



BIBLIOTECA  
COMILLAS  
Derecho

06

EL DERECHO  
INTERNACIONAL  
EN LA FRONTERA DE LOS  
DERECHOS HUMANOS

Libro homenaje a la profesora  
Dra. Cristina J. Gortázar Rotaache  
SALOMÉ ADROHER BIOSCA  
IRENE CLARO QUINTÁNS (dirs.)



COMILLAS  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

**CUARTA PARTE:**  
**Derechos humanos**



## CAPÍTULO 23

# LA IDEA DE VULNERABILIDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

JOSÉ LUIS REY PÉREZ  
*Universidad Pontificia Comillas*

Aunque Bobbio señaló ya hace bastantes años que «el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*» (Bobbio, 1991, p. 61), las preguntas acerca del porqué de los derechos y cómo estos se fundamentan siguen estando presentes, más aun cuando tenemos delante nuevos desafíos en relación con la extensión de los derechos a colectivos que tradicionalmente habían sido discriminados en su reconocimiento como son las personas con discapacidad, las de otra nacionalidad o seres de otras especies en lo que Nussbaum ha denominado las «últimas fronteras de la justicia» (Nussbaum, 2006). Así, la fundamentación de los derechos basada en los ideales de la Ilustración que partían de un hombre (no mujer), blanco, capaz, autodeterminado ha terminado por resultar inservible hoy cuando estamos inmersos en el debate del reconocimiento a muchas minorías que hasta este momento estaban excluidas del esquema de la Ilustración<sup>1</sup>. Esta ampliación de los sujetos titulares de derechos obliga a repensar cuál es el fundamento de los mismos y ver si hay otra manera de fundamentarlos que alcance el ideal de la universalización, ya presente en la Ilustración solo que de forma meramente nominativa. En este trabajo se abordará, en primer lugar, la cuestión de qué queremos decir cuando hablamos de fundamentación de los derechos para a continuación hacer un breve repaso por las que han venido siendo las

---

<sup>1</sup> Vid. Honneth (1997).

fundamentaciones más extendidas en la doctrina para, finalmente, examinar la vía de la vulnerabilidad como un argumento nuevo en la fundamentación de los derechos.

## 1. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

Cuando nos planteamos el fundamento de los derechos, lo que estamos buscando son razones que justifiquen el porqué podemos decir que alguien tiene un derecho a algo. Sobre el concepto y el fundamento ha habido amplios debates doctrinales que están muy relacionados con la propia visión y fundamento del derecho que se tenga. Para los iusnaturalistas, los derechos son algo que las personas tenemos por el mero hecho de serlo, preexistentes por tanto a su reconocimiento en el ordenamiento jurídico y existentes de por sí. Para los positivistas, en cambio, aunque pueda haber valores morales que se argumentan desde la ética o la filosofía moral, ellos no constituyen derechos hasta que un sistema jurídico los ha reconocido como tales y, en consecuencia, pone a su disposición medios y formas de protección. El qué y el porqué de los derechos siempre han estado unidos. En todos los derechos se da al mismo tiempo una dimensión teleológica y funcional. La primera hace referencia al porqué de esos derechos, a los valores morales que están detrás de ellos, los valores de lo que Peces-Barba (2000) denominaba ética pública, esto es, los valores de la moral crítica universal: dignidad, libertad, igualdad, solidaridad y seguridad. La segunda dimensión, la funcional, señala que el reconocimiento de estos valores por el sistema jurídico es un instrumento que legitima el propio ordenamiento.

Tradicionalmente, entre los fundamentos de los derechos humanos se ha hablado de estos valores y más en particular, el de la dignidad. De hecho, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 abre con esa idea su Preámbulo: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». Sin embargo, la Declaración y la fundamentación tradicional de los derechos ha venido de la mano de ese ideal de la Ilustración que vinculaba la idea de dignidad humana a la autonomía de la voluntad y la autonomía moral. ¿Qué es la dignidad humana? Una pregunta tan básica, y tan fundamental en la filosofía moral... queda todavía lejos de tener una respuesta clara. Los colectivos que no tenían en el pasado reconocidos los derechos eran vistos como colectivos carentes de autonomía moral y, en último término, de dignidad. Así pasó con las personas de color, con las

mujeres, con los indígenas y con las personas con discapacidad. No es que haya pasado, muchos de estos colectivos siguen siendo discriminados por su diferencia.

El ideal ilustrado de los derechos humanos se basó hasta tiempos recientes en una perspectiva masculina y capacitista. El hecho de que en Occidente los derechos que tenían una cierta predominancia fueran las libertades, hizo que la idea de dignidad se uniera a la de autonomía moral. Y que el propio concepto de los derechos pareciera unido necesariamente a esa idea de que lo que hace al hombre digno es la capacidad para determinarse en sus planes de vida, de ser capaz de perseguir su proyecto vital, que él mismo, sin ayuda de nadie, ha diseñado y elegido como ser libre que es.

Esta idea, sin embargo, no deja de ser una narrativa irreal que no parte del ser humano tal y como es. Igual que los autores de la Ilustración crearon una ficción —el estado de naturaleza— para justificar el paso a un estado de sociedad civil donde el derecho era la construcción institucional necesaria para asegurar la seguridad jurídica —un estado que nunca ha existido como tal, como nunca ha existido ese pacto social al que hacían referencia, en la misma narrativa los autores no solo de aquellos años donde la razón desplazó a Dios como centro de todas las cosas, sino también de sus herederos racionalistas a lo largo de los siglos— han incluido una imagen del ser humano que no se ajusta con la realidad. Las diversas críticas que el liberalismo político ha recibido desde corrientes filosóficas tan diversas como el comunitarismo, el igualitarismo o el republicanismo<sup>2</sup> hacen hincapié en la misma idea: que el ser humano no es una mónada, que no es lo que Descartes (2007) pretendió en su *Discurso del método* con la clásica idea del «Pienso luego existo», sino que el ser humano es un ser que no solo es, sino que está en el mundo, y ese estar constituye la propia ontología del hombre y de la mujer<sup>3</sup>. En definitiva, que el liberalismo no deja de ser un idealismo que no es capaz de dar una explicación ajustada a la realidad de lo que somos, de cómo vivimos, de cómo tomamos nuestras decisiones e incluso no es capaz de explicar en qué consiste nuestra libertad, ese valor al que tanta importancia le dan y que hacen sinónimo de la idea de dignidad.

Por tanto, para discutir esta fundamentación de los derechos tan arraigada hay que dar dos pasos necesarios. En primer lugar, ofrecer una definición de dignidad que sea distinta de la de libertad para así no caer en un círculo tautológico en la fundamentación de los derechos humanos. En

---

<sup>2</sup> Vid. una explicación resumida de estas corrientes en Gargarella (1999).

<sup>3</sup> Se utiliza aquí el concepto *Dasein* tal y como lo entendió Jaspers (1968).

segundo lugar, explicar a partir de nuestra realidad antropológica cómo el liberalismo es un idealismo que contrasta con la realidad del ser humano, con nuestra propia naturaleza y ontología.

Si hacemos un repaso rápido a las definiciones de dignidad nos encontramos con el problema antes indicado. La definición que se da a este valor en muchos lugares se confunde con la idea de libertad y de autonomía moral. Pero no solo eso, algunos autores hasta lo critican y valoran negativamente que esto se haya incluido en las normas jurídicas porque puede servir para limitar las libertades. Por poner un ejemplo, Gemma señala no sin razón que «nos limitamos a observar, sobre la base de la cultura jurídica y de la casuística jurisprudencial, que han sido reconducidos a la dignidad bienes como la vida, la libertad, el trato no discriminatorio, el honor, el goce de una renta mínima para una subsistencia sin pobreza, la intimidad...y el elenco no es exhaustivo. A juzgar por esta rápida visual a la configuración de la dignidad resulta bien fundada la valoración, difundida en la doctrina, acerca de la vaguedad, indeterminación y ambigüedad del concepto examinado» (Gemma, 2013, p. 412). Esa falta de claridad es algo en lo que los diversos autores parecen estar de acuerdo; para Ansuátegui, no quitando la importancia de la dignidad para el discurso de los derechos, esta es «un término relevante respecto de un determinado proyecto moral —el de los derechos—, pero esta relevancia parece ser inversamente proporcional a su claridad» (Ansuátegui, 2012, p. 12).

La falta de claridad viene de su confusión con otros valores que tienen un concepto y un alcance más determinado, aunque siempre los valores que están detrás de los derechos hayan conocido un debate importante, como ocurre con la extensión y los límites de la libertad, la igualdad o la seguridad. Sin embargo, estos debates sobre los otros valores que fundamentan los derechos parecen centrarse más bien en el potencial choque que puede darse a la hora de ponerlos en juego, esto es, en el caso concreto. Y el ejercicio de ponderación que en algunos casos realiza el legislador y, en otros y más frecuentes, el órgano jurisdiccional, parten de una cierta claridad conceptual porque sin la misma la ponderación sería difícil de realizar. Por ejemplo, cuando, con motivo de los ataques del 11S y otros delitos del terrorismo yihadista que vinieron después, la discusión sobre cómo compatibilizar libertad y seguridad se puso sobre la mesa. Y aunque el cómo ponderar estos valores —y, en definitiva, estos derechos— ha tenido respuestas distintas, todas ellas parten de una cierta claridad acerca de cómo entender la libertad, la seguridad y sus límites.

Con la dignidad, sin embargo, no ocurre lo mismo, no solo porque el concepto sea ambiguo, sino porque en su definición muchas veces se ha confundido con otros valores igualmente importantes pero que tienen su definición establecida de forma más clara. Es lo que pasa con la definición

de dignidad que ofrecen autores como Peces-Barba o Fernández. El primero une explícitamente el concepto de autonomía moral al de dignidad sin ser capaz de separarlos ni de ofrecer una definición autónoma de qué se entiende por dignidad: «...estos rasgos descriptivos, autonomía moral, comunicación y construcción de conceptos generales, que se identifican con un término valorativo como dignidad humana, son todos ellos relevantes como justificación o fundamento de los derechos, que en una primera aproximación serían instrumentos necesarios para la realización de la dignidad humana así entendida» (Peces-Barba, 2004, p. 136). El segundo relaciona la dignidad con la defensa de la vida y la integridad física y moral, ligando esta última al respeto de los derechos humanos y los valores de libertad, igualdad y seguridad: «...como se ve, la idea de dignidad humana o valor atribuido a cada persona humana y que no puede ser sustituido por ningún otro valor precisa, para su delimitación, de otros valores como la autonomía, la seguridad, la libertad o la igualdad» (Fernández, 2011, p. 25).

Es decir, la dignidad consistiría para estos autores en el respeto de los derechos. Aunque la idea de dignidad funcione como fundamento transversal de todos los derechos, ciertamente a la hora de concretarlo no solo conceptualmente sino en la práctica el respeto a la dignidad depende de que se respeten y garanticen los otros derechos, esto es, los derechos civiles y también los políticos y sociales.

¿Esto significa que la idea de dignidad carezca de relevancia? Por supuesto que no. Y quizá aquí habría que regresar al comienzo: fue Kant, el autor más relevante de la Ilustración, el que dio una mejor definición de la dignidad que no es otra que «obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca solo como un medio» (Kant, 1996, p. 104). Mugerza interpretaba el imperativo categórico de Kant en un sentido negativo, en lo que denominó «la alternativa del disenso». Para él Kant no nos está diciendo lo que debemos hacer «sino más bien lo que no debemos, a saber, no debemos tratarnos, ni tratar a nadie, a título exclusivamente instrumental» (Mugerza, 1998, p. 64). La formulación en sentido negativo, al que no hay que negarle su originalidad, ha sido no obstante discutida porque, como señala Atienza (2017, p. 271) «podría pasar a enunciarse positivamente así: *La dignidad consiste en tratar a los demás con consideración y respeto y de manera igual*»<sup>4</sup>.

No obstante, aplicar esto al caso concreto puede traer problemas, y los trae por al menos dos cuestiones. La primera, porque alguien podría decir que cuando se le respetan los derechos a una persona ya esta es tratada

---

<sup>4</sup> Vid. el reciente libro de Atienza (2022).



como fin y no como medio, y en ese caso, ¿qué papel jugaría la dignidad ante un potencial conflicto de derechos? De nuevo Atienza señala que, en cuanto fundamento último de los derechos, la dignidad es un valor absoluto, pero en cuanto hablamos de derechos basados en la dignidad, esto es, cuando lo hacemos descender a derechos concretos sí podría haber conflictos y ser necesaria una ponderación (Atienza, 2017, p. 274). La segunda es que la definición de dignidad no tiene en cuenta la realidad circunstancial del individuo y sus relaciones. De ahí que, como se argumentará en el siguiente apartado, sea necesario conjugar la dignidad con la idea de vulnerabilidad.

Porque el ser humano no es solo razón o no simplemente razón. El antropocentrismo con el que hemos construido nuestras instituciones y nuestra realidad quiere primar la razón sobre el resto de las cosas. Hoy ya sabemos, por un lado, que no hay un solo tipo de razón. Hay diversas racionalidades, algunas instrumentales, otras lógicas, otras emocionales, otras sentimentales, otras relacionales... Y por otro, que la razón que parecía el atributo específico y diferenciador del animal humano sobre los animales no humanos ya no lo es porque los animales no humanos también se comportan racionalmente. No es pues la razón la que nos diferencia como si estuviéramos por encima del resto de seres y fuéramos nosotros los únicos dotados de esta capacidad.

La realidad antropológica del ser humano es circunstancial como ya señaló Ortega y Gasset (2014): «yo soy yo y mis circunstancias». Por tanto, no hay una libertad absoluta para la autodeterminación. Nuestra elección de caminos de vida depende de muchos factores y está condicionada por el entorno en el que hayamos nacido, la cultura, la religión, la sociedad, las experiencias vividas. El ser humano no es un agente individual, sino que estamos siempre en relación con los demás. Solo nos podemos entender desde ese lugar relacional que no se limita al *zoon politikon* de Aristóteles, sino que tiene que ver con algo más que con la comunidad política, aunque la incluya, tiene que ver con cómo se va formando nuestra personalidad en las relaciones que mantenemos con nuestra madre y padre (aquí merece ser reivindicado el hoy tan denostado Freud), cómo aprendemos a relacionarnos con los demás, cómo la familia, la escuela, la religión, las tradiciones van haciendo en gran parte lo que somos. Porque lo que somos no es solo asunción de todos estos valores y enseñanzas que recibimos, también puede ser reacción y rechazo para abrazar otros diversos. Pero incluso ahí, que un liberal diría que se está ejerciendo la autonomía de la voluntad, no somos esa mónada cartesiana, nos autodeterminamos en diálogo o en discusión con otros.

Además, el ser está en el mundo. No somos solo *ser*, somos también *estar*. Ese *Dasein* implica que no podemos prescindir de formar parte del grupo social. Ese grupo social va a condicionar mucho las elecciones y las

decisiones que tomemos. No hay ser humano sin relaciones sociales. Estas constituyen parte de nuestro ser y de nuestra ontología. Estamos situados en el mundo como agentes y pacientes relacionales. Nuestro ser solo puede explicarse desde las relaciones que mantenemos con otros porque somos seres en diálogo continuo. Diálogo con los demás, con las tradiciones, la cultura, la religión o la familia. Diálogo con nosotros mismos.

Si nuestra ontología y nuestra antropología no es la mónada ilustrada y cartesiana, sino la relación, también nuestra manera de fundamentar los derechos ha de ser distinta. Porque a diferencia de ese ser autónomo y autotopoderoso de la razón, nos encontramos con un ser que en las relaciones —y no solo en ellas— descubre su vulnerabilidad. De ahí que tengamos que hacer un esfuerzo más realista, más apegado a la realidad de la vulnerabilidad, si queremos ofrecer una fundamentación alternativa de los derechos que sea más universalista de acuerdo con ese ideal ilustrado nunca realizado de la universalidad de los derechos humanos.

## 2. LA VULNERABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aunque la idea de la vulnerabilidad ha estado presente en algunos intentos de fundamentación de los derechos humanos como el que hizo Añón (1994) en *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, lo que centraba el discurso no era tanto la vulnerabilidad como el concepto de necesidades básicas. Estas han jugado un papel muy importante en la discusión y elaboración de la justificación de los derechos. Pero no ha habido un acuerdo en la doctrina acerca de cómo definir las necesidades. Estas, a diferencia de los deseos o de las preferencias, se suelen presentar como todo aquello que supone una carencia, como todos aquellos elementos que le faltan a una persona para tener una existencia completa. Pero parece, al menos desde un primer acercamiento, que las necesidades se dan cuando hay una situación de vulnerabilidad de la persona. Una persona que tuviera cubiertas todas sus necesidades básicas no estaría en una situación de vulnerabilidad. Quizá por ello Añón indica, que antes de hablar de una situación en la que podamos afirmar la existencia de una necesidad básica, es necesario que se dé una situación de carencia o de daño grave para la persona (Añón, 1994, pp. 193 y ss.), esto es, que la persona se encuentre en una situación de vulnerabilidad. Por tanto, creo que el intento de fundamentar los derechos a partir del concepto de necesidades básicas en cierto grado es erróneo porque no va a la raíz, al porqué de esas necesidades, que es la situación de vulnerabilidad de las personas. Se queda en la consecuencia que se deriva de la vulnerabilidad, que es la aparición de una

necesidad que es imperativo satisfacer precisamente para eliminar la situación de vulnerabilidad.

El esfuerzo de fundamentación de los derechos a partir de las necesidades se encuentra además con otra dificultad que es determinar no ya solo que son las necesidades, sino cuáles son y como decidir el catálogo de necesidades que son relevantes para el derecho y que los derechos humanos, en tanto que instituciones jurídicas, deben satisfacer. Porque, como señalaron en su momento De Lucas y Añón (1990, p. 68), «¿qué sentido tiene estudiar las necesidades? ¿Al fin y al cabo no se dan en el territorio del ser? Ciertamente es que los hombres sentimos unas necesidades, algunas generalizables y otras no. Todos tenemos la necesidad de comer, de beber, de dormir; algunos la de leer, otros la de crear, etc. ¿Se deben satisfacer?». Ante esta pregunta ha habido autores que han optado por ofrecer un catálogo de necesidades como en su momento hicieron Doyal y Gough diferenciando entre necesidades básicas más elementales, que serían la supervivencia física y la autonomía, las necesidades sociales básicas y las necesidades intermedias, donde incluyen el alimento, el agua potable, el alojamiento, un ambiente laboral y físico desprovisto de riesgos, atención sanitaria, seguridad económica y física y educación; entre estas últimas hay necesidades de diversa importancia que habría que priorizar en función de su relevancia (Doyal y Gough, 1994, pp. 193 y ss.).

El problema que siempre se ha planteado (y que de alguna manera puede compartir con el concepto de vulnerabilidad) cuando se fundamentan los derechos a partir de la idea de las necesidades básicas es la falacia naturalista. Estaríamos pasando de una descripción de un estado de cosas (la situación de necesidad) a una prescripción, a un deber ser (la necesidad debe ser satisfecha). Sin embargo, este problema puede considerarse ya superado por la cantidad de literatura que se ha escrito en torno a la posibilidad de la fundamentación de los derechos en las necesidades. Esa justificación de nuevo vuelve a caer en el ideal ilustrado de la autonomía, ya que el objetivo del derecho y de la organización social sería garantizar un igual disfrute de la autonomía y para que esto pueda alcanzarse aparece como condición necesaria la satisfacción de al menos un conjunto de necesidades que todos compartimos. Si no lo hacemos, hablar de autonomía deviene imposible.

El problema con el concepto de autonomía es que, como se ha dicho antes, deja muchos colectivos y personas atrás, con lo que ya no estaríamos hablando de universalidad de los derechos, sino de algo diferente. Al menos, en lo que se refiere a la autonomía entendida en un sentido clásico. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que es el primer tratado internacional de derechos humanos y la primera declaración de derechos del siglo XXI, intenta de alguna forma conservar la idea de autonomía, pero desligándola de una visión capacitista. Por eso introduce el

concepto de apoyos que son necesarios para que la persona pueda ejercitar la autonomía, sobre todo cuando hablamos, pero no solo, de discapacidad intelectual. Dado que los derechos se deben reconocer a todas las personas sin importar cuán capaces son, dado que todas las personas tienen derecho a ejercer su autonomía moral, la Convención ofrece los apoyos como un segundo recurso cuando la accesibilidad de los bienes, servicios, derechos no es universal. Porque el objetivo que está por detrás es el diseño y la accesibilidad universales de todos los elementos e instituciones que organizan la vida social. Cuando esto falla, la persona no puede verse privada de sus derechos y han de ofrecérsele los apoyos y ajustes razonables para que pueda ejercer y disfrutar tales derechos. Porque la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad por el diseño capacitista que hemos hecho de la sociedad, las instituciones y el derecho durante siglos es la causante de que las personas con discapacidad estén en esa situación.

Las personas con discapacidad, podría decirse entonces, tienen una serie de necesidades específicas que han de ver satisfechas. De nuevo aquí la razón de los derechos no reside tanto en la necesidad como en la situación de vulnerabilidad que hace que surjan tales necesidades. Por eso el concepto de necesidad no puede constituir el verdadero fundamento de los derechos. Cuando una necesidad no es cubierta se produce una situación de vulnerabilidad: que alguien tenga hambre, no descansa, no tenga un techo, carezca de formación básica o de atención sanitaria se pone a esa persona en una situación de vulnerabilidad donde es más probable que haya un daño y que tal daño tenga consecuencias. El fundamento de los derechos no estaría entonces en la necesidad, sino en la vulnerabilidad. La necesidad surge como consecuencia de la situación de vulnerabilidad. La vulnerabilidad es lo primero y lo que ocasiona la necesidad. Los derechos humanos son un constructo, una institución jurídica, que quiere salvar de la vulnerabilidad a todos los seres precisamente para que puedan vivir una vida con dignidad. ¿Por qué existen los derechos? Porque es el instrumento que hemos encontrado para protegernos colectivamente, como sociedad, de situaciones de vulnerabilidad. Esto no significa que con el reconocimiento de los derechos la vulnerabilidad ya no exista. Somos seres vulnerables y los derechos tratan de compensarnos o protegernos de esa vulnerabilidad, aunque esta nunca desaparezca del todo.

Y es que el ser humano es ontológicamente vulnerable. Ya Hart (2011) en *El concepto de derecho* habló de una serie de rasgos que hacían el derecho necesario, lo que él denominaba el contenido mínimo de derecho natural y que no tenía que ver con unos derechos naturales, sino con nuestro ser y estar en el mundo, que hacía que el derecho siempre recogiera unos contenidos necesarios para organizar la vida social. Entre otras cosas,

Hart señalaba la necesidad de protección frente a la violencia de los demás, nuestra limitada voluntad y comprensión, etc. Hart no construía una teoría de los derechos humanos, pero, señalando esos rasgos, una vez más por debajo está la realidad de que somos seres vulnerables. Como señala Asís (2020, p. 36), «no cabe duda de que existe una relación entre ser humano y vulnerabilidad. Así es posible hablar de la vulnerabilidad como condición humana (ser vulnerable) y de vulnerabilidad como situación humana (estar vulnerable)».

En consecuencia, cuando hablamos de vulnerabilidad podemos hablar de dos tipos. El primero tiene que ver con nuestra lotería genética y el segundo con las circunstancias sociales, económicas, históricas y culturales que nos haya tocado vivir. El primer sentido tiene que ver con lo que Dworkin (1981) denomina *brute luck*, suerte bruta. El hecho de nacer con una discapacidad, de sufrir una enfermedad, de ir desarrollando discapacidades físicas e intelectuales a lo largo de la vida forma parte de nuestro ser vulnerable. Ninguno de nosotros puede estar siempre sano, o conservar sus capacidades de joven cuando llegue a una determinada edad. Esto es algo que va ligado a nuestra antropología de ser vulnerables o, si se quiere, con una expresión más existencialista, de seres sufrientes y dolientes. El dolor, el sufrimiento físico y psíquico forma parte de nuestro ser, no podemos ser de otra manera. Hay gente que sufre enfermedades desde que nace y otra que las desarrolla a lo largo de los años de vida. Hay personas que nacen con una discapacidad desde el principio y otras que la conocen en un momento determinado de la vida o en el último tramo de esta. Esa suerte bruta es radicalmente injusta. Si partimos del ideal clásico de que justicia es dar a cada uno lo suyo, la vulnerabilidad de la suerte bruta no da a cada uno lo suyo. Porque a nadie le corresponde el sufrimiento y el dolor que estas circunstancias ocasionan. El ser está quizá desde su origen mal diseñado, pero es lo que tenemos. ¿Cómo solucionar esto? Con los derechos humanos. Si partimos de vulnerabilidad como fundamento, lo que estos hacen es paliar o aliviar en cierto modo la situación de vulnerabilidad con atención sanitaria, con alimentación, con agua, con instituciones que ayudan social y económicamente a la persona que sufre la vulnerabilidad derivada de la suerte bruta. Este es uno de los sentidos últimos que tienen los derechos humanos.

El otro sentido tiene que ver con una vulnerabilidad que no se debe a la suerte bruta, sino que es responsabilidad directa o indirecta de nosotros mismos. Y aquí no estoy hablando de lo que Dworkin (1981) denomina *option luck*, la suerte de la opción, es decir, lo que se deriva de las decisiones que tomamos en teoría como seres libres, que para el autor norteamericano deberíamos asumir porque somos responsables morales de las elecciones que hacemos como si tales elecciones se tomaran en medio de la nada y no

vinieran condicionadas por múltiples factores y elementos que escapan a nuestras elecciones. Precisamente todas esas condiciones que tienen que ver con vulnerabilidades derivadas de nuestra construcción social son el otro tipo de vulnerabilidad al que hago referencia. Vulnerabilidades derivadas de las situaciones de pobreza, de las fronteras en la no atención a las personas migrantes y refugiadas que huyen de sus países por causas de guerras, medioambientales, persecuciones ideológicas o políticas, económicas, etc. Se me podría decir que cómo podemos diferenciar unas vulnerabilidades de otras porque de alguna forma se entrecruzan y están relacionadas. Esto se ve, por ejemplo, con los condicionantes sociales que tiene la salud y que pueden hacer que cuestiones genéticas se vean impulsadas o minoradas (*vid.*, en este sentido Lema, 2021). Sin embargo, no es necesario hacer esta distinción porque sea cual sea el origen de la vulnerabilidad, hasta cuando esta se debe exclusivamente a nuestras elecciones, los derechos humanos deben estar ahí para protegernos al menos en un nivel adecuado. Esa es la razón última de los derechos como instituciones jurídicas, protegernos frente a la vulnerabilidad sea cual sea su origen.

Cristina Gortázar, la persona homenajada en este volumen, ha dedicado gran parte de su vida académica y personal a un colectivo cuya vulnerabilidad se deriva de las condiciones sociales: las personas migrantes y las personas que solicitan refugio y asilo. Porque es claro que las personas migran, huyen de sus países por múltiples razones, pero sobre todo cuando esos movimientos se realizan desde países menos desarrollados a países desarrollados no es por deseo, sino por necesidad, para huir de una situación de vulnerabilidad derivada de circunstancias sociales, económicas y políticas. Y aquí los países desarrollados somos egoístas porque, como señala Gortázar en referencia a la UE: «Cualquier observador desapasionado comprueba que los esfuerzos y la dedicación de las instituciones comunitarias durante los últimos diez años han sido mayores cuando se han adoptado normas sobre el mejor control de la frontera externa común y en contra de la existencia de flujos migratorios irregulares, mientras que han sido abiertamente menos significativos cuando las instituciones han trabajado en la creación de canales para atraer la inmigración legal o cuando los esfuerzos se han destinado a que dicha inmigración legal no constituya un menoscabo del progresivo desarrollo de los países de origen y tránsito de la inmigración. Ciertamente, no se marcado acentos similares en unos y otros quehaceres» (Gortázar, 2009, p. 213). Gran parte de la aportación de Cristina Gortázar en esta materia surge precisamente de la vulnerabilidad que sufren las personas migrantes a las que el derecho no suele dar una respuesta suficiente.

Un último apunte: habrá quien diga que el fundamento aquí ensayado y presentado hace solo referencia a los derechos sociales que quizá son los que suelen relacionarse más con situaciones de vulnerabilidad, pero no es

así. El derecho a la vida, las libertades, los derechos políticos... son otro instrumento que nos protegen frente a ellas. Porque ¿qué sería de nosotros sin libertad o sin participación política? Seríamos mucho más vulnerables a quien detentara el poder. Con el horizonte de la vulnerabilidad se puede además ampliar la esfera moral para reconocer derechos a seres no humanos que también comparten con nosotros la vulnerabilidad existencial y social y a los que debemos proteger haciéndoles titulares de derechos (Rey, 2018).

### 3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si partimos de la idea de que los derechos son un instrumento que hemos creado los humanos para garantizarnos una serie de libertades, bienes, prestaciones y posibilidades de actuación, la razón que está por debajo es que sin ellos nos encontramos en una situación de vulnerabilidad. En situación de vulnerabilidad, nuestra dignidad, el tradicional fundamento de los derechos, se ve dañada y por eso es necesario que el derecho y los derechos nos protejan, al menos parcialmente, de la vulnerabilidad existencial y situacional que todos los seres compartimos. Fundamentar los derechos en la vulnerabilidad nos permite ampliar la esfera moral y conseguir así alcanzar la universalidad de los derechos que hasta hoy ha sido solo una aspiración y no una realidad.

### REFERENCIAS

- Añón, M. J. (1994). *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Ansuátegui, F. J. (2012). Diritti fondamentali e dignità umana. *Ragion Pratica*, 38, pp. 1124.
- Asís, R. de (2020). Derechos y situaciones de vulnerabilidad. En Marcos, A. M., *En tiempos de vulnerabilidad. Reflexión desde los derechos humanos* (pp. 35-42).
- Atienza, M. (2017). Un comentario sobre el concepto de dignidad. En Larrañaga, P., Cerdio, J., Salazar, P. (Coord.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez* (pp. 267-275). UNAM.
- (2022). *Sobre la dignidad humana*. Trotta.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistema.

- De Lucas, J. y Añón, M. J. (1990). Necesidades, razones, derechos. *Doxa*, 7, pp. 55-82.
- Descartes, R. (2007). *El discurso del método*. Akal.
- Doyal, I. y Gough, I. (1994). *Teoría de las necesidades humanas*. Icaria-Fichem.
- Dworkin, R. (1981). What is Equality? Part 2. Equality of Resources. *Philosophy and Public Affairs*, 10 (4), 283-345.
- Fernández, E. (2011). *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Dykinson.
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós.
- Gemma, G. (2013). Dignidad: un concepto jurídico inoportuno. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 17, 409-422.
- Gortázar, C. (2009). El enfoque global de la migración en la Unión Europea y el derecho humano al desarrollo. *Miscelánea Comillas*, 67 (130), pp. 199-216.
- Hart, H. L. A. (2011). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales*. Crítica.
- Jaspers, K. (1968). *Filosofía de la existencia*. Aguilar.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. L. Mtnez. de Velasco. Espasa Calpe.
- Lema, C. (2021). *Los determinantes sociales de la salud: más allá del derecho a la salud*. Dykinson.
- Muguerza, J. (1998). Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés. Argés.
- Nussbaum, M. C. (2006). *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*. Harvard University Press.
- Ortega y Gasset, J. (2014). *Meditaciones del Quijote*. Alianza Editorial.
- Peces-Barba, G. (2000). Ética, poder y derecho. *Reflexiones ante el fin de siglo*. Fontamara.
- (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson.
- Rey, J. L. (2018). *Los derechos de los animales en serio*. Dykinson.





EL DERECHO INTERNACIONAL  
PÚBLICO EN LA FRONTERA DE  
LOS DERECHOS HUMANOS  
LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA DRA.  
CRISTINA J. GORTÁZAR ROTAECHE

ÍNDICE

CAPÍTULO 4. LA UNIÓN EUROPEA Y SU ESTRATEGIA GLOBAL VÍA TRATADOS COMERCIALES CON SUDAMÉRICA .....	79
<i>Emiliano García Coso</i>	
CAPÍTULO 5. LA AGRESIÓN RUSA A UCRAÑA: ESCENARIOS Y DESAFÍOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO .....	103
<i>José Angel López Jiménez</i>	
CAPÍTULO 6. LA EXPULSIÓN DE RUSIA DEL CONSEJO DE EUROPA .....	115
<i>Julia Ruiloba Alvariño</i>	
CAPÍTULO 7. PROCEDIMIENTOS EN CURSO Y SENTENCIAS DICTADAS POR EL TEDH EN RELACIÓN CON RUSIA. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS PROCEDIMIENTOS INTERESTATALES ENTRE UCRAÑA Y RUSIA .....	141
<i>José Puente Orench</i>	
CAPÍTULO 8. LOS CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MUJERES Y NIÑAS UCRAÑANAS CON OCASIÓN DE LA AGRESIÓN DE RUSIA CONTRA UCRAÑA: PERSISTENCIA DE LA BRECHA DE GÉNERO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS .....	159
<i>Susana de Tomás Morales</i>	

SEGUNDA PARTE:

El derecho internacional de los refugiados y desplazados forzosos del siglo XXI

CAPÍTULO 9. THE ENDURING RELEVANCE OF THE UN REFUGEE DEFINITION IN THE 21ST CENTURY .....	179
<i>María Teresa Gil-Bazo</i>	
CAPÍTULO 10. UN PASO MÁS EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS Y OTROS DESPLAZADOS FORZOSOS: TRAS LA VISIÓN DEL PAPA FRANCISCO ..	191
<i>Amaya Valcárcel Silvela</i>	
CAPÍTULO 11. EL RECHAZO EN FRONTERA EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....	205
<i>Nuria Ferré Trad</i>	
CAPÍTULO 12. EL VALOR DE LA CONVENCION DE GINEBRA SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 1951 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE .....	217
<i>Paula García Andrade</i>	

CAPÍTULO 13.	
IMPLICATION	
THEIR BORD	
<i>Lori Nessel</i>	
CAPÍTULO 14.	
THE EU AF	
<i>Bruno Nasci</i>	
CAPÍTULO 15. I	
DE PROTECC	
<i>Gracia More</i>	
CAPÍTULO 16.	
¿HACIA UN	
<i>Diego Acosta</i>	
CAPÍTULO 17. I	
<i>Elspeth Guilo</i>	
CAPÍTULO 18.	
<i>Sandra Man</i>	
CAPÍTULO 19.	
STATES, REF	
<i>Ulrike Brand</i>	
CAPÍTULO 20.	
Y NIÑAS EN	
RESOUER	
<i>Isabel Euger</i>	
CAPÍTULO 21.	
WORLD JER	
<i>Salomé Adro</i>	
CAPÍTULO 22.	
PRATICA	
EMISION	
<i>Constança U</i>	

ÍNDICE

CAPÍTULO 13. OUTSOURCING REFUGEE PROTECTION: THE HUMAN RIGHTS IMPLICATIONS OF RECENT EUROPEAN AND U.S. INITIATIVES TO EXTERNALIZE THEIR BORDERS .....	233
<i>Lori Nessel</i>	
CAPÍTULO 14. THE PROSPECTS FOR SOLIDARITY AND INTERNATIONAL PROTECTION IN THE EU AFTER THE ACTIVATION OF TEMPORARY PROTECTION .....	245
<i>Bruno Nascimbene y Alessia Di Pascale</i>	
CAPÍTULO 15. DERECHO DE ASILO EN ESPAÑA (2020-2021): ESTATUTOS LEGALES DE PROTECCIÓN, DERECHOS E IMPLICACIONES .....	259
<i>Gracia Moreno-Amador</i>	
<b>TERCERA PARTE:</b>	
<b>Derecho de inmigración en un contexto global</b>	
CAPÍTULO 16. REGÍMENES DE LIBRE MOVILIDAD DE PERSONAS A NIVEL MUNDIAL. ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA GESTIÓN DE LAS MIGRACIONES? .....	275
<i>Diego Acosta y Jacopo Martire</i>	
CAPÍTULO 17. IN THE EYE OF THE BEHOLDER: EU CITIZENSHIP .....	283
<i>Elsbeth Guild</i>	
CAPÍTULO 18. EU CITIZENSHIP AND SOCIAL RIGHTS: INCLUSION OR EXCLUSION? ...	297
<i>Sandra Mantu y Paul Minderboud</i>	
CAPÍTULO 19. IMMIGRATION OF STUDENTS AND RESEARCHERS TO EU MEMBER STATES, RECENT DEVELOPMENTS .....	313
<i>Ulrike Brandl</i>	
CAPÍTULO 20. EL DERECHO A LA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS Y NIÑAS EXTRANJEROS Y LA DETERMINACIÓN DE SU EDAD: UNA CUESTIÓN POR RESOLVER .....	325
<i>Isabel Eugenia Lázaro González</i>	
CAPÍTULO 21. DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL DE NIÑOS UCRANIANOS A ESPAÑA: MARCO JURÍDICO Y DESAFÍOS .....	341
<i>Sàicmé Adroher Biosca</i>	
CAPÍTULO 22. RESPECT FOR FAMILY LIFE IN THE CONTEXT OF IMMIGRATION IN THE PORTUGUESE LAW: THE RIGHT TO FAMILY REUNIFICATION AND LIMITS TO THE EXPULSION OF IMMIGRANTS .....	355
<i>Constança Urbano de Sousa</i>	

ÍNDICE

CUARTA PARTE:  
Derechos humanos

CAPÍTULO 23. LA IDEA DE VULNERABILIDAD EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	369
<i>José Luis Rey Pérez</i>	
CAPÍTULO 24. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE LA MUJER .....	383
<i>François Julien-Laferrrière</i>	
CAPÍTULO 25. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE Estrasburgo AL FENÓMENO DE LA TRATA, EL TRABAJO FORZADO Y LA SERVIDUMBRE .....	403
<i>M.<sup>a</sup> Jose Castaño Reyero e Irene Claro Quintáns</i>	
CAPÍTULO 26. CLIMATE LITIGATION AT EUROPEAN LEVEL: NEW WAYS TO PROTECT HUMAN RIGHTS? .....	415
<i>Lyra Jakuleviciene</i>	
CAPÍTULO 27. FORTY YEARS SINCE DUDGEON: THE IMPACT OF THIS HISTORIC CASE ON THE LGBTQIA+ RIGHTS MOVEMENT .....	433
<i>Adam Dubin</i>	
EPÍLOGO .....	447
<i>Abel B. Veiga Copo</i>	

MANUEL FERR...  
...  
...  
...  
... SALO...  
...  
Este libro...  
investigadores...  
universidades...  
un homenaje...  
toria académic...  
Cristina J. Gor...  
Con toda s...  
otros compañ...  
pero las limit...  
nas personas...  
mucho mayor...  
iniciativa...  
La obra ha...  
rante muchos...  
escrito por el...  
Copo. Ellos...  
han expresad...  
ta imborrable...  
Las contri...  
sido agrupad...  
investigación...  
La primer...  
cional públi...  
consecuenci...  
parte de su o...