



Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho

ISSN: 1405-0218

editorial.isonomia@gmail.com

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

Pozzolo, Susanna

¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género

Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 51, 2019, Julio-, pp. 1-23

Instituto Tecnológico Autónomo de México

México

DOI: <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i51.226>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363662647001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

¿Vulnerabilidad personal o contextual?

Aproximaciones al análisis de derecho en perspectiva de género

Personal or Contextual Vulnerability?
Approaches to the Analysis of Law from a Gender Perspective

Susanna Pozzolo

Universidad de Brescia, Italia
susanna.pozzolo@unibs.it

Resumen: El trabajo desarrolla una crítica y una propuesta sobre el uso de la calificación de vulnerable desde una perspectiva de género. A partir de un análisis crítico del concepto de autonomía clásica, se propone como científicamente más productiva la noción de autonomía relacional, que se considera más apta para explicar las acciones humanas reales, de personas no idealizadas, y se revela capaz de dar sentido al caso de las acciones relativamente constreñidas. Desde esta perspectiva se aborda el análisis de algunos casos reales de aplicación del derecho donde la calificación de vulnerabilidad aplicada al contexto se muestra útil para identificar un espacio de derecho positivo perjudicial para las mujeres o las minorías.

Palabras clave: mujer, vulnerabilidad, derecho, autonomía relacional.

Abstract: The paper develops a critique and a proposal for the use of the qualification of vulnerable from a gender perspective. Based on a critical analysis of the concept of classical autonomy, the notion of relational autonomy is defended as being scientifically more fruitful, more apt to explain the real human actions of non-idealized people, and capable of accounting for relatively constrained actions. From this perspective, a number of adjudication cases is approached where the qualification of vulnerability, applied in context, is useful to identify legal space for damage towards women or minorities.

Keywords: women, vulnerability, law, relational autonomy.

I. Premisa e introducción

La defensa de los derechos y, con ellos, de las personas vulnerables, parece ser un valor ampliamente compartido. Sin embargo, es también una verdad que la desigualdad va creciendo en el planeta y afecta en primer lugar, precisamente, a aquellos que el discurso público llama ‘vulnerables’. En este texto quiero proponer una reflexión sobre el uso de este último término. Una tarea de este tipo podría parecer secundaria, porque normalmente se asume que todos conocemos los conceptos que usamos. En realidad, precisamente porque hay abundancia de presuposiciones y de prejuicios, de los que participamos sin siquiera saberlo, esclarecerlos a la luz de sus contextos de uso es una tarea central de la filosofía (del derecho).¹

El presente trabajo analiza el caso de sujetos ubicados en una situación de fragilidad e/o indefensión, considerando en particular a las mujeres y a los grupos étnicos. El objetivo es evaluar si hay posibilidad de identificar un uso informativo del calificativo de ‘vulnerable’, hoy ampliamente usado por la jurisprudencia y la doctrina, evitando los efectos discriminatorios o victimizadores que frecuentemente conlleva. El argumento se desarrolla por dos vías: por un lado, se intenta esclarecer la centralidad del contexto en la evaluación de nuestros juicios de vulnerabilidad, adoptando una perspectiva promovida por la reflexión feminista; por otro lado, en este marco metodológico, se propone una discusión que parte de la oposición entre vulnerabilidad y autonomía, para llegar a construirlos como dos conceptos complementarios entre sí.

Con espíritu crítico, empezaré abordando el tema propuesto desde una de las perspectivas más prometedoras para cuestionar la *normalización* de nuestro modo de pensar: me refiero a la que se ha desarrollado en el ámbito feminista. Me parece que constituye un relevante punto de observación, por varias razones, pero sobre todo por su capacidad de plantear un desafío continuo a lo que parece *normal* o *natural*, incluso respecto de nuestros conceptos. Se trata de una postura que nos ayuda a desenmascarar varias trampas, lingüísticas y conceptuales, gracias a su capacidad de ofrecer un punto de observación diferente.

En el marco de esta tradición, me parece interesante proponer una reflexión a partir del término *vulnerabilidad* que, en los últimos años en particular, ha tenido un uso creciente tanto en la jurisprudencia como en los discursos de los juristas. En ambos casos se ha asumido prevalentemente como un instrumento para atribuir mayor protección jurídica. Con frecuencia, a partir de posiciones emotivistas difundidas entre los teóricos y teóricas del derecho, el debate en torno a palabras como ‘igualdad’, ‘justicia’ o ‘vulnerabilidad’ se considera parte de un discurso que se limita a expresar sentimientos del hablante y que busca suscitarlos en el auditorio, sin decir nada acerca del mundo.² Sin embargo, estos conceptos vehiculan también una parte significativa-informativa, descriptiva, la cual, junto a una carga moral, informa y conforma nuestras

percepciones y creencias. Mi reflexión sobre el término *vulnerable* se pregunta si su uso, además de la apelación a su carga emotiva, tiene utilidad heurística para la ciencia del derecho, y en qué sentido y de qué modo la tiene.

Siguiendo ese objetivo, considero, en primer lugar, al grupo más amplio de sujetos considerados (en varias formas) ‘vulnerables’: las mujeres. Pero ¿qué significa eso? ¿En qué sentido una mujer es más vulnerable? ¿Y respecto de quién?³

II. Cuerpo y contexto

Para abordar el tema propuesto me parece interesante partir de la relación que se da entre las ideas de *vulnerabilidad* y de *autonomía*, que aparentemente construyen una oposición significativa que nos puede ayudar a esclarecer ambos conceptos. Dos aspectos se muestran centrales en la literatura: (i) la referencia al *cuerpo*, a la fisicidad de la existencia, a la naturaleza de las mujeres, y (ii) la relación con el *espacio decisional*, con la posibilidad de autogobierno personal y de conformación del espacio público por las mujeres.

En el ámbito feminista, en particular, con la crítica a la clásica construcción del concepto de autonomía, en los últimos treinta años se ha desarrollado una línea de pensamiento que, pasando por la ética del cuidado y los *feminist disability studies*, ha puesto en cuestión el concepto de vulnerabilidad, personal y política. Se trata de un recorrido todavía en marcha, que trabaja un paradigma de vulnerabilidad universal, construido a partir de la crítica del sujeto asexuado,⁴ pasando por la consideración de los “lugares” de la mujer, los que tradicionalmente se le han asignado, los que definen su rol –que muestran la centralidad del materno y del cuidado–, para desembocar en una discusión acerca de las políticas y los derechos de los sujetos vulnerables, y entonces discutir también las tareas del derecho en las democracias-constitucionales contemporáneas.

Entre las propuestas de clasificación y definición de ‘vulnerabilidad’ (véase Casalini, 2018) me ha parecido útil para mis propósitos explicativos emplear una de Catriona Mackenzie (2014a), que individúa tres tipos de fuentes: corporal –que el organismo colectivo debería proteger (Albertson Fineman, 2017; Kohn, 2014)–, contexto situacional⁵ y condiciones de patogenicidad (Mackenzie, 2014a, p. 39).⁶

La primera es *inherente* a la humanidad: deriva de nuestras necesidades básicas como *cuerpos* e implica una inevitable dependencia de los demás, que las instituciones públicas no pueden eliminar (Mackenzie, 2014a). Respecto a la vulnerabilidad del cuerpo, la literatura es bastante amplia. Martha Albertson Fineman, por ejemplo, al discutir asuntos filosóficos y económicos, ha llamado la atención sobre la condición de vulnerabilidad habitual de la humanidad (véase Albertson Fineman, 2008; Ben-Ishai, 2012, p. 41). La vulnerabilidad del cuerpo –la vulnerabilidad natural– no está en

duda. Sin embargo, subrayarlo es importante porque permite profundizar sobre varios aspectos que, de otro modo, quedan fácilmente en la sombra.⁷

Considerando lo dicho, es decir, a la vista de que un grado de vulnerabilidad es inherente a la humanidad misma, se hace claro que lo que nos importa ahora es el grado de vulnerabilidad que tenemos *frente a las políticas*. Incluso se podría leer la historia humana misma como un recorrido hacia la limitación de la vulnerabilidad corporal, a través de estructuras artificiales de organización colectiva y a través del derecho. Por lo tanto, si pasamos al ámbito jurídico, se tiene que discutir la vulnerabilidad del cuerpo en relación con las políticas del cuerpo y en relación con las políticas sociales, para abordar con posterioridad a ello el tema de la *justicia*. Desde esta perspectiva, para enfrentarse al tema se encuentran dos estrategias prevalentes: una dirigida a fortalecer nuestra capacidad de autodefensa y otra dirigida a prevenir evitando que algunos o algunas tengan más poder que otros u otras (Goodin, 1985, p. 202).

El segundo sentido, el de vulnerabilidad *situacional*, tiene conexión precisamente con el contexto. Esa puede ser causada o depender de las políticas, pero incluso puede derivar de factores ambientales, y puede prolongarse por un tiempo más o menos largo. Por ejemplo, una enfermedad, incluso profesional, puede hacernos vulnerables por un tiempo definido o ser parte de nuestra entera existencia. Lo mismo vale para la condición de pobreza. Dependiendo del caso, entonces, se trata también de una vulnerabilidad potencial –es decir, el sujeto/objeto se encuentra en una posición que lo *dispone* a la vulnerabilidad– o ya existente. En unos casos la vulnerabilidad deriva de factores intolerables, e incluso moralmente inaceptables, que deberían ser eliminados –por ejemplo, prejuicios y abusos, violencia política, opresión; estos son los casos *patogénicos* (tercer sentido).

Partiendo de este marco general y libremente reinterpretado, me parece interesante indagar si el término *vulnerabilidad* vehicula una carga informativa en el análisis político-jurídico. Es decir, se buscaría un modo de promover el uso del término que no victimice o acabe marginalizando las personas o los grupos. Para hacer eso, intentaré evidenciar como los tres tipos de vulnerabilidad se vinculan a los contextos personales o grupales.

Como he sugerido, *vulnerabilidad* reenvía a otros términos. Además de *autonomía*, reenvía a *paternalismo*, *libertad*, *elección*. Examinar el contenido significativo de estos términos nos conduce directamente al análisis de los contextos de decisión en los que las personas viven. Estos contextos son constituidos por, y a su vez constituyen, una red de relaciones que “afectan” en distinta medida a las personas, porque su configuración y control queda en gran parte fuera de las posibilidades de incidencia real de los particulares. Incluso los colectivos no logran determinar el entorno completamente.

Los contextos contribuyen entonces a definir el grado de vulnerabilidad de los individuos, puesto que la ‘vulnerabilidad’ apunta precisamente a una *falta de poder*

–una deficiencia en el control–. Indica, en definitiva, una insuficiencia a nivel de la autonomía, la libertad de elección y acción. Diría, con mayor precisión, que apela a una *reducción del ámbito decisional*, porque, cuando a una persona la calificamos de *vulnerable*, ello significa que tiene una característica que la sitúa a un nivel inferior de la media.

Si se rechaza la dicotomía simple que normalmente propone una oposición trivial entre autonomía y vulnerabilidad –si hay autonomía no hay vulnerabilidad y viceversa – y se asume, por el contrario, que los términos guardan una relación de grado, podemos obtener más información. Como explica, entre otras, Casalini, el uso del dualismo que separa en modo dicotómico y opositivo, por ejemplo, natura y cultura o cuerpo y mente, no se limita a distinguir entre los conceptos, sino que al hacerlo genera una distancia, una exclusión mutua entre lo que viene distinguido, produciéndose contemporáneamente una *discontinuidad* entre el concepto que se pone al centro y lo que se define como “otro” (véase Casalini, 2018, pp. 33-34; Butler, 1997 y Plumwood, 2002, p. 101). El concepto que resulta *otro* queda disminuido y se relativiza, acabando como siendo *inesencial*. En esta línea se ha construido la discontinuidad entre autonomía y vulnerabilidad de las personas o grupos.

Considerando esto, se propone la adopción de una metodología típica de gran parte del pensamiento feminista que nos lleva a desarrollar una reflexión *situada* (véase Pozzolo, 2018b),⁸ es decir, puesta en un marco específico de condiciones dadas (Casadei, 2018). *Situar* el análisis no implica abandonar o reducir su capacidad de abstracción, sino adoptar una perspectiva que evita las trampas de la *idealización*, que impone una distancia insuperable con la realidad (O'Neill, 2000). La perspectiva feminista nos ha enseñado que para que las categorías de análisis sean fructíferas es muy importante evitar la engañosa imagen de *la persona fuera de todo contexto* –una especie de isla,⁹ que no está siquiera rodeada de mar. Desde los estudios feministas se ha desarrollado, en contraste con ello, la noción de *autonomía relacional*,¹⁰ a partir precisamente de la constatación de que todos y todas estamos inmersas en relaciones y contextos. Desde esta perspectiva, se observa y valora¹¹ la correspondencia bidireccional que se produce entre autonomía y vulnerabilidad, facilitando la individuación de su génesis y grado, para cada caso o persona.

El análisis avanza entonces a partir de la comprensión de las relaciones sociales existentes y sopesa específicamente la que se da entre la persona y su contexto. Pronto se advierte que la atribución de la calidad de *autónoma* o *vulnerable* no es intrínseca o interna a la persona –algo que emana del interior del individuo– sino que por el contrario depende del contexto donde se encuentra. Las personas tienen un grado de vulnerabilidad que cambia con el contexto, no se trata de algo definido en sí mismo de una vez y para siempre. Entonces, se infiere de eso que las personas son, más

bien, *vulnerabilizadas* (o se encuentra en situación de vulnerabilidad) en lugar de *ser* vulnerables.¹²

Asumir este punto es fundamental, porque define el nivel de la discusión y también nos dice algo sobre la naturaleza de las calidades de *autonomía* y de *vulnerabilidad*. En primer lugar, es claro que la discusión se coloca a nivel de la sociedad, del lugar donde viven las personas, lo cual permite dejar completamente de lado el tema de la naturaleza de los individuos.¹³ En línea con la visión contemporánea sobre la justificación del poder, asumimos que existe una obligación general de protección por parte del Estado; por consiguiente, si una persona es juzgada *vulnerable*, probablemente ello indica que hay algún defecto en la protección de sus derechos o en el balance de sus poderes-sujecciones, puesto que, como dije antes, significa que está por debajo de la media. En esta línea argumentativa, entonces, la vulnerabilidad del cuerpo se asume como un dato básico, incontestable y necesario, por lo que la política y el derecho (las teorías de la justicia una vez aplicadas) no pueden eliminarla y transformarnos en *invulnerables*. Sin embargo, la política y el derecho tienen por cierto, en nuestras sociedades democrático-constitucionales, la función de mitigarla.

En segundo lugar, colocar el análisis a nivel social implica desplazar el enfoque de la *responsabilidad individual* a la *responsabilidad social*. Este cambio nos ubica exactamente en el ámbito de los discursos de justicia, sin equivocaciones. Puesto que se asume la centralidad de una investigación contextual, donde no hay simple oposición dicotómica, sino interdependencia y coexistencia entre autonomía y vulnerabilidad, se trata de aceptar también que los dos conceptos dan lugar a una línea continua, y también a muchas y variables combinaciones de grado (Mackenzie y Stoljar, 2000a; Nedelsky, 1989). Considerando la obligación de protección del poder público, se puede establecer que en este contexto su tarea es la de reforzar la autonomía protegiendo la vulnerabilidad de cada uno, o proteger la vulnerabilidad favoreciendo la autonomía.¹⁴

III. Autonomía relacional

Como es sabido, la literatura sobre el concepto de autonomía es muy vasta. Lo que vale la pena subrayar aquí es que, en gran parte, estos estudios analizan el concepto con referencia a un contenido esencial,¹⁵ buscando la individuación de las características *necesarias* para una correcta atribución de la calidad de “autonomía”. Y lo mismo pasa con el concepto de ‘vulnerabilidad’, respecto del cual se han propuesto análisis dirigidos a encontrar una definición que, una vez recogida por la ley, pueda tener sencilla aplicación. Este tipo de perspectiva direcciona la búsqueda hacia la individuación de algo que debe ser encontrado *en* las personas consideradas vulnerables o autónomas: se explora para hallar algo que se supone que los individuos

tienen intrínsecamente,¹⁶ dentro de sí. Por otro lado, este tipo de búsqueda insiste en mantener una distancia entre *ser vulnerable* y *ser autónomo*, centrándose en la persona o en el grupo en cuestión, con el riesgo de alejarse del discurso acerca de la justicia.

Si tomamos en serio lo dicho anteriormente y posicionamos el análisis a nivel de los discursos en torno a la justicia, una línea de investigación más adecuada parecería ser aquella que consiste en investigar los confines de la autonomía y la vulnerabilidad en su relación recíproca; es decir, una vez asumidos ambos calificativos como polos de una misma línea conceptual que separa libertad y constricción, heterodirección y autoelección. De este modo, parece mucho más productivo investigar la relación de grado que tienen ambos conceptos en los distintos contextos en que se presentan (Zanetti, 2015).

Siendo una cuestión de grado, tendremos que preguntarnos por los variados factores que afectan a las personas. Así, por ejemplo, Ben-Ishai (2012, p. 45) se ha referido al modo en que puede reconocerse autonomía a personas adictas. Si se mira el tema desde la perspectiva relacional, se puede advertir como nuestra autonomía, nuestro *poder decisional*, es el resultado de un tejido de relaciones sociales y ambientales. En ellas vivimos, estamos vinculadas por el contexto y eso varía también según nuestra personalidad, sexos, edad, etc. Las personas nacen y crecen dentro de grupos, que están regidos por reglas de varios tipos. El contexto, en definitiva, es una trama compleja, constituida por factores internos y externos al sujeto. Como nos ha enseñado Foucault, las personas florecen o se marchitan dentro formas de disciplinamiento y, por consiguiente, bajo un grado de opresión: la relación con otros y con el contexto es lo que caracteriza nuestra existencia.¹⁷

Dejar sentadas estas premisas nos permite afirmar que no hay un “verdadero yo” que se pueda descubrir fuera de las relaciones que nos han forjado y en las que continuamente nos modelamos. Además, se tiene que aceptar que estas relaciones están en gran parte fuera de nuestro control, de modo que, en varios niveles, el contexto en el que estamos nos ata, o nos lleva a actuar de un modo o de otro. No hay un “yo” dado en el vacío, ni decisiones maduras en ausencia de entorno (físico o temporal).¹⁸ Esto confiere todavía más importancia a la manera cómo vamos a definir el entorno jurídico.

Un enfoque relacional se fundamenta, entonces, en la adquirida conciencia de que existe un grado necesario de vulnerabilidad y de autonomía en las personas y que el reconocimiento de capacidad se puede dar solamente una vez que la persona haya sido puesta en relación con el ambiente donde se inserta, tomando en consideración todos los aspectos físicos, relacionales y emocionales. La autonomía personal (Anderson, 2014; Anderson y Honneth, 2005) se presenta, por lo tanto, como algo más parecido a un *reconocimiento de status* (en parte jurídico y en parte social) que a una *calidad subjetiva*. La calificación depende de los demás y de las reglas del contexto: tener el

status significa *ser reconocidos* por los demás en una forma que nos atribuye ciertas habilidades que permiten juzgarnos competentes respecto de lo que pide el contexto. Nuestro *status*, dependiendo de la actitud de otros participantes, implica que siempre somos hasta cierto punto potencialmente vulnerables a los juicios de exclusión. El reconocimiento de capacidad, en definitiva, nos coloca en un punto de la línea que une vulnerabilidad y autonomía, más o menos próximo a uno de los dos polos.¹⁹

Abordando el tema en este modo, se esclarece si y cómo la aplicación del concepto de vulnerabilidad en el ámbito jurídico puede tener una función heurística; cómo puede ayudarnos a mejorar la identificación de las fronteras jurídicas y sociales que se dan entre la medida real del poder de control que cada persona tiene sobre sí misma y su entorno, y la medida del poder que tienen los demás sobre ella.

IV. Regímenes de autonomía

Es la atribución de *status*, entonces, lo que determina los poderes que cada uno tiene y las sumisiones que lo vinculan.²⁰ La calidad de *autónomos* (Anderson, 2014) o la de *vulnerables* nos viene atribuida, en definitiva, dependiendo de los que *otros creen* acerca de nuestras capacidades, en un contexto determinado. Puesto que mi autonomía o vulnerabilidad depende del juicio de concordancia de los participantes (Brandom, 1994, p. 161), se trata de reconocer y evaluar las condiciones de autonomía y sus implicaciones en los distintos contextos (Anderson, 2014). Ahora bien, estos contextos son definidos por reglas sociales y jurídicas que dan lugar –siguiendo a Joel Anderson– a “regímenes de autonomía” (Anderson, 2014, p. 357). Es decir, las reglas conforman un régimen dentro del cual se dan nuestras posibilidades de pensamiento y de acción –en este sentido decía antes que crecemos en contextos que siempre presentan un grado de opresión; no constituyen marcos fijos, sino que cambian de lugar a lugar y de tiempo en tiempo.²¹ A partir de este escenario se puede reconstruir el esquema de implicaciones y consecuencias a las que nos adherimos cuando nos atribuyen el estatus.

Si se analiza el régimen de autonomía en el que se encuentra la persona, es posible indagar sobre la coherencia de las normas y sobre la medida real del poder de acción de que goza, para así determinar sus opciones reales verdaderamente significativas. De este modo, se puede esclarecer el concepto y las consecuencias de su uso. Por esta vía se evidencia cómo la vulnerabilidad no es algo que depende del *ser vulnerable in abstracto*, sino que deriva del régimen de normas en el que ella está inmersa. Si esto es así, calificar una persona de vulnerable se vuelve potencialmente discriminatorio, pues se insistiría en hacer referencia a su *ser* –a su *falta de*– y no en atender a la responsabilidad social que conforma el régimen que la rodea, verdadera causa de la vulnerabilidad o, mejor, de su grado de vulnerabilidad.²²

Este tipo de análisis se parece un poco a la *ingeniería inversa*. Avanza desde la observación de los regímenes normativamente contruidos²³ hasta la identificación de sus elementos a partir de casos concretos. Se necesita establecer: (a) qué características cuentan y (b) qué grado de habilidad o destreza deben tener esas características en cada contexto. De las variaciones de esta relación dependerán las diferencias en las opciones que se derivan de la atribución de estatus: empoderamiento o desempoderamiento²⁴ en distintos grados. Por ejemplo, para aceptar someterse a tratamientos médicos riesgosos, que no sean los esenciales para salvar la vida, se pide un grado elevado de competencia o autonomía que no se pide para los tratamientos rutinarios o urgentes.²⁵ Por consiguiente, es importante identificar las causas de la modulación o delimitación de la autonomía *para definir el grado de vulnerabilidad*.

Eso nos permite discutir la cantidad y la justificación de las medidas paternalistas (C. Mackenzie et al. 2014, p. 6) puesto que la calificación de *vulnerable* desafortunadamente las motiva frecuentemente. Es además oportuno señalar como este pernicioso efecto pueda provenir, hoy en día, del uso de otra categoría de amplio uso: la del “best interest”. Puesto que su aplicación parece poner el acento sobre el *carácter intrínsecamente vulnerable del sujeto* –en la medida que otros juzgan su interés–, sería importante hacer un análisis encaminado a evitar que falten medidas de compensación orientadas a fomentar el desarrollo de las habilidades autónomas de la persona, reduciendo de este modo el riesgo de paternalismo. En *A.-M.V. v Finland*,²⁶ decidido por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (ECHR), se propone por ejemplo una ponderación entre la aplicación del *best interest* como criterio para solucionar un caso donde se enfrentan las voluntades del tutelado y del tutor. En casos como estos, desde la perspectiva relacional que estamos explorando, se tendría que incluir en la ponderación no solo lo que se juzga más adecuado en abstracto (en el caso discutido vivir en la ciudad o en el campo), sino también el grado en que la *tarea del tutor respeta la necesidad de facilitar las decisiones autónomas del tutelado* (es decir cómo se defiende y fortifica la autonomía de la persona).

En casos como estos u otros parecidos ¿qué nos aporta la introducción de la calificación de *sujeto vulnerable*? Creo que puede ser útil si se toma dicha calificación como el resultado del balance entre la posibilidad de adoptar medidas paternalistas y el respecto de la voluntad del sujeto. Se podría utilizar el calificativo de *vulnerable* si la persona se encuentra en una situación potencialmente riesgosa y relativamente incierta o indefinida, en razón del poder que otros tienen sobre la voluntad de la persona misma. La calificación podría tener un rol heurístico señalándonos un peligro potencial (Mackenzie, 2014a, p. 39).

En *D.H. and others v. Czech Republic*,²⁷ del mismo Tribunal, se analiza la inserción de 18 niños y niñas romaníes (*Roma minority*), de nacionalidad checa, en la escuela especial para niños con discapacidad intelectual. Una decisión que fue tomada sobre la

base de una prueba, aplicada a todos los estudiantes del país, y con el consentimiento de los padres. El caso es interesante porque permite evidenciar un problema en nuestros conceptos fundamentales. Por ejemplo, la idea de igualdad de la prueba (*test*). No existiendo una distinción entre los contextos de procedencia de los niños, no se toma en consideración la especificidad de la cultura romaní, el tipo de vida y los distintos conocimientos que pueden tener. El Estado ha aplicado un parámetro de juicio presentado como neutro, porque es igual para todos, pero que, en realidad, al asumir como correcto el tipo y nivel de conocimiento de otros grupos nacionales, acaba discriminando a los niños romaníes, que no podían satisfacerlo a pesar de no tener sus capacidades intelectuales afectadas por ninguna enfermedad. En este caso se atribuye la calificación de *vulnerable* a los menores en un triple sentido: como discapacitados, como menores, y como romaníes. Se produce un efecto paradójico con el riesgo de profundizar la brecha entre los grupos e incrementar el grado de vulnerabilidad. Porque –advirtase– *primero*, se dice que los niños están bajo el nivel promedio – como hemos dicho, esto significa ser vulnerable– pero, *segundo*, en vez de implementar medidas directas para desarrollar su autonomía, compensando la vulnerabilidad, se los coloca en un gueto, puesto que se incrementa la separación de los niños y niñas romaníes respecto de los demás. A esto se adiciona otro factor problemático: la atribución del estatus de autónomos a los padres, cuyo consentimiento se solicitó para justificar el ingreso a la escuela especial, y que de hecho opera solo para justificar la vulneración de la autonomía de los niños. Sin embargo, nótese otro punto complicado: afirmar eso significa poner en discusión el grado de autonomía de los padres, puesto que para contestar la medida paternalista sobre los niños se discute ahora la capacidad de consentimiento de los padres. De este modo, son ahora los padres quienes vienen a ser identificados como “grupo vulnerable”, incapaz de evaluar la situación o el contexto discriminatorio para sus niños.

En ambos casos, me parece claro que el uso del calificativo ‘vulnerable’ tiene peligros y puede resultar discriminatorio o dar lugar indirectamente a discriminación cada vez que se aplique directamente a sujetos, sin tomar en cuenta el contexto que determina o contribuye a esta vulnerabilidad. La calificación subjetiva, de los niños o de los padres romaníes, sin consideración de su concreta situación, resulta estigmatizadora.

Otras sentencias identifican como *vulnerables*²⁸ a los menores en cuanto menores, o a las mujeres en cuanto mujeres. La atribución del estatus de *vulnerable* ha tenido un rol importante en la personalización e individualización de la responsabilidad por falta de autonomía, quitándola de las espaldas de la sociedad. Se trata de una triste tradición que ha aumentado la responsabilidad de unos grupos por su misma marginación, sin favorecer el incremento de su autonomía. Si reconozco una vulnerabilidad y contextualmente implemento acciones para que el margen de autonomía se desarrolle, la atribución de estatus sirve para mejorar las condiciones

de los calificados y calificadas. Funciona como instrumento de garantía. Situación contraria a la que se llega si esa calificación sirve solo para aplicar medidas paternalistas, sin dar lugar a incrementos de autonomía de los calificados. En este segundo caso, la atribución funciona para discriminar, más aún cuando la calificación de *vulnerable* se atribuye a grupos.

La perspectiva feminista, precisamente porque adopta una mirada situada, pide que se ponga atención a los efectos que se generan con las atribuciones de características, como estas que vamos discutiendo, y llama la atención respecto de las condiciones de hecho, que no dependen de la persona. Con este fin, evaluar los polos calificativos, poniendo su relación en contextos, es sumamente importante para analizar cómo cada medida de protección, o su falta, se acompaña de un aumento en la capacidad decisional de la persona especialmente protegida. Ello es así porque no hay solo vulnerabilidad, como no hay solo autonomía, sino ambos factores contextualmente. Como muestra la perspectiva relacional, entre los dos conceptos hay complementariedad:²⁹ el estatus de autonomía se atribuye en un contexto que define el régimen de poderes y responsabilidades individuales, sociales y jurídicas, reconocidas por parte de la comunidad. Los límites definen también la vulnerabilidad.

V. Ejercicio de aplicación en contexto

Me parece interesante poner a prueba el instrumento heurístico que hemos tratado de precisar, para ver si nos ayuda a identificar ciertas distorsiones en el derecho. Asumo una clasificación de tipos de vulnerabilidad, reinterpretando³⁰ la propuesta de Catriona Mackenzie (2014a) que he señalado al comienzo, individuando tres tipos de fuentes: corporal (Albertson Fineman, 2017; Kohn 2014), contexto situacional (véase nota 5) y condiciones de patogenicidad (véase nota 6; Mackenzie, 2014a).

Para hacer este experimento me ha llamado la atención el caso conocido como de “la Manada”. Este se origina de una violación, llevada a cabo por parte de un grupo de cinco hombres, de entre 25 y 35 años,³¹ que dañan a una joven de 18. El evento se produce en el vestíbulo de un edificio durante las fiestas de Pamplona, en 2016. La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra del 20 de marzo 2018³² generó protestas en toda España que han tenido resonancia internacional. No me propongo analizar la sentencia, sino evaluar el derecho en el contexto, considerando el grado de autonomía y vulnerabilidad de la joven, con sus recíprocos límites en la situación particular, asumida como ejemplo paradigmático.

La sentencia establece que el caso no es de agresión, sino solo de abuso, sobre la base de que no hubo violencia. Observando el contexto en el que se produjeron los hechos, no puedo evitar preguntarme: ¿No hubo violencia? ¿En qué sentido? Leyendo lo que ocurrió en el caso, parece bastante claro que ha tenido lugar una

forma muy grave de violencia: lo que no hubo fue una reacción violenta de la víctima, que evidentemente estaba en estado de shock.³³ Podríamos profundizar y discutir precisamente el concepto de violencia³⁴ asumido por el derecho (español en este caso), sin embargo, me resulta imposible hacerlo en esta ocasión (véase nota anterior). De momento, persistiré en el intento de evaluar un uso informativo del concepto de vulnerabilidad en el análisis del derecho. Propongo, entonces, considerar el caso de la Manada como paradigma para evaluar el balance que el derecho positivo específico realiza respecto de su obligación de fortalecer la autonomía y de proteger la vulnerabilidad. Desde esta perspectiva, entonces, evaluar los efectos que se vehiculan calificando de vulnerable la persona en sí misma y los que se transmiten considerando la misma persona *vulnerabilizada*.

La situación nos presenta a una mujer recién adulta que, sin dar consentimiento a lo que ha pasado y contextualmente sin realizar ningún tipo de acto de violencia bruta reactiva, sufre varias penetraciones de cinco hombres, prácticamente desconocidos, en un portal de la ciudad durante la fiesta popular.

Ahora bien, considerando las tres fuentes de vulnerabilidad a las que me he referido, con relación al cuerpo, podríamos preguntarnos si hay características que hacen vulnerable a la mujer. Si imaginamos un contexto donde el régimen es de mera fuerza, normalmente el hombre es más fuerte que la mujer, y seguro lo es un grupo de cinco hombres contra una sola mujer. Ahora bien, puesto que todos los cuerpos son vulnerables y que en la *situación* indicada hay desproporción de fuerzas, tenemos que preguntarnos si, en nuestro régimen de autonomía, la diferencia física entre hombre y mujer, incluso en un contexto de fiesta popular, exige una protección específica a la persona más débil. ¿Se evidencia un deber de intervención del Estado en vista a la protección de una vulnerabilidad particular? Me parece que, bajo este perfil, nuestro régimen de autonomía recoge el desarrollo de una sociedad moderna donde, normalmente, las relaciones habituales entre hombre y mujer no son violentas, los dos pueden estar cerca sin agresiones: no llevamos puesto ni armaduras o disfraces para escondernos unos de otros, tenemos escuelas mixtas, muchas actividades son compartidas, trabajamos o subimos a un autobús, incluso bailamos en una discoteca, juntos y sin miedo. La protección ordinaria contra el uso de la fuerza vale para todos y todas. Hoy en día, en breve, el contexto diario de relaciones entre mujer-mujer y entre hombre-hombre no es distinto del contexto de relaciones hombre-mujer: la prohibición de agresión es general. Incluso en la fiesta popular. En el contexto del caso de “la Manada”, entonces, identificado como una típica fiesta tradicional, donde mujeres y hombres participan unas al lado de otros, no se detectaría la existencia de una situación de *vulnerabilidad* física específica para el grupo de las mujeres, puesto que la vulnerabilidad del cuerpo en este sentido –aunque abstractamente podría detectarse³⁵ – está neutralizada, aparentemente al menos, por las reglas que conforman la situación.

Sin embargo, si se observa más de cerca la vulnerabilidad *situacional*, es decir la vulnerabilidad dada por el contexto particular –sin necesaria conexión al cuerpo³⁶ – sino, a mi entender, con relación estricta al régimen de reglas (jurídicas, culturales, sociales), el tema se presenta menos claro. El régimen de autonomía existente considera que las habilidades logradas al cumplir 18 años son de nivel suficiente para la atribución de autonomía (automática, además), con independencia del sexo.³⁷ Me parece entonces interesante ver si el esquema desarrollado hasta ahora puede ser útil cuando nos concentramos en la posibilidad de que exista un desequilibrio en el marco situacional. Los protagonistas son todos autónomos y sin relaciones legales de subordinación, ni de sujeción entre ellos. Aparentemente se podría pensar que no hay condiciones que transmitan un grado de vulnerabilidad, aunque se podría detectar un grado *potencial* dado por el número de personas involucradas. Sin embargo, mirando de cerca la realidad del caso concreto, se aprecia cómo el contexto jurídico resulta *patógeno* por una discriminación cultural recogida por el derecho.

La doctrina que lleva al tribunal a determinar que no hubo violencia, solo abuso, encuentra su fundamento no tanto en el análisis de los eventos –que debería tomar en cuenta el contexto y las personas reales involucradas–, sino en la falta de reacción violenta de la víctima. Violencia tiene aquí un significado específico para el derecho: se tiene que entender como un puñetazo en la cara o un cuchillo en la garganta (en Pozzolo, 2015, se solicita una reflexión abordando el concepto de legítima defensa y violencia doméstica). Cinco hombres contra una mujer no ejercen por sí mismos una “violencia idónea” (véase sentencia, aquí nota 34). Es decir, la penetración de los cinco miembros en la vagina de una mujer que, en estado de shock (véase sentencia, aquí nota 33) –y por lo tanto sin su consentimiento o contra su voluntad, por definición– no reacciona con violencia, sin patear y golpear, no sería un evento idóneo para integrar un caso de agresión. Por eso, esta doctrina acaba vehiculando la percepción que la reacción “pasiva” de la víctima sería una forma de consentimiento a la violencia, descalificando de este modo el caso de agresión para considerarlo de abuso.³⁸

Se pueden ver los elementos de desequilibrio que muestran como la vulnerabilidad que podemos reconocer en la joven no es personal, sino que viene determinada por el contexto social y jurídico de subordinación de la mujer (y de todo el universo femenino), recogido en la interpretación jurídica. Algo parecido pasa en el derecho italiano, por ejemplo, cuando el uso voluntario del alcohol por parte de la víctima se toma como una razón para considerar menos grave la violación sufrida (hubiese sido una razón de agravamiento si el agresor hubiese suministrado el alcohol a la víctima): en lugar de proteger a la agredida, que no dio su consentimiento por falta de capacidad, se la victimiza y culpabiliza.³⁹ La valoración de la falta de consentimiento y capacidad en estos casos –incluso la falta de reacción en el caso de la Manada–, debe subrayarse, es diferente del caso del uso voluntario de alcohol por parte de un

conductor (o conductora) que atropelle una víctima en la calle. En este último caso, hay una relación directa entre el uso de alcohol y la acción de la persona-conductor: esta última tenía que saber que el uso del alcohol impide su buen manejo y puede volverse peligrosa para los demás y para sí misma. Aquí se impone un trato de responsabilidad al agente por la situación asimétrica que se produce respecto de los demás conductores o peatones. El consumo de alcohol por parte de la mujer y el hecho de sufrir una posterior violación, al contrario, no tienen ninguna conexión que no sea la que deriva de la patogenicidad de la situación. De este modo, se le estaría exigiendo a la mujer un comportamiento distinto del de los hombres; es decir tendría un trato diferente, desigual, porque se asume que ella sola asumiendo alcohol se expone voluntariamente a un riesgo que el derecho acaba asumiendo como factor de culpa, es decir se acepta un nivel de vulnerabilidad mayor que no se protege. De este modo, el sistema mismo acaba aceptando que hay comportamientos de apropiación del cuerpo de la mujer que se consideran normales, independientemente de su voluntad. Al contrario, si aplicamos el principio y el valor de la igualdad, se tendría que considerar el comportamiento de la mujer (el hecho de beber licor) de un modo distinto al comportamiento de quienes le han hecho sufrir un mal: cuando hay una violación de una mujer en estado alcohólico se tiene que considerar su incapacidad momentánea no como una culpa, sino como una agravante, porque el agresor se ha aprovechado del estado de dificultad de la víctima.

Esta falta del sistema de garantía personal se puede cambiar si se empieza a mirar el problema de otra forma; más precisamente, insistiendo en aplicar un concepto de vulnerabilidad para determinar si la persona viene *vulnerabilizada* por el contexto (cultural y/o jurídico), en vez de buscar algo “débil” en ella misma. Como en el caso de los niños romaníes: el deber de protección puede llevar a atribuir a otros la responsabilidad de protección de la persona cuando esta no puede hacerlo por sí misma. Cuando esto se junta de manera oportuna con el deber de fortalecer la autonomía, no hay paternalismo.

Evidentemente estamos situados en un contexto social todavía “enfermo” por su desigualdad intrínseca, que permite que subsistan prejuicios sobre la autonomía de la mujer, engañándola además. Por un lado, el contexto jurídico reconoce la igualdad de la voluntad de la mujer: le atribuye jurídicamente autonomía a la par que el hombre, sobre la sola base de tener 18 años. Por otro lado, la misma atribución está hecha en un contexto cultural y sobre todo jurídico⁴⁰ que no toma en serio la especificidad de la mujer o lo hace solo para devaluarla. Si el contexto cultural general objetiviza continuamente a la mujer,⁴¹ permaneciendo constantes los intentos de apropiación que niegan su individualidad, el derecho por su cuenta no recoge una modalidad típicamente femenina. Por ejemplo, asume su reacción petrificada frente al peligro como una manifestación paradójica de autonomía. El eslogan de las protestas en el caso discutido fue precisamente “yo sí te creo” para subrayar cómo la afirmación de la

mujer había sido silenciada por no satisfacer el requisito masculino de reacción física violenta.⁴²

El instrumento heurístico dado por la relación de autonomía-vulnerabilidad nos revela la trampa, el desequilibrio. Al atribuir a la joven el estatus de igual entre los iguales en un contexto donde, al mismo tiempo, se aniquila el valor de su modalidad reactiva frente a la agresión, se falsea el reconocimiento mismo de igualdad. Como en el caso de los romaníes, aquí también hay un criterio particular cuya neutralidad se presupone. La reacción distinta, femenina, del caso español, es devaluada de un modo que niega la igualdad y sitúa estructuralmente la vulnerabilidad potencial, que se produce en el caso real. Aunque en apariencia se presenta neutralizada por el inicial reconocimiento de estatus autónomo, la situación mantiene un grado elevado de vulnerabilidad potencial. El derecho se hace de este modo *cómplice* de la patogénesis: atribuye tramposamente a la joven poderes, haciéndole creer que está en una condición de igualdad respecto de los hombres, al tiempo que se mantiene, sin embargo, un contexto cultural y jurídico donde la concordancia de los juicios de los demás asume un criterio partidario, no neutral con respecto a los sexos.⁴³ De este modo, el sistema entero muestra grietas con relación al grado de igualdad: asumiendo como correcto el criterio de reacción masculina. El derecho traiciona a la joven negando su autonomía e igual consideración.

Confrontando el régimen de autonomía, aparentemente igual entre mujeres y hombres, con la norma de protección del cuerpo –la norma sobre la violencia sexual en particular– que recoge la tutela de la vulnerabilidad potencial, nos damos cuenta de que esta norma –al menos en el contexto de este derecho positivo– reconoce un valor específico a la reacción física violenta, a la fisicidad del enfrentamiento, de la lucha, sobre cuya base se decide la gravedad del evento.⁴⁴ La gravedad de la violencia se determina por consiguiente en referencia a la respuesta de la víctima y no en referencia al acto de agresión.

Es evidente que aquí es el derecho el que hace vulnerable a la mujer. La vulnerabilidad no deriva de la persona, sino que depende de los demás. Que el tribunal evalúe el evento como simple abuso, aunque se hayan producido cinco penetraciones no queridas, parte de la asunción masculina de que una falta de reacción violenta por parte de la víctima implica una adhesión al evento.⁴⁵ De este modo se desplaza la atención, de los agresores a la persona que se defiende, convirtiéndola en una participante de la violencia. A través del derecho mismo, entonces, sobre la base de la atribución previa de autonomía, parte de la culpa se traslada a la víctima, la cual se vuelve así vulnerable. El prejuicio cultural y jurídico sobre cómo tiene que comportarse la víctima encuentra fundamento en las jaulas del género.⁴⁶

En definitiva, el régimen de autonomía que emerge se revela desequilibrado puesto que, sin decirlo, asume una idea de “corrección” que no puede ser satisfecha por el

sujeto y no aporta compensación alguna por la vulnerabilidad. La falta de habilidad violenta de la víctima, en lugar de aumentar la protección, genera su culpabilidad y da pie a que se la considere *cómplice* del agresor. La debilidad de la persona paradójicamente se asume como una manifestación de autonomía plena y entonces de aceptación de la violencia sufrida.

VI. Para concluir

Reconstruido en los términos propuestos, el concepto de vulnerabilidad puede representar un instrumento interpretativo útil, heurístico, que nos permite evidenciar defectos en el derecho (en este sentido incluso informativo). Estos defectos pueden acentuar o incluso crear vulnerabilidad, quitando responsabilidad a la colectividad y atribuyendo el coste a los particulares, como hemos visto en los casos analizados.

Muchos son los ejemplos en los que la falta de claridad conduce a favorecer políticas defectuosas. Para recordar un caso frecuente donde los defectos de comprensión sobre los tipos de derechos tienen un impacto social muy fuerte, se puede mencionar el hecho de que algunos consideren como un derecho social *el derecho de las mujeres a tener igual salario que los hombres*. En el contexto de los sistemas constitucionales de Derecho actuales eso produce un grave equívoco. No se discute el hecho de que esta igualdad sea objeto de violaciones gravísimas: es un hecho. Y es objetivo de una lucha constante a nivel mundial. No se trata entonces de discutir los hechos, sino lo que ocurre al clasificar este derecho como ‘social’ (Pozzolo, 2018a, discutiendo a Pino, 2017).

Si esta catalogación fuese correcta, considerando como funciona la ponderación en la que típicamente la aplicación de los derechos sociales pasa por un balanceo, esto implicaría que el respeto de la igualdad de salario entre hombres y mujeres podría ser ponderada. Entonces, ¿podría darse el caso que “legalmente” no haya paridad de salario entre hombre y mujer porque, siguiendo a Robert Alexy, las condiciones no den lo suficiente como para lograrlo y el *objetivo máximo* (o la *maximización*) consistiría en una norma por la que las mujeres *por ser mujeres* tengan un salario más bajo? Debe destacarse que este extraño resultado derivaría en gran parte de una clasificación equivocada en el marco jurídico considerado, lo cual se explicaría debido a un prejuicio de género, largamente inconsciente, que nos ofrece la normalización de nuestra cotidianidad. Es decir, el marco cultural de los hechos, sin una apropiada clarificación, favorecería una formación de conceptos contradictorios puesto que, una vez que se consideren los significados de democracia, de constitución y de igualdad que manejamos hoy en día (aun por conquistarse en la realidad), la igualdad entre hombre y mujer tiene que ser entendida como una *premisa conceptual del sistema jurídico y de los derechos*. Por ello, si la igualdad es fundamento y postulado del sistema, entonces no puede entrar en la ponderación.⁴⁷

Como muestra también este ejemplo, debido a la falta de claridad conceptual, en lugar de fortalecerse la igualdad entre los sexos o la autonomía de las personas, surge el riesgo de profundizar la desigualdad a nivel estructural.⁴⁸ El instrumento heurístico nos ayuda en este caso a evidenciar cómo esta regla, aparentemente neutral, asume, en realidad, la normalidad del comportamiento discriminatorio. En la misma línea crítica se pone la consideración del comportamiento femenino como equivocado –en cuanto diferente del modelo masculino (Pozzolo, 2015)– o el trato que tiene efectos perjudiciales reservado a los grupos étnicos. Cuando el criterio de evaluación jurídica es parcial y simpatizante, aunque se pueda presentar como neutral, se pone el peso de la diferencia sobre la persona que se vuelve vulnerable (incluso víctima). De este modo, el derecho acaba construyendo un régimen de autonomía que sirve solo para personalizar y privatizar la *culpa* de la diferencia, creando vulnerabilidad. Un fracaso para el Estado constitucional contemporáneo.

La categoría de la vulnerabilidad, una vez reconstruida en clave relacional, puede ayudar a comprender puntos neurálgicos del sistema, donde el desequilibrio entre la atribución de estatus jurídico y el reconocimiento cultural genera efectos de vulneración. En la medida en que la mujer ejerce su autonomía adoptando una modalidad de comportamientos que se da entre *pares*, podría incurrir en riesgo debido a su fisicidad, típicamente más débil que la del hombre. Sin embargo, en el régimen de autonomía vigente la vulnerabilidad del cuerpo está protegida y neutralizada: la relación cotidiana entre los sexos no exige medidas peculiares de protección distintas y mayores de las previstas por todas las relaciones entre personas humanas. A pesar de esto, el riesgo físico hipotéticamente eliminado por el régimen de autonomía y teóricamente ausente para la mujer, se revela *potencial* debido a la persistente cultura de subordinación del femenino. En el caso examinado, donde la vulnerabilidad *potencial* de la mujer se vuelve *actual*, se evidencia, al final, la *patogénesis* del derecho cuando recoge el prejuicio cultural: el derecho produce el efecto paradójico de juzgar a la víctima como inadecuada/inapropiada –en una palabra, *culpable*– precisamente debido a la misma diferencia que había hecho de ella una persona potencialmente vulnerable.⁴⁹ Al concentrar la atención sobre la víctima, el derecho le dice que no ha sido capaz de gestionar la autonomía que los demás le habían reconocido, y esto sirve para argumentar que no la merecía desde el principio, justificando entonces medidas paternalistas y/o fortaleciendo la subordinación y con ello la vulnerabilidad.

Norberto Bobbio llamó nuestra época *el tiempo de los derechos* subrayando la extensión planetaria de las proclamaciones de los derechos. Al mismo tiempo, el autor advertía que “una cosa es proclamar este derecho, y otra satisfacerlo efectivamente” (Bobbio, 1991, p. 22). La igualdad entre los sexos no solo está proclamada, sino que conceptualmente constituye la base de nuestros sistemas jurídicos constitucionales y democráticos. Se trata de una premisa sin la cual fracasa el

sistema en su conjunto y su reconocimiento “se convierte en engaños[o] si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido” (Bobbio, 1991, p. 22) –como los casos comentados demuestran. Valorando con este espíritu crítico el tiempo presente, quizás se pueda hablar también de la época *de las elecciones* (Anderson, 2009, p. 2). Todo, nos dicen, depende de nuestra voluntad y preferencias, de nuestros “like” o de si aceptamos las cookies en el pc. Sin embargo, cuando estas autónomas elecciones se disuelven en una mera posibilidad ideal, cuando no se considera cómo los distintos niveles de vulnerabilidad⁵⁰ pueden afectar la situación de cada uno, entonces, se acaba “falseando” el propio reconocimiento de estatus (Arieli, 2008)⁵¹ y también de los derechos.

Referencias bibliográficas

- AAVV, 2019: “Mater iuris: la differenza sessuale come principio di libertà”. Sección monografica *Ragio- pratica*, vol. 2, núm. 53, pp. 353-438.
- Albertson Fineman, Martha, 2017: “Vulnerability and Inevitable Inequality”. *Oslo Law Review*, vol. 4, pp. 133-149.
- _____, 2008: “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”. *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, núm. 1, pp. 1-23.
- Anderson, Joel, 2009: “Autonomy Gaps as Social Pathology”, en Axel Honneth & Rainer Forst (eds.), *Sozialphilosophie Und Kritik*. Berlin, Suhrkamp, pp. 433-453, <http://www.phil.uu.nl/~joel/research/publications/Anderson-AutonomyGapsasSocialPathology.pdf>.
- _____, 2014: “Regimes of autonomy”. *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 17, núm. 3, pp. 355-368.
- Anderson, Joel y Christman, John (eds), 2005: *Autonomy and the challenge to Liberalism. New Essays*. Cambridge, Cambridge UP.
- _____, 2005a: “Introduction”, en Idd., *Autonomy and the challenge to Liberalism. New Essays*. Cambridge, Cambridge UP, 2014.
- Anderson, Joel y Honneth, Axel, 2005: “Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice”, en Christman John y Anderson, Joel (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*. Cambridge, Cambridge UP, 2014, pp. 127-149.
- Ariely, Dan, 2008: *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*. New York, Harper-Collins.
- Ben-Ishai, Elizabeth, 2012: “Responding to vulnerability: The case of injection drug use”. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, vol. 5, núm. 2, Special Issue on *Vulnerability* (Fall), pp. 39-63.
- Bernardini, Maria Giulia, 2016: *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*. Torino, Giappichelli.

- Bobbio, Norberto, 1991: *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema.
- Brandom, Robert B., 1994: *Making it Explicit*, Cambridge (Mass.), Harvard UP.
- Butler, Judith, 1997, *The Psychic Life of Power. Theories in Subjection*. Stanford, Stanford UP.
- Campbell, Richmond, 2019: "Moral Epistemology". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming. URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/moral-epistemology/>>;.
- Casadei, Thomas, 2018: "La vulnerabilità in prospettiva critica", en Giolo, Orsetta y Pastore, Baldassare, *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*. Roma, Carocci, pp. 73-99.
- Casalini, Brunella, 2018: "Le teorie femministe contemporanee, dal paradigma della sovranità al paradigma della vulnerabilità", en Bernardini, Maria Giulia, Casalini, Brunetta, Giolo, Orsetta y Re, Lucia (eds.), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*. Roma, IF Press, pp. 27-48.
- Code, Lorraine, 2016: "The Myth of the Individual". *The American Journal of Bioethics*, vol. 16, núm. 2, pp. 59-60.
- Garland-Thomson, Rosemarie, 2002: "Integrating Disability, Transforming Feminist Theory". *NWSA Journal*, vol. 14, núm. 3, *Feminist Disability Studies* (Autumn), pp. 1-32.
- Frazer, Alexandra K., Miller, Michelle D., 2009: "Double Standards in Sentence Structure: Passive Voice in Narratives Describing Domestic Violence". *Journal of Language and Social Psychology*, vol. 28, núm. 1, March, pp. 62-71.
- Gama Leyva, Raymundo, 2017: "El caso "Porkys" y la importancia del análisis de las pruebas". *Nexos*, abril 3, 2017, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=6511>.
- Goodin, Robert E., 1985: *Protecting the Vulnerable. A Re-Analysis of our Social Responsibilities*. Chicago, University of Chicago Press.
- Harding, Sandra, 2004: *The Feminist Standpoint Theory Reader*. NY-London, Routledge.
- Kohn, Nina A., 2014: "Vulnerability Theory and the Role of Government". *Journal of Law & Feminism*, vol. 1, núm. 26, pp. 1-27.
- Mackenzie, Catriona, 2014a: "The importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability", en Mackenzie, Catriona, Rogers, Wendy y Dodds, Susan (eds.), *Vulnerability, Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*. Oxford, Oxford UP, pp. 33-59.
- _____, 2014b: "Embodied agents, narrative selves". *Philosophical Explorations*, vol. 17, núm. 2, pp. 154-171.
- Mackenzie, Catriona, Rogers, Wendy y Dodds, Susan, 2014: "Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?", en Id., *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*. Oxford, Oxford UP, pp. 1-32.
- Mackenzie, Catriona y Stoljar, Natalie (eds.), 2000a: *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*. Oxford, Oxford UP.

- _____, 2000b: "Introduction", en Id., *Relational Autonomy, Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*. Oxford, Oxford UP.
- Margolis, Jane y Fischer, Allan, 2002: *Unlocking the Clubhouse. Women in Computing*. Cambridge (Mass), MIT Press.
- Nedelsky, Jennifer, 1989: "Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities". *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 1, núm. 1, pp. 7-36.
- Nussbaum, Martha, 2006: *Frontiers of Justice*. Cambridge, Belknap Press.
- O'Neill, Onora, 2000: *Bounds of Justice*. Cambridge, Cambridge UP.
- Pino, Giorgio, 2017: *Il costituzionalismo dei diritti*. Bologna, Il Mulino.
- Plumwood, Val, 2002: *Environmental Culture*. London, Psychology Press.
- Pozzolo, Susanna, 2018a: "Un costituzionalismo dei diritti deboli?". *Notizie di Politeia*, vol. XXXIV, núm. 132, pp. 234-239.
- _____, 2018b: "Avvistamenti dall'isola che non c'è", en Maldonado, Mauricio y Luque, Pau (eds.), *Problemi attuali di Filosofia del Diritto. Discutendo con Bruno Celano*, en prensa.
- _____, 2018c: "La forza è nelle differenze". *Notizie di Politeia*, vol. XXXIV, núm. 129, pp. 158-163.
- _____, 2017: "Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una sentenza della Cassazione". *Ragion pratica*, núm. 49, pp. 573-600.
- _____, 2015: "(Una) Teoria femminista del diritto", en Thomas Casadei (eds.), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*. Giappichelli, Torino, pp. 17-39.
- Proffitt, Norma J., 1996: "Battered Women" as "Victims" and "Survivors". Creating Space for Resistance". *Canadian Social Work Review / Revue canadienne de service social*, vol. 13, núm. 1, Winter/hiver, pp. 23-38.
- Skinninger, Eileen, 2005: "International Norms, Gender and the Law of Evidence". *International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy*, Vancouver, <https://icclr.law.ubc.ca/wp-content/uploads/2017/06/ES-paper-3-Intl-norms-gender-and-law-of-evidence.pdf>.
- Tanovich, David, 2003: "Starr Gazing: Looking into the Future of Hearsay in Canada". *Queen's Law Journal*, vol. 28, núm. 66, pp. 371-378.
- Zanetti, Gianfrancesco, 2015: *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*. Bologna, Il Mulino.

Casos

- TEDH, A.-M.V. v Finland - Application no. 53251/13, decisión del 23 de Marzo 2017; consultable a la dirección [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-158615"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

TEDH, D.H. and Others v. the Czech Republic - Application no. 57325/00, Grand Chamber decision del 13 de Noviembre 2007; consultable a la dirección [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-83256%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-83256%22]})

TEDH, OPUZ v. TURKEY - Application no. 33401/02, decisión del 9 de Junio 2009; consultable a la dirección [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{'itemid':\['001-92945'\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{'itemid':['001-92945']})

Segunda Sección de la Audiencia Provincial de Navarra, Sentencia n° 38/2018 de 26 de abril 2018; consultable a la dirección https://www.diariodesevilla.es/2018/04/26/SENTENCIA_SUMARIO_4_26_DE_2016_cen.pdf?hash=e20ec174f9f8f973713214dc7e6703d33861d342

Código penal español; <http://carris.wanadooads.net/leyes/leyesaccesodirecto/cp10.htm>

Corte di Cassazione italiana, 3° Sez Pen., Sentencia n° 32462-18; se puede leer a la dirección <https://www.altalex.com/documents/news/2018/07/20/violenza-sessuale-vittima-ubriaca>

Agradecimientos

Agradezco Paola Parolari y Francisca Pou Giménez por sus comentarios, además de los o las referees. Un agradecimiento a Alberto Puppo y en particular a Betzabé Marciani Burgos por su incansables ganas de discutir nuestros desacuerdos y por su insustituible ayuda con el idioma castellano. Cualquier falta conceptual o lingüística que permanezca será claramente mía.

Notas

- 1 Pensemos, por ejemplo, en los defectos de comprensión sobre los tipos de derechos y el impacto que ello tiene en el ámbito de la defensa de los derechos sociales –algo que podría parecer, de nuevo, secundario y que, sin embargo, se revela central. Reenvío, para una breve reflexión sobre el punto, al final de este artículo.
- 2 No me atrevo a discutir el tema de la epistemología moral sobre la que hay mucha literatura; reenvío genéricamente al sitio web de la Enciclopedia de Stanford University: plato.stanford.edu/entries/moral-epistemology/.
- 3 Con frecuencia se atribuye la calidad de ‘vulnerable’ sin siquiera nombrar el termino de relación. Esta modalidad no toma en cuenta el contexto y, acriticamente, liga la calidad de *vulnerable* al sujeto calificado, como si se tratara de una condición subjetiva de la que la persona nunca puede escapar.
- 4 Piensen en la obra de Mackinnon.
- 5 Mackenzie (2014a) piensa que la vulnerabilidad innata no se puede negar, pero quedarse en subrayarla, pensando en soluciones fáciles con modelos contractuales, sirve solo para descargar a la sociedad de su responsabilidad de cuidado y abandonar a los sujetos más dependientes, puesto que no hay en verdad sujetos invulnerables. Comparto la perspectiva de la autora, que bien se une a la reflexión desarrollada en el ámbito de los *feminist disability studies*, donde

uno de los problemas centrales es exactamente la imposibilidad de tener relaciones simétricas –como las que se imaginan en el espacio del contrato. Amplia es la literatura de referencia; solo para proponer unos ejemplos: Nussbaum (2006); Garland-Thomson (2002); Bernardini (2016); me permito reenviar también a una mía breve nota sobre el tema: Pozzolo (2018c).

- 6 Esta, en particular, advierte Mackenzie (2014a), es importante para evidenciar los casos donde la protección de la vulnerabilidad degenera, aumentándola, como por ejemplo en el cuidado de personas con discapacidad cuando no se implementan al mismo tiempo actividades para que se desarrolle y entonces se respete su autonomía, resolviéndose en puro paternalismo.
- 7 Con respecto al tema de la discapacidad femenina, reenvío genéricamente a la interesante literatura en tema de *feminist disability studies* (unas referencias en la nota 5 por ejemplo).
- 8 La *standpoint theory* subraya como la ciencia y el conocimiento sean incluso frutos del contexto social y económico, y entonces como sea importante poner bajo juicio la misma idea de neutralidad de la ciencia y de sus productos (Harding, 2004). Justo para hacer un ejemplo de problemas que emergen por la ausencia de mujeres: la falta de mujer en el campo de la informática había llevado a producir unos sistemas de reconocimiento vocal calibrados en la voz de hombres. Esto llevaba a la situación que cuando hablaban exponentes mujeres “literalmente no eran oídas”, además cuando el sistema era junto a una cámara que seguía la voz del ponente, las mujeres eran ignoradas: si las mujeres no se podían escuchar tampoco se podían ver (Margolis y Fischer, 2002, pp. 2-3).
- 9 Sin embargo, es bueno recordar, en primer lugar, como los derechos subjetivos nacen pretendiendo referirse a todos, pero de hecho excluyendo a algunos grupos, como las mujeres y los no blancos, solo para recordar dos casos bien conocidos. En segundo lugar, como, a causa de esta exclusión, el concepto de autonomía, puesto a la base del pensamiento político-jurídico moderno, resulta ser simpatizante (no neutral). Eso toma en cuenta las características, en gran medida idealizadas, de solo algunos particulares. El concepto de autonomía encaja perfectamente con el ciudadano masculino, blanco sano y burgués, pero ya no es adecuado para la mujer burguesa, sin decir de todos los demás “subordinados”, debido a las relaciones de dependencia establecidas o favorecidas por la ley misma (Pozzolo, 2018b; 2017).
- 10 Una noción que considera como se den relaciones de dependencia sea del individuo hacia los demás y, más importante aún, de los demás hacia el individuo, es decir la presencia de relaciones que no se pueden resolver con un simple contrato de servicios.
- 11 Ben-Ishai (2012) critica la naturalización del concepto de vulnerabilidad propuesto por Albertson Fineman (2008).
- 12 Esto no significa que personas con una discapacidad que impide deambular podrían hacerlo sencillamente gracias a distintas políticas sociales (aún se podría discutir el punto pensando al tema de la producción y difusión de aparatos tecnológicos médicos en perspectiva del *human enhancement*). Sin embargo, estas mismas políticas públicas, en la medida en que tengan en adecuada cuenta las personas y su derecho de moverse en el ambiente urbano, tienen la obligación de conformar este espacio en modo que, por ejemplo, incluso una persona con silla

de ruedas pueda moverse libremente en eso. Sobre el tema de la *accessibility by design* reenvío a la siguiente página web <https://accessiblebydesign.org/>.

- 13 Reenvío a cuanto escrito en la nota previa.
- 14 Me parece que esta línea de argumentación facilita la superación de la *discontinuidad* creada por la oposición dual entre autónomo/vulnerable y, entonces, más directamente, creo tenga fuerza para fundar la obligación de protección por parte del sector público.
- 15 Joel Anderson y John Christman (2005) distinguen entre ‘moral autonomy’ que se refiere a la capacidad de darnos vínculos morales –de dictar leyes para sí mismo– y ‘personal autonomy’ como característica que las personas demuestran hacia todos los aspectos de la vida, no solo a aquellos morales. Los estudiosos distinguen además entre la autonomía que la persona tiene en general y una específica, que puede mostrar un caso particular, es decir solo hacia unos aspectos de la vida. También separan una ‘basic autonomy’ y una *autonomía ideal*. Mientras la primera (basic) representaría el nivel necesario para el autogobierno, la segunda indicaría un ideal regulativo que ofrece un conjunto de requisitos que tenemos que tener para que nos venga atribuida la ‘basic autonomy’.
- 16 El término parece reenviar, inexorablemente, a calidades intrínsecas del sujeto agente. Ser persona autónoma significa actuar en base a consideraciones y deseos que no sean impuestos desde el exterior, sino que sean el fruto de un “auténtico yo”, es decir el resultado de una decisión libre sin manipulaciones externas. Como claramente escriben Christman y Anderson (2005a, pp. 3 y ss.), en esto se concretiza la idea del autogobierno. Sin embargo, la definición no nos ayuda mucho porque el debate gira alrededor de la definición de los criterios de ‘externo’, ‘manipulación’, ‘constricción’, ‘autenticidad’ y *self*, además de los niveles de los deseos y de la voluntad.
- 17 El individuo autónomo *es más un artefacto que un facto*, dado que nosotros somos criaturas interdependientes las unas de las otras; no considerar esta necesidad de relación fundamental significa no conocer tampoco el tipo humano; véase Code, 2016.
- 18 Incluso las reflexiones y los deseos de segundo orden se pueden considerar a su vez condicionados. El riesgo es la construcción de una cadena sin fin; véase Mackenzie y Stoljar (2000b).
- 19 Un ejemplo sería el siguiente: para ser reconocidos como adultos, es decir para tener el *status* de adulto en nuestras sociedades, hoy en día es suficiente con cumplir una edad específica (18 o 21 años según los lugares); esto significa que al cumplir la edad señalada por ley la comunidad atribuye unas habilidades en modo automático. Similar es el caso de la licencia de conducir,

- para el que se pide, además de cierta edad, un examen específico (es decir, no es una atribución automática).
- 20 Se tiene que saber y demostrar ciertas cosas para tener el reconocimiento de estatus. Puede ser la edad de 18 años o superar el examen para la licencia de conducir, por ejemplo.
 - 21 Se debería quizás introducir también el tema de la complejidad, sobre el que no puedo centrarme ahora.
 - 22 Puesto que todos los seres humanos somos en algún grado vulnerables, existen diferencias entre las personas que pueden considerarse objetivas: una persona físicamente fuerte es menos vulnerable que una físicamente débil. Sin embargo, puesto que una persona con silla de ruedas es más vulnerable que una que puede caminar normalmente, al menos por su posibilidad de movimiento, vivir en una ciudad con rampas o sin rampas determinará un grado de vulnerabilidad distinto para la persona con silla de rueda. Ello no depende de su *ser* (una persona con discapacidad motora), sino de la medida en que la sociedad en cuestión ha tomado en serio, o no, su deber de protección de la vulnerabilidad y su deber de fortalecer la autonomía de las personas. Es decir que, aun sin negar que hay características biológicas personales que pueden ser fuente de vulnerabilidad, hay responsabilidades por la vulnerabilidad que dependen de la sociedad (Mackenzie, 2014b).
 - 23 Como estatus deóntico, en la perspectiva de Brandom (1994).
 - 24 Mientras el nivel máximo de estatus de autonomía empodera para desarrollar ciertas prácticas sociales, no tenerlo puede incluso someternos a sanciones.
 - 25 Incluso se podría dar el caso que, una vez obtenido el calificativo de “autónomo”, no se presenten razones para distinguir los distintos ámbitos de elección. En estos casos es sumamente importante considerar los efectos y los contextos, como espero esclarecer con los ejemplos del texto.
 - 26 Caso A.-M.V. v Finland - Application no. 53251/13, decisión del 23 de Marzo 2017.
 - 27 Caso D.H. and Others v. the Czech Republic - Application no. 57325/00, Grand Chamber decision del 13 de Noviembre 2007.
 - 28 Por ejemplo, en OPUZ v. TURKEY - Application no. 33401/02, decisión del 9 de Junio 2009.
 - 29 Agradezco a Paola Parolari el comentario sobre este punto, por el cual sugiere se trate de “proporcionalidad inversa”. Si se considera un hecho acertado la conexión entre vulnerabilidad y autonomía, la relación entre ellos puede por cierto verse como una proporción: cuando hay mas vulnerabilidad hay menos autonomía y viceversa. Lo que subrayo, sin embargo, con el uso de ‘complementariedad’ es que en la perspectiva asumida aquí los dos conceptos son

necesariamente relacionados entre sí: me parece que para definir el grado de vulnerabilidad se necesita definir el grado de autonomía.

- 30 Uso su clasificación libremente, sin pretender hacer una exégesis de su propuesta.
- 31 Autocalificados como “La Manada”, algunos con historia criminal ya documentada.
- 32 Sentencia n° 38/2018 de 26 de abril 2018, que se encuentra en con bastante facilidad en la red.
- 33 En el texto de la sentencia (p. 93), en relación con una grabación hecha por los acusados, se lee: “Precisamente, en este video a cuya valoración nos remitimos, evidencia caracterizadamente la situación de prevalimiento y abuso de la superioridad, sobre la denunciante por parte de los procesados; muestra de modo palmario que aquella está sometida a la voluntad de estos, quienes la utilizan como un mero objeto, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales”.
- 34 Se lee en el texto de la sentencia (p. 95): “En cualquier caso se requiere que por las acusaciones se pruebe la existencia de una violencia idónea, no para vencer la resistencia de la víctima – por mucho que esta, según declara el Tribunal Supremo, no tenga que ser desesperada, sino real, verdadera, decidida, continuada y que exteriorice inequívocamente la voluntad contraria al contacto sexual–, sino para doblegar la voluntad del sujeto pasivo. La magnitud de la violencia por tanto ha de medirse en base a criterios cuantitativos y no cualitativos a efectos de determinar su idoneidad y para ello hemos valorado la totalidad de circunstancias concurrentes tanto objetivas como subjetivas. Es decisiva la vinculación causal entre la violencia ejercida y el contacto sexual alcanzado, al que no habría accedido la denunciante de no mediar aquella”. Me he ocupado de un tema contiguo tratando el caso de la legítima defensa en Pozzolo, 2015.
- 35 En el caso específico de la Manada se puede subrayar que hay un elemento de vulnerabilidad *actual* dado por el número de los agresores y en parte también por su edad, que no ha sido evaluado y, en mi opinión, hubiese sido particularmente explicativo a favor de la víctima.
- 36 Por ejemplo, la situación en la que se encuentra un hombre grande y fuerte que ingresa a un país como clandestino y por eso es detenido por la policía nacional, lo coloca en una condición de vulnerabilidad situacional; lo mismo en el caso de una persona ingresada en un hospital que se encuentra en condición de vulnerabilidad situacional y corporal.
- 37 En occidente, por ejemplo, por cierto en otros momentos históricos, pero incluso hasta no hace mucho tiempo –en Italia, hasta la ley del 9 febrero 1963 n. 66, las mujeres no podían ser magistradas, aunque la constitución haya entrado en vigor en 1948–, las mujeres han tenido un trato jurídico por el que se les consideraba “menores” respecto al adulto, que tenía que ser hombre. En otras palabras, se consideraban como un “tipo humano” inferior al hombre, de tal modo que no se podía hablar en ningún caso de igualdad. Situaciones de este tipo se pueden encontrar aun en contextos culturales donde no se ha reconocido la plena igualdad entre los sexos. Lamentablemente, todavía seguimos luchando por erradicar aquellas prácticas que “solucionan” una violación ofreciendo como esposa del verdugo a la víctima (se trata del así dicho *matrimonio reparador*. Preguntamos: ¿qué se quiere reparar?).
- 38 Siempre en la sentencia se puede leer (p. 96): “Las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante , que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de

golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual”.

- 39 Sentencia n° 32462-18 Corte Cassazione italiana, 3° Sez Pen.
- 40 La responsabilidad del derecho es mayor, puesto que las reglas culturales cambian necesariamente en modo más lento, siguiendo las transformaciones sociales, mientras el derecho tiene la posibilidad y, no se olvide, en el estado constitucional contemporáneo, la obligación de intervenir rápidamente estableciendo normas protectoras de la vulnerabilidad y de refuerzo de la autonomía de cada uno.
- 41 En casos como estos, por ejemplo, se puede notar como el contexto cultural acaba por asumir el prejuicio del constante deseo de la mujer de tener relaciones sexuales con un hombre, incluso con un grupo de hombres y, además, desconocidos. Si esto no fuese el *background* cultural asumido en modo implícito, se tendría que considerar, en primer lugar, como los lugares que definen los contextos de estos casos –como un elevador público (reciente caso italiano) o un andrón de un edificio– parecen poco comunes para ser lugares donde una mujer podría desear tener una relación sexual; en segundo lugar, se debería explicar por qué una mujer debería desear ponerse “en manos” de unos individuos desconocidos (además en estos lugares): ¿solo porque ellos son hombres? No es una explicación, pero lo parece si se acepta sin cuestionar el *background* cultural antes mencionado.
- 42 Además de reenviar a las notas 33, 34, 38, 41, véase Gama Leyva (2017). Para profundizar este punto, sería necesaria una reflexión acerca de la evaluación de las pruebas con perspectiva de género, cosa que no se puede proponer ahora. Sin embargo, me parece relevante recordar al menos como, en la tradición patriarcal de nuestros derechos positivos, el testimonio de una mujer hasta hace poco era considerado como el de un niño, o evaluado bajo la sospecha estereotipada según la cual una mujer que fracasaba al rechazar una agresión veía afectada su credibilidad. “[e]ste punto de vista creía que existe un vínculo entre la experiencia sexual y la veracidad, pensando que quizás las mujeres que han tenido relaciones sexuales tienen más probabilidades de mentir que las mujeres vírgenes” (Tanovich, 2003, citado por Skinnider, 2005, p. 15; traducción del editor).
- 43 Para reflexionar sobre los problemas de esta interpretación de la igualdad entre hombre y mujer se ha realizado el congreso *Mater iuris. Il diritto della madre: uscire dalla simmetria giuridica dei sessi nella procreazione* (Universidad Estatal de Milán, 29 noviembre 2018); véase unas contribuciones en *Ragion pratica*, 2, 53, 2019.
- 44 Los artículos desde el 178 hasta el 183 del código penal español son los que interesan en particular. <http://carris.wanadooadsl.net/leyes/leyesaccesodirecto/cp10.htm>
- 45 Leyendo los artículos del código, surgen claras perplejidades sobre la necesidad de adoptar la interpretación que eligió la jurisprudencia.
- 46 Puesto que cualquiera, como nos dicen las investigaciones psicológicas, pueda quedarse inmóvil frente al peligro y al daño como reacción natural ante el miedo y el disgusto, es indudable que el derecho debería considerar plenamente legítima esta reacción de la víctima. Por otro lado, puesto que no parece ser así, se debería evaluar al menos como la situación crea

la vulnerabilidad de la víctima. Los estudios muestran como la frecuencia con la que se puede detectar una reacción pasiva de la mujer frente situaciones de agresión tiene una relación fuerte con el marco cultural general. Puesto que ella acaba representada como sujeto vulnerable, pasivo y dependiente desde su socialización primaria, la combinación de estereotipos sexuales y de experiencias personales permiten: en primer lugar, una internalización de su rol o “lugar” subordinado y subyugado y, en segundo lugar, la internalización de este rol –subordinado, hasta ser “naturalmente víctima”–, lo que lleva a las mujeres –fenómeno descrito y destacado en los estudios de abusos domésticos– a percibir unos hábitos masculinos incluso abusivos como apropiados (Profitt, 1996, p. 28). Un marco en donde parece entonces más que comprensible que se manifieste una actitud pasiva, como en el caso específico de la Manada, considerando además el balance de riesgo de la vida frente a una agresión de cinco hombres adultos. En esta línea de investigación, resulta interesante el estudio de Frazer y Miller (2009) sobre el uso de la forma pasiva o activa para describir los hechos de abusos domésticos.

- 47 Cuando el sistema no la respeta, la igualdad sencillamente queda violada. En caso contrario tenemos una contradicción radical que permite que las mujeres *en tanto mujeres* no tengan igual salario que los hombres *en tanto hombres*. Necesitando diferenciar, se tendrá que demostrar como, en verdad, no hay igualdad en el caso específico. En caso contrario no se puede ponderar la igualdad con otros valores, aun cuando sean muy importantes.
- 48 Al registrar la paridad de salario como un ejemplo de derecho social, se vehicula la creencia de que la igualdad entre hombre y mujer no es algo fundante el sistema, sino solo un objetivo que debe alcanzarse en el futuro. Nótese que algo parecido pasaría si aplicásemos el concepto así formulado respecto de personas que tienen piel de distinto color o creencias diferentes. Ello equivaldría a aceptar que hay ciudadanos de primera y de segunda clase, y esto se derivaría directamente del sistema jurídico; algo que, por cierto, chocaría con nuestros sistemas constitucionales y con nuestras creencias compartidas. Esclarecer nuestros conceptos nos ayuda, precisamente, a no caer en estas trampas, que derivan de la normalización de lo que tenemos frente a los ojos: la desigualdad. Ello puede ayudarnos, espero, a transferir al mundo acciones más contundentes.
- 49 Parecidas consideraciones se pueden hacer para el caso de los gitanos.
- 50 Si autonomía y vulnerabilidad dependen de las capacidades que surgen en la constancia de las relaciones personales, el modo en que nosotros somos está en relación con el de los demás, y lo que somos lo negociamos entre un contexto geográfico, histórico, político y a partir de un género, una etnia y una clase. En la medida en que estos distintos factores construyen el ámbito de nuestras opciones y también de nuestras creencias, entonces no es suficiente mirar a la amplitud de las opciones significativas que la sociedad propone, sino es necesario mirar también a como esos se distribuyen; se necesita averiguar si las personas realmente tienen un espectro de opciones significativas disponibles.
- 51 Está demostrado que la habilidad humana de decidir racionalmente es muy escasa frente a un marco muy amplio de opciones. Nuestra racionalidad es limitada y estamos inclinados a la incoherencia, somos incapaces de decidir coherentemente en relación con los objetivos que nos hemos prefijado; en pocas palabras: los seres humanos son en gran parte irracionales de modo previsible.

Recepción: 18 diciembre 2018

Revisión: 19 abril 2019

Aceptación: 23 julio 2019