



Más allá de la igualdad y la discriminación ¹

Beyond Equality and Discrimination

Pakta pakta kawsayta, shikanyariyta yallishpa ashtawan ñawpaman rishpa

Martha Albertson Fineman

mlfinem@emory.edu



ORCID: 0000-0002-8319-9080

Emory University School of Law

(Atlanta. Estados Unidos)

Resumen

El marco social de las personas “económicamente desfavorecidas” se basa en la distinción entre un estatus conceptual de igualdad y la realidad de la discriminación y la desventaja. Este paradigma proporciona la lógica que rige tanto la crítica como la justificación del statu quo. Este artículo se pregunta si, y en qué medida, esta lógica de igualdad/antidiscriminación ha perdido su eficacia como herramienta crítica y cuál debería ser, de ser el caso, el fundamento de la lógica que la complementa o incluso la sustituya.

Palabras clave: vulnerabilidad; relacionalidad; instituciones sociales; resiliencia

Revista Sarance

ISSN: 1390-9207

ISSNE: e-2661-6718

Fecha de recepción:

19/11/2024

Fecha de aceptación:

16/12/2024

Cita recomendada:

Fineman, M. (2025).
Más allá de la igualdad
y la discriminación.
Revista Sarance,
(54), 11 - 28.
DOI: 10.51306/
ioasrance.054.02

¹ [Nota del editor]: Trabajo traducido por primera vez al español para este número. Artículo original: Fineman, M. A. (2020). Beyond Equality and Discrimination. *SMU Law Review Forum*, 73(1), 51-62. <https://doi.org/10.25172/slr.73.1.7>. Traducción al español: Diego Rodríguez-Estrada. Parte de este artículo está basado en un trabajo anterior de la autora: Fineman, M. A. (2019). Vulnerability and Social Justice. *Valparaiso University Law Review*, 53(2), 341-369.



Abstract

The societal frame of the “economically disadvantaged” is rooted in a distinction between a conceptual status of equality and the actuality of discrimination and disadvantage. This paradigm provides the governing logic for both criticism and justification of the status quo. This Article questions whether and to what extent this equality/antidiscrimination logic has lost its effectiveness as a critical tool and what, if anything, should be the foundation of the rationale that supplements or even replaces it.

Keywords: vulnerability; relationality; social institutions; resilience

.....

Tukuyshuk

Kay allpapi mayhan “kullkita mana yapa charikkuna” nishpaka mayhan shukkunawan mana pakta pakta kashpa shinallatak shikanyaritukushkamantami mana charin nin chaymanta wakin llakikunatapash kawsay ushanka nin. Kay yuyaykunatami sinchiyachishka mayhan nallikachishpa rimakkunapash shinallatak mayhan alliman kay llakita rikuchishpa willankapak munakkunapash. Shinami kay killkaypika tapurinkapak munanchik kay pakta pakta kamachiykuna shinallatak shikanyarichishka yuyaykunapash kunankaman rimanahunchirakchu kashna llakikuna ama tiyachun, shinaka kay yaywanma yanapahunrinkachu shinallatak chay yuyay mana ashta yanapahukpika shinaka imashatak kutin yuyarina kanchik alliman kay llakimanta rimankapak, ima yuyaytata paypa ranti churay ushanchik.

Sapi shimikuna: llakichirina; wankurishka; llakta kawsaykuna; sinchitukuy



Introducción

El tema de este artículo para el Foro de la *SMU Law Review* nos centra en los desafíos que han enfrentado las personas “económicamente desfavorecidas” en la última década y que enfrentarán en el futuro. Este encuadre se basa en la distinción entre el estatus conceptual de igualdad y la realidad de la discriminación y la desventaja. Esta es la óptica a través de la cual la cultura jurídica contemporánea tiende a evaluar la naturaleza y el efecto de las leyes existentes y determina la dirección necesaria de reforma. Como tal, este paradigma proporciona la lógica que rige tanto la crítica como la justificación del *status quo*. Tiene sus raíces en una comprensión de la importancia del ser humano y en una creencia en su paridad fundamental ante la ley que también afirma el valor inherente de la libertad y la autonomía individual y, por lo tanto, es escéptica ante la intervención estatal en la esfera “privada” de la vida.

Creo que una de las preguntas más significativas del siglo XXI para quienes se ocupan de “los desfavorecidos” tiene que ser si esta lógica de igualdad/antidiscriminación ha perdido su eficacia como herramienta crítica, en qué medida, y cuál debería ser, si es el caso, el fundamento de la lógica que la complementa o incluso la sustituya. Plantear preguntas sobre el paradigma dominante actual no significa argumentar que la igualdad y la antidiscriminación no sean conceptos importantes o necesarios. La igualdad y no discriminación fueron, sin lugar a duda, pasos esenciales en la evolución de una sociedad justa. Antes de mediados del siglo XX, las reglas formales, así como las normas de funcionamiento, fueron construidas sobre afirmaciones de diferencias fundamentales entre grupos definidos por el sexo, la raza y otras características. Estas categorías distintivas de grupo también establecieron un mundo de identidades jerarquizadas y legalizadas en el que algunos eran susceptibles a un trato diferente, a menudo degradante. Sin embargo, ahora que se han eliminado las distinciones formales y que el acceso igualitario es la norma², resulta evidente que los problemas en la sociedad a menudo trascienden la discriminación y la exclusión de las instituciones sociales. De hecho, puede haber problemas sustanciales con esas instituciones y su organización que no se muestran en la lógica jurisprudencial que surge de un paradigma de igualdad/antidiscriminación, lo que puede obstaculizar la capacidad de remediar (o incluso abordar) desigualdades existentes³.

² Este argumento es desarrollado más profundamente en Fineman, M. A. (2017). Vulnerability and inevitable inequality. *Oslo Law Review*, 4(3), 133–149.

³ Esto se refleja en las dificultades con la discriminación positiva y otros planes “correctivos” que proponen un trato desigual para abordar las desigualdades existentes. Para ampliar información al respecto, véase Fineman, M. A. (2014). Equality and difference – The restrained state. *Alabama Law Review*, 66(3), 609–626.

Un modelo de igualdad o un mandato de no discriminación sigue siendo sin duda la respuesta adecuada en muchas instancias: una persona, un voto e igual salario por igual trabajo son ámbitos en los que la igualdad parece claramente adecuada. Sin embargo, la igualdad es menos útil —e incluso puede ser una medida injusta— cuando se aplica en situaciones de desigualdad ineludible o inevitable en las que son apropiados distintos niveles de autoridad y poder, como en la definición de la relación jurídica entre padres e hijos o entre empresario y empleado. Estas relaciones han sido relegadas a la esfera “privada” de la vida —ya sea la familia o el mercado—, lejos de la regulación estatal.

Cuando se abordan explícitamente, las situaciones de desigualdad inevitable suelen tratarse en la legislación y en la política, ya sea imponiendo una equivalencia fabricada entre los individuos o declarando que no se aplica un mandato de igualdad porque los individuos que deben compararse ocupan una posición diferente⁴. Un ejemplo de la imposición de una igualdad ficticia en respuesta a una desigualdad inevitable es evidente en situaciones que implican a partes que ocupan posiciones negociadoras obviamente desiguales, como el contrato que se fabrica en el contexto laboral⁵. La distinción en el tratamiento jurídico de niños comparada con la de los adultos también ejemplifica una resolución posicionada de manera diferente para el tratamiento jurídico desigual. En ambos casos, la responsabilidad del Estado de garantizar un trato equitativo a las personas que se encuentran en una posición diferente se minimiza u oculta dentro del marco primordial de la igualdad⁶.

⁴ Por otra parte, la igualdad implica una comparación que lleva a la pregunta problemática: ¿Igual a quién? En el caso de las mujeres, ¿son las normas y estándares masculinos la media adecuada? Un enfoque asimilacionista de la igualdad presupone que los papeles, las obligaciones y las cargas impuestas por la sociedad y la cultura son similares o iguales para mujeres y hombres. Si este no es el caso, la igualdad de trato a menudo se traducirá en una mayor consolidación de las relaciones de poder desiguales existentes, reforzando efectivamente el mismo sistema de género al que las feministas se oponen. Además, la idea de “elección” puede sugerir a algunos que las desigualdades existentes no muestran un fracaso de la igualdad *per se*, sino que son simplemente el resultado de diferentes decisiones de vida tomadas libremente por hombres y mujeres “autónomos”. Además, la idea de “elección” puede sugerir a algunos que las desigualdades existentes no muestran un fracaso de la igualdad *per se*, sino que son simplemente el resultado de diferentes elecciones vitales libremente realizadas por hombres y mujeres “autónomos”. Si las mujeres eligen por dedicar más tiempo a la familia y las relaciones, en lugar de invertir sus energías en el mercado laboral, las disparidades de género resultantes son simplemente el resultado neutral de las diferentes decisiones tomadas por adultos igualmente autónomos y libres (Fineman, 2014).

⁵ Estos suelen ser contratos de adhesión o que involucran a entidades corporativas e individuos en una situación de previsible desigualdad de conocimiento, poder de negociación, y acceso a recursos legales.

⁶ Si reflexionamos, resulta evidente que muchas, si no la mayoría, de las relaciones sociales o institucionales son relaciones de desigualdad inherente. Para más información sobre el tema, véase Fineman, M. A. (2017). Vulnerability and inevitable inequality. *Oslo Law Review*, 4(3), 133–149.



II. Repensando el paradigma: la teoría de la vulnerabilidad.

El Derecho es tanto una tarea social inherente como un instrumento fundamental para lograr la justicia social. Las leyes establecen y regulan los deberes, obligaciones, derechos y privilegios aplicables a todos los miembros de una sociedad, y definen las relaciones entre ellos y con el Estado y sus instituciones. Los políticos y filósofos que abordan el papel y la función del Derecho pueden diferir, y de hecho difieren, en cuanto a las teorías de gobernanza, pero debería existir un reconocimiento compartido sobre la importancia de nuestra comprensión de lo que significa ser humano. Las leyes se elaboran teniendo en mente un sujeto jurídico creado: un ser ordinario imaginado que es el sujeto abstracto del derecho⁷. Nuestras ideas sobre lo que significa ser humano y cómo debe construirse el Estado o lo colectivo influyen en la manera en que configuramos las relaciones jurídicas y las instituciones sociales, así como también en lo que consideramos justicia dentro de esos acuerdos e instituciones⁸. Esta relación dialéctica entre lo empírico y lo ideal es un punto de partida para comprender el Derecho no como un mero reflejo de la sociedad, sino como constitutivo de las fuerzas materiales que guían su propia reproducción⁹.

Nuestro sujeto jurídico contemporáneo se postula como un ser autónomo e independiente cuya principal demanda es la libertad o estar libre de la interferencia del Estado¹⁰. Él reivindica el derecho a la autonomía para gobernar su propia vida y, al mismo tiempo, afirma su libertad de responder a las necesidades de los demás, que deberían ser igualmente independientes y autosuficientes¹¹. Esta visión

⁷ Definir esto es cuestión de seleccionar cuáles son las cualidades humanas esenciales, que luego pueden utilizarse para establecer expectativas y aspiraciones alcanzables en el marco del estado de derecho.

⁸ Pitkin (1967) explica en qué se diferencia el método de los teóricos sociales del de los científicos naturales y la importancia de reconocer la red de conceptos.

⁹ En este esfuerzo, estoy en deuda con el marco proporcionado por las "teorías de rango medio" de Merton (1967), en el sentido de que son "intermedias respecto de las teorías generales de los sistemas sociales que están demasiado alejadas de clases particulares de comportamiento social, organización y cambio para explicar lo que se observa, y respecto de aquellas descripciones detalladas y ordenadas de particularidades que no están generalizadas en absoluto".

¹⁰ Para ampliar la discusión sobre el tema, véase Fineman, M. A. (2008). The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition. *Yale Journal of Law and Feminism*, 20(1), 1–23.

¹¹ Utilizo intencionalmente aquí el pronombre masculino porque el sujeto político que rige nuestra imaginación institucional actual se basa en una noción limitada de la experiencia humana, que refleja la comprensión del hombre, blanco, propietario o contribuyente, de cierta edad y/o religión, y autor de la Constitución de los Estados Unidos. A lo largo de los siglos XIX y XX, se eliminaron ciertos calificativos, y la subjetividad jurídica política se expandió formalmente para abarcar a grupos previamente excluidos. Sin embargo, este sujeto jurídico del siglo XVIII continúa influyendo en el sujeto jurídico moderno. «Él» conserva muchas de las características secundarias que formaron la percepción de las necesidades y las sensibilidades políticas de un ciudadano masculino del siglo XVIII, protegido por instituciones como la familia patriarcal y los privilegios de una mentalidad de amor-serviente. Para más profundidad sobre este tema, véase Fineman, M. A. (2012). Beyond identities: The limits of an antidiscrimination approach to equality. *Boston University Law Review*, 92(5), 1713–1740.



Ilustrada del derecho y la subjetividad política nos ha dado conceptos jurídicos como el “hombre razonable” y también constituye la base del agente con interés propio¹² y racional de la teoría económica¹³. El sujeto jurídico liberal encarna un ideal de igualdad abstracta o semejanza fundamental donde cualquier diferencia entre los hombres se considera legal o políticamente insignificante.

Este sujeto jurídico legal es un adulto plenamente funcional, responsable y capaz de tomar decisiones. Sin restricciones por parte del Estado, será recompensado según sus talentos particulares y esfuerzos individuales. Sus relaciones sociales están definidas por conceptos, como el consentimiento, y respaldadas por doctrinas jurídicas, como el contrato y la propiedad (Fineman, 2001). La consecución de roles económicos liberales, como creador de empleo, empresario, contribuyente y (por supuesto) consumidor, define las aspiraciones y determina los valores de este sujeto jurídico. Los aspectos complicados de lo que significa ser humano —en particular las realidades físicas de la vulnerabilidad y la dependencia— pueden considerarse un problema, pero se consideran estrictamente un problema individual, no social. Por lo tanto, estos problemas se consideran una responsabilidad personal antes que pública (Fineman, 2001, pp. 1405-1406).

La “teoría de la vulnerabilidad” cuestiona esta visión limitada e inexacta de la subjetividad jurídica. Sugiere que un sujeto jurídico definido principalmente por la vulnerabilidad y la necesidad —más que exclusivamente por la racionalidad y la libertad— refleja con mayor plenitud la condición humana. Como tal, la teoría de la vulnerabilidad tiene el poder de desbaratar la lógica de la responsabilidad personal y la libertad individual construida sobre el estereotipo liberal del individuo independiente y autónomo. El reconocimiento de la vulnerabilidad humana exige que el sujeto jurídico neoliberal sea reemplazado por el sujeto jurídico vulnerable, del mismo modo que un Estado receptivo es sustituido por el Estado restringido de la imaginación liberal (Fineman, 2014).

¹² [Nota del Traductor]: en el original: “self-interested agent”.

¹³ Este sujeto jurídico liberal se basa en la noción lockeana sobre la igualdad de los mismos derechos naturales inalienables. Sobre el tema, véase Fineman, M. A. (2011). *The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition*. En M. A. Fineman (Ed.), *Transcending boundaries of law: Generations of feminism and legal theory* (pp. 161–176). Routledge. Esta es también la base de las teorías jurídicas y económicas que vinieron a dominar a fines del siglo XX y suelen asociarse con la filosofía económica de la “Escuela de Chicago” (Posner, 2014). Para ampliar la información sobre la influencia del movimiento de derecho y economía en Estados Unidos, véase Rodgers, D. T. (2011). *Age of fracture*. Belknap Press of Harvard University Press. Para una crítica desde la teoría feminista, véase Fineman, M. A., & Dougherty, T. (Eds.). (2005). *Feminism confronts Homo Economicus: Gender, law, & society*. Cornell University Press.



El replanteamiento de la subjetividad jurídica y la responsabilidad del Estado es un importante proyecto de justicia social. Cuando situamos al sujeto vulnerable en el centro de nuestra teorización, se hace evidente que existe un daño colectivo o social que surge inevitablemente de un Estado que no responde a la condición humana universal y constante de vulnerabilidad y dependencia (Fineman, 2010; 2013). Este daño surge de la profunda negligencia o desatención por parte del Estado a la hora de atender la vulnerabilidad humana al crear sus instituciones y definir las relaciones sociales que regirán la sociedad (Fineman, 2013, nota al pie 15). La teoría de la vulnerabilidad es también un proyecto jurídico que pondrá bajo escrutinio de la justicia social a todas las áreas del derecho, no sólo las centradas en derechos civiles.

A. ¿Qué significa ser humano?

La teoría de la vulnerabilidad comenzó planteando una pregunta fundamental: ¿qué significa ser humano? (Fineman, 2013)¹⁴. Para responder a esta pregunta, debemos identificar los aspectos esenciales del ser humano: aquellas características, experiencias o situaciones que son universales y definen la condición humana¹⁵. La respuesta a esta pregunta en la teoría de la vulnerabilidad es, por supuesto, vulnerabilidad. La vulnerabilidad se encuentra en el hecho de que somos seres encarnados. Nuestros cuerpos son inevitable y constantemente susceptibles a los cambios, tanto positivos como negativos, evolutivos y episódicos a lo largo de la vida, y eso tiene también implicaciones para nuestro bienestar social¹⁶. Cabe

¹⁴ La teoría de la vulnerabilidad establece una distinción entre lo que es la esencia de la condición humana (que refleja las realidades biológicas y de desarrollo de nuestros cuerpos) y cómo entendemos la naturaleza humana (que es en gran medida un producto de la historia, la geografía y la cultura; en otras palabras, varía con el tiempo y el lugar y se produce socialmente).

¹⁵ La teoría de la vulnerabilidad postula que esta condición es universal y constante, pero también reconoce que existen diferencias entre los individuos. Las diferencias “horizontales” pueden observarse si tomamos una porción de la sociedad en un momento dado y observamos las diferencias en la corporalidad —como la raza, el género, la discapacidad— y otras diferencias. También existen diferencias en el estatus y la posición social. Estas diferencias no modifican la vulnerabilidad fundamental que marca a todos los cuerpos, pero ciertamente han provocado ventajas o desventajas sociales profundas. Así, las diferencias horizontales han sido el tema principal de las leyes antidiscriminatorias y de inclusión. Otro conjunto de diferencias puede pensarse como “verticales”: aquellas que ocurren dentro de cada individuo a lo largo de su vida, a medida que pasa de la infancia a la vejez. Estas diferencias no están bien abordadas en el derecho ni en la teoría. Por lo general, los niños, algunos ancianos o personas con discapacidades son agrupados dentro de “poblaciones vulnerables” y estigmatizados, ya sea como necesitados de protección o como carentes de capacidad, creando así una identidad legal “especial” para quienes pertenecen a ese grupo. Otras “poblaciones vulnerables”, como los jóvenes en situación de riesgo, pueden ser objeto de disciplina o castigo. Este artículo no explorará la reconciliación del sujeto vulnerable universal con lo que he llamado el “paradigma” de la particularidad, pero quienes estén interesados en este aspecto pueden consultar Fineman, M. A. (2014). Equality and difference – The restrained state. *Alabama Law Review*, 66(3), 609–626; y Fineman, M. A. (2014). Vulnerability, resilience, and LGBT youth. *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 23(2), 307–331.

¹⁶ Para más información sobre el tema, véase Fineman, M. A. (2011). The vulnerable subject: Anchoring equality



señalar que la vulnerabilidad humana no se plantea como un concepto normativo. Es descriptivo, representa observaciones empíricas irrefutables sobre la naturaleza y la sustancia de la experiencia humana encarnada.

Como seres encarnados, los seres humanos experimentamos constantemente cambios a lo largo del tiempo, que no sólo incluyen la posibilidad de daños corporales, lesiones o deterioro, sino que también pueden ser positivos y generativos. Por ejemplo, los cambios en el desarrollo de un individuo pueden conducir a una mayor fuerza, crecimiento, sabiduría y madurez, además de provocar creatividad y relaciones de plenitud y satisfacción. A nivel social, la realidad de nuestra susceptibilidad a los cambios corporales a lo largo del tiempo requiere la creación de relaciones de cuidado y atención de las que dependemos¹⁷ cuando somos bebés y niños, así como las instituciones y relaciones sociales en las que estamos inevitablemente inmersos cuando somos adultos¹⁸.

Aunque la teoría de la vulnerabilidad comienza con la vulnerabilidad, no termina ahí. De hecho, son las implicaciones de la vulnerabilidad humana la parte más significativa de la teoría para el pensamiento jurídico y político. Como somos criaturas encarnadas también dependemos de las instituciones y relaciones sociales a lo largo de nuestra vida.

B. Implicaciones institucionales de la vulnerabilidad humana

En última instancia, más importante para el desarrollo de la teoría que la descripción de la vulnerabilidad humana es una segunda cuestión teórica, que tiene implicaciones normativas: Si ser humano es ser universal y constantemente vulnerable, ¿cómo debería este reconocimiento configurar la estructura y el funcionamiento de nuestra sociedad y sus instituciones? Para responder a esta pregunta, es necesario reflexionar inicialmente sobre toda la idea de sociedad, su finalidad y su justificación. Reflejando una incipiente perspectiva neoliberal, Margaret Thatcher, en una entrevista publicada en 1987 en la revista *Women's Own Magazine*, proclamó que la sociedad no existía:

in the human condition. In M. A. Fineman (Ed.), *Transcending boundaries of law: Generations of feminism and legal theory* (pp. 161–176). Routledge.

¹⁷ Considero que tanto la vulnerabilidad como la dependencia son universales y reflejan la condición humana compartida que nos obliga, por necesidad, a ser seres sociales. Estos términos no designan a los individuos como aberrantes y deficientes, sino que, muy al contrario, ejemplifican la condición humana.

¹⁸ Véase *The Guardian*. (2013, 8 de abril). *Margaret Thatcher: A life in quotes*. <https://www.theguardian.com/politics/2013/apr/08/margaret-thatcher-quotes>



Le están echando sus problemas a la sociedad. Y, ya sabes, no existe esa cosa que llaman sociedad. Hay hombres y mujeres individuales y hay familias. Y ningún gobierno puede hacer nada si no es a través de las personas, y las personas deben ocuparse primero de sí mismas. Es nuestro deber cuidar de nosotros mismos y luego, también, de nuestros vecinos¹⁹.

Claramente, estaba haciendo una declaración política, no sociológica, que reflejaba su punto de vista sobre la responsabilidad (o falta de responsabilidad) del Estado. Sin embargo, la idea de sociedad y su en la teoría crítica no siempre es obvia, y es importante revelar explícitamente las suposiciones que se hacen. Sabemos que las sociedades no son todas iguales, pero pueden tener características universales compartidas. ¿Cuáles son? Obviamente, toda sociedad tiene que ser intergeneracional si quiere perpetuarse. Toda sociedad necesita un medio para organizarse y establecer las normas que guíen las interacciones individuales entre sí, así como establecer la relación apropiada entre el individuo y el Estado. Además, toda sociedad debe, necesariamente, concebir instituciones y relaciones sociales que respondan a las realidades de la condición humana, lo que significa responder a la vulnerabilidad y dependencia humanas²⁰.

Estas dos afirmaciones sobre la sociedad están en el corazón de la teoría de la vulnerabilidad. Las instituciones sociales y las relaciones que establece una sociedad deben trascender no sólo los intereses específicos de determinados individuos y grupos, sino que también deben preocuparse por las necesidades intergeneracionales de la sociedad. Esta perspectiva social define un reto preeminente de justicia social. La teoría de la vulnerabilidad nos enseña que todos los seres humanos estamos inevitablemente insertos en lo social, situados a lo largo de nuestra vida en determinados sistemas de organización social. La naturaleza social de esas instituciones y relaciones constituyen la base de la responsabilidad estatal o colectiva. Esta responsabilidad no puede entenderse inicial o principalmente sólo en términos de bienestar individual. La responsabilidad de la justicia social debe ser intergeneracional y estar dirigida a los sistemas de instituciones y relaciones desarrollados por una sociedad para mantener el bienestar y el desarrollo humano general²¹. No podemos evaluar adecuadamente lo que es justo a nivel individual o de grupo sin tener en cuenta

¹⁹ Véase The Guardian. (2013, 8 de abril). *Margaret Thatcher: A life in quotes*. <https://www.theguardian.com/politics/2013/apr/08/margaret-thatcher-quotes>

²⁰ Como hemos visto, la política contemporánea ha dictado el mercado y sus instituciones como el mecanismo para satisfacer las necesidades humanas, así como para preservar la libertad individual. Ver infra Sección II.C.

²¹ Las distorsiones dentro del sistema, como la inadmisibles discriminación, pueden abordarse una vez que se haya determinado que el funcionamiento general es justo.



la justicia del orden social fundamental. Los problemas sociales de organización y orden general deben definir la responsabilidad del Estado en primera instancia.

Al definir esta responsabilidad colectiva, la realidad colectiva de la vulnerabilidad humana y la dependencia física y social que inevitablemente genera deben ser una preocupación central. En particular, las implicaciones sociales de la dependencia son de vital importancia a la hora de definir la responsabilidad del Estado²². La dependencia es más evidente cuando somos bebés y niños, pero aunque podemos ser más o menos dependientes en cualquier etapa, está presente de alguna forma y en algún grado a lo largo de toda nuestra vida (Fineman, 1995a, pp. 2200-2201).

C. Instituciones sociales y resiliencia.

Entender la vulnerabilidad como algo que surge inevitablemente de nuestra encarnación y que inevitablemente requiere la creación de instituciones sociales, debería dejar claro que no existe una posición de invulnerabilidad ni de independencia. Afortunadamente, existe la resiliencia. La resiliencia es fundamental en un análisis de vulnerabilidad. La resiliencia no es una característica natural ni variable de los individuos. Tampoco se consigue mediante el logro y esfuerzo individual. Más bien, la resiliencia es producto de las relaciones sociales y las instituciones. Los seres humanos no nacen resilientes. La resiliencia se produce con el tiempo, dentro de las estructuras sociales y en condiciones sociales sobre las que los individuos pueden tener poco o ningún control (Fineman, 1995a, pp. 2200-2201).

La resiliencia se encuentra en los recursos materiales, culturales, sociales y existenciales que permiten a los individuos responder a su vulnerabilidad (y dependencias)²³. La resiliencia se mide por la capacidad de un individuo para

²² La dependencia es la realización o actualización de la vulnerabilidad humana y puede adoptar formas económicas, físicas, psicológicas u otras formas institucionales. La dependencia se ha utilizado tradicionalmente como un término altamente estigmatizado, particularmente en el contexto de la "reforma de la asistencia social" [*welfare reform*]. La dependencia y la idea de ciclos de dependencia intergeneracional se utilizaron para justificar recortes drásticos a una red de seguridad social ya de por sí exigua para las mujeres pobres y sus hijos en Estados Unidos. Sin embargo, las madres solteras que alcanzaban ese estatus a través del divorcio podían buscar recursos en sus exmaridos, permaneciendo dependientes de él y no del Estado. No obstante, los roles sociales de género y las expectativas dentro de la familia afectaban a la forma en que las mujeres eran vistas y recibidas en la sociedad, independientemente de su propia situación familiar o de su condición de madres. Para más información sobre el tema, véase Fineman, M. A. (1995a). Masking dependency: The political role of family rhetoric. *Virginia Law Review*, 81(7), 2181–2216.

²³ La lista de recursos es una ampliación de la lista de fuentes elaborada en Fineman, M. A. (2008). The vulnerable



sobrevivir o recuperarse de los daños o contratiempos que inevitablemente se producen a lo largo de la vida. La resiliencia también tiene manifestaciones positivas. Las personas resilientes pueden entablar relaciones, realizar transacciones, aprovechar oportunidades o asumir riesgos en la vida, con la seguridad de que si fracasan en el reto o se encuentran con obstáculos inesperados, es probable que dispongan de los medios y la capacidad para recuperarse. En otras palabras, la resiliencia nos permite responder a la vida, no sólo para sobrevivir, sino también para prosperar en las circunstancias en las que nos encontramos.

Las instituciones son los mecanismos a través de los cuales los individuos pueden acumular los recursos que necesitan para tener resiliencia. También es importante que el análisis de la vulnerabilidad se centre en el curso de la vida. Las instituciones que confieren resiliencia operan simultánea y secuencialmente en la sociedad. El hecho de que sean secuenciales es importante porque ilustra cómo el hecho de no lograr obtener con éxito recursos o resiliencia en una etapa puede afectar fundamentalmente a la capacidad de una persona para tener éxito en otra. Una educación inadecuada perjudicará la capacidad de conseguir empleo y acumular bienes materiales, lo que también afectará aspectos posteriores de la vida, como la salud, la formación de una familia y las perspectivas en la vejez. El paso a una nueva fase depende del cumplimiento con éxito de las tareas establecidas en la etapa anterior, y puede ser difícil recuperarse si eso no sucede²⁴.

El hecho de que las instituciones operen simultáneamente también es significativo a la hora de pensar en la resiliencia. La familia, el mercado, los sistemas financiero y educativo, etc. son las instituciones interrelacionadas en las que acumulamos los recursos materiales, culturales, sociales y existenciales que nos dan resiliencia como individuos. Por lo tanto, la resiliencia adquirida a través de un acuerdo institucional o relacional puede compensar o mitigar las desventajas de otros (y viceversa). Por ejemplo, una familia fuerte compensa una educación débil, mientras que una familia violenta o abusiva socava las ventajas de una educación fuerte²⁵.

subject: Anchoring equality in the human condition. *Yale Journal of Law and Feminism*, 20(1), 1–23; basado en los cuatro tipos de fuentes identificadas en Kirby, P. (2006). *Vulnerability and violence: The impact of globalisation*. Pluto Press. Al hablar de resiliencia, Kirby se basa en definiciones anteriores que entendían la resiliencia como “lo que permite a unidades como individuos, hogares, comunidades y naciones resistir choques internos y externos” (Fineman, 2008).

²⁴ Para ampliar el tema, véase Fineman, M. A., & Shepherd, G. B. (2016). Homeschooling: Choosing parental rights over children's interests. *University of Baltimore Law Review*, 46(1), 57–106.

²⁵ Para más información al respecto, véase Fineman, M. A. (2008). The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition. *Yale Journal of Law and Feminism*, 20(1), 1–23.

Aunque puede que no se centre explícitamente en la vulnerabilidad de los seres humanos, el orden político actual no desestima la necesidad de instituciones sociales²⁶. Los pronunciamientos políticos, las historias legislativas, las plataformas de los partidos y la retórica política han reconocido y celebrado sistemáticamente la importante posición y función de las instituciones y los roles institucionales en la sociedad²⁷. Las instituciones económicas o de mercado son elogiadas por producir el bienestar económico de la sociedad, y los individuos que las controlan son vistos como creadores de riqueza y empleo: empresarios que allanan el camino para el crecimiento económico y la prosperidad para toda la nación²⁸. Se elogia a la familia por su papel en la crianza de la próxima generación de ciudadanos y el cuidado de quienes se encuentran al final de la vida. Se elogia a los padres por su abnegación, y se valora la familia autosuficiente (conyugal) como un ideal moral y económico, excepcionalmente calificada para atender la dependencia y las necesidades de sus miembros²⁹.

La percepción política y de políticas públicas es que estas instituciones, entre otras, tienen un papel central y esencial en la organización y reproducción de la sociedad, así como en el sustento de los individuos, lo que sirve como justificación para protegerlos de la interferencia del Estado³⁰. Obviamente, esta percepción de que las instituciones son necesarias es correcta. Sin embargo, debemos modificar el dogma político actual que sitúa estas instituciones dentro

²⁶ La retórica política liberal refleja un mayor reconocimiento de que la ayuda gubernamental es necesaria cuando se trata de cubrir necesidades básicas como la sanidad y la educación que sus homólogos más conservadores. Sin embargo, ambos defienden y preservan la división entre lo público y lo privado.

²⁷ Para más información sobre la relevancia de las instituciones políticas y económicas para el desarrollo, véase Acemoglu, D., & Robinson, J. (2012). *Why nations fail: The origins of power, prosperity, and poverty*. Crown Business. Y sobre la relación de las instituciones políticas con la desigualdad y la concentración de la riqueza, véase Hacker, J. S., & Pierson, P. (2011). *Winner-take-all politics: How Washington made the rich richer—and turned its back on the middle class*. Simon & Schuster.

²⁸ Particularmente, en las sociedades capitalistas modernas, es decir, las economías de mercado, las empresas privadas son los principales actores a la hora de decidir qué, cuándo y cuánto bienestar económico se produce, y también son nuestros principales empleadores y contribuyentes. En palabras de Lindblom, son una especie de “funcionario público”, considerando que “el empleo, los precios, la producción, el crecimiento, el nivel de vida y la seguridad económica de todos están en sus manos” (Lindblom, 1977; énfasis añadido por la autora).

²⁹ La familia es la institución “privada” por excelencia, la esfera teóricamente protegida de la intervención del Estado. Sin embargo, paradójicamente, también es una entidad fuertemente regulada, en la que el Estado —mediante la ley— define cuál es el vínculo familiar básico y quién puede alcanzarlo en qué circunstancias. El Estado también define las consecuencias de la relación familiar y controla tanto la salida como la entrada en esas relaciones. He hablado de la invisibilidad de la dependencia dentro de la familia y de la necesidad de una responsabilidad colectiva hacia el cuidado en Fineman, M. A. (1995b). *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*. Routledge.

³⁰ Para una visión general del desarrollo del excepcionalismo del Derecho de familia, véase Halley, J. (2011a). What is family law? A genealogy. Part I. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 23(1), 1–6. Para argumentos sobre cómo el derecho de familia difiere fundamentalmente del “mercado” y sus leyes, véase Halley, J. (2011b). What is family law? A genealogy. Part II. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 23(2), 189–195.



de una “esfera privada”, distinguiéndolas de un ámbito público en el que la acción y la responsabilidad del Estado son las normas. No reconocer la finalidad pública de estas instituciones (y la correspondiente responsabilidad pública sobre ellas) no sólo es erróneo, sino también perjudicial para el funcionamiento de la sociedad y el bienestar de muchas personas.

Que estas entidades construidas se consideren instituciones “privadas”, a pesar de que promulgamos leyes para facilitar su creación, determinar su forma, términos y responsabilidades, y facilitar su funcionamiento, es una paradoja³¹. Son criaturas de la ley, creadas por doctrinas establecidas en las leyes corporativas, de familia, de propiedad, societarias, laborales, impositivas, comerciales, de bienestar y de otras índoles. La ley determina la naturaleza de las relaciones entre individuos dentro de estas instituciones sociales esenciales, como padre-hijo, empleador- empleado, accionista-consumidor, etc³².

La creación de instituciones y relaciones sociales también implica definir la relación entre el Estado, las instituciones que crea en la ley y el individuo. Las leyes y los principios jurídicos conforman o limitan el alcance permanente de la responsabilidad del Estado sobre las instituciones sociales una vez que éstas han sido creadas. En Estados Unidos, la idea de la responsabilidad permanente del Estado se considera una excepción cuando se trata de instituciones sociales, en particular el mercado o la familia. Por ejemplo, en el ámbito empresarial, las nociones de “libre mercado” y “eficacia” inherentes a la competencia se plantean constantemente como obstáculos a la regulación y supervisión estatales³³. Hemos

³¹ Robert Dahl (1982) observó que “sin la protección de una densa red de leyes aplicadas por los gobiernos públicos, la mayor empresa estadounidense no podría existir ni un solo día”. Dahl también señaló que la visión de las instituciones económicas como “privadas” no se ajusta a su naturaleza “social y pública” (Dahl, 1982, p. 139). “La caracterización del mercado en este esquema público/privado es interesante. Se presenta como público frente a la familia, pero privado frente al Estado, pareciendo obtener la ventaja de cada categoría. En este sentido, es interesante observar que cuando la comparación es de mercado frente a familia, la esfera ‘privada’ de la familia está sujeta a una fuerte regulación pública, principalmente porque conserva aspectos de “estatus” y no se rige por contrato. Por el contrario, el ámbito “público” del mercado se rige por cuerpos de derecho designados como ‘privados’, como el contrato. Estas caracterizaciones contrarias tienen matices ideológicos” (Fineman, 2000). Para ampliar información al respecto, véase Fineman, M. A. (2000). Cracking the foundational myths: Independence, autonomy, and self-sufficiency. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 8(1), 13–29.

³² Por esta razón, estos son ejemplos de leyes que deben examinarse de forma consistente y rigurosa, teniendo en cuenta los principios de justicia social. La teoría de la vulnerabilidad se refiere a estas relaciones como identidades sociales. Expresan las expectativas de la sociedad que rigen la interacción y las consecuencias dentro de las instituciones. Sobre esta idea relacionada al context labora, véase Fineman, J. W. (2018). A vulnerability approach to private ordering employment. In M. A. Fineman & J. W. Fineman (Eds.), *Vulnerability and the legal organization of work* (pp. 13–30). Routledge. También es importante ver cómo las identidades sociales pueden cruzarse de forma injusta. Por ejemplo, ¿cómo entra en conflicto el rol social definido para el empleado con el definido para el padre? Obsérvese que no se trata de un análisis tradicional basado en la identidad. Lo relevante no es el sexo del empleado, sino la tarea social asociada al rol social —cuidador versus empleado—.

³³ Los políticos utilizan argumentos de libertad, igualdad y contrato al redactar los términos y consecuencias



creado doctrinas de “privacidad familiar” y “patria potestad” que disuaden la participación del gobierno en decisiones importantes y trascendentales que afectan el bienestar presente y futuro de los niños³⁴. Esta postura predeterminada del sistema de ordenamiento “privado” para las instituciones sociales esenciales debe ajustarse mediante el reconocimiento de la necesidad de control público y supervisión continuos de estas instituciones. Esta supervisión y la defensa de los ajustes necesarios deberían ser los principales enfoques de los estudios sobre justicia social.

Al configurar las instituciones sociales esenciales y las relaciones dentro de ellas, la ley dicta la organización básica de la sociedad, asignando el poder y los privilegios y determinando los medios para el bienestar individual y social. Tanto los individuos como la sociedad dependen en última instancia del funcionamiento satisfactorio y justo de las instituciones de la sociedad. La relación entre el individuo y la sociedad es simbiótica y mutuamente dependiente. Como se ha indicado en el apartado anterior, el concepto de dependencia derivada es importante en este caso. Si queremos desempeñar los papeles sociales que ocupamos dentro de la sociedad, debemos poder confiar en sus instituciones. Para que la sociedad prospere, debe basarse en el éxito de las instituciones y los individuos que la integran. La dependencia individual y colectiva de las relaciones sociales y las instituciones exige que el Estado supervise estos acuerdos sociales esenciales y realice ajustes cuando no funcionen de forma equitativa. Esto incluye las instituciones que ahora se clasifican como privadas, así como las consideradas públicas³⁵. Como mucho, las instituciones sociales sólo pueden considerarse cuasi privadas.

III. Conclusión

La teoría de la vulnerabilidad, construida en torno a nuestra vulnerabilidad y dependencia compartidas, aclara por qué primero necesitamos considerar las instituciones y relaciones jurídicas generales para determinar la

legales del empleo como asunto principalmente privado. Al respecto, véase Fineman, J. W. (2018). A vulnerability approach to private ordering employment. In M. A. Fineman & J. W. Fineman (Eds.), *Vulnerability and the legal organization of work* (pp. 13–30). Routledge. Los mismos principios se utilizan para sustentar la organización de las relaciones corporativas con el fin de eludir las regulaciones y la supervisión.

³⁴ Un ejemplo de cómo un análisis de vulnerabilidad podría abordar esto se encuentra en Fineman, M. A., & Shepherd, G. B. (2016). Homeschooling: Choosing parental rights over children's interests. *University of Baltimore Law Review*, 46(1), 57–106.

³⁵ Para ampliar la información respect a este tema, véase Fineman, M. A. (2000). Cracking the foundational myths: Independence, autonomy, and self-sufficiency. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 8(1), 13–29.



justicia social. Al situar al sujeto vulnerable en el centro de su indagación, la teoría de la vulnerabilidad requiere una investigación crítica que comience con una consideración de cómo la sociedad en general estructura sus instituciones y relaciones a través de la ley y la política. Al instarnos a hacer esto antes de analizar cómo se desenvuelven los individuos o grupos específicos dentro de esos acuerdos sociales, la teoría pretende definir y aplicar un conjunto legislativo o administrativo de ética en la toma de decisiones en lugar de establecer un conjunto de derechos individuales³⁶. La teoría de la vulnerabilidad se centra más en establecer los parámetros de la responsabilidad estatal sobre las percepciones y relaciones sociales que en fijar los límites de la intervención estatal.

Al adoptar este enfoque de la responsabilidad del Estado, la teoría de la vulnerabilidad amplía nuestra noción de lo que constituye un perjuicio de importancia constitucional para incluir la negligencia grave o la indiferencia deliberada de circunstancias de privación profunda y necesidad insatisfecha por parte de algunos ciudadanos³⁷. Si las instituciones y las relaciones sociales se forman para responder a la vulnerabilidad y la dependencia humanas, entonces la vulnerabilidad y la dependencia humanas deben constituir la base de nuestro pacto social. Esta perspectiva social es muy diferente de la que se encuentra en la teoría tradicional del contrato social a la hora de definir la responsabilidad del Estado. Los conceptos tradicionales de contrato social se basan en la idea de que los individuos racionales y autónomos consienten en ceder parte de su libertad naturalmente dotada al Estado (restringido) a cambio de protección mutua en un mundo hobbesiano³⁸. Por el contrario, la teoría de la vulnerabilidad reconoce que la responsabilidad del Estado surge de las necesidades humanas arraigadas orgánicamente en la universalidad de la vulnerabilidad y la dependencia. La responsabilidad del Estado, manifestada inicialmente en la creación de la organización y las normas sociales, debe continuar supervisando y reformando dichas instituciones si se quiere que tengan éxito en consonancia con los principios de la justicia social.

³⁶ Esto no significa que un análisis antidiscriminatorio no sea nunca apropiado. Se trata simplemente de un argumento sobre la inclusión y el posicionamiento en el pensamiento crítico. Si se empieza definiendo un problema como uno limitado a la discriminación, la resolución es la inclusión del individuo o grupo excluido. La naturaleza general y el funcionamiento de la institución social y las relaciones que contiene pueden entonces descuidarse o ignorarse. Para ampliar información sobre el tema, véase Dinner, D. (2017). Beyond "best practices": Employment-discrimination law in the neoliberal era. *Indiana Law Journal*, 92(4), 1059–1114.

³⁷ Para más información sobre el tema, véase Fineman, M. A. (2010a). The vulnerable subject and the responsive state. *Emory Law Journal*, 60(2), 251–275.

³⁸ No es sorprendente que algunos individuos tengan éxito e incluso prosperen en este tipo de mundo hobbesiano: lo hacen explotando y dominando a otros, incluidas las estructuras de gobierno.



Es importante destacar que un enfoque de la justicia social basado en la vulnerabilidad reconoce que la relación entre el individuo y la sociedad es sinérgica y, por tanto, continua. Las instituciones que confieren resiliencia operan de forma integrada y secuencial dentro de la sociedad, y el éxito individual depende de la integración y el funcionamiento adecuado de esas instituciones. El papel de las instituciones sociales para el individuo también sugiere una dependencia social correspondiente de los éxitos colectivos de esos individuos. Del mismo modo que ningún individuo puede mantenerse con éxito al margen del Estado y sus instituciones, el destino del Estado depende en última instancia de las acciones de los individuos que lo constituyen. La reproducción de una sociedad justa requiere que la ley y la política construyan y sostengan un Estado adecuadamente receptivo: uno que se base en la teoría de la vulnerabilidad, que aborde la gama de dependencias inherentes a lo largo de la vida y que esté atento a todas las etapas del desarrollo y las formas de necesidad del sujeto vulnerable.

Referencias bibliográficas

- Acemoglu, D., & Robinson, J. (2012). *Why nations fail: The origins of power, prosperity, and poverty*. Crown Business.
- Alperovitz, G., & Daly, L. (2008). *Unjust deserts: How the rich are taking our common inheritance*. New Press.
- Dahl, R. A. (1982). *Dilemmas of pluralist democracy: Autonomy vs. control*. Yale University Press.
- Dinner, D. (2017). Beyond “best practices”: Employment-discrimination law in the neoliberal era. *Indiana Law Journal*, 92(4), 1059–1114.
- Fineman, J. W. (2018). A vulnerability approach to private ordering employment. In M. A. Fineman & J. W. Fineman (Eds.), *Vulnerability and the legal organization of work* (pp. 13–30). Routledge.
- Fineman, M. A. (1995a). Masking dependency: The political role of family rhetoric. *Virginia Law Review*, 81(7), 2181–2216.
- Fineman, M. A. (1995b). *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*. Routledge.
- Fineman, M. A. (2000). Cracking the foundational myths: Independence, autonomy, and self-sufficiency. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 8(1), 13–29.
- Fineman, M. A. (2001). Contract and care. *Chicago-Kent Law Review*, 76(3), 1403–1422.
- Fineman, M. A. (2008). The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition. *Yale Journal of Law and Feminism*, 20(1), 1–23.



- Fineman, M. A. (2010). The vulnerable subject and the responsive state. *Emory Law Journal*, 60(2), 251–275.
- Fineman, M. A. (2011). The vulnerable subject: Anchoring equality in the human condition. In M. A. Fineman (Ed.), *Transcending boundaries of law: Generations of feminism and legal theory* (pp. 161–176). Routledge.
- Fineman, M. A. (2012). Beyond identities: The limits of an antidiscrimination approach to equality. *Boston University Law Review*, 92(5), 1713–1740.
- Fineman, M. A. (2013). Equality, autonomy, and the vulnerable subject in law and politics. In M. A. Fineman & A. Grear (Eds.), *Vulnerability: Reflections on a new ethical foundation for law and politics* (pp. 13–28). Ashgate.
- Fineman, M. A. (2014). Equality and difference – The restrained state. *Alabama Law Review*, 66(3), 609–626.
- Fineman, M. A. (2014). Vulnerability, resilience, and LGBT youth. *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 23(2), 307–331.
- Fineman, M. A., & Shepherd, G. B. (2016). Homeschooling: Choosing parental rights over children's interests. *University of Baltimore Law Review*, 46(1), 57–106.
- Fineman, M. A. (2017). Vulnerability and inevitable inequality. *Oslo Law Review*, 4(3), 133–149.
- Fineman, M. A., & Dougherty, T. (Eds.). (2005). *Feminism confronts Homo Economicus: Gender, law, & society*. Cornell University Press.
- Fineman, M. A., & Shepherd, G. (2016). Homeschooling: Choosing parental rights over children's interests. *University of Baltimore Law Review*, 46(1), 57–88.
- Halley, J. (2011a). What is family law? A genealogy. Part I. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 23(1), 1–6.
- Halley, J. (2011b). What is family law? A genealogy. Part II. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 23(2), 189–195.
- Hacker, J. S., & Pierson, P. (2011). *Winner-take-all politics: How Washington made the rich richer—and turned its back on the middle class*. Simon & Schuster.
- Kirby, P. (2006). *Vulnerability and violence: The impact of globalisation*. Pluto Press.
- Lindblom, C. E. (1977). *Politics and markets: The world's political economic systems*. Basic Books.
- Merton, R. K. (1967). On sociological theories of the middle range. In *On theoretical sociology: Five essays, old and new* (pp. 39–72). Free Press.
- Pitkin, H. F. (1967). *The concept of representation*. University of California Press.
- Posner, R. A. (2014). *Economic analysis of law* (9th ed.). Wolters Kluwer Law & Business.



Rodgers, D. T. (2011). *Age of fracture*. Belknap Press of Harvard University Press.

The Guardian. (2013, 8 de abril). *Margaret Thatcher: A life in quotes*. <https://www.theguardian.com/politics/2013/apr/08/margaret-thatcher-quotes>