúan desde el positivismo lógico y científico a la ética del cuidado son: que la ética del cuidado se centra en relaciones y contextos específicos, lo que impide la creación de principios éticos generales para todos; que la ética no debe basarse en sentimientos o percepciones, sino en reglas racionales, para evitar la inconsistencia o los sesgos; para los positivistas la justicia tiene que basarse en normas claras e imparciales, mientras que la ética del cuidado está priorizando el contexto y las relaciones, lo que podría llegar a suscitar decisiones arbitrarias. Pese a estas diferencias y críticas que se realizan, algunos positivistas reconocen que la ética

del cuidado puede servir de complemento a los modelos normativos al destacar la importancia de las relaciones humanas en la moral y el derecho.

Es incuestionable que en el modelo de Justicia actual vamos a encontrar algunas connotaciones de la ética del cuidado y su traslación a una “Justicia de los cuidados”, impulsado como proyecto en el Ministerio de Justicia del gobierno de España, enfocado a lograr una justicia que atienda a las personas de forma integral, a través de una serie de recomendaciones básicas, que atiende al cumplimiento del objetivo de facilitar la accesibilidad a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad, con un servicio público más amable y cercano. Las sucesivas reformas legales que se han ido produciendo en los últimos tiempos han estado inspiradas en ciertos casos en esa necesidad de interiorizar y aplicar la filosofía de la vulnerabilidad, trabajando el desplazamiento de la identidad y la conciencia hacia la alteridad y la sensibilidad, con proximidad del ser-para-el-otro (Levinas, 1987: 69 y ss., en especial 136). Ese cambio de discurso dialógico con trascendencia en las personas no puede centrarse en la aspiración de la invulnerabilidad de una importante cantidad de personas, “reproduciendo al infinito sueño de dominio moderno, ese mismo que se ha topado con sus límites internos, sino de desmontarlo en sus orígenes fundantes” (Gil, 2025: 82). Se trata, en suma, de querer recuperar la responsabilidad colectiva de pensar en los demás, reconociendo la común condición de vulnerabilidad (Cavarero, 2009: 45).

4. LA VULNERABILIDAD EN LA JUSTICIA. TRÁNSITO HACIA LA TUTELA. EL PAPEL DEL ESTADO (DE LO PÚBLICO) Y DE LA SOCIEDAD

El retrato evolutivo y del pensamiento nos permite transitar hacia el mundo jurídico, buscando el significado relevante de la vulnerabilidad en la Justicia, entendida la Justicia en su sentido polisémico, como valor, como modelo o sistema, como poder, como estructuras, como cauces o medios, como servicio público, etc., con una innegable influencia en la declaración de derechos y en su interpretación, directamente implicados con esa exigencia de tutela de “todos”, desde parámetros adecuados y adaptados en función de su propia realidad. La noción de vulnerabilidad se ha colado en el mundo jurídico y ha propulsado la incorporación de normas antidiscriminación, que tutelan grupos o colectivos desfavorecidos, que requieren de especial protección al ser potencialmente vulnerables y haber sido a lo largo de la historia vulnerados; y, por otro lado, han permeado decisiones políticas de Justicia, con reformas legales que afectan a instituciones o estructuras, incorporando una cultura de inclusión desde el Poder Judicial y en el Poder Judicial; además, allende el proceso y los tribunales de Justicia, se ha venido fomentando la incorporación de los MASC junto a la vía jurisdiccional, como cauces más adecuados y adaptables a personas y situaciones de vulnerabilidad. Y, finalmente, la vulnerabilidad ha incidido en la interpretación, argumentación y ponderación de las resoluciones judiciales.

Es importante, en todo caso, que cualquier iniciativa pública tenga en cuenta que la vulnerabilidad es poliédrica, de manera que esta multidimensionalidad conceptual de la

vulnerabilidad debe estar presente en el mundo de la Justicia, lo que implica, evidentemente, que las medidas políticas y legislativas en torno a la vulnerabilidad serán heterogéneas y dinámicas, vinculadas a cada uno de los sectores normativos en los que se trabaja y regula la vulnerabilidad. Y es dinámica, en tanto en cuanto la sociedad va aflorando esas situaciones o espacios de vulnerabilidad que en otros momentos no estaban o no eran tan visibles.

4.1. LA VULNERABILIDAD Y LOS GRUPOS VULNERABLES EN LAS NORMAS, EN BUSCA DE PROTECCIÓN E INCLUSIÓN

El legislador nacional y el autonómico **ha** incorporado la noción de vulnerabilidad, implícita y explícitamente, en normas y leyes que buscan garantizar en general la protección de todos, y, en particular, los derechos y la promoción del bienestar de los colectivos vulnerables, promoviendo su inclusión social plena. El texto de referencia es la Constitución de 1978, que establece en el artículo 14 el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razones de raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Este artículo es fundamental para la protección de los derechos de los colectivos vulnerables, y se anuda con numerosos preceptos referidos a derechos fundamentales, en especial el artículo 10 (dignidad de la persona). Es el reconocimiento de un derecho fundamental que apertura las expectativas de quienes, en la década de los años setenta del siglo pasado seguían siendo “**diferente**” tratados o invisibles en políticas públicas y privadas.

Desde este reconocimiento de que todos somos iguales, e igualmente dignos, hemos asistido a posiciones reivindicativas de derechos laborales, sanitarios, educativos, de acceso a la justicia, etc.. En la mayoría de los casos las normas han sido fruto de la influencia de los instrumentos supranacionales e internacionales, legislativos, o de organismos internacionales (protocolos, estudios), que han puesto de manifiesto las discriminaciones concurrentes y la necesidad de adoptar decisiones políticas por parte de los Estados (entendiendo “Estado” en sentido amplio, a saber, de quienes gobiernan los territorios, sean federales, autonómicos o unitarios). Esas decisiones desde lo público han encontrado un espacio importante en la aprobación de normas, tanto por parte del Estado como de las Comunidades Autónomas, si bien en su mayoría referidas a la necesidad de garantizar a colectivos y grupos, espacios, invisibilizados o desvalorizados. Estas normas son fundamentales para avanzar hacia una sociedad más justa y equitativa (Agenda 2030).

Estas normas abarcan una amplia gama de aspectos, desde la protección de los derechos fundamentales hasta la promoción de la igualdad de oportunidades. Destaca la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y de forma específica son numerosas las normas que se han venido aprobando en España para garantizar la igualdad efectiva, por ejemplo de hombres y mujeres (la LO 3/ 2007, de 22 de marzo, LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, entre otras); en relación con las personas con discapacidad e influido por la Con-

vención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, merece destacarse la reforma del art. 49 de la CE en febrero de 2024, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, la Ley 13/2013, General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Por su parte, las normas de protección que se aprueban por los riesgos derivados de la edad, bien sea en relación con los menores (desde la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que modificaba parcialmente el CC y la LEC; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia) o los mayores (Ley 4/2022), entre otras.

Asimismo, en relación con las personas en situación de vulnerabilidad por su orientación sexual, merece destacarse la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, cuyo objetivo es desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se puede vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad.

Un colectivo en riesgo de vulnerabilidad son los extranjeros, destacando la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el RD 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración. E igualmente, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Los estados sorpresivos de vulnerabilidad como consecuencia de situaciones imprevisibles han sido igualmente objeto de normas o disposiciones que han tratado de paliar los efectos negativos de esos riesgos consumados: en situación de pandemia sanitaria, medidas tributarias, laborales, en materia de arrendamientos de vivienda y locales comerciales, entre otras (ejemplo fue el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

las decisiones que se adoptaron para paliar situaciones de pobreza energética (consumidores vulnerables), la paralización de lanzamientos de vivienda habitual como mecanismo

de protección de colectivos vulnerables, o las medidas de tutela a los afectados por el sinhogarismo, concesión de bonos en transporte, ayuda escolar, muchas de ellas incorporadas al RDley 21/2021, de 26 de octubre, por el que se prorrogan las medidas de protección social para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica; por su parte, medidas de reconstrucción de la situación creada por la DANA, medidas de adopción de protección de zonas vulnerables por medioambiente (riesgo de nitratos, contaminación de aguas), la regulación específica de consumidores como colectivo a proteger (Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, o la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). E igualmente, la necesidad de configurar normas y medidas que permitan proteger al colectivo social ante el cambio climático y la transición energética (Ley 7/2021, de 20 de mayo) de cambio climático y transición energética) o la digitalización (LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales).

En el colectivo de víctimas son numerosas las normas que han ido incorporándose al ordenamiento jurídico, de forma asimétrica y sectorial pero que ponen de relieve la necesidad de proteger legislativamente. Así, se ha regulado su intervención en el proceso penal, los derechos que le asisten, la protección como testigos protegidos a través de la incorporación de medidas como el empleo de tecnología para no enfrentar el *face to face* con el victimario, tutelas específicas en caso de víctimas especialmente vulnerables (menores, mayores, personas con discapacidad, etc.), impulso de la justicia restaurativa, a través de la creación de servicios de justicia restaurativa y la incorporación de la mediación como cauce restaurativo igualmente. El estatuto de la víctima, aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, vino a configurar sus derechos como víctima, visibilizando su figura que a lo largo de la historia se hallaba invisible.

Existen, en suma, un gran número de normas específicas, de rangos diversos, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas y de las autoridades locales, que buscan la protección de grupos vulnerables. Algunas de ellas han incorporado respuestas que afectan transversalmente a los diversos estados de vulnerabilidad, como por ejemplo la circunstancia agravante del art. 22.4 CP (*Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*). Es fundamental, en suma, que estas normativas se apliquen de manera efectiva para asegurar que los derechos de todos los ciudadanos sean respetados y promovidos en la práctica.

Las decisiones legislativas “desde lo público” han venido a paliar un arraigado modelo de sociedad patriarcal de la ideología liberal, en el que, aun aceptando la igualdad formal, se seguía centrandó en los conceptos de libertad, autosuficiencia y autonomía masculina (Fineman, 2017: 148). Este prototipo liberal de sujeto jurídico ignoraba la vulnerabilidad y la dependencia y constituía una mirada individualista de lo que significa el ser humano,

enfaticando su significado celular, independiente e invulnerable. Aun cuando son muchos siglos de estructura, pensamiento y modelo androcéntrico, se han dado muchos pasos —no suficientes— para truncar esa mirada individual e individualista y adentrarnos en lo que se ha venido avanzando, políticas sociales públicas. El viejo contrato social rousseauniano, que comportaba un acuerdo tácito entre ciudadanos y el Estado para proteger a los débiles de los más fuertes y crueles, ha evolucionado al atribuir al Estado, ese que la globalización minimizó, reduciéndolo ante los espacios conquistados por el poder económico, no solo funciones coercitivas —que las tiene—, sino también funciones tuitivas, de protección a los invisibles, a los vulnerables, a los más débiles.

La función legislativa de los poderes públicos ofrece muestras de esta función de los gobernantes y muestran la capacidad **por** responder ante situaciones de vulnerabilidad. Estamos en la encrucijada, entre regresar a la sociedad de las individualidades, que abogan por la libertad en vez de la igualdad, o fomentar el Estado receptivo, esto es, aquel que reconoce las relaciones o posiciones de inevitable desigualdad, así como la vulnerabilidad y dependencia universales, actuando como instrumento de justicia social tanto en sus funciones de creación como de aplicación de las leyes (Fineman, 2017: 149).

4.2. LA VULNERABILIDAD ¿CATEGORÍA, PRINCIPIO, CRITERIO INTERPRETADOR? INFLUENCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Aun cuando no existe una ley que específicamente delimite en España la noción de vulnerabilidad, sin embargo, en diferentes contextos se han incorporado conceptos que se hallan intrínsecamente anudados a la vulnerabilidad, refiriéndose a situaciones en las que ciertas personas o colectivos están en mayor riesgo o tienen menos recursos para afrontar las dificultades en las que se encuentran, siendo las normas las que otorgan respuestas ante esa situación de vulnerabilidad que, *per se*, se muestra como dinámica y polisémica.

Reconocida la imprecisión que comporta la atribución definitoria de la vulnerabilidad, más allá de lo que ha sido expuesto en las páginas anteriores, surge la duda acerca de si es posible otorgar a la “vulnerabilidad” la condición de nueva categoría jurídica.

Para diseñar el campo de aplicación de las normas, el derecho en ocasiones opera empleando categorías jurídicas ya existentes o bien incorporándolas del mundo extrajurídico. “Las categorías tienden a no recopilar bajo un mismo epígrafe casos particulares que previamente son similares, sino que más bien agrupan particulares que previamente son diferentes entre sí, y los hacen similares en virtud de la categoría misma” (Schauer, 2003: 199-200; y Schauer, 2005: 308). Es muy probable que la categoría jurídica surja como consecuencia de la creación judicial de derecho y de la toma de decisiones judiciales (Schauer, 2005: 317), de manera que la consideración de la vulnerabilidad como noción que permite definir el sentido de la decisión judicial desde la argumentación basada en las normas y en la integración de la noción de vulnerabilidad, nos hace pensar —y supuestos encontramos en que la noción de vulnerabilidad está presente y actuante en la sentencia judicial— que la ausencia de una definición legal de la vulnerabilidad *per se* y su percepción constatable en el desarrollo procesal están abocando hacia la construcción, dinámica en todo caso al

no quedar encerrada en norma definitoria, de la categoría jurídica de “vulnerabilidad”, que comparte una “identidad” cuando concurren situaciones que, siendo diversas, integran un estado, espacio o situación de desprotección por desigualdad. Las demandas, reclamaciones, peticiones en sede judicial de quienes forman parte de grupos o colectivos vulnerables (mujeres, minorías raciales, ancianos, menores, discapacitados, homosexuales, víctimas, enfermos, en situación de precariedad, etc.) están basadas en el principio/derecho de igualdad y no discriminación, compartiendo todos ellos una “identidad” (término que emplea Schauer, 2005: 318), que es su vulnerabilidad, que puede ser considerado como categoría jurídica en este sentido.

Esa posible consideración de la “vulnerabilidad” como una suerte de categoría jurídica no nos impide, empero, plantearnos si podríamos entender que es un principio nuevo, derivado de otros principios reconocidos en el ordenamiento jurídico, como componente que integra, junto con **a-las** reglas, el sistema jurídico. Habitualmente las reglas del ordenamiento jurídico que tenemos lo son respecto de espacios de vulnerabilidad, de sectores, de grupos o colectivos vulnerables específicos. La situación se complica en los supuestos de vulnerabilidad interseccional, o en aquellos casos en que la norma —las reglas— no integra lo pretendido. Es en este caso cuando autores como Alexy o Atienza (Atienza; Ruiz Manero, 2007: 9) defienden la emergencia de los principios jurídicos, que son los que, “deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta” (Alexy, 1988: 139). No existe norma o reglas de vulnerabilidad, empero sí sobre supuestos de vulnerabilidades regulados, que son asimétricos, a los que podría integrarse una suerte de “principio de vulnerabilidad” como elemento permeador de todas las normas sobre grupos vulnerables, si bien no parece que sea el concepto más adecuado. La vulnerabilidad es un estado real o latente que no encaja en el significado de principio, lo que no es óbice a su estrecha e intrínseca vinculación existencial con el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, que sí tienen consagración constitucional.

Sin embargo, allende las normas y los principios, asistimos a una tendencia progresiva a la integración creativa de “criterios interpretadores” o “ponderadores”, en el ejercicio de la función jurisdiccional, allá donde las normas no llegan. Hay numerosas ocasiones en que los tribunales de justicia han resuelto en supuestos con normas inexistentes, o en supuestos de vaguedad etimológica, involuntaria o voluntaria del legislador (hay supuestos en los que se emplean conceptos jurídicos indeterminados). La integración de la noción de la vulnerabilidad como criterio interpretador está presente, a sabiendas que la misma noción de vulnerabilidad, en la que inciden circunstancias endógenas y exógenas, temporales o permanentes, coyunturales o estructurales, reversibles o irreversibles, etc., se caracteriza por saber una noción sin perfiles exactos, sino flexibles, cambiables y modulables. Ese criterio se introduce en la función de ponderar que realiza el juez, razonando caso por caso, en asuntos en los que la dignidad y la igualdad de las personas están presentes (en contra García Amado, 2024: 44-72). A mi parecer, el criterio interpretador de la “vulnerabilidad” se convierte en la puerta que se abre al acceso a la justicia de los que la historia mantuvo invisibles.

Son numerosas las resoluciones judiciales en las que la vulnerabilidad se ha convertido en concepto clave, especialmente en lo que respecta a las sentencias de amparo constitucional, empleando la noción de “vulnerabilidad” como criterio interpretador/ponderador” en la evaluación de la situación de las personas que se hallan en situación desfavorable, y en las que sus derechos fundamentales pueden estar en riesgo, tomándola en consideración no solo respecto de aspectos legales, sino también extendiéndose a dimensiones sociales, económicas y culturales que afectan a los individuos en su vida diaria. No se trata de un criterio inspirador (lo que permitiría al juzgador una decisión en equidad), sino que se exige su consideración en el análisis de las circunstancias que rodean a cada caso, teniendo en cuenta factores como la edad, el género, la situación económica, la discapacidad y otros elementos que puedan influir en la persona para ejercer sus derechos. La idea es garantizar que aquellos que se encuentran en situaciones de desventaja reciban la protección adecuada por parte del sistema judicial. Es más, la aplicación del criterio de vulnerabilidad en las sentencias de amparo constitucional no solo busca proteger a los individuos, sino que también promueve una justicia más equitativa y accesible. Al reconocer las diferencias en las condiciones de vida y las capacidades de las personas, el sistema judicial puede adoptar un enfoque más inclusivo, asegurando que todos tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos sin importar su situación particular. Por lo tanto, el análisis de la vulnerabilidad en el marco de las sentencias de amparo constitucional se convierte en una herramienta fundamental para los jueces. Este enfoque no solo enriquece la interpretación del derecho, sino que también fortalece el estado de derecho al garantizar que la justicia sea verdaderamente para todos, también para aquellos que más lo necesitan. La implementación de este criterio puede marcar una diferencia significativa en la vida de muchas personas, asegurando que sus derechos sean respetados y protegidos en todo momento.

Por ejemplo, en la STC 885/2024, de 21 de octubre (*Tol 10242721*), el TC estimó el amparo interpuesto por una madre con hijos menores de edad y en situación de vulnerabilidad a la que no se había aplicado la suspensión del procedimiento de desahucio y del lanzamiento en la vivienda en la que familia vivía de alquiler, suspensión prevista para el caso de que se trate de arrendatarios vulnerables sin alternativa habitacional. El juzgado de instancia que había conocido del caso había interpretado que esa suspensión podía solicitarse solamente una sola vez, lo que determinó el rechazo de la solicitud de la recurrente en amparo, al haber instado hasta tres incidentes de suspensión. Esa interpretación impedía aplicar las prórrogas sucesivas de esta suspensión que se han ido aprobando por Real Decreto-ley, pese a que se mantenía la situación de vulnerabilidad que determinó la aplicación de la medida. La sentencia estima que la interpretación que el órgano judicial hizo de la norma aplicada en el caso, el art. 87 del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la exigencia de una resolución judicial fundada en Derecho que no incurra en irracionalidad o arbitrariedad. Recuerda que los sucesivos reales decretos leyes (desde la crisis del covid-19, ocho en total), han ido ampliando el plazo máximo de vigencia de esta medida de suspensión de los lanzamientos en casos en los que exista una situación de vulnerabilidad, de suerte que, en este momento, está vigente hasta el 31 de diciembre de 2024. Considera que la finalidad que pretende esta prórroga de la suspensión de los lanzamientos no es otra que mantener en el tiempo estas

medidas de protección para seguir atendiendo a las necesidades de estos hogares, lo que es incompatible con un planteamiento que restringe la suspensión del lanzamiento a que solamente se pueda solicitar una vez. Hace referencia a personas calificadas como vulnerables, entendiendo que merecen la atención y ayuda de los poderes públicos en el marco del Estado social, pero no a través de la desnaturalización del derecho de propiedad y de la privación del poder de disposición de los propietarios afectados, para pretender satisfacer, a su costa, una finalidad de interés social como es la protección de personas consideradas en situación de vulnerabilidad.

En la STC 48/2024, de 15 de mayo (*Tol 10273506*) el TC estima el amparo de una profesora que denunció al decano de la Facultad por hechos constitutivos de delitos relacionados con la violencia de género. Proviene de una sentencia dictada por el Juzgado de lo penal de Sevilla que condenó al decano por este delito, pero aplicándole la atenuante de dilaciones indebidas, valorando el tiempo que transcurrió entre los hechos y la denuncia. Quedó justificado que el retardo se debió al temor de perder el empleo, dado que el abuso sexual se llevó a cabo de forma continuada durante más de tres años, en el marco de una relación laboral vertical en la que el agresor, decano de la facultad y catedrático del departamento al que las víctimas pertenecían, advirtió a las jóvenes que acababan de emprender su carrera docente e investigadora, que debían seguir siempre sus deseos e instrucciones. Considera el TC que se hallaban en una situación de vulnerabilidad, con contratos de trabajo no permanentes y cuya renovación y promoción dependían de la voluntad del agresor.

Asimismo, la STC 72/2025, de 24 de marzo, (*Tol 10485703*) sostiene que la denegación de la ampliación del permiso por nacimiento a familias monoparentales discrimina a las mujeres, argumentando que se vulnera el derecho del menor a recibir cuidados en igualdad de condiciones que los de una familia biparental. La madre biológica de un hijo nacido en una familia monoparental solicitó la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado de menor, denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Se estima la demanda por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y se declara la nulidad de varias resoluciones administrativas y judiciales

Por su parte, la STC 113/2021, 31 de mayo (*Tol 8486040*) plantea la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva debido a la falta de respuesta a su oposición al desalojo y a su solicitud de prórroga del plazo de desalojo, considerando su situación familiar y la discapacidad de uno de sus hijos. La falta de respuesta judicial a la alegación de la demandante sobre la discapacidad de su hijo y su situación familiar precaria es el hecho clave para que el TC considere que la falta de motivación en la respuesta judicial a la oposición y a la solicitud de prórroga vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva apoyándose en la jurisprudencia constitucional que exige una protección reforzada en casos que afectan a menores y a personas con discapacidad.

Estos ejemplos ilustran cómo el TC aplica el criterio de la vulnerabilidad en sus sentencias, reconociendo la necesidad de proteger a aquellos que se encuentran en situaciones de desventaja y garantizando el acceso a la justicia y a los derechos fundamentales. La jurisprudencia del Tribunal es clave para entender cómo se implementa este enfoque en

la práctica, máxime cuando debe decidir interpretando normas que en ciertos casos integran conceptos como “perspectiva de género”, “interés superior del menor”, por poner ejemplos, que suponen la necesidad de que se evalúe cuidadosamente cómo sus decisiones impactarán la vida y el futuro de los menores que puedan estar involucrados en un caso (considerando la opinión misma del menor), o cómo decidir sin sesgos de género anclados en el pensamiento patriarcal y androcéntrico.

Por ejemplo, en la STS 1/2016, se enfatiza que el interés superior del menor debe ser el eje central en los procesos judiciales que involucren a niños, ya sea en cuestiones de custodia, visitas o cualquier otro aspecto que afecte su vida. En este caso, se analizó cómo las decisiones de los padres podían impactar la estabilidad emocional del menor, subrayando la necesidad de priorizar su bienestar. Y, por su parte, en la STC 237/2013, se manifestaba que el interés superior del menor no solo debe ser considerado en el ámbito familiar, sino también en el contexto educativo y social y se hacía referencia a un entorno seguro. Pero en todas las decisiones judiciales se insiste que el interés superior del menor no es un concepto estático, sino que debe ser evaluado en cada situación particular, considerando las circunstancias específicas de cada caso.

Por su parte, el concepto de perspectiva de género en la jurisprudencia se refiere a la forma en que se analizan y aplican las leyes teniendo en cuenta las desigualdades y discriminaciones que enfrentan las mujeres y otros géneros en la sociedad. Esta perspectiva busca garantizar que las decisiones judiciales no solo se basen en la letra de la ley, sino que también consideren el contexto social y cultural que afecta a las personas de diferentes géneros. Este enfoque permite que las decisiones judiciales no solo se limiten a sancionar conductas, sino que también busquen prevenir la violencia y promover la igualdad. La incorporación de esta perspectiva en la jurisprudencia no solo es fundamental para la protección de los derechos de las mujeres, sino que también contribuye a la construcción de una sociedad más justa y equitativa para todos los géneros. La perspectiva de género es un enfoque metodológico que parte del examen de las diferencias que afectan al género, cuyo único elemento valorativo es el fin perseguido en su utilización, que es hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres, lo cual es manifestación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y, además, forma parte de los fines constitucionalmente perseguidos a través del derecho a la educación. Interesantes reflexiones en torno a la consideración de la perspectiva de género se efectúan en la STC 44/2023, de 9 de mayo (*Tol 9582039*).

4.3. ACCIONES SOCIALES PÚBLICAS Y PRIVADAS

Junto a las funciones legislativa y judicial las instituciones públicas pueden y deben adoptar políticas públicas proyectadas y diseñadas por el gobierno para crear, modificar y estructurar una sociedad más igualitaria y con menos desigualdades propulsadas por la concurrencia de riesgos generadores de vulnerabilidad. Estas acciones de gobierno con interés público en la respuesta del Estado frente a la vulnerabilidad lleva a configurar una estrategia contra la pobreza (medidas para fomentar las VPO; erradicación del *sinhogarismo*).

mo, adopción de herramientas contra la pobreza energética, educación gratuita, comedores escolares, comedores sociales, acceso universal a la atención infantil temprana, acceso a la justicia, a la sanidad pública); derechos de las personas con discapacidad (medios de comunicación, movilidad, lectura fácil, inclusión laboral...); estrategia para la igualdad de género (combatir los estereotipos de género, lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, reducir la brecha de género en las responsabilidades asistenciales y alcanzar el equilibrio entre hombres y mujeres en la toma de decisiones y en la actividad política, amén de poner fin a la violencia de género); estrategia de inclusión del colectivo LGTBIQ+ (crear entorno laboral inclusivo seguro, respetuoso y de apoyo; diseñar programas y planes periódicos de sensibilización y formación en diversidad sexual y de género; adaptar la comunicación interna y externa de forma inclusiva; capacitar en comunicación, resolución pacífica de conflictos y en el diálogo; garantizar el desarrollo profesional sin discriminación por la orientación sexual; promover la diversidad en la contratación...); de protección de los consumidores (favorecer los MASC, campañas de consumo responsable, gratuidad del arbitraje de consumo, etc.); para la protección del ecosistema (campañas publicitarias, presupuestar proyectos de investigación, apoyo a las políticas educativas de respeto al medioambiente, beneficios fiscales para las energías renovables, etc.); protección a las víctimas (crear servicios restaurativos, fomentar instituciones de acogida empleo de la tecnología como medio amable de intervención en el proceso, etc.).

Y simultáneamente deben apoyarse y complementarse estas políticas públicas con las acciones que provienen de instituciones privadas o corporativas, que lleven a generar una visibilidad de la vulnerabilidad y sobre todo una respuesta en igualdad y no discriminación de quienes se hallan en esos espacios, grupos o colectivos vulnerables. Una labor importante se ha llevado a cabo por las ONG que en determinados espacios han cubierto las falencias del Estado; asimismo, el papel de la educación es trascendental, tanto desde la educación en escuelas y colegios, en los que se transmita el respeto al otro, la aceptación de la diversidad y la no exclusión de los distinto, evitando y trabajando por erradicar la creciente situación de exclusión que se practica con altavoz debido a las redes sociales y a la tecnología, que ha amplificado las conductas de odio. Trabajar desde la infancia transmitiendo los valores de la dignidad, la igualdad y el respeto es garantía de una sociedad más inclusiva. Y a ello debe aunarse la Universidad, incorporando las políticas de medioambiente, de perspectiva de género, de inclusión de las personas con discapacidad, de vida saludable, de cooperación, entre otras.

El camino sigue... quizás a la búsqueda de un pensamiento inmunizado, como apunta Sloterdijk, quien defiende que el médico debe enfermarse de aquello que desea curar... y quizás la pandemia fue esa enfermedad que nos hizo percibir, sentir y constatar la patología de la vulnerabilidad. Y ahí andamos, en busca de anticuerpos que contrarresten la vulnerabilidad y sus átomos, que son muchos aun lamentablemente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (1988): “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 139–151.
- Anderson, Mary B. (1994): “El concepto de vulnerabilidad: más allá de la focalización en los grupos vulnerables”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, agosto, 1994, 336-341, consultado en <https://international-review.icrc.org/es/articulos/el-concepto-de-vulnerabilidad-mas-alla-de-la-focalizacion-en-los-grupos-vulnerables>.
- Andreu-Guzmán, Federico y Christian, Courtis (2019): “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, en *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 51-60, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (2007): *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.
- Butler, Judith (2007): *Vida precaria: El poder del duelo y la violencia*, Paidós.
- Bonsignore Fouquet, Dyango (2023): “Bases teóricas y aspectos político-criminales acerca de la vulnerabilidad”, en C. Moya Guillem (dir.) y D. Bonsignore Fouquet (coord.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bueno Gómez, Noelia (2022): “Zum post-biopolitischen Umgang mit Leid und Verletzlichkeit”, en M. Coors (ed.), *Moralische Dimensionen der Verletzlichkeit des Menschen. Interdisziplinäre Perspektiven auf einen anthropologischen Grundbegriff und seine Relevanz für die Medizinethik*, De Gruyter.
- Carabante, José María (2023): “La ética del cuidado. Desafíos y paradojas”, *Persona y Derecho*, 89, 75-102.
- Castel, Robert (1997): *La metamorfosis de la cuestión social*, Paidós.
- Caverero, Adriana (2009): *Horrorismo. Nombrando a la violencia contemporánea*, Barcelona: Anthropos.
- Cuadros Contreras, Raúl (2019): “Ética y formación de investigadores: la importancia de las virtudes y la sabiduría práctica”, *Revista Colombiana de Educación*, 1 (79), 223-242.
- Delgado Martín, Joaquín (2019): *Guía comentada de las reglas de Brasilia. Comentarios a las reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Herramienta EUROSociAL, 23, Madrid.
- Delor, François y Michel Hubert (2000): “Revisiting the concept of “vulnerability””, en *Social Science & Medicine*, 50 (11), 1557-1570.
- Estrada Tank, Dorothy (2019): “El principio de igualdad ante la ley en el Derecho internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1 (1), 322-339.
- EUROSociAL (2015): *Grupos vulnerables. Informe sobre el abordaje de la vulnerabilidad en EUROSociAL*
- Ferri, Luck, (2017): *La revolución transhumanista*, Madrid: Alianza Editorial.
- Fineman, Martha Albertson (2017): “Vulnerability and Inevitable Inequality”, *Oslo Law Review, Scandinavian University Press*, 4 (3), 133-149, consultado en https://web.gs.emory.edu/vulnerability/_includes/documents/Oslo-Review-Vulnerability-and-Inevitable-Inequality.pdf.
- Fitzpatrick, Peter y Alan Hunt (1987): “Critical legal Studies”, *Journal of Law and Society*, 14 (1), 1-3.
- Flanigan, Rosemary (2000): “Vulnerability and the Bioethics Movement”, *Bioethics Forum*, 16 (2), 20.
- Gil, Silvia (2025): “Filosofía de la vulnerabilidad”, en *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, 95, 71–84.
- Gilligan, Carol (1982): *In a Different Voice*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- (1995): “Moral Orientation and Development” [1987], en V. Held (ed.), *Justice and Care. Essential Readings In Feminist Ethics*, New York: Routledge.

- Have, Henk ten (2015): "Respect for Human Vulnerability: The Emergence of a new Principle in Bioethics", en *Journal of Bioethical Inquiry*, 12, 395-408.
- Kennedy, Duncan (1983): *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*.
- (1997): *A Critique of Adjudication: Fin de Siècle*.
- Kottow, Miguel (2004): "Vulnerability: What kind of principle is it?", *Medicine, Health Care and Philosophy*, 7(3), 281-287.
- (2005): "Fundamentos de ética", en M. Kottow, *Introducción a la bioética*, Santiago de Chile: Mediterráneo.
- (2012): "Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolubles", *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, 69, 25-44.
- Kurzweil, Ray (2005): *The Singularity is near*, New York: Penguin.
- Levine, Carol, Ruth Faden, Christine Grady, Dale Hammerschmidt, Lisa Eckenwiller y Jeremy Sugarman (2004): "The Limitations of "Vulnerability" as a protection for Human Research Participants", in *The American Journal of Bioethics*, 4 (3), 44-49.
- Lorenzetti, Ricardo (2008): "Acceso a la Justicia de los sectores vulnerables", Conferencia pronunciada en el acto de clausura de las *Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF)*, El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29270.pdf>.
- Luna, Florencia (2009): "Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels", *International Journal of feminist Approaches to Bioethics*, 2 (1), 121-139.
- Macintyre, Alasdair (2001): *Animales racionales y dependientes*, Barcelona: Paidós.
- Mangabeira Unger, Roberto (1975): *Knowledge and Politics*.
- (1983): *The Critical Legal Studies Movement*.
- Masferrer, Aniceto y Emilio García Sánchez (2016): "Vulnerability and Human Dignity in the Age of Rights", en A. Masferrer E. García Sánchez (dirs.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Springer.
- Minow, Martha (1990): *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, London: Cornell University Press.
- Nussbaum, Martha C. (2006): *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires: Katz.
- (2007): *Las fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona: Paidós.
- (2015): *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega*, Machado Grupo de Distribución.
- Profili, Leila E. (2020): "La idea de la libertad en J.J. Rousseau", *Eidos*, 32, 231-250.
- Rhode, Deborah L. (1991): "Feminist Critical Theories", en K.T. Berlett y R. Kenedy (eds.), *Feminist Legal Theory*, New York: Routledge.
- Rogers, Wendy, Catriona Mackenzie, y Susan Dodds (2021): "Warum die Bioethik ein Konzept von Vulnerabilität benötigt", en *Medizinethik*, N. Biller-Andorno; S. Monteverde, T. Krones y T. Eichinger (eds.), Springer, 189-219.
- Rotter, David (2013): "Transhumanismus: Die Zukunft gehört den Maschinen", *Sein*, 28 de marzo, consultado en <https://www.sein.de/transhumanismus-die-groesste-gefahr-fuer-die-menschheit/>
- Ruiz Rivera, Naxhelli (2012): "La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo", en *Investigaciones geográficas, Boletín del Instituto de Geografía, UNAM*, 77, 63-74.
- Sandel, Michael J. (2020): *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?*, Barcelona: Debate.
- Schauer, Frederik (2003): *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

— (2005): “La categorización, en el Derecho y en el mundo”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 307-320.

Sen, Amartya (2000): *Desarrollo y libertad*, Barcelona: Planeta.

Tushnet, Mark (1988): *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press.