

Título: [Fallar con perspectiva de vulnerabilidad \(o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminatorio\)](#)

Autor: [Basset, Úrsula C.](#)

Publicado en: [RCCyC 2022 \(diciembre\)](#), 5

Cita: [TR LALEY AR/DOC/3111/2022](#)

Sumario: I. Por qué vulnerabilidad.— II. Una definición.— III. La perspectiva de vulnerabilidad y los otros enfoques o perspectivas (género, infancia, discapacidad, etc.).— IV. Lo que no es la perspectiva de vulnerabilidad.— V. Las funciones de la perspectiva de vulnerabilidad.— VI. Cómo aplicar la perspectiva de vulnerabilidad en el caso concreto.— VII. Fallar con perspectiva de vulnerabilidad y resguardo de la dignidad humana.

(\*)

## I. Por qué vulnerabilidad

Hace ya unos años, cuando comenzamos a investigar la vulnerabilidad en un proyecto conjunto con una universidad francesa [\(1\)](#), uno de los primeros asuntos por los que nos interrogamos es por qué recurrir a un nuevo concepto en el derecho. En última instancia, la igualdad es la perspectiva formal del derecho y el derecho antidiscriminatorio, los mecanismos de corrección de la igualdad en el derecho privado y público parecían ser suficientes para dar cuenta de todos los problemas. El error quedó rápidamente de manifiesto [\(2\)](#).

### I.1. La vulnerabilidad como una condición universal

La vulnerabilidad demostró ser un concepto de enorme riqueza y plasticidad, no solo en el abordaje metodológico de la desigualdad, sino también en su matriz teórica. El concepto de vulnerabilidad, así como lo entendemos, desarticula toda categoría. Es una condición propia (universal) de la naturaleza humana. Ser vulnerable implica la posibilidad de ser herido en algún momento de la vida. Y ¿quién está exento de esa condición?

Nuestra misma corporeidad hace que estemos expuestos al riesgo y al daño: somos frágiles en los primeros momentos de nuestra existencia, por la enfermedad, por la vejez, por ser mujer, por el color de piel, por la raza, por la etnia. Nuestra corporeidad nos arraiga y al mismo tiempo nos fragiliza. La existencia corpórea es una metáfora de nuestra presencia psíquica y espiritual, ligada al contexto histórico y personal, con todo lo que está expuesto supone en términos de riesgos de sufrir daños. Solo los muertos no tienen nada que temer. Quién está vivo, por el solo hecho de estarlo, vive en estado de constante exposición.

Ya lo decía el poeta:

"Dichoso el árbol que es apenas sensitivo,

"y más la piedra dura, porque esa ya no siente,

"pues no hay dolor más grande que el dolor de ser vivo,

"ni mayor pesadumbre que la vida consciente".

"Ser, y no saber nada, y ser sin rumbo cierto,

"y el temor de haber sido y un futuro terror...

"Y el espanto seguro de estar mañana muerto,

"y sufrir por la vida y por la sombra y por (...)" [\(3\)](#).

Esta teoría de la vulnerabilidad como condición dependiente de una existencia encarnada y arraigada en el tiempo, en un contexto de relaciones y de ideas ha sido objeto de diversos estudios y nosotros mismos hemos tenido ocasión de estudiar el impacto en la jurisprudencia de los tribunales regionales comparados [\(4\)](#). Recientemente, en una nueva publicación, se corrobora este creciente arraigo de esta visión universalista en un estudio sobre la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos [\(5\)](#). Quedan atrás las conceptualizaciones de "grupos vulnerables" o "clases de sujetos vulnerables" que tienden a distinguir un "ellos" [\(6\)](#) de un "nosotros" y en ese sentido son estigmatizantes [\(7\)](#), además de que ciertamente no responden al abordaje que podemos encontrar en la jurisprudencia de los más elevados tribunales, que es más bien de una flexibilidad y sensibilidad enorme.

Este punto de partida de abrazar la vulnerabilidad como un concepto común a la condición de ser humano, de por sí, importa cambios sustanciales. Estos cambios sustanciales son esencialmente los siguientes: a) si la vulnerabilidad es una condición compartida, se derriban las categorías ficticias que separan unos seres humanos de otros y así la raíz misma de la discriminación, que es la clasificación [\(8\)](#); b) si la vulnerabilidad es una condición compartida, el otro sufriente no es otro, sino otro yo: es posible la empatía como método del derecho

en la instancia perceptiva del fenómeno jurídico; c) si la vulnerabilidad es compartida, ya no es posible seguir abonando el mito de la autonomía individual (9), sino que es necesario aceptar la creciente tendencia a pensar en una autonomía relacional (10), en exhibir dependencias recíprocas y así reinscribir al derecho en una trama de responsabilidades compartidas en torno al bien individual y común (11).

Solamente estas tres afirmaciones son revolucionarias. Es un cambio que sigilosamente opera ya en varios ámbitos del derecho civil y que ha inspirado valiosos abordajes en el nuevo derecho (12). Este concepto está implícito en otros como la noción de carga dinámica de la prueba, tutelas jurídicas diferenciadas, justicia restaurativa, o también en la amplificación de las redes de fortalecimiento en las intervenciones frente a sujetos con restricciones a la capacidad o en la infancia, en la concepción del nuevo orden público contractual y obligacional. Está presente en instituciones diversas que recorren transversalmente el derecho privado y el derecho público (pensemos en acceso a justicia, derecho del consumo, digitalización del derecho, derecho a la privacidad, y podríamos seguir).

Si el derecho decimonónico pensaba la igualdad en clave de sujetos fuertes, con patrimonio y con posibilidad de elegir, la perspectiva de vulnerabilidad, en cambio, invierte la óptica y piensa el derecho desde la fragilidad compartida. Y esto impacta tanto en el abordaje del operador, como en la concepción de la posición de las partes.

### I.2. La empatía y su función en la percepción del fenómeno jurídico, de la especie

Desde el punto de vista metodológico, el concepto es revolucionario porque impacta en la actitud del operador judicial. La vulnerabilidad redefine el momento de encuentro con la especie del caso a partir de la capacidad de empatía, porque, como la vulnerabilidad es una condición universal, ya no es la condición de un "otro" distinto a mí, sino de otro como un "otro yo" (13): lo que le sucede al otro, la pobreza, la enfermedad, la discapacidad, la soledad, el sufrimiento, es algo que podría ocurrirme a mí, y, de hecho, tal vez me ocurra. Se desarticula la condición de lo ajeno. Nada de lo humano me es ajeno, condición para ser jurista (retomando la obra de Terencio) (14).

El concepto de vulnerabilidad tiene además la ventaja de reinscribir la igualdad en la tradición de la noción de fraternidad humana, que está implícita en los Tratados internacionales. La vulnerabilidad hace visible esa conexión profunda desde la fragilidad de todo lo humano. Así también cumple una función de sensibilización. Martha Fineman, una de las principales teóricas del concepto de vulnerabilidad, en uno de sus artículos de referencia, lo expresó de esta manera: "La vulnerabilidad se afirma como una característica que nos posiciona en relación a unos con otros como seres humanos y que también sugiere una relación de responsabilidad entre el Estado y el individuo" (15).

### I.3. La vulnerabilidad y su contribución en la corrección de la igualdad

Sobre este aspecto, Fineman escribió: "La versión de la igualdad que implica ser tratados de la misma manera ignora contextos, así como diferencias en circunstancias y habilidades de las partes cuyo igual tratamiento se compara. Todavía más perplejidades despierta el hecho de que la doctrina de la igual protección ignora las inequidades existentes y las circunstancias y presume una equivalencia de posición y de posibilidades. Semejante aproximación estrecha a la igualdad no puede ser utilizado para combatir la creciente inequidad en riqueza, posición y poder que experimentamos en Estados Unidos en las pasadas décadas" (16).

Por otro lado, la vulnerabilidad como condición universal tiene la ventaja extraordinaria de desarticular el derecho antidiscriminatorio, de tendencia categorial. El demasiado apego a las categorías potencia la política de la identidad, creando guetos identitarios; la vulnerabilidad, en cambio, lejos de antagonizar o encerrar perceptivamente a grupos de sujetos en categorías (lo cuál de suyo encierra el riesgo de discriminación estructural), acentúa la condición común por sobre la diferencia.

Incluso para categorías de sujetos vulnerables, siempre subsiste el riesgo de reconocimiento (¿qué check list para pertenecer a la categoría y quién se atribuye el derecho de fijar los cánones de pertenencia a la clase?), la creación de estereotipos categoriales, el control social, la creación de una ética que, en lugar de fortalecer, desempodere, y la problemática de plantear la vulnerabilidad como una estructura opuesta a la resiliencia (17).

La clase crea una superioridad para el que la enuncia: la tutela de "los vulnerables" (mujeres, niños, adultos mayores, pobres, personas con problemas de salud mental, poblaciones indígenas) subrepticamente crea la categoría de "ellos" (débiles, desafortunados, caídos en desgracia) y "nosotros" (fuertes, distintos, con capacidad de decisión) (18). La vulnerabilidad ofrece un mecanismo saludable de interpelación: no hay un "ellos" y un "nosotros", sino solo "otros yo", la categoría de otredad no aísla, sino que crea un continuo de fraternidad social unida por una vulnerabilidad que se expresa en forma diferenciada y concreta en cada caso y que el operador está llamado percibir y a sensibilizarse con ella desde la igual dignidad de ambos: operador y usuario del servicio de justicia.

Al no partir de una visión categorial de la desigualdad, su función perceptiva se ensancha y se hace dúctil para percibir una pluralidad de vulnerabilidades y no solo aquellas que resultan categorialmente en las enunciaciones de los tratados. Cumple así con la estrategia de "descategorización" que tienen todas estas enunciaciones al referirse, al final de ellas, al giro que dice "o cualquier otra condición". Es que toda enunciación de categorías es necesariamente limitativa y excluye tantas otras vulnerabilidades no enunciadas, o vulnerabilidades superpuestas. Al hablar de vulnerabilidad, no solo se desarticula la idea de que el sujeto que pertenece a tal categoría es un "otro distinto", sino que queda acentuado el elemento común. Ya no hay fuertes y débiles, blancos y negros, niños y viejos; hay vulnerables en cada una de esas categorías.

Eso no significa que deba prescindirse de la orientación insuficiente que proveen las categorías, sino que la vulnerabilidad es una estrategia de salida para una interpretación cerrada y clasista, que solo empeora creando grupos identitarios y nuevas divisiones, donde el enfoque debería crear igualdad. Todos estos problemas expresan bien la problemática de las políticas de la identidad y el remedio de la clasificación: la clasificación engendra discriminación, no la resuelve.

En este sentido, Fineman ha sostenido: "Este abordaje de la desigualdad ha causado una dinámica perversa que resulta frecuentemente en enfrentar un grupo protegido contra otro, dividiendo aquellos que, en otras circunstancias, podrían ser aliados en la lucha por una sociedad más justa, así como generando una política del resentimiento que terminará en un efecto rebote de parte de aquellos que no se perciben en ninguno de los grupos favorecidos por la igual protección. Otro efecto perverso surge de los requisitos del proceso para hacer valer la discriminación. En aras de obtener esta protección, los que demandan la protección deben establecer una historia probada de discriminación contra el constructo del grupo identitario, lo que obliga a una narrativa en orden a incluir o excluir personas de la categoría protegida, para demostrar la acumulación de elementos discriminatorios suficientemente prolongada para dar lugar a la discriminación histórica" (19).

Esta insuficiencia denunciada por Fineman del concepto de igualdad para abordar las inequidades sociales impacta en el derecho antidiscriminatorio.

I.4. La vulnerabilidad y la superación de la autonomía individual por la autonomía relacional para engendrar resiliencia

Otro aspecto en el que la vulnerabilidad ofrece un gran aporte es en la superación del concepto de individuo autónomo y fuerte, así como se percibe en el derecho decimonónico, hacia el paradigma de una condición universal de vulnerabilidad que genera interdependencia y responsabilidades recíprocas (20).

El concepto de igualdad heredado del siglo dieciocho se basa en el individuo y su autonomía. Este paradigma, crecientemente abandonado por el derecho civil, se encuentra paradójicamente muy difundido en el ámbito de los derechos personalísimos y el derecho de familia (21), que son los que probablemente más requerirían de la perspectiva de vulnerabilidad, porque la intimidad vulnerabiliza y las decisiones de naturaleza personalísima generalmente exponen las aristas más susceptibles de ser heridas de la personalidad.

Mientras que el abordaje de igualdad categorial del derecho antidiscriminatorio acentúa la identidad subordinada, la vulnerabilidad parte del individuo para insertarlo en una trama relacional (22). Cuando hay vulnerabilidad hay interdependencias recíprocas que se visibilizan y esas interdependencias son camino de dignificación y de resiliencia.

Se supera así el paradigma decimonónico de los derechos individuales y la idea de una autonomía individual recortada de la relación jurídica que define al derecho, para pensar en un individuo relacionado y relacional, que por definición (por su corporeidad) es frágil y por eso invariablemente requiere de las relaciones interdependientes para encontrar un camino de resiliencia.

La vulnerabilidad se plantea, así, no solo como un camino de sensibilización y diagnóstico y como un camino de reinterpretación de la igualdad, sino también como un método de abordaje de la desigualdad en el caso concreto.

La perspectiva de vulnerabilidad ayuda a identificar las estructuras relacionales que podrían habilitar caminos de resiliencia. En este sentido, ya no hablamos de subsidiariedad familia-sociedad y Estado, sino de redes conjuntas de abordaje y fortalecimiento de la familia, las distintas organizaciones de la vida social y el sostenimiento del Estado que actúan en forma concurrente y corresponsable.

El rostro del derecho desde la perspectiva de la vulnerabilidad pasa del individuo autónomo e individual, al individuo vulnerable como condición compartida, de las clases y categorías discriminatorias a una condición compartida que se percibe con empatía, del individuo inserto en un plexo de relaciones complejas anteriormente pensadas en un orden de subsidiariedad, a un camino de resiliencia hecho de responsabilidades compartidas. Al modo del art. 32 de la CADH: toda persona tiene deberes hacia la familia, la comunidad y la humanidad. Es un

derecho que revive el espíritu de la traducción latinoamericana de los derechos humanos, que recuerda los deberes humanos y la solidaridad recíproca como valores fundantes.

Como han sostenido Beltrão y otros (23): se trata de "sensibilizar, dar herramientas de detección y reacción frente a las lesiones de derechos", pero esas aproximaciones no son victimistas pues: "No queremos aproximaciones victimistas a los grupos estudiados. Todo lo contrario: pretendemos aproximaciones constructivas y reparadoras, empoderadoras e igualitarias".

## II. Una definición

La vulnerabilidad es una condición humana universal. Todos podemos ser heridos, algunos somos más susceptibles que otros. Es el punto de partida de la resiliencia, que viene de la solidaridad social en esa vulnerabilidad compartida. La vulnerabilidad refuerza la dignidad de lo frágil en el sistema jurídico.

Como herramienta jurídica, es una relectura del concepto de igualdad que permite reinscribir a la persona humana en su trama relacional y desde allí, colaborar en su resiliencia y fortalecimiento, incluso en forma creativa.

Puede definirse como una perspectiva de análisis del fenómeno jurídico (normativo y fáctico). Permite visibilizar desigualdades que son imperceptibles sin el recurso a la empatía que surge de esta perspectiva y así maximizar la norma para que sea la que mejor proteja a la persona humana.

Algunos la conceptualizan como una categoría o un sector: estas categorizaciones pueden tener alguna utilidad, pero al mismo tiempo desarticulan el carácter flexible del concepto y pueden estigmatizar. En cambio, la vulnerabilidad como condición universal, nos sitúa en un plano en el que la vulnerabilidad es una condición inherente a todo ser humano y de la igual dignidad, cualquiera sea la situación relativa.

Sus funciones son: a) de sensibilización (diagnóstico), b) de perspectiva (ver el derecho desde la vulnerabilidad), c) de abordaje e intervención (resiliencia y fortalecimiento, d) hermenéutica.

Recupera la dignidad del sufrimiento humano, su naturaleza social y relacional y su unicidad. Dignifica no solo al justiciable, sino que también humaniza al operador.

III. La perspectiva de vulnerabilidad y los otros enfoques o perspectivas (género, infancia, discapacidad, etc.)

De ahí que la vulnerabilidad supere en mucho los otros enfoques o perspectivas que se han invocado en el derecho, pues que es el fundamento de todos. Hoy en día hay capacitaciones para fallar con perspectiva de género, pero no siempre hay capacitaciones equivalentes para fallar con sujetos aún más vulnerables que las mujeres, como los niños, los niños sin cuidados parentales, o las personas con problemas de salud mental, o los adultos mayores. Multiplicar capacitaciones puede ser contraproducente. Elegir unas sobre otras, arbitrario.

El problema es siempre el de la clasificación. La clasificación es el origen de la discriminación, sin embargo, es la principal herramienta del derecho antidiscriminatorio contemporáneo. Peor aún, cuando la clasificación se esgrime como una política de identidad en una lógica antagónica de oprimido-opresor. El fin de la igual dignidad y la igual protección se torna inalcanzable y la sociedad se vuelve contra sí misma.

Como señala Amin Maalouf (24), otro de los problemas de las políticas de la identidad que se valen de la clasificación es que las personas tenemos identidades complejas, con elementos identitarios que pueden ser cruzados: una persona puede tener raíces sirias musulmanas y cristianas, al mismo tiempo ser nacional francés (como es el caso de Maalouf). Profundizar una identidad contra la otra es levantar al sujeto contra sí mismo. Cuando se capacita en género, se crean matrices de análisis opuestas no convergentes: género opone al varón a la mujer, en lugar de buscar la colaboración de ambos para una sociedad mejor.

Kwame Anthony Appiah, el gran filósofo del derecho norteamericano, uno de los pilares del desarrollo del multiculturalismo, lo señala con agudeza: "Nunca estoy muy seguro a qué se refieren las personas cuando hablan de 'política de la identidad'. Normalmente lo hacen para quejarse respecto de otro" (25).

La perspectiva de los enfoques de clase deriva también en la preferencia de unos sobre otros. Así, cómo obrar cuando hay niños y madres: ¿es lícito fallar con perspectiva de género?

Lo mismo sucede con las capacitaciones. ¿Cuántas capacitaciones debería haber? ¿Tantas como las enunciaciones de clases subordinadas? ¿Es legítimo solo capacitar en perspectiva de género? ¿No termina resultando hegemónico capacitar en una perspectiva y no en otra?

Todas estas objeciones se superan cuando se asume una perspectiva más amplia y más fundante como es la de vulnerabilidad, que además permite modular, ver matices en cada caso de vulnerabilidad en las circunstancias concretas.

#### IV. Lo que no es la perspectiva de vulnerabilidad

La perspectiva de vulnerabilidad no sirve para declarar inconstitucional una norma. No se trata de encontrar un criterio para declarar una inconstitucionalidad, sino de intervenir correctivamente en el diagnóstico, la interpretación y el abordaje de vulnerabilidades.

No sirve para redefinir el derecho (o no debería), sirve para comprender más profundamente e intervenir más acordemente en el caso concreto. Sirve para hacerlo más justo. Y para enmarcar la igualdad en la singularidad personal, familiar y cultura.

Tampoco sirve como puerta de entrada a un margen amplio de interpretación e incluso para juzgar pretorianamente. No es una palabra mágica. Requiere evidencia y fundamentación.

#### V. Las funciones de la perspectiva de vulnerabilidad

De acuerdo con nuestros desarrollos anteriores, es posible identificar cuatro funciones de la perspectiva de vulnerabilidad:

- Función sensibilizante o empática: Esta función es perceptiva, se refiere a la *fattispecie* o especie jurídica (hechos) y permite, a través de la empatía con todos los sujetos del proceso, llegar a una percepción más profunda y contextualizada de los hechos, permitiendo percibir las redes de relación que podrán ayudar a una intervención resiliente.

- Función normativa o rectificadora: Esta segunda función de la perspectiva de vulnerabilidad es la que permite una interpretación correctiva, que privilegie la posición de las distintas vulnerabilidades en juego. Si la función sensibilizante se proyecta sobre los hechos, la función perceptiva se proyecta sobre el derecho, y actúa sobre la interpretación de la norma y su aplicación al caso concreto. Esta función, incluye la función integradora de la norma en la hipótesis de lagunas o vacíos normativos, frente a la obligación de fallar que surge del art. 3º, Cód. Civ. y Com.

- Función de abordaje e intervención: Esta función se nutre del proceso sensibilizante y de la función hermenéutica para perfeccionar un abordaje que permita la resiliencia.

#### VI. Cómo aplicar la perspectiva de vulnerabilidad en el caso concreto

Según ya desarrollamos en otro lugar, entendemos que hay 5 criterios para la aplicación de toda perspectiva en un caso concreto: a) no es la derogación de la ley, sino su pleno cumplimiento; b) es necesario que de las constancias del expediente surja la evidencia que de aplicar el texto legal tal y cómo surgiría de la literalidad de la norma habría una situación fáctica de daño o riesgo de daño, c) las circunstancias de hecho que se dan en el caso concreto están comprendidas en la norma, pero el perfil excepcional del caso concreto hace posible justificar que ese daño no ha sido previsto por el legislador, d) la aplicación de la ley a la especie que se presenta al juez contrariaría el fin para el cuál esa ley fue pensada, e) la inequidad en el caso concreto de la aplicación de la ley puede provenir de una discriminación estructural o indirecta.

Analizamos a continuación cada uno de los presupuestos, que serían aplicables a las demás invocaciones de los criterios de enfoque o perspectiva:

##### a) No es derogación de la ley, sino su pleno cumplimiento

Lo primero que corresponde decir, a diferencia del análisis que venimos haciendo los últimos años en dos proyectos de investigación que hemos llevado a cabo [\(26\)](#), los enfoques o perspectivas no pueden ser una justificación para que el juez instaure su propia ley que refleje su propio sistema de valores subjetivos, por la mera invocación de una palabra mágica. Recurrir a las perspectivas como una excusa para desentenderse de la legislación vigente, la banaliza, y la torna más bien una excusa y no una metodología jurídica rigurosa de corrección de la desigualdad real.

En numerosos casos de en los que se alega el interés del niño, la enunciación de estructuras abstractas de derecho internacional habilita al juez, sin mayor justificación e invocando los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., o declarando la inconstitucionalidad de la norma concreta, a crear su propia norma positiva. Esta interpretación, se ha sostenido que fallar con enfoque "[n]o debe ser un mero modismo metodológico o una cláusula de estilo de aplicación automatizada, a fin de no desnaturalizar" la perspectiva [\(27\)](#).

También se ha sostenido el Supremo Tribunal Español, en un fallo de 2021 que si se puede resolver el caso sin recurso a la perspectiva de género sino con derecho común es tanto mejor, pues se conserva la igualdad, evitando que la interpretación sea sesgada [\(28\)](#).

Y que "debe evitarse la sobreexplotación del enfoque de género que pudiera redundar en descrédito de la pauta hermenéutica" [\(29\)](#).

El juez debe presumir que el juicio de compatibilidad entre el derecho común y el bloque de constitucionalidad fue hecho ya por el legislador (30).

b) Debe surgir del expediente la prueba de que de aplicar la ley en la forma que surge de su literalidad habría un daño o riesgo de daño

Uno de los elementos centrales que tiene que ver con la dignidad humana, con no banalizar la perspectiva, con no crear nuevos paternalismos judiciales o estereotipos perceptivos, consiste en el deber de fundamentar de quien aplique la perspectiva. Esa fundamentación supone evidencia, aún interdisciplinaria, en términos de pericias o informes que verifiquen la existencia de: a) una vulnerabilidad específica y acendrada en el caso concreto, b) establecer el riesgo de daño o daño en la hipótesis de la aplicación de la norma tal como surge de su literalidad.

La noción de riesgo o peligro tiene dificultades, pues algunos han considerado que su utilización puede resultar estigmatizante. Sin embargo, su uso en los organismos internacionales es regular, especialmente en relación con los niños y mujeres. Es el eslabón que permite accionar preventivamente y así evitar el daño, que suele tener secuelas irreversibles. Al respecto, la Corte IDH sostuvo:

"...[E]n determinados contextos, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida, libertad personal e integridad personal de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, especialmente como consecuencia de su labor, siempre y cuando el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en contra de estos y toda vez que existan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo" (31).

En esta misma dirección, la Corte IDH sostuvo que el deber de garantía del Estado es una función de medio y no de resultado, consistente en prevenir que los particulares vulneren los derechos plasmados en el Tratado. La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su deber preventivo surge si se verifica que "...1) al momento de los hechos existía una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinados; 2) que las autoridades conocían o debían tener conocimiento de ese riesgo, y 3) que las autoridades, pese a ello, no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo" (32).

La perspectiva de vulnerabilidad permite actuar tempranamente con estructuras y recurrir a ellas para fortalecer y provocar resiliencia. La proyección o fuga hacia el futuro que trae ínsito el concepto implica un dinamismo interno hacia el fortalecimiento.

Es que la perspectiva de vulnerabilidad está en tensión a esa relacionalidad ambivalente: el otro es el que daña, pero al mismo tiempo el que puede acompañar en la resiliencia (33). En todo caso, contra todo individualismo, la vulnerabilidad parte de la sociabilidad inherente al ser humano.

De allí que la perspectiva de vulnerabilidad pueda habilitar un enfoque preventivo de prevención primaria, que a su vez genera un círculo virtuoso, pues el daño no se inscribe en la biografía del sujeto vulnerable, y así la posibilidad de resiliencia es mayor. Es útil igualmente para la prevención secundaria y terciaria.

Si esta intervención es proporcionada y razonable, entonces de ninguna manera consiste en paternalismo, sino en una intervención debida en el marco de los derechos humanos.

c) Las circunstancias del caso lo incluyen en la normativa que resulta de aplicación, su anomalía consiste en el efecto atípico que se da en el caso concreto

Supone: a) que el caso esté contenido en la norma general (es decir, que la ley le sea aplicable); b) que sea excepcional por el resultado especial que surge de la interacción de los hechos y la norma en este caso concreto porque la ley produzca en este caso un efecto desproporcionado no buscado por el legislador (34).

d) De aplicar la normativa tal como surge a la especie, resultaría contrariada la intención del legislador o el fin de la ley

Si el legislador previó una norma que tiene una función protectoria, pero para un determinado grupo o sujeto vulnerable esa norma tiene un efecto discriminatorio o de daño, claramente está fuera del espectro de lo buscado por el autor de la ley. El caso no pudo haber sido previsto, por su excepcionalidad, en la ley general.

e) La anomalía del caso puede resultar o bien de la discriminación estructural o indirecta, que debe quedar establecida fácticamente (con evidencia) en la resolución

Si la aplicación literal de la ley no provoca un daño en virtud de la excepcionalidad del caso, tampoco corresponde su rectificación. Solo a partir del impacto desproporcionado, que debe argumentarse y fundarse debidamente, corresponde aplicar la perspectiva de vulnerabilidad.

En definitiva, en el caso concreto, la aplicación de la ley, sin la corrección de la perspectiva de vulnerabilidad, importaría una interpretación abusiva, contraria a los fines de la ley.

#### VII. Fallar con perspectiva de vulnerabilidad y resguardo de la dignidad humana

Como sostuvo Hannah Arendt, también las personas vulnerables tienen un derecho al derecho (35). Es decir, derecho a que se les aplique la norma con respeto de su igual dignidad, sin paternalismos judiciales.

Mientras que el modelo de las codificaciones decimonónicas realza al sujeto autónomo, independiente, fuerte, al individuo, la vulnerabilidad es una herramienta invaluable para desarticular ese mito, que no responde verdaderamente a casi nadie o nadie, en las sociedades que habitamos. Pero, por sobre todas las cosas, el concepto de vulnerabilidad redescubre la igual dignidad humana sobre todo en aquellos rostros que más nos cuesta ver: en la enfermedad, en la pobreza, en la debilidad, en la salud mental debilitada, en la dependencia.

La vulnerabilidad tiene que ver con la naturaleza contingente y mudadiza de la corporeidad humana, que envejece, es sexuado, responde a la etnia y la cultura, a la salud y a la enfermedad. La perspectiva de la vulnerabilidad, en tanto que receptividad a la fragilidad de lo corpóreo, no parte de la idea de un individuo autosuficiente y autónomo, sino de la mutua dependencia y de la necesidad del otro que es universal.

Esta universalidad de la dependencia encuentra en la mutua dependencia el camino de la resiliencia. Somos responsables de nuestros hermanos. O, en términos de derechos humanos "todo ser humano tiene deberes para con la familia, la sociedad y el Estado". Esta perspectiva de los deberes recíprocos, que aparece sobre todo en el sistema interamericano plasma que solo en la interacción de persona, familia, sociedad y Estado, es decir en las redes sociales se encuentra el camino de la resiliencia (36).

La Declaración de Barcelona sobre Propuestas de Políticas Públicas a la Comisión Europea en materia de Principios Bioéticos y Bioderecho de 1998 (37), de alguna manera resume estos lineamientos, vinculando la vulnerabilidad con una aceptación de la propia finitud y con la dignidad humana:

"La vulnerabilidad expresa dos ideas básicas: a) la finitud y fragilidad de la vida, en aquellos capaces de autonomía, fundamenta la posibilidad y la necesidad de toda moralidad; b) la vulnerabilidad es el objeto de un principio moral que requiere el cuidado para quienes son vulnerables. Vulnerables son aquellos cuya autonomía o dignidad o integridad pueden ser amenazadas (...) El principio específicamente requiere no solamente la no interferencia con la autonomía, la dignidad o la integridad de los seres humanos, sino que puedan recibir la asistencia para realizar su potencial. De este principio se sigue que hay derechos subjetivos positivos a la autonomía e integridad que se fundan en las ideas de solidaridad, no discriminación y en la comunidad" (38).

(A) Profesora titular con dedicación especial a la investigación. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de Familia (UCA). Directora del Proyecto UCA-VR11-2022 sobre "Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer" (Nro. 800-202103-00060 CT). Proyecto IUS - UCA 2022-2024, "Modelos explicativos de la violencia".

(1) Universidad Lyon III, en colaboración con el Centro de Derecho de Familia en que la contraparte era el hoy juez de la Corte de Casación Francesa, Hugues Fulchiron.

(2) Ver sobre esto los primeros capítulos de nuestro libro BASSET, Ursula C., FULCHIRON, Hugues, BIDAUD Christine, LAFFERRIERE, Nicolás, "Tratado de la vulnerabilidad", La Ley, Buenos Aires, 2017. Accesible en: [https://www.academia.edu/59928815/Tratado\\_de\\_la\\_Vulnerabilidad](https://www.academia.edu/59928815/Tratado_de_la_Vulnerabilidad).

(3) Rubén Darío, "Lo fatal" en Rubén Darío, Antología poética, prólogo y selección por Guillermo de Torre, Losada, Buenos Aires, 1966, pp. 181-182. Continúa el poema diciendo: "lo que no conocemos y apenas sospechamos, y la carne que tienta con sus frescos racimos, y la tumba que aguarda con sus fúnebres ramos, y no saber adónde vamos, ¿ni de dónde venimos!...".

(4) Ver BASSET, Ursula C., FULCHIRON, Hugues, BIDAUD, Christine, LAFFERRIERE, Nicolás, "Tratado de la vulnerabilidad", La Ley, Buenos Aires, 2017. Accesible en: [https://www.academia.edu/59928815/Tratado\\_de\\_la\\_Vulnerabilidad](https://www.academia.edu/59928815/Tratado_de_la_Vulnerabilidad).

(5) HERI, Corina, "Theoretical Scene-Setting - Vulnerability Theory", Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR. Hart Publishing, Oxford, 2021, pp. 22-28. Modern Studies in European Law. Bloomsbury Collections. Web. 17 Oct. 2022. <http://dx.doi.org/10.5040/9781509941261.ch-002>.

(6) "A 'them' problem or an 'unfortunate other' problem" como resume Kimberlé Crenshaw, quien ha ideado el concepto de interseccionalidad en un reportaje que le hacen en el diario Time en 2020: Kimberlé Crenshaw, Intersectionality, febrero 2020 (<https://time.com/5786710/kimberle-crenshaw-intersectionality/>).

(7) Sobre esto, HUTH, Martin, "The Dialectics of Vulnerability. Can We Produce or Exacerbate Vulnerability by Emphasizing it As a Normative Category", Philosophy Today, vol. 64, Issue 3 Summer 2020, pp. 557-576.

(8) El derecho es siempre clasificar para adjudicar consecuencias, el problema no es clasificar situaciones para la calificación legal y la adjudicación subsecuente, sino que es el de clasificar personas en grupos diferenciados,

lo que, como se ha señalado, constituye una forma de subordinación.

(9) Sobre el mito de la autonomía individual y sus desarrollos actuales, ver: SCHNEEWIND, Jerome, "The Invention of Autonomy", University Press, Cambridge, 1997. O FINEMAN, Martha, "The Autonomy Myth. A Theory of Dependency", New York Press, New York, 2004.

(10) Sobre autonomía relacional ha habido grandes avances. Ver p. ej. RUSSELL, Roberto, and TOKATLIAN, Juan Gabriel, "From Antagonistic Autonomy to Relational Autonomy: A Theoretical Reflection from the Southern Cone", *Latin American Politics and Society*, vol. 45, nro. 1, 2003, pp. 1-24, doi:10.1111/j.1548-2456.2003.tb00230.x.; CHRISTMAN, John, "Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves", *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, vol. 117, nro. 1/2, 2004, pp. 143-64. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/4321441>. Accessed 17 oct. 2022. WESTLUND, Andrea C., "Rethinking Relational Autonomy", *Hypatia*, vol. 24, nro. 4, 2009, pp. 26-49. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/20618179>. Accessed 17 oct. 2022. FRIEDMAN, Marily, "Relational Autonomy and Individuality", *University of Toronto Law Journal*, vol. 63, Issue 2, Spring 2013, pp. 327-341. MACKENZIE, Catriona, STOLJAR, Natalie, "Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy Agency and Social Self", Oxford University Press, Oxford, 2000. HERRING, Jonathan, "Relational Autonomy and Family Law", Springer, Londres, 2014. DAVY, Laura, "Between an Ethic of Care and an Ethic of Autonomy. Negotiating relational autonomy, disability and dependency", *Journal of the Theoretical Humanities*, vol. 24, 2019, Issue 3 Relationality, pp. 101-114.

(11) Sobre la idea de responsabilidad como idea clave: Ver no solo el trabajo central de Finmeman, ampliamente citado aquí y que constituye una referencia, sino también de FINEMAN, "The vulnerable subject: Anchoring Equality in the human condition", publicado en *Transcending the Boundaries of Law*, Routledge-Cavendish, Londres, 2010 (con cerca de 2000 citas). O también FINEMAN, "Vulnerability and Inevitable Inequality" en *Oslo Law Review*, vol. 4, Iss. 3, 2017, pp. 133-149, accessible por open access: <https://www.idunn.no/doi/full/10.18261/issn.2387-3299-2017-03-02>. FINEMAN, Martha Gear, Anna, (ed.). "Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics", Ashgate, 2013. Y, finalmente: FINEMAN, Martha, MATTSSON, Titti, ADERSSON, Ulrika, "Privatization, Vulnerability, and Social Responsibility. A Comparative Perspective", Routledge, Londres, 2017.

(12) P. ej. decía Ricardo Lorenzetti en la presentación del Cód. Civ. y Com.: "El Proyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Los ejemplos son numerosos: la protección de la vivienda (art. 244), de otros bienes (art. 744), y el derecho del consumidor que tratamos en el punto siguiente".

(13) Pensamos aquí en los desarrollos teóricos de Ricoeur en *Sí mismo como otro*, Ed. Siglo XXI, 1996.

(14) En Terencio, en el "Torturador de sí mismo": el vecino que pregunta a un padre atormentado sobre su hijo. El padre se molesta por la curiosidad, y el vecino pronuncia entonces esas palabras que resuenan aún hoy: "Nada de lo humano me es ajeno" (*Homo sum, nihil humanum alienum a me puto*). En Cicerón se retoma en *De finibus bonorum et malorum* (3, 63).

(15) FINEMAN, Martha, "The Vulnerable Subject and the Responsive State", *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, pp. 251 and ff.

(16) *Ibidem*.

(17) HUTH, Martin, "The Dialectics of Vulnerability. Can We Produce or Exacerbate Vulnerability by Emphasizing it As a Normative Category", *Philosophy Today*, vol. 64, Issue 3 Summer 2020, pp. 557-576.

(18) Ver en este sentido la inteligente observación de Kimberlé Crenshaw, citada más arriba, aun cuando su obra es cultora de las diferencias. El reportaje que citamos aparece como una inteligente revisión de ellas. Kimberlé Crenshaw, *Intersectionality*, febrero 2020 (<https://time.com/5786710/kimberle-crenshaw-intersectionality/>).

(19) FINEMAN, Martha Albertson, "The Vulnerable Subject and the Responsive State", *Emory Law Journal*, vol. 60, *Emory Public Law Research Paper* nro. 10-130, disponible online en: <https://ssrn.com/abstract=1694740> (consultado con fecha 05/07/22).

(20) Ver FINEMAN, Martha, "The Autonomy Myth. A Theory of Dependency", New York Press, New York, 2004.

(21) Hemos abordado esta paradoja en Basset, Ursula C., "Desajuste evolutivo del derecho de familia y de las personas en relación al derecho civil", en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales - Sección Familia y Persona - "Estudios de Derecho Civil. Año 2020"*. Puede consultarse en: [https://www.academia.edu/88658018/Desajuste\\_evolutivo\\_del\\_derecho\\_de\\_familia\\_y\\_de\\_las\\_personas\\_con\\_relaci%C3%B3n\\_al](https://www.academia.edu/88658018/Desajuste_evolutivo_del_derecho_de_familia_y_de_las_personas_con_relaci%C3%B3n_al)

(22) Sobre el concepto de vulnerabilidad relacional ver GORDON-BOUVIER, Ellen, "Relational Vulnerability", Palgrave MacMillian, Londres, 2020.

(23) BELTRÃO, Jane Felipe; MONTEIRO DE BRITO FILHO, José Claudio; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZUÑIGA, Yanira (coords.), "Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables.



- Manual", 2014 - dhes. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, p. 16.
- (24) MAALOUF, Amin, "Les Identités meurtrières", Grasset, Paris, 1998.
- (25) APPIAH, Kwame Anthony, "The Politics of Identity", *Daedalus*, Fall, 2006, vol. 135, nro. 4, On Identity (Fall, 2006), pp. 15-22 Published by: The MIT Press on behalf of American Academy of Arts & Sciences Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/20028068>.
- (26) Proyecto UCA-VR11-2022 sobre "Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer" (Nro. 800-202103-00060 CT). Proyecto IUS-UCA 2022-2024, "Modelos explicativos de la violencia". Y antes Proyecto IUS-UCA 2019-2021 "Nuevas formas de discriminación de la mujer en el derecho privado".
- (27) CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, "La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 84
- (28) STS, 4to. 03/03/2021.
- (29) CAVAS MARTÍNEZ, ob. cit., p. 84.
- (30) Desarrollamos este aspecto en BASSET, Ursula C., "Efecto horizontal de las normas en el derecho argentino. La incidencia de los derechos humanos en el derecho de familia y de las personas", en BASSET, Ursula C.; SANTIAGO, Alfonso, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, 2022, t. I, p. 257 y ss.
- (31) Corte IDH. Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Párr. 141.
- (32) Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Párr. 182.
- (33) GARZÓN VALDEZ, Ernesto, "Desde la modesta propuesta de 'Swift' hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones sobre los derechos de los niños", *Doxa, Cuadernos e Filosofía del Derecho*, nro. 1516, 1994, Alicante, ps. 737 y 738.
- (34) Seguimos aquí al modelo propuesto por LAMAS, Félix A., "La experiencia jurídica", *Inst. de Est. Filosóficos Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires, 1983, p. 237 y ss. (Normalidad y excepción).
- (35) ARENDT, Hannah, "The Origins of Totalitarianism", Harcourt, Brace, Jovanovich, Nueva York, 1973, Cap. 9, en el que Arendt cuestiona el derecho a tener derechos, como asociado al previo reconocimiento de la clase de pertenencia que resulta adjudicataria de esos derechos. Giorgio Agamben profundizará luego esa lectura, cuestionando los límites de decidir quién es "ser humano" y quién no, en el estado de excepción. Hoy en día, esos límites en algunos casos ya fueron transgredidos con la redefinición que se atribuye el derecho contemporáneo acerca de qué es un ser humano y qué no.
- (36) FINEMAN, Martha, "Conferencia en el marco del Congreso Mundial de Derecho de Familia", celebrado en Buenos Aires, 2020, por la International Society of Family Law y Thomson Reuters.
- (37) BIOMED II Project, "Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw" (adopted in November 1998 by Partners in the BIOMED II Project). Accesible en: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/barcelona.html>.
- (38) "Vulnerability expresses two basic ideas. (a) It expresses the finitude and fragility of life which, in those capable of autonomy, grounds the possibility and necessity for all morality. (b) Vulnerability is the object of a moral principle requiring care for the vulnerable. The vulnerable are those whose autonomy or dignity or integrity are capable of being threatened. (...). But the principle also specifically requires not merely non interference with the autonomy, dignity or integrity of beings, but also that they receive assistance to enable them to realise their potential. From this premiss it follows that there are positive rights to integrity and autonomy which grounds the ideas of solidarity, non-discrimination and community." La traducción es nuestra.