

LA VULNERABILIDAD COMO PERSPECTIVA:  
UNA VISIÓN LATINOAMERICANA DEL PROBLEMA.  
APORTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO  
DE DERECHOS HUMANOS

Ursula C. Basset

**I. LA VULNERABILIDAD COMO PERSPECTIVA:  
MARCO TEÓRICO DE ABORDAJE**

Si la igualdad es el norte al que aspira el derecho para colocar a los sujetos en idéntico pie en el ámbito de los intercambios familiares y sociales, los nuevos contextos sociales y culturales exigen nuevos instrumentos de corrección de la desigualdad, tanto en el ámbito de adjudicación de justicia distributiva como conmutativa.

La vulnerabilidad aparece, así como una perspectiva posible. No se trata de una aproximación “victimista” del derecho, sino de una perspectiva constructiva y reparadora, empoderadora y equiparante<sup>(1)</sup>. Este trabajo parte de la idea fundacional de esta obra, a saber, entender la vulnerabilidad como una perspectiva, un eje transversal de análisis y aplicación de los derechos humanos fundamentales<sup>(2)</sup>.

---

(1) BELTRÃO, Jane Felipe - MONTEIRO DE BRITO FILHO, José Claudio - GÓMEZ, Itziar - PAJARES, Emilio - PAREDES, Felipe - ZÚÑIGA, Yanira (coords.), *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*, 2014, dhcs. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, p. 16.

(2) Numerosos trabajos han abordado la cuestión de la vulnerabilidad como perspectiva, e incluso como alternativa al concepto de igualdad en el derecho contemporáneo. El punto de partida es indudablemente la obra de Martha A. Fineman (FINEMAN, M. A., *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*. New York & London, The New Press, 2004. FINEMAN, M. A., “The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, 20 [1], 2008, ps. 1-23. FINEMAN, M. A., “The vulnerable subject and the responsive state”, *Emory Law Journal*, 60 [2], 2010, ps. 251-275. FINEMAN, M. A., “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, en FINEMAN, M. A. - GREAR, A. [eds.], *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2013, ps. 13-27. FINEMAN, M.A., “Equality and Difference - The Restrained State”, *Alabama*

Como tal, entendemos, siguiendo a la profesora francesa Laurence Burgorgue-Larsen<sup>(3)</sup>, que la vulnerabilidad es un “concepto transformador” que supone un avance con posibilidades infinitas y un corolario positivo que permite obligar reforzadamente a los Estados.

La perspectiva de la vulnerabilidad tiene la triple ventaja de ofrecer: a) un nuevo vector de análisis de la igualdad, b) una nueva forma de empatía con los que más sufren; y, c) una aproximación al hombre desde su interdependencia, para, desde allí, fortalecerlo.

### a) La vulnerabilidad como vector de análisis de la igualdad

La vulnerabilidad aparece, así, como un vector de análisis de la igualdad, que permite pasar de un concepto abstracto de la igualdad a un concepto renovado, más adaptado a la complejidad moral y jurídica que presentan las democracias contemporáneas. En términos de Glendon<sup>(4)</sup>, es pasar de un “political Esperanto” (de un esperanto político en materia de derechos humanos) a una retórica cultural viva y encarnada de la humanidad jurídica y los derechos fundamentales del hombre, particularmente en una época en donde muchos esquemas y tradiciones comunes comienzan a diluirse en imágenes y discursos heterogéneos y a veces contradictorios.

---

*Law Review*, 66 [3], 2015, ps. 609-623. FINEMAN, M. A. - GREAR, A. [eds.], *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2013). En el sistema interamericano, conviene referirse a: SIJNENSKY, Romina I., “From the Non-discrimination clause to the concept of vulnerability in International Human Rights Law-Advancing on the Need for Special Protection of Certain Groups and Individuals”, en HAECK, Y. - MCGONIGLE LEYH, B. - BURBANO-HERRERA, C. - CONTRERAS-GARDUÑO, D. (eds.), *The Realisation of Human Rights: When Theory Meets Practice. Studies in Honour of Leo Zwaak*. Cambridge/Antwerp: Interspectia, 2014, ps. 259-272. En el sistema europeo: IMMER, A., “A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights”, en FINEMAN, M. A. - GREAR, A. (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2013, ps. 147-170. RUET, C., “La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 102, 2015, ps. 317-340. Una visión crítica: MORONDO TARAMUNDI, Dolores, “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía el Derecho*, nro. 34 (2016).

(3) BURGORGUE-LARSEN, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 12, nro. 1, 2014. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100004&lng=es).

(4) GLENDON, Mary Ann, “The Rights Talk: The Impoverishment of Political Discours”, Free Press, 1993, *Prefacio*.

La perspectiva de la vulnerabilidad permite superar la aporía entre libertad y responsabilidad, entre individualismo y comunidad, entre necesidades presentes y la planificación del futuro.

En efecto, la cláusula de igualdad presupone una equivalencia de posición y posibilidades<sup>(5)</sup>. La vulnerabilidad es suficientemente dúctil como para ofrecer correcciones concretas, que partan desde la perspectiva del individuo, pero reinsertándolo en su trama de independencias familiares, sociales, de acompañamiento. Permite también, tomar la perspectiva de la libertad, empoderando al sujeto vulnerable para que, a partir de su individualidad, sus derechos y su autonomía, pueda tomar sus propias decisiones, al tiempo que mide hasta qué punto puede responder por ellas y hasta dónde otros deberían proteger o responder y fortalecer su posición vulnerable. Finalmente, la vulnerabilidad proyecta el presente hacia el futuro. La vulnerabilidad es un riesgo de daño: la noción de vulnerabilidad por sí misma, consiste en un trabajo de detección a partir de situaciones concretas, que permite, así, prevenir un futuro que aún no se plasmó pero que se puede enderezar desde el presente.

### **b) Un derecho más empático con el sufrimiento humano**

En virtud de su carácter eventual, potencial (vulnerable es el que puede ser herido), la vulnerabilidad permite ponerse “en los zapatos” del otro. Todos podemos estar o podríamos haber estado, en virtud de nuestra condición humana y nuestra finitud, de lo azaroso de la vida, en la situación en la que se encuentra la persona vulnerable. Es por eso que la vulnerabilidad es un concepto que hermana. Es la que hace que, en el relato bíblico<sup>(6)</sup>, el buen samaritano se sienta hermano del hombre al que unos ladrones golpearon y dejaron al costado del camino y se comporte como un prójimo para él, a pesar de tratarse de un desconocido. El buen samaritano sabe que ese tal, a pesar de ser un desconocido, es un “otro yo”, o mejor un “tú” que requiere cuidado. La vulnerabilidad llama, apela a esta visión humanizadora que hace de extraños, hermanos. Y el punto de conexión entre esos dos extraños es la vulnerabilidad, que apela así a la solidaridad<sup>(7)</sup>.

La vulnerabilidad, precisamente por su condición de ser un “posible”, permite verse en el sufriente. Dice la iusfilósofa americana Martha

---

(5) FINEMAN, Martha, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, ps. 251 y ss.

(6) Lc 10, 25-37.

(7) Y así es como la solidaridad empalma con la “escuela de la solidaridad” que en Argentina ha propugnado el jurista Marcos M. Córdoba en tantos escritos y conferencias.

Fineman: “La vulnerabilidad está formulada como una característica que nos posiciona en relación al otro como ser humano y también sugiere una relación de responsabilidad entre el Estado y el individuo”<sup>(8)</sup>. Con todo, como se ha señalado, la vulnerabilidad tal y como se utiliza en este trabajo, como categoría jurídica que requiere intervención por parte de la sociedad y el Estado, si bien tiene la ventaja de ser un factor común derivado de la indefensión de nuestra “corporeidad” (en términos de la filosofía de Fineman<sup>(9)</sup>) y finitud, supone, una hipótesis de una vulnerabilidad acendrada, que puede ser estructural, constitutiva, permanente o transitoria. Teóricamente, parece difícil determinar qué exactamente hace que una persona ingrese a la categoría de vulnerabilidad en un sentido jurídicamente relevante que merezca corrección. Recientemente, Fineman parece inclinarse a vincular el grado de vulnerabilidad con la factibilidad de resiliencia<sup>(10)</sup>. No obstante, para que la vulnerabilidad sea una categoría útil y efectiva se hace indispensable un estudio teórico de taxonomía<sup>(11)</sup>.

En todo caso, la vulnerabilidad es la que enlaza al individuo con su interdependencia, y la interdependencia con la conciencia de responsabilidad: se es responsable por el prójimo vulnerable. Individual y socialmente.

### **c) Una aproximación más realista al hombre desde su triple interdependencia**

La vulnerabilidad se predica a partir de una matriz individual (bien que pueda darse en un marco grupal, en la que el grupo es considerado un sujeto o categoría social sobre la base de derechos individuales en juego). Sin embargo, a pesar de esa matriz individual, la vulnerabilidad

---

(8) FINEMAN, Martha, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, p. 255.

(9) “Vulnerability initially should be understood as arising from our embodiment, which carries with it the ever-present possibility of harm, injury, and misfortune from mildly adverse to catastrophically devastating events, whether accidental, intentional, or otherwise. Individuals can attempt to lessen the risk or mitigate the impact of such events, but they cannot eliminate their possibility. Understanding vulnerability begins with the realization that many such events are ultimately beyond human control.” En FINEMAN, Martha A., “The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition”, *Yale Journal of Law and Feminism*, 20 [1], 2008, ps. 1-23 (in p. 9).

(10) Según nos informa MORONDO TARAMUNDI, “¿Un nuevo paradigma...?”, cit., p. 215, en el Workshop dictado por Fineman sobre justicia social en 2016 en Leeds (“Workshop on Vulnerability and Social Justice”, Universidad de Leeds, 17-18 de junio de 2016).

(11) Al que nos abocamos más abajo, en lo que refiere al sistema interamericano.

necesariamente se inscribe en contexto de fraternidad, de solidaridad, de responsabilidad interindividual, relacional.

La matriz individual, que preside el sistema de derechos humanos subjetivos, tiene mucho de mítica<sup>(12)</sup>. El hombre nunca está aislado, ni su autonomía se presenta en escenarios utópicos de autosuficiencia e independencia. La perspectiva individualista es sin lugar a dudas una de las patologías de la retórica de los derechos. Muy por el contrario. Más aún, específicamente en el sistema interamericano<sup>(13)</sup>, la idea de vulnerabilidad se plasma en el marco de una “sociedad democrática” ya que hay un vínculo indisoluble entre derechos humanos efectivos (principio del *effet utile*) con condiciones de desarrollo democrático de las sociedades<sup>(14)</sup>.

Así pues, por tres razones el concepto de vulnerabilidad permite reinscribir la matriz individual en una perspectiva relacional: porque la vulnerabilidad implica una amenaza (*ergo* implica alguien que amenaza y alguien que es amenazado que se relacionan en virtud de este hecho), más importante: porque supone la reinserción de la persona vulnerable en un cúmulo de relaciones sociales de solidaridad y acompañamiento; y, en tercer lugar, porque la vulnerabilidad en tanto que concepto jurídico apela a la intervención correctiva del Estado y la sociedad.

Señala la jurista suiza Samantha Besson, analizando el concepto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>(15)</sup>, que la vulnerabilidad es intrínsecamente relacional, ya que supone alguien que es vulnerable y otro que puede amenazar a quien es vulnerable, siendo que lo uno supone lo otro. Es verdad que la vulnerabilidad presupone un vulnerable y otro que amenaza esa vulnerabilidad. Sin embargo, ese hecho no hace sino confirmar que se trata de un concepto potencialmente jurídico. Todo derecho es intrínsecamente interrelacional (supone alteridad) pero lo cierto es que la matriz intersubjetiva de los derechos humanos ha quedado opacada por una retórica que los ha deformado, transformándolos en vectores de colisión, donde unos derechos se oponen a otros, unos individuos a otros individuos o al Estado.

---

(12) GLENDON, *Rights talk...*, cit. Capítulo 3.

(13) En el sistema europeo podría hacerse un análisis semejante, pero la historia política de Latinoamérica asigna otro valor y significación a esta condición.

(14) MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la luz del *ius commune* de la democracia”, en UGARTEMENDIA ECEISABARRENA, Juan Ignacio - SAIZ ARNAIZ, Alejandro - MORALES ANTONIAZZI, Mariela, Inst. Vasco de Administración Pública (Erasmus, MPI Heidelberg), 315 y ss. (p. 316).

(15) BESSON, Samantha, “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme, l’exemple de la jurisprudence de la Cour EDH”, en BURGORGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par le juge en Europe*, Pédone, Paris, 2014, ps. 59 y ss.

El derecho sería así no un espacio de paz sino de guerra, y los derechos estarían llamados a procurar realizarse máximamente en desmedro de otros derechos e intereses en juego.

Así pues, y sin negar la categoría relacional del derecho que surge de la concepción misma de acto jurídico, la vulnerabilidad instala otra noción más rica de relacionalidad o alteridad de las relaciones humanas: una que pone de relieve la interdependencia esencial y constitutiva de todo ser humano en virtud de su finitud y sus carencias. Es la perspectiva de quién, en virtud de su vulnerabilidad necesita de otros y apela a la cercanía de esos otros en términos de solidaridad y acompañamiento. El derecho percibe, a través de la perspectiva de la vulnerabilidad, a la persona en su interdependencia. Y nadie mejor que la Corte Interamericana, como veremos, para explicitar esa perspectiva intersubjetiva del derecho. Un derecho solidario que tiende no a oponer sino a sensibilizar y fortalecer en una visión que tiene por norte una sociedad más humana.

Finalmente, la vulnerabilidad se inserta en una trama política y social, en dónde, para su efectiva consideración, sobre todo en el contexto del sistema interamericano, se vuelve urgente las condiciones de ejercicio democrático bajo el estado de derecho, que permita asegurar la garantía de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Es decir, que la protección de la vulnerabilidad en términos de igualdad y exclusión, requiere de un aparato estatal democrático, con estructuras justas y transparentes, que pueda así asegurar al máximo el cumplimiento de las medidas positivas dispuestas por la Corte<sup>(16)</sup>.

Es decir, que la vulnerabilidad reúne a la vez la dimensión subjetiva individual (del individuo, del grupo), pero a la vez permite reinscribir al individuo en una triple alteridad: la interrelacional entre vulnerable y quien pone en riesgo esa vulnerabilidad (común a todo el derecho), la de la interdependencia (entre el vulnerable y quienes solidariamente pueden acompañar y fortalecer), y finalmente, el entramado necesariamente político y democrático de los derechos humanos que se garantizan efectivamente cuando el Estado puede asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

---

(16) Morales Antoniazzi señala especialmente la OC 18/03, y los casos CIDH, "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua", 01/02/2000; CIDH, "Comunidad Moiwana c. Suriname, 15/06/2005; CIDH, "Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay", 17/06/2005; CIDH, "Yatama c. Nicaragua", 23/06/2005; CIDH, "Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay", 29/03/2006; CIDH, "González y otras ('Campo Algodonero') c. México", 16/11/2009, que aparecerán nuevamente a lo largo de este trabajo.

## **2. VULNERABILIDAD Y DERECHO: QUÉ TIENE PARA DECIR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Creemos que, el sistema interamericano de derechos humanos tiene mucho que decir, no sólo en su ámbito de aplicación, sino también en el ámbito comparado, más allá de nuestro continente. El sistema interamericano que se entretiene de tragedias políticas y sociales, de pobrezas extremas y diversidades culturales mantiene vivo ese grito de urgencia de la protección de “la parte humana”<sup>(17)</sup> del derecho: la reivindicación de los fundamentos de una común dignidad en medio del dramatismo de las más diversas condiciones vitales. Según Sergio García Ramírez, la vulnerabilidad funciona así como un continente para evitar patrones de violencia<sup>(18)</sup>, violencia que, agregamos nosotros, puede ser más o menos sutil en la medida en que la vulnerabilidad no sea percibida por el derecho para restaurar el plafón de igual dignidad de todo ser humano.

Así pues, este trabajo aspira a ser una contribución para poner de relieve esa rica enseñanza, que, si bien está impregnada de su matriz cultural de origen, habla de todo hombre, de lo común a todos los hombres: a saber, el reconocimiento de sus derechos humanos por sola virtud de “ser humanos”<sup>(19)</sup>.

## **3. IGUALDAD Y VULNERABILIDAD COMO PERSPECTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**

La igualdad exige tratar igual a los iguales y de forma diferenciada a los distintos. De allí que la clave de la noción de igualdad es poder percibir semejanzas y diferencias en los hechos y las circunstancias para ajustar las categorías legales al caso concreto.

El punto de partida es inevitablemente la unidad de naturaleza de todo ser humano y su igual dignidad: “La noción de igualdad se des-

---

(17) Cfr. Martha Fineman: “The concept [of vulnerability] has evolved from those early articulations, and I now think it has some significant differences as an approach, particularly in that a focus on vulnerability is decidedly focused on exploring *the nature of the human part*, rather than the rights part, of the human rights trope.” FINEMAN, Martha, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, ps. 255 (el destacado es nuestro).

(18) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La tutela de los derechos humanos en la jurisdicción interamericana. Aportaciones, recepción y diálogo*, México, 2014, ps. 335 y ss.

(19) Art. 6º, DUDH.

prende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”<sup>(20)</sup>.

En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido ya en su Opinión Consultiva nro. 4 del 19 de enero de 1984: “Existen en efecto ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico sin que tales situaciones contraríen la justicia. No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva por sí misma a la dignidad humana”<sup>(21)</sup>.

Así sostiene la CIDH que “mal podría por ejemplo verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes por ser menores o no gozar de salud mental no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”<sup>(22)</sup>.

Adviértase que tempranamente la Corte pone de relieve que las vulnerabilidades (en el caso por condición social, edad o capacidad) pueden exigir una respuesta correctiva diferenciada del derecho y que lo contrario (la falta de respuesta correctiva) implicaría una discriminación. La igual dignidad y la unidad de naturaleza del género humano exigen un tratamiento desigual de quién, por los avatares de la vida, circunstanciales o permanentes, se encuentra en una situación de inferioridad.

En voto separado en la OC 4/1984 referida, el Juez Piza Escalante lo expresaba así: “En este sentido, la ‘igualdad jurídica’ postula el derecho de todos los hombres a participar del bien común en condiciones de igualdad”<sup>(23)</sup>.

#### 4. NECESIDAD DE PERCIBIR LA DIFERENCIA

La CIDH advierte la necesidad de partir de la diferencia para corregir la posición relativa desigual. En este sentido, ha dicho en el caso “Comunidad Indígena Yaky Axa c. Paraguay” que “hay que resaltar que, para garantizar efectivamente esos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos

---

(20) CIDH, OC 4, 19/01/1984, *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, párr. 55.

(21) CIDH, OC 4, 19/01/1984, Párr. 56.

(22) *Ibíd.*

(23) Voto separado Dr. Piza Escalante, párr. 9, OC 4, 19/01/1984.

indígenas”<sup>(24)</sup>. O también que: “Las condiciones del entorno familiar del niño, la situación económica y de integración familiar, la falta de recursos materiales, situación educacional, etc., pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo jurisdicción penal o administrativa”<sup>(25)</sup>.

En última instancia, percibir la diferencia en los hechos, en la *fattispecie*, es lo que despierta un dispositivo de corrección especial. Es por eso que el derecho no puede darse el lujo de sistemas abstractos de protección, ni de privar al hombre completamente de su procedencia nacional, cultural, religiosa, sexual, familiar, lingüística. En la medida en que el derecho hace demasiada abstracción, termina mutilando la encarnación humana individual y concreta del derecho. El derecho no sólo no puede permitirse ser ciego si quiere adoptar la perspectiva de la vulnerabilidad.

### **5. IGUALDAD Y VULNERABILIDAD: ENTRE “TRATO DIFERENTE” Y “DISCRIMINACIÓN”**

Desde luego que la necesidad de un trato diferenciado a quién se encuentra en una posición desaventajada relativa puede oscilar del ámbito de lo correctivo al ámbito de lo discriminatorio. De ahí que la Corte se haya visto en situación de determinar los límites entre lo que ella misma denomina “trato diferente” y la discriminación.

Tal vez la mejor síntesis de lo que la Corte evoca en un sinnúmero de fallos esté expresado otra vez por Piza Escalante, quien propone tres criterios: la razonabilidad de acuerdo a la naturaleza y fin de la institución a la que se aplica el trato diferenciado; la proporcionalidad en relación con los principios y valores entrañados en la totalidad del ordenamiento; y, finalmente, la adecuación a las circunstancias históricas, políticas, económicas, culturales y espirituales, ideológicas, de la sociedad en la que opera<sup>(26)</sup>.

Esta triple regla de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación ha de ser la vara a través de la cual se mida toda intervención estatal correctiva de la vulnerabilidad. Irrazonable sería sustituir la acción espontánea de un sujeto si éste es capaz de obrar por sí en determinados límites. Desproporcionado sería aplicar principios del derecho de los adultos a los niños o tratar a las mujeres, en su vulnerabilidad y estatuto propio, como si fueran viriles y estuvieran en pie de igualdad al hombre en la

---

(24) CIDH, “Comunidad Indígena Yaky Axa c. Paraguay”, 17/07/2005, párr. 51.

(25) CIDH, OC 17/2002, párr. 3º.

(26) Voto separado Dr. Piza Escalante, OC 4 19/01/1984, Párr. 13.

vida social (aun cuando, curiosamente, a veces sean mujeres las portavoces de esta posición). Por último, no resulta adecuado un trasplante jurídico de estándares normativos de sociedades de configuración cultural y social divergentes sin ajustarlos a la sociedad destinataria: estándares jurídicos de países industrializados, en donde hombres y mujeres trabajan a la par no pueden trasladarse sin más a países en los cuáles las mujeres siguen ocupando prioritariamente el rol de amas de casa: el resultado sería inadecuado porque parte de ficciones. Y sería, como lo dice también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una forma de discriminación causada por los operadores jurídicos<sup>(27)</sup>. Cuando las normas tienen impacto desigual en grupos sociales vulnerables, entonces se trata de una discriminación creada por el autor de la norma (el Estado en sus legisladores o jueces, según la norma sea de naturaleza general o particular).

## **6. UN TRATO DIFERENTE: MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA LEGISLATIVAS... PERO TAMBIÉN HERMENÉUTICAS**

En este sentido, la CIDH ha sostenido que “Se puede concluir que en razón de las condiciones en que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a mayores y menores de edad no es discriminatorio (...) Por el contrario, sirve al cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño”<sup>(28)</sup>. Es que si el tratamiento está justificado y esa “justificación es objetiva y razonable”<sup>(29)</sup>, entonces las distinciones de trato no son discriminatorias, sino más bien “medidas de acción positivas” a las que los Estados parte están obligados<sup>(30)</sup>.

Especialmente, el Estado debe velar por no admitir prácticas de “tolerancia o aquiescencia” que “creen, mantenga o favorezcan las situaciones discriminatorias”<sup>(31)</sup>.

No sólo se trata de evitar la producción de normas que generen un impacto discriminatorio o desigual, sino que obliga incluso a los jueces en el ámbito de la interpretación y aplicación del derecho: “Esto se tra-

---

(27) CIDH, Caso “Nadège Dorzema y otros c. República Dominicana”, 24/10/2012, párr. 235.

(28) CIDH, OC 17/2002, Estatuto jurídico y derechos de los niños, párr. 55.

(29) CIDH, OC 18/2003, *Estatuto jurídico y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*, párr. 89.

(30) CIDH, OC 18/2003, párr. 104: “Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar la situación discriminatoria en sus sociedades, en perjuicio de determinados grupos de personas”.

(31) CIDH, OC 18/2003, párr. 104.

duce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio dictar disposiciones civiles o de cualquier otro carácter, así como favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios o interpretaciones de la ley que discriminen a determinados grupos de personas”.

Vale decir, la Corte entiende que la protección de la vulnerabilidad no solamente debe provocar acciones positivas que corrijan la posición relativa inferior de los grupos vulnerables, sino que además debiera evitar la discriminación que se produce por impacto desigual de la legislación. La prevención de la discriminación debería también instrumentarse por vía hermenéutica: a la hora de aplicar el derecho los jueces deberían interpretar las leyes de suerte que por vía de esa interpretación se corrija la posición de inferioridad del grupo vulnerable en cuestión.

La riqueza de estas afirmaciones de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana lleva a pensar que el “tratamiento diferente” supone una instrumentación no sólo de medidas de acción positiva, legales, sino también, hermenéuticas. La hermenéutica jurídica tiene un valor transformativo que el Estado no puede soslayar en tanto que obligado a la igualdad y no discriminación de grupos vulnerables.

## **7. DISTINCIONES SÓLO DE ACUERDO AL PRINCIPIO DE LA NORMA QUE MEJOR PROTEJA A LA PERSONA HUMANA**

Si la iusfilósofa americana Martha Fineman había expresado en forma inmejorable que “el foco de la vulnerabilidad está decididamente centrado en explorar la naturaleza de la ‘parte humana’, más que la parte ‘de derechos’ del tropo de los derechos humanos”, la CIDH entiende que en todos los casos “los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuándo éstas se realicen con el debido respeto de los derechos humanos y de conformidad de la aplicación de la norma *que mejor proteja a la persona humana*”<sup>(32)</sup> (el destacado es nuestro).

Lejos de los grandes “sistemas de protección de derechos” que han visto su aurora a principios del siglo XXI, interponiendo entre el hombre y la protección, el remanido tecnicismo de los “sistemas de protección” crecientemente abstractos, administrativos y burocráticos; la vulnerabilidad obliga a focalizarse en la “parte humana” concreta de los derechos humanos. Reposiciona al hombre y su vulnerabilidad en el centro de la escena, despojando a los sistemas y sus tecnicismos de todo pro-

---

(32) CIDH, OC 18/2003, párr. 105.

tagonismo. Es abandonar “*the rights talk*”<sup>(33)</sup> (el discurso tecnicista juridizante sobre los derechos) y volver al “diálogo sobre lo humano”, al diálogo humano sobre hombres en el que el derecho está al servicio del hombre y del hombre vulnerable, y no de un discurso más o menos impregnado de tal o cual ideología que lo informa<sup>(34)</sup>.

## 8. QUIÉNES SON LOS VULNERABLES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La CIDH enuncia aquí y allá una pluralidad de grupos y sujetos a los que califica como “vulnerables”. La vulnerabilidad aparece, así, como una categoría que requiere una protección especial. Así, por ej. En “Masacre de Mapiripán c. Colombia”, la Corte enuncia a las mujeres cabeza de familia, a la tercera edad, a los jóvenes y a los niños<sup>(35)</sup>. Las *100 Reglas de Brasilia* (objeto de otro artículo en esta misma obra) han definido la condición de vulnerabilidad como integrada por aquellas personas que por “razón de su edad, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran dificultades para ejercitar en plenitud sus derechos”<sup>(36)</sup>.

En lo que refiere a la vulnerabilidad en razón de la *edad*, la CIDH no se ha pronunciado aún en materia de *adultos mayores*. Sin embargo, sabemos que la OEA ha provisto la primera Convención regional que protege específicamente los derechos de los adultos mayores (Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores<sup>(37)</sup>). Con las ratificaciones de Argentina, Bolivia, Costa Rica y Uruguay, dicha Convención se encuentra en plena vigencia. En el sistema interamericano se ha dado la peculiaridad de que los adultos mayores de edad avanzada han obtenido un instrumento protectorio regional antes que los niños.

---

(33) En este sentido la fuerte crítica de GLENDON, Mary Ann, *The Rights Talk: The Impoverishment of Political Discours*, Free Press, 1993.

(34) En este sentido, sostenía Glendon: “My principal aim (...) has been to trace the evolution of our distinctive current rights dialect, and to show how it frequently works against the conditions required for the pursuit of dignified living by free women and men”, Prefacio. GLENDON, Mary Ann, *The Rights Talk: The Impoverishment of Political Discours*, Free Press, 1993.

(35) CIDH, “Masacre de Mapiripán c. Colombia”, 15/09/2005, párr. 175.

(36) *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada 4, 5 y 6 de marzo de 2008, Regla nro. 3.

(37) Puede consultarse en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp). También reciben protección especial en el Protocolo de San Salvador, Art. 17.

En cambio, sin instrumento regional específico<sup>(38)</sup>, la Corte se ha pronunciado en numerosas ocasiones respecto de *la niñez y la adolescencia*. Desde las dos opiniones consultivas<sup>(39)</sup> consagradas a la niñez, hasta cuadernos de jurisprudencia<sup>(40)</sup>, y desde luego una copiosa jurisprudencia que desarrolla insistentemente el clamor por la protección privilegiada del niño y la implementación de las medidas protectorias dispuestas en el art. 19 de la CADH<sup>(41)</sup>.

Respecto de la *salud mental* y, en alguna medida, la discapacidad, el caso de “Ximenes Lopes c. Brasil”, luego de afirmar que la vulnerabilidad requiere una protección especial<sup>(42)</sup>, y que puede acontecer ya sea por una condición personal o por una condición específica en la que se encuentre una persona, asevera: “En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en esas circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza, niños y adolescentes en situación de riesgo y poblaciones indígenas enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales como el caso del Sr. Damián Ximenes Lopes”<sup>(43)</sup>.

En materia de *discapacidad* (y niñez), a más de las disposiciones específicas en el *Protocolo de San Salvador*<sup>(44)</sup> y la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra*

---

(38) En el marco de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra los derechos del niño en los arts. 17, 19, 27 y 32. A ello debe sumarse el reconocimiento de derechos económicos sociales y culturales a “niños y adolescentes” en el Protocolo Adicional de San Salvador, art. 16.

(39) CIDH, Opinión Consultiva OC-17/02. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Resolución de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Decisión de 19 de agosto de 2014.

(40) CIDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* nro. 5, 2014.

(41) Sólo por enumerar algunos casos: CIDH, “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala”, 19/11/1999. Caso de las “Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana”, 08/09/2005. Caso, “Chitay Nech y otros c. Guatemala”, par. 167. 25/05/2010. Asunto L. M. respecto Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 01/07/2011. Caso “Contreras y otros c. El Salvador.” 31/08/2011. Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, 27/04/2012. Caso “Furlán y Familiares c. Argentina”, 31/08/2012. Caso “Atala Riffo c. Chile, 24/12/2012. Caso “Mendoza y otros c. Argentina”, 14/05/2013.

(42) CIDH, “Ximenes López c. Brasil”, 04/07/2006, párr. 103.

(43) CIDH, “Ximenes López c. Brasil”, 04/07/2006, párr. 104.

(44) Protocolo adicional de San Salvador, art. 18.

*las Personas con Discapacidad*<sup>(45)</sup>, en el caso “Furlán c. Argentina”, la Corte ha sostenido que “En este sentido, la Corte Interamericana reitera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas”<sup>(46)</sup>.

Notablemente, en el caso “Artavia Murillo” la CIDH incorporó al concepto de discapacidad, con apoyo en el caso “Furlán” a la *discapacidad reproductiva*, que merecería el mismo tratamiento favorecido que las otras discapacidades<sup>(47)</sup>. La Corte clasifica la discapacidad reproductiva como una hipótesis de vulnerabilidad.

Especial atención merecen las diversas *poblaciones indígenas*<sup>(48)</sup> que son invariablemente consideradas como grupos vulnerables. A nivel regional, se cuenta con *Declaración Americana sobre los Derechos de los*

---

(45) 1999, entrada en vigor en 2001. Puede consultarse en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>.

(46) CIDH, Caso “Furlán y familia c. Argentina”, 31/08/2012, párs. 134-5.

(47) “Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (*supra* párr. 288), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva”. CIDH, “Caso Artavia Murillo (Fecundación *in vitro*) c. Costa Rica”, 28/09/2012, párr. 293.

(48) El caso de la vulnerabilidad de las comunidades indígenas ha sido abordado recurrentemente por la CIDH y merecería un capítulo aparte. Algunos fallos al respecto: CIDH, Caso “Comunidad de Moiwana c. Suriname”, 15/06/2005, párrs. 99-100; CIDH, Caso “Comunidad Indígena de Yakye Axa c. Paraguay”, 17/06/2005, párr. 51; CIDH, Caso “Yatama c. Nicaragua”, 23/06/2005, párr. 23; CIDH, Caso “Comunidad Indígena de Sawhoyamaya c. Paraguay”, 29/06/2006, párrs. 59-60, 89, 95.

*Pueblos Indígenas*, del año 2016<sup>(49)</sup>. A nivel jurisprudencial, la Corte ha sostenido que el desmedro a la identidad que se produce por no dar la titularidad de las tierras a las comunidades indígenas vulnerabiliza a poblaciones que ya son de suyo vulnerables. Así en el caso “Comunidad Xákmok Kásek c. Paraguay”, la Corte ha sostenido que no dar la titularidad de sus tierras a la comunidad implica una forma de vulnerabilización por parte del Estado, ya que genera dependencia del Estado en lugar de posibilitar la auto-sustentabilidad de sus miembros<sup>(50)</sup>. Asimismo, la falta de acceso a condiciones dignas de salud, o la afectación de la integridad cultural en el sentido del lenguaje, o las prácticas de iniciación sexual de varones y mujeres o los ritos chamánicos, vulnerabilizan<sup>(51)</sup>. La cuestión de las comunidades indígenas no se limita a los derechos sociales, económicos y culturales, sino que vierte también sobre los derechos políticos, que tienden a garantizar la participación efectiva de las comunidades indígenas en tanto que grupo vulnerable en la sociedad<sup>(52)</sup>.

Respecto de la situación de las *mujeres*, sólo se cuenta con un documento específico respecto de la violencia contra la mujer, que es un fenómeno estructural en América Latina, en el marco de la OEA se originó otra Convención específica: la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, también denominada “Convención de Belem do Pará”, estrechamente vinculada al dramatismo del caso “Maria da Penha”<sup>(53)</sup>. La CIDH en “Rosendo Cantú c. México”, la Corte entendió que son factores multiplicadores de vulnerabilidad “el no hablar español y no contar con intérpretes, por falta de recursos econó-

---

(49) Aprobada por la Asamblea General de la OEA, el 14 de junio de 2016. Puede consultarse en <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.

(50) “En suma, este Tribunal destaca que (...) no ha sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad que dicho Decreto comprobó existían en la Comunidad Xákmok Kásek. Esta situación de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Así lo indicó Marcelino López, líder de la Comunidad, “[s]i tenemos nuestra tierra también va a mejorar todo y sobre todo vamos a poder vivir abiertamente como indígenas, de lo contrario será muy difícil vivir”, CIDH, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay”, 24/08/2010, párrs. 214-5.

(51) *Ibíd.*, 230-1 (salud) y 174-182 (integridad cultural).

(52) Así, p. ej. CIDH, “Caso Yatama c. Nicaragua”. 23/06/2005. O, respecto de la “cuestión mapuche”: CIDH, “Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) c. Chile”, 29/05/2014. Ver MORALES ANTONIAZZI, “La vulnerabilidad...”, *cit.*, ps. 328 y ss.

(53) CIDH, “Maria da Penha Maia Fernandes c. Brasil”, Informe nro. 54/01, Caso 12.051, del 16/04/2001.

micos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud u órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso”<sup>(54)</sup>. El caso “Rosendo Cantú” evidencia, además, junto con otro grupo de casos, la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres (en el caso, las mujeres pertenecían a una etnia indígena y además fueron víctimas de violencia sexual). En “Campo Algodonero”, la CIDH habla de una “discriminación estructural e histórica contra la mujer”<sup>(55)</sup>. Estas condiciones exigen un tratamiento preferencial de su situación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refiere a la situación de la mujer en el matrimonio afirmando con frases fuertes que “aproximadamente una mitad de la población” está “subordinada a la voluntad de la otra mitad”<sup>(56)</sup> y que la administración marital “hace vulnerables sus derechos a una violación sin recurso”<sup>(57)</sup>.

Respecto de las *minorías sexuales*, sabemos que se espera en breve una nueva opinión consultiva de la Corte<sup>(58)</sup> sobre el reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una y sobre los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo<sup>(59)</sup>. Se señala como caso paradigmático de la incorporación de la orientación sexual como categoría vulnerable al caso “Atala Riffo y niñas c. Chile”. Sin embargo, la Corte, en la argumentación del caso jamás se refiere a las minorías sexuales como un grupo vulnerable. Recordemos que el caso se funda en la negativa de acordar a la Juez Karen Atala de orientación sexual lésbica, la tuición de sus hijas por parte de la Corte Suprema de Chile. La Corte, en la estructura del fallo refiere a la discriminación por orientación sexual, lo que erige la orientación sexual en categoría protegida por la CADH<sup>(60)</sup>, pero no le atribuye el estándar de la vulnerabilidad, como en cambio sí hace respecto de la discapacidad reproductiva a quienes la padecen en el caso “Artavia Murillo”. Desde luego, nada impide que la Corte lo haga en el futuro, especialmente con el transexualismo. En todo caso,

---

(54) CIDH, “Rosendo Cantu *et al.* c. México”, 31/08/2010, párr. 70.

(55) CIDH, “González *et al.* (Campo Algodonero) c. México”, 16/09/2009, párr. 171-172.

(56) CIDH, “María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala”, Caso 11.625, 19/01/2001, párr. 38.

(57) CIDH, “María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala”, Caso 11.625, 19/01/2001, párr. 38.

(58) Cfr. Solicitud de Opinión Consultiva OC-24, presentada por Costa Rica. [http://www.CIDH.or.cr/docs/asuntos/solicitud\\_31\\_03\\_17.pdf](http://www.CIDH.or.cr/docs/asuntos/solicitud_31_03_17.pdf). La audiencia pública se realizó el 16 de mayo de 2017 y el texto de la opinión se espera de un momento a otro.

(59) Cfr. El texto de la consulta en: [http://www.CIDH.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud\\_17\\_05\\_16\\_esp.pdf](http://www.CIDH.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf).

(60) CIDH, Caso “Atala Riffo y Niñas c. Chile”, 24/02/2012, párrs. 83 y ss.

la Corte desarrolla un interesante y difícil párrafo sobre la interacción entre el interés del niño y la protección de la orientación sexual. Luego de afirmar que la conveniencia del interés del niño debe analizarse en concreto y no sobre la base de patrones estereotipados sobre la orientación sexual, la Corte afirma que “El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia”<sup>(61)</sup>. La colisión de ambos intereses tutelados (siendo que uno se cataloga como vulnerable —los niños— y el otro aún no —las minorías sexuales—), da como resultado que a la protección de la orientación sexual como condición social no le sería oponible el interés del niño en concreto. La hipótesis dificultosa se planteó a raíz del caso Atala en el marco de una sociedad chilena con visiones conservadoras sobre la familia en el que el hecho de convivir las niñas con la madre y su pareja femenina les generaba dificultades en la comunidad local (Villarica, un pueblo que hoy consta de 50.000 habitantes). De nuestra parte, en el *amicus curiae*<sup>(62)</sup> que presentamos en su momento, destacamos la necesidad del análisis en concreto de la idoneidad del guardador de los niños, tal y como lo recoge la CIDH. No obstante, la Corte va más allá, haciendo inoponible el interés concreto del niño ante situaciones comunitarias, probablemente a fin de evitar la discriminación estructural (pero el costo podría ser de los niños). Es una interesante evolución a seguir.

Lo cierto es que la Corte enuncia numerosas categorías de vulnerabilidad, pero tal vez lo esencial en aras de la emergencia de una teoría, es avanzar sobre una posible taxonomía de la vulnerabilidad a partir de elementos constitutivos descriptivos que pudieran permitir una mejor utilización científica del concepto.

## 9. HACIA UNA TAXONOMÍA DE LA VULNERABILIDAD

Conviene aquí referirse al interesante estudio de taxonomía de la vulnerabilidad en el sistema interamericano, que nos ofrece la jurista

---

(61) CIDH, Caso “Atala Riffo y Niñas c. Chile”, 24/02/2012, párr. 110.

(62) CIDH, Caso “Atala Riffo y Niñas c. Chile”, 24/02/2012, Cfr. Párr. 10. Publicado luego en BASSET, Ursula C., “Carta de Amigo del Tribunal en el caso ‘Atala contra Chile’ ED 28/09/2011 ([https://www.academia.edu/30559332/Basset.CIDH.Amicus\\_Curiae\\_Brief\\_Atala\\_v.\\_Chile.pdf](https://www.academia.edu/30559332/Basset.CIDH.Amicus_Curiae_Brief_Atala_v._Chile.pdf)). Otros argumentos, en el *Amicus brief* que presentamos en calidad de directores del seminario de investigación sobre derechos humanos y familia: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás - BASSET, Ursula C., “Carta de Amigo del Tribunal en el caso ‘Atala contra Chile’”. ED, 27/09/2011.

colombiana Estupiñán-Silva<sup>(63)</sup>. En dicho trabajo, la autora trabaja sobre una categorización de los grupos vulnerables sobre la base de las numerosas enunciaciones que hace la CIDH de los diversos sujetos y grupos que califica de vulnerables.

Recordemos que la taxonomía es un paso en el camino hacia una conceptualización más elaborada y abstracta del concepto de vulnerabilidad. En esta dirección la autora propone un test de vulnerabilidad sobre la base de situaciones *de iure* o *de facto* tal como fueron descritas por la jurisprudencia de la CIDH. Estupiñán-Silva propone tomar como elementos para determinarla:

- a) Las causas subyacentes de la vulnerabilidad: a saber o bien la limitación en el acceso a los derechos convencionales, integrado a su vez por las situaciones de vulnerabilidad, o bien las causas que surgen de elementos estructurales (tales como las minorías sexuales, la situación de la mujer, los prejuicios culturales frente a determinadas minorías étnicas o raciales.
- b) La exposición a presiones variables, por omisión (ausencia institucional) o por acción (las que son causadas por fuerzas existentes de naturaleza política o económica que causan la vulnerabilidad.
- c) La sensibilidad a la amenaza: que puede aumentar o disminuir según condiciones físicas, sociales o de diferente naturaleza.

Sobre la base de estos elementos, Estupiñán concibe una *tipología en dividida en dos clases*: la que deriva de una condición personal (mujeres, minorías sexuales, pueblos indígenas, discapacidad); y la que deriva de una situación específica (migrantes indocumentados, personas detenidas, individuos, grupos y partidos de oposición o minoritarios, defensores de derechos humanos, personas desplazadas y periodistas).

#### **a) Nuestra propuesta de clasificación**

De nuestra parte, nos parece que la mejor categorización es la que se funda en las posibilidades de resiliencia, lo que obliga a distinguir entre

---

(63) ESTUPIÑÁN-SILVA, Rosmerlín, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología,” aparecido en español en BELTRÃO, Jane Felipe - MONTEIRO DE BRITO FILHO, José Claudio - GÓMEZ, Itziar - PAJARES, Emilio - PAREDES, Felipe - ZÚÑIGA, Yanira (coords.), *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*, 2014 - dhcs. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, ps. 193 y ss., y que apareciera en su versión francesa en BURGORGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par le juge en Europe*, Pédone, Paris, 2014.

situaciones estables y situaciones transitorias. La ventaja de esta clasificación es que la respuesta del Estado ha de ser netamente diferenciada si la situación es estable respecto de la que permite estrategias de salida. Así, pues, diferenciamos entre:

a) Las *situaciones estables* son aquellas que no pueden ser remediadas y que por lo tanto son constitutivas del grupo del que se trate. Pensamos en la niñez, la adolescencia y la juventud mientras dure, las mujeres, las personas de tercera edad. También en aquellas personas que padecen enfermedades o discapacidades físicas o mentales irreversibles. La pertenencia a etnias minoritarias resulta en lo mismo. Hesitamos en incluir aquí a las minorías sexuales, primero porque, como vimos, la vulnerabilidad no resulta expresa en la jurisprudencia (aunque algunos colectivos son especialmente vulnerables, pensamos especialmente en el transexualismo) y porque la identidad sexual no es estable en las concepciones contemporáneas. La respuesta consiste en crear condiciones políticas y sociales de dignidad y equidad.

b) Las *situaciones transitorias* son aquellas que pueden ser remediadas, aunque a veces provengan de condiciones estructurales y su remedio pueda llevar más de una generación. Es el caso de la pobreza, la condición de embarazo de la mujer, la situación del migrante (y con ello, la extranjería y el idioma), la situación de riesgo, el aislamiento, la enfermedad, la falta de educación, el grado de intimidad y dependencia, la separación de la familia (biológica). Todos estos criterios de un modo o de otro han sido enunciados por la jurisprudencia y aunque no refieren a grupos, conforman grupos situacionales o circunstanciales.

En última instancia resulta claro que las categorías de discriminación estables, admiten a su vez divisiones que permitan ajustar los mecanismos legales de respuesta. Entre las situaciones estables, la niñez, la adolescencia y la juventud son situaciones transitorias con evoluciones y trayectorias muy diversas que exigen la adecuación permanente de los mecanismos estatales. El adulto mayor tiene en común con el niño y el adolescente la variedad de trayectorias vitales y la evolución e involución que se advierte progresivamente en el niño y regresivamente en el adulto. En ambos casos, la regla común es de procurar sostener lo más posible la autonomía.

En cambio en las enfermedades o discapacidades irreversibles la trayectoria depende mucho de la naturaleza de la patología y dependiendo de ella puede tener rasgos más estables y permanentes.

Finalmente, la pertenencia a una etnia es una característica que no se altera con el paso del tiempo, o al menos que el Estado debería garan-

tizar en su integralidad, en todas sus dimensiones (culturales, sociales, económicas y políticas).

En cuanto a las situaciones transitorias, la jurisprudencia de la CIDH es notablemente rica y perceptiva. Hay situaciones transicionales que procuran plasmarse en continuidades, como la hipótesis de los migrantes que escapan de condiciones económicas complejas. La jurisprudencia a este respecto está muy evolucionada<sup>(64)</sup>. Asimismo, las situaciones de extranjería o de las minorías étnicas que quedan eventualmente colocados en esa situación<sup>(65)</sup>.

En cambio, la Corte entiende tiene una receptividad fabulosa a circunstancias de vulnerabilidad mucho más asutiles. Así, la *composición familiar, el abandono y la separación familiar*<sup>(66)</sup> implican factores de vulnerabilización, no solamente en los niños sino también en los adultos (de ahí el aislamiento como factor de vulnerabilidad. Respecto de los niños, la CIDH señala que la separación de los padres (biológico) vulnera la adquisición de la plena autonomía para ejercer sus derechos<sup>(67)</sup>.

La Corte también señala la trascendencia de *la dependencia y la intimidación en el cuidado* como factor de vulnerabilidad<sup>(68)</sup>. Asimismo, todas las *relaciones de cuidado se producen desequilibrios de poder* que agravan la vulnerabilidad<sup>(69)</sup>. Un trabajo pendiente es analizar esta rica gama de matices en los que la Corte percibe situaciones relacionales que implican que cuando una persona depende o está cercano.

---

(64) CIDH, Opinión Consultiva OC-18/03, "Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados", 2003.

(65) CIDH, "Rosendo Cantú *et al.* c. México", 31/08/2010, párr. 70.

(66) CIDH, Caso "Contreras y otros c. El Salvador", 31/08/2011, p. 86. Ver también párr. 102: "El Tribunal constata que el conjunto de malos tratos sufridos por Gregoria Herminia, su edad, las circunstancias de su desaparición y la imposibilidad de recurrir a su propia familia para protegerse, la colocaron en un estado de alta vulnerabilidad que agravó el sufrimiento padecido".

(67) "En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad". CIDH, "Gelman c. Uruguay", 24/02/2011, párr. 97.

(68) Así: "Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables (...) por el alto grado de intimidación que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas", CIDH, Caso "Ximenes Lopes c. Brasil", 04/07/2006 de 2006, Par 127.

(69) CIDH, Caso "Ximenes Lopes c. Brasil". 04/07/2006. Par. 127.

## b) Los factores multiplicadores de vulnerabilidad o la interseccionalidad

Especialmente, la denominada “interseccionalidad de la discriminación” que agrava la vulnerabilidad porque genera factores de multiplicación de la misma<sup>(70)</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la vulnerabilidad puede agravarse si hay factores de vulnerabilidad que se añaden unos a otros. Así, una *mujer* puede ser *pobre*, estar *encinta* y estar *detenida y aislada*<sup>(71)</sup>. En ese caso, las violaciones a su integridad física y los tratos crueles e inhumanos que reciba se verán agravados por estas circunstancias y el Estado deberá preventivamente considerar que las mujeres en esas circunstancias son especialmente vulnerables a los abusos y violaciones de sus derechos.

La vulnerabilidad de una *niña de sexo femenino* se multiplica cuando es *separada de su familia* y como no adquiere por sí sola el ejercicio de los derechos, sino acompañada por su familia, esa separación supone una vulnerabilización que probablemente tenga efectos permanentes en la vida de esa niña<sup>(72)</sup>.

Otro ejemplo de interseccionalidad se lee en la Convención de Belem do Pará, art. 9º: “Art. 9º.— Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

Un último ejemplo aporta empero un buen cierre para el sentido de la vulnerabilidad. Un niño o adolescente en situación de riesgo que padece discapacidades mentales y por ello es vulnerable. Pero lo que la Corte afirma es aún más estremecedor: que *algunas vulnerabilidades atraen otras*. Así en “Ximenes López c. Brasil”: “En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como los que viven en condición de extrema pobreza, niños y adolescentes en situación de riesgo y poblacio-

---

(70) VARGAS VERA, Georgina, “Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad”, Revista Jurisdictio 18 (2016), ps. 143 y ss.

(71) CIDH, “Caso Penal Miguel Castro c. Perú”, 02/08/2008.

(72) CIDH, “Caso Contreras y otros c. El Salvador”, 31/08/2011

nes indígenas enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales como el caso del Sr. Damián X. Lopes”<sup>(73)</sup>.

### **10. EN SÍNTESIS**

La CIDH nos provee de elementos extraordinarios en un camino que comenzamos a recorrer. El concepto de vulnerabilidad es un concepto que permite el avance de las de las categorías jurídicas, humanizando la retórica y aplicación práctica de los derechos fundamentales. La matriz individualista queda superada por la perspectiva interrelacional que apela a solidaridades familiares y sociales. La vulnerabilidad permite diversificar y afinar los instrumentos del derecho para percibir situaciones diversas de vulnerabilidad y desequilibrio de poder (tales como la separación familiar, intimidad, dependencia) y traducirlas en las protecciones tradicionales en una jurisprudencia rica e innovativa cuyo último fin es una igualdad nueva, más ajustada a la fluidez de los tiempos que corren.

---

(73) CIDH, “Ximenes Lopes c. Brasil”, 04/07/2006, párr. 140.