

URSULA BASSET
ALFONSO SANTIAGO

Directores

TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

MARÍA ZÚÑIGA BASSET

Coordinadora

TOMO I



Contiene códigos QR
con material adicional



INCLUYE
VERSIÓN eBook

THOMSON REUTERS

LA LEY

Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas, tomo I / Ursula Basset; Alfonso Santiago - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022.

v. 1, 720 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-4408-7

1. Derecho Constitucional. 2. Derecho de Familia. I. Santiago, Alfonso II. Título

CDD 346.07

© Ursula Basset, 2022

© Alfonso Santiago, 2022

© de esta edición, Thomson Reuters, 2022

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida

transmitida en cualquier forma o por cualquier medio

electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación

cualquier otro sistema de archivo y recuperación

de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved

No part of this work may be reproduced

transmitted in any form or by any means,

electronic or mechanical, including photocopying and recording

or any information storage or retrieval system,

without permission in writing from the Publisher and the author.

450 ejemplares

978-987-03-4408-7 (Tomo I)

978-987-03-4405-6 (Obra completa)

993852

Las acciones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten

ÍNDICE GENERAL

TOMO I

Presentación de los autores.....	XXVII
Abreviaturas.....	XXXV
Prólogo.....	XXXVII
Presentación de la obra.....	XLV
I. Un diálogo entre derechos humanos y derecho civil, entre civilistas y constitucionalistas.....	XLVI
II. Entre la persona y la familia: en búsqueda de una visión equilibrada de la dignidad humana.....	XLVII
III. Con una visión que parte de la sensibilidad social y de una perspectiva de vulnerabilidad.....	XLIX
IV. Incorporando los desafíos de los cambios demográficos, sociales y culturales.....	L
V. Una propuesta de análisis jurídico con medida: lo que corresponde al derecho, lo que está más allá del derecho.....	LIII
VI. Breve presentación del contenido de la obra.....	LIV
6.1. Un primer tomo que provee un sólido aparato doctrinal constitucional-convencional.....	LIV
6.2. Un segundo y tercer tomo que se detienen en cada uno de los derechos en juego.....	LVI
VII. En pocas palabras.....	LIX
VIII. Video presentación de la obra.....	LX

CAPÍTULO I

UNA NUEVA ERA DEL DERECHO (1945 EN ADELANTE) Y SU IMPACTO EN EL DERECHO DE LAS PERSONAS, EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

Alfonso Santiago

I. Introducción.....	I
----------------------	---

II.	Tres hitos fundacionales	2
III.	Cuatro procesos principales	6
3.1.	La expansión de las democracias constitucionales como forma de Estado, a través de las distintas olas democráticas..	6
3.2.	La progresiva constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.....	6
3.3.	El surgimiento y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en los ámbitos nacionales	7
3.4.	El nacimiento de las instituciones de integración y del derecho comunitario	15
IV.	Tres cambios fundamentales en la teoría y la práctica jurídicas	16
4.1.	La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos	17
4.2.	Los cambios en el ámbito de la teoría jurídica	20
4.3.	La nueva misión de los jueces	23
4.4.	Posibilidades y riesgos del nuevo paradigma jurídico	27
4.5.	El impacto de estas tendencias en el derecho de las personas, del matrimonio y de la familia.....	32

CAPÍTULO II

LA IGUAL E INVOLABLE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA COMO FUNDAMENTO DEL ORDEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

Alfonso Santiago

I.	Palabras introductorias.....	35
II.	El principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana	36
2.1.	Textos internacionales	37
2.2.	Textos constitucionales.....	38
2.3.	Algunas referencias jurisprudenciales	40
2.4.	La centralidad jurídica del principio de la dignidad de la persona humana en el derecho de nuestros días.....	43
III.	Los fundamentos de la igual e inviolable dignidad de la persona humana	47
IV.	Conclusión	55

CAPÍTULO III

PERSONA Y DERECHO

Pilar Zambrano

I.	Introducción	57
----	--------------------	----

II.	Ronald Dworkin y la persona como categoría discursiva moral	60
2.1.	El consenso en torno al liberalismo ético como fundamento moral y epistémico de la categoría de persona	61
2.2.	Rawls: una concepción política no metafísica de persona	63
2.3.	Del fundamento discursivo a la extensión limitada del derecho a la igual consideración y respeto en el pensamiento de Dworkin.....	65
2.4.	Las consecuencias normativas.....	67
III.	La persona como categoría sustancial. Una aproximación desde la tradición central del derecho natural.....	69
3.1.	La condición personal natural como fundamento moral y epistémico	70
3.2.	El marco ontológico del autodomínio	71
3.3.	El marco moral del autodomínio	73
3.4.	Del concepto filosófico al concepto jurídico. Capacidad, necesidad y derecho	74
3.5.	La fuerza y extensión del derecho a la personalidad jurídica: un derecho absoluto y universal	77
3.5.1.	Las consecuencias normativas del reconocimiento de un derecho a la personalidad jurídica	79
IV.	Comparación y conclusión	80

CAPÍTULO IV

LOS SISTEMAS INTERAMERICANO Y EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DESCRIPCIÓN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y COMPARACIÓN

Gisela Ferrari y Guadalupe Fernández Mehle

I.	Introducción	85
II.	El sistema europeo de derechos humanos	88
2.1.	Breve desarrollo histórico del nacimiento del sistema europeo de derechos humanos.....	88
III.	La Convención Europea de Derechos Humanos	90
3.1.	Estructura y modificaciones	90
3.2.	Estado de ratificaciones	94
IV.	Otros instrumentos de protección y promoción de los derechos humanos adoptados por los países miembros del Consejo de Europa ...	95
V.	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	97
5.1.	Creación y evolución.....	97
5.1.1.	Composición y organización y procedimiento ante el TEDH	98
5.1.2.	Funciones.....	99

VI.	El sistema interamericano de derechos humanos.....	100
6.1.	Breve historia de la génesis del sistema interamericano: de los primeros pasos al establecimiento de la OEA.....	101
6.2.	La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.....	103
6.3.	Estructura y contenido.....	104
6.4.	Estado de las ratificaciones.....	105
VII.	Otros instrumentos de protección y promoción de los derechos humanos adoptados en el ámbito del sistema interamericano.....	105
VIII.	La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	109
8.1.	Creación y evolución.....	109
8.2.	Composición y funciones.....	111
IX.	La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	113
9.1.	Creación y evolución.....	113
9.2.	Composición, organización y procedimiento ante la Corte.....	117
9.3.	Funciones.....	126
X.	Una comparación de ambos sistemas.....	128
10.1.	Aspectos institucionales.....	129
10.2.	Aspectos sustanciales.....	134
XI.	Reflexiones finales.....	143

CAPÍTULO V

LA ARTICULACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS NACIONALES E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Alfonso Santiago

I.	Introducción.....	145
II.	La interacción entre el sistema interamericano de derechos humanos y los ordenamientos nacionales.....	146
III.	El principio de subsidiariedad y sus consecuencias operativas.....	148
IV.	Conclusión.....	155

CAPÍTULO VI

LA PROGRESIVA RECEPCIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

Alfonso Santiago

I.	Presentación.....	157
----	-------------------	-----

II.	La progresiva recepción y armonización del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico argentino.....	
2.1.	Monismo de fuentes.....	159
2.2.	Carácter operativo directo de los derechos reconocidos en los tratados internacionales.....	160
2.3.	Supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas.....	160
2.4.	Jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.....	161
2.5.	Establecimiento por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de una presunción <i>iure et de iure</i> de que hay compatibilidad plena entre la primera parte de la Constitución Nacional y los 11 tratados sobre derechos humanos a los que el constituyente de 1994 ha otorgado jerarquía constitucional en el art. 75, inc. 22.2.....	161
2.6.	Seguimiento de las pautas interpretativas de los tratados internacionales establecidas por los tribunales y organismos internacionales.....	163
2.7.	Recepción de la doctrina del control de convencionalidad <i>ex officio</i> elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	164
2.8.	Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que afecta el contenido de los fallos pronunciados por la Corte Suprema argentina.....	170
2.9.	Posible existencia de conflictos insalvables entre las normas constitucionales y los textos o jurisprudencia internacionales.....	175
III.	El diálogo entre la Corte Suprema argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	186
IV.	Conclusiones.....	192

CAPÍTULO VII

LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS: BASES PARA UNA PROPUESTA ALTERNATIVA AL CONFLICTIVISMO

Juan Cianciardo

I.	Introducción.....	195
II.	La crítica al conflictivismo.....	198
III.	La crítica del Prof. Orrego a conflictivistas y no conflictivistas.....	200
IV.	Algunos presupuestos de una teoría armonizadora.....	202
4.1.	Dos coincidencias.....	202
4.2.	Los derechos humanos como derechos subjetivos.....	203
4.3.	Los derechos humanos no son normas iusfundamentales.....	206

4.4. Los derechos humanos tienen por objeto bienes inconmensurables 208

V. Una aplicación concreta: pandemia, proporcionalidad y justificación de lo injustificable 210

CAPÍTULO VIII

BALANCE DE LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL A MÁS DE SEIS AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA

Julio César Rivera

I. Prenotados 213

II. La relación con la Constitución Nacional y los tratados 214

2.1. El derecho civil constitucional: ¿qué significa? 214

2.2. ¿La "constitucionalización" implica una banalización de la Constitución o es la mera expresión de la obvia supremacía constitucional? 217

2.3. Lo que "no es" la constitucionalización 221

2.4. El rol de los jueces 228

2.5. De ciertos excesos de los jueces en el ejercicio de sus facultades 231

2.6. De otros valores del Código Civil y Comercial 233

2.6.1. Sobre el diálogo de fuentes 233

2.6.2. La razonabilidad 235

2.6.3. La situación de la mujer, las familias y las restricciones a la capacidad 235

III. La aplicación de la ley en el tiempo 235

3.1. La cuestión polémica: la aplicación de la nueva ley a los juicios en trámite 238

3.2. Derechos adquiridos en razón de sentencias firmes: la cuestión del derecho a alimentos 240

3.3. La adecuación de los conjuntos inmobiliarios 240

IV. Los derechos personalísimos 241

V. La cuestión de la capacidad de los menores 242

5.1. Principios rectores 242

5.2. Algunas observaciones 242

5.3. La representación 243

VI. Las obligaciones en moneda extranjera 245

6.1. Regla general y excepciones 245

6.2. ¿Hasta cuándo? 246

VII. Soluciones del Código Civil y Comercial que complican los negocios empresarios 247

7.1. La responsabilidad precontractual 247

7.2. Los contratos preliminares 248

7.3. El régimen de los contratos por adhesión a condiciones generales predispuestas 249

7.4. Los contratos de larga duración 251

7.5. La frustración del fin 251

7.6. Contrato de agencia 251

7.7. El contrato de arbitraje 253

7.7.1. Casos excluidos del arbitraje 253

7.7.2. Los recursos: jurisprudencia 254

7.7.3. Interpretación 255

VIII. Otras cuestiones 255

IX. Conclusiones 256

CAPÍTULO IX

EL EFECTO HORIZONTAL DE LAS NORMAS EN EL DERECHO ARGENTINO. LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

Ursula C. Basset

I. Influencia de los derechos humanos en el derecho privado, según el Código Civil y Comercial 257

II. La constitucionalización del derecho privado 258

III. Los modos de influencia del derecho público en el derecho privado. La doctrina de la *Drittwirkung* horizontal directa e indirecta 259

IV. Problemas que plantea la constitucionalización del derecho privado 262

V. La doctrina del efecto horizontal en el marco europeo 265

VI. Un marco posible en el sistema interamericano 265

VII. El caso argentino 268

7.1. Qué significa el "diálogo de fuentes" 268

7.2. El diálogo de fuentes y la denominada "comunicación transjudicial" 273

7.3. Quién interpreta 273

7.4. Qué se interpreta 275

7.5. Los límites del "diálogo" 276

7.6. Posibles modificaciones a los arts. 1° y 2° 276

VIII. Recapitulación 277

CAPÍTULO X

LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE JUDICIAL, EL OVERRULING
Y EL CASO DEL PRECEDENTE DEMOSTRABLEMENTE
ERRÓNEO O MANIFIESTAMENTE INJUSTO
EN LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Florencia Ratti

I.	Introducción	281
II.	La actual doctrina del precedente de la Corte Suprema argentina ...	282
	2.1. Precedente vertical.....	282
	2.2. Precedente horizontal.....	292
III.	Recapitulación: la doctrina del precedente de la Corte Suprema	296
IV.	Precedente de derecho federal y precedente de derecho común	297
V.	El cambio, abandono o derogación del precedente. ¿Qué sucede con el precedente injusto?	300
	5.1. Precedente y error. El precedente demostrablemente erróneo	300
	5.2. Reflexiones sobre el error y la injusticia manifiesta	305
VI.	El caso "F. A. L." y su descalificación como precedente.....	309
	6.1. Incompetencia de la Corte	311
	6.2. Precedente inconstitucional.....	312
	6.3. Extralimitación de la función judicial.....	314
	6.4. Federalismo	316
	6.5. Errores de razonamiento y argumentación.....	318
	6.5.1. Sesgo argumentativo: omisión de pronunciarse sobre el estatus de la persona por nacer.....	318
	6.5.2. Sesgo lógico-cognitivo: no punibilidad <i>vs.</i> derecho. Omisión del análisis dogmático-penal	322
	6.5.3. Sesgo hermenéutico: manipulación de las técnicas interpretativas	327
	6.5.4. Ineficiente fundamentación sobre la distinción entre reserva y declaración interpretativa	328
	6.5.5. Sesgo en las fuentes del derecho	330
	6.5.5.1. Derecho internacional	330
	6.5.5.2. Precedentes nacionales.....	333
	6.6. Injusticia manifiesta.....	337
	6.7. Síntesis.....	340
VII.	Conclusión	341
VIII.	Para ir más lejos.....	342

CAPÍTULO XI

LA PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL

Ursula Basset

I.	Aproximación semántica al término.....	350
II.	Pragmática de la palabra "vulnerabilidad" en los documentos internacionales.....	351
	2.1. En el ámbito de los documentos internacionales.....	351
	2.1.1. Vulnerabilidad como tratamiento desigual: primera generación de tratados	351
	2.1.2. Segunda generación: las convenciones como "traducciones" de derechos universales a grupos vulnerables	351
	2.1.3. Tercera generación: declaraciones temáticas y aparición más frecuente del concepto	353
	2.2. En el ámbito de los comentarios, las recomendaciones y otros documentos de valor oficial de organismos internacionales.....	354
	2.3. En el ámbito de las organizaciones y los grupos académicos de impacto	355
	2.4. Los instrumentos regionales de derechos humanos.....	356
	2.4.1. Instrumentos adoptados por el Consejo de Europa	356
	2.4.2. Instrumentos regionales adoptados por la OEA.....	357
	2.4.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	359
	2.4.2.2. Protocolo de San Salvador (1988).....	361
	2.4.2.3. Convenciones sectoriales emanadas de la OEA.....	363
	2.4.2.4. Convención de Belém do Pará	364
	2.4.2.5. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.....	364
	2.4.2.6. Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia... ..	365
	2.4.2.7. Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.....	365
	2.4.3. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	366
	2.4.3.1. Opinión consultiva 3/83.....	366
	2.4.3.2. Opinión consultiva 8/87.....	367
	2.4.3.3. Opinión consultiva 11/90.....	367
	2.4.3.4. Opinión consultiva 17/02.....	367

2.4.3.5.	Opinión consultiva 17/02.....	368
2.4.3.6.	Opinión consultiva 18/03.....	368
2.4.3.7.	Opinión consultiva 21/14.....	369
2.4.3.8.	Opinión consultiva 24/17.....	371
2.4.3.9.	Opinión consultiva 25/18.....	372
2.4.3.10.	Recapitulación general.....	373
2.4.3.11.	Aportes sobre del concepto de vulnerabilidad en las opiniones consultivas	373
2.4.3.12.	Aportes sobre la comprensión de los sujetos vulnerables	374
2.4.3.13.	Aportes sobre la comprensión teórica de la vulnerabilidad en las opiniones consultivas	376
2.4.4.	Instrumentos del sistema africano de derechos humanos	378
2.4.4.1.	La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos	378
2.4.4.2.	El Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África (2003)	380
2.4.4.3.	La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990).....	381
2.4.4.4.	Convención para la Asistencia de las Personas Internamente Desplazadas (2009).....	381
III.	Hacia un concepto de perspectiva o enfoque de vulnerabilidad	382
3.1.	Las ventajas de los contornos difusos de la definición.....	383
3.2.	Funciones de la perspectiva de vulnerabilidad	384
3.3.	Proyección biográfica de la perspectiva de vulnerabilidad: la prevención del daño y el fortalecimiento temprano de redes	384
IV.	Criterios para una aplicación proporcionada y prudente de la perspectiva de vulnerabilidad.....	386
4.1.	Aplicación de la perspectiva de vulnerabilidad n tres funciones.....	386
4.2.	Criterios de aplicación en la función rectificadora de la norma	387
4.3.	Diferencia entre la función rectificadora de la ley y la ley injusta o inconstitucional.....	388
V.	Vulnerabilidad y dignidad humana: una herramienta de revisión del derecho privado decimonónico y su paradigma del fuerte	390

CAPÍTULO XII

ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

II.	Personas en condición de vulnerabilidad y su derecho de acceso a la justicia.....	396
2.1.	Personas vulnerables por su calidad de migrantes, de refugiados o por sufrir desplazamientos internos	398
2.2.	Personas vulnerables por estar privadas de su libertad	400
2.3.	Personas vulnerables por su edad: niños, niñas y adolescentes.....	403
2.4.	Personas vulnerables por hallarse en condiciones de pobreza	410
2.5.	Personas vulnerables por tener discapacidad	413
2.6.	Personas vulnerables por pertenecer a las comunidades indígenas o de pueblos originarios	420
2.7.	Personas vulnerables por su género: cuando las mujeres sufren algún perjuicio en su acceso a la justicia	424
2.8.	Otras personas vulnerables en el acceso a la justicia	428
2.8.1.	Las personas de edad avanzada	428
2.8.2.	Las personas víctimas de delitos	428
2.8.3.	Las personas pertenecientes a comunidades minoritarias.....	429
III.	Categorías no alcanzadas por las 100 Reglas de Brasilia. Palabras conclusivas.....	429

CAPÍTULO XIII

PRINCIPIO DE EFICACIA, TEMPORANEIDAD Y EFICIENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS

Agustina Díaz Cordero

I.	Introducción	431
II.	Principio de trato diferenciado o de especialidad	432
III.	La importancia del principio de progresividad. Criterio clave para entender la efectividad.....	433
IV.	El principio de eficacia y los tratados de derechos humanos	434
V.	El principio de efectividad en clave de progresividad	436
VI.	Derecho a un recurso efectivo	441
VII.	Derecho a un recurso efectivo	442
VIII.	Efectividad de los recursos y tutela judicial efectiva.....	442
VIII.	Acciones positivas en la tutela de los niños y ancianos y las personas con discapacidad en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El pleno goce efectivo de sus derechos.....	445
IX.	La especial tutela de los niños con discapacidad	447
X.	El razonamiento de la Corte Suprema en el caso "Quisberth Castro"	448
10.1.	Efectividad de las normas.....	448

10.2. Operatividad de carácter derivado de los derechos y su control de razonabilidad por parte del Poder Judicial..... 449

XI. Razonamiento de la corte en el caso "Guarino"..... 452

XII. El principio de efectividad en los casos de guarda y adopción en los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... 453

XIII. Plazo razonable y debida diligencia..... 455

13.1. Relación del debido proceso con los derechos de los niños según la Corte IDH..... 456

13.2. La excepcional diligencia por parte de las autoridades en procesos que involucren niños en la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... 459

13.3. La debida diligencia por parte de las autoridades y el plazo razonable en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... 463

XIV. Conclusión..... 466

CAPÍTULO XIV

EFFECTIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS

Estela B. Sacristán

I. Introducción. El boom de los derechos..... 469

1.1. Una evolución..... 470

1.2. Reconocimiento y respeto de los derechos..... 471

1.3. Efectividad de los derechos..... 472

II. Efectividad de la Constitución y los derechos constitucionales..... 473

2.1. Derechos ante el Estado..... 473

2.2. Derechos ante los demás particulares..... 473

2.3. Plan de exposición..... 475

III. Conceptos usuales..... 475

3.1. Efectivización o eficacia, eficiencia, ética..... 475

3.2. Libertades y derechos..... 476

3.3. Competencias y derechos..... 477

3.4. Implementación, cumplimiento, exigibilidad..... 478

3.5. Carácter directo o indirecto..... 481

IV. Supuestos difíciles..... 484

4.1. De la libertad, al derecho..... 484

4.2. Relación jurídica y posibilidades materiales..... 485

4.3. Relación jurídica no inferible ante políticas..... 485

4.4. Rango del derecho: constitucional o infraconstitucional..... 486

V. La participación del aparato estatal en la efectivización de los derechos..... 487

5.1. Aspectos de fondo al intentarse la efectivización de los derechos.....

5.2. Aspectos formales al intentarse la efectivización de un derecho..... 490

VI. Conclusiones..... 491

CAPÍTULO XV

EL LIDERAZGO DE LAS PROVINCIAS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA, EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA

María Gabriela Ábalos

Introducción..... 493

II. Las diversidades en el federalismo argentino..... 494

III. El constitucionalismo provincial y sus particularidades: margen de apreciación local..... 496

IV. Persona, matrimonio y familia en las distintas Constituciones provinciales vigentes..... 500

V. Aportes del margen de apreciación provincial..... 525

CAPÍTULO XVI

LA RESOLUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ NACIONAL DE POSIBLES CONFLICTOS INSALVABLES ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PRIMACÍA NORMATIVA

Alfonso Santiago

I. Presentación..... 529

II. Supremacía constitucional y primacía normativa..... 534

2.1. Rigidez constitucional..... 534

2.2. Supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales..... 534

2.3. Las disposiciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos..... 537

2.4. El establecimiento de la primacía normativa es una decisión constitucional reservada al poder constituyente..... 538

2.5. Los criterios establecidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados..... 541

2.6. Actuales limitaciones y debilidades institucionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... 541

	2.7. La perdurabilidad del Estado nacional.....	542
	2.8. Conclusión.....	543
III.	El fallo de la Corte Suprema argentina en el caso "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto".....	543
IV.	Una breve recorrida por el derecho comparado.....	553
	4.1. Países europeos.....	554
	4.1.1. Italia.....	554
	4.1.2. Alemania.....	554
	4.1.3. Reino Unido.....	555
	4.1.4. España.....	556
	4.1.5. Rusia.....	556
	4.2. Países americanos.....	557
	4.2.1. Estados Unidos.....	557
	4.2.2. Brasil.....	559
	4.2.3. Uruguay.....	560
	4.2.4. Chile.....	563
	4.2.5. Perú.....	564
	4.2.6. México.....	566
	4.2.7. República Dominicana.....	567
	4.2.8. Costa Rica.....	567
	4.3. Comentarios.....	569
V.	Conclusiones.....	569

ANEXOS

Ursula Basset

I.	Primer anexo. Derechos humanos relevantes según el tratado, pacto o convención que los reconoce. Tratados con y sin jerarquía constitucional en la Argentina.....	571
	1.1. Derecho a la vida (DUDH, art. 1º; art. 3º; CADH, art. 4.1; PIDCP, art. 6.1, CPDPN, art. 10).....	571
	1.2. Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (DUDH, art. 6º; CADH, art. 3, CPDP, art. 12).....	573
	1.3. Derecho a la identidad (CDN, art. 8º; CPDP, art. 3º, inc. h, CIPDHpm, artículos varios).....	575
	1.4. Derecho a la salud física y mental (PIDESC, art. 12, Protocolo de San Salvador, art. 10, 1 —salud física, mental y social—, arts. 15, 3, c, art. 16; CDN, art. 6.2, 24, 27; CPDP, art. 25, CIPDHpm, art. 11, 12, 19).....	576
	1.5. Derecho a la alimentación (Protocolo de San Salvador, art. 12, art. 15, 3.a.b, CDN, art. 24, c y e, arts. 26 y 27 (responsabilidad Estado-familia), art. 27.4 (obligación del Estado de asegurar la pensión alimenticia)......	579

1.6.	Derecho a la integridad personal (CADH, art. 5º, CPDP, art. 17, Convención de Belém do Pará, art. 3.b).....	581
1.7.	Derecho a un nivel de vida adecuado (salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda médica, servicios sociales necesarios, DUDH, art. 25; PIDESC, art. 11.1; Protocolo de San Salvador, art. 10.1; CPDP, art. 28; CIPDHpm, art. 22).....	581
1.8.	Derecho a la educación (DUDH, art. 26; PIDESC, art. 13, Protocolo de San Salvador, art. 13; CDN, art. 28; CPDP, art. 24; CIPDHpm, art. 20).....	583
1.9.	Derecho de acceso a la cultura (art. 27.1, CDN, art. 31.2, PIDESC, art. 15, Protocolo de San Salvador, art. 14, CPDP, art. 30, Convención de Belém do Pará, arts. 5º y 6º, CIPDHpm, art. 21).....	589
1.10.	Deber de comportarse fraternalmente los unos con los otros (DUDH, art. 1º).....	589
1.11.	Derecho a la vida privada y familiar (art. V y IX DADH, art. 17, PIDCP, art. 11 CADH, arts. 12 y 16, CIPDHpm).....	589
1.12.	Deberes de cada individuo para con la familia, la sociedad y el Estado (DUDH, art. 29; CADH, art. 32, CDN, art. 5º —niños—).....	591
1.13.	Protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad (DUDH, art. 16, CADH, art. 17.1, PIDCP, art. 16.1., PIDESC, art. 10.1, Protocolo de San Salvador, art. 15, CPDP, art. 23, Convención de Belém do Pará, art. 4º, CIPDHpm, entre otros).....	592
1.14.	Protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad (DUDH, art. 16, CADH, art. 17.1, PIDCP, art. 16.1., PIDESC, art. 10.1, Protocolo de San Salvador, art. 15, CPDP, art. 23, Convención de Belém do Pará, art. 4º, CIPDHpm, entre otros).....	595
1.15.	Deber de protección de los niños (DUDH, art. 25; PIDCP, art. 24.1; PIDESC, art. 10.3; CADH, arts. 17.4 y 19; Protocolo de San Salvador, art. 16; CDN, art. 3.2.).....	598
1.16.	Protección de los derechos de los adultos mayores (Protocolo de San Salvador, art. 17, CIPDHpm, Toda la Convención).....	599
1.17.	Protección de las personas con discapacidad (Protocolo de San Salvador, art. 18; CDN, art. 23, CPDP, Toda la Convención).....	600
1.18.	Igualdad y no discriminación. (art. 2, DUDH, arts. 2, 3 y 26, PIDCP, art. 2.2, PIDESC, art. 2.2, art. 3º, CADH, arts. 1.1 y 24, CDN, art. 2º; CDPD, arts. 3º, b, e, g, 5º, 6º, 7º; CEDAW, art. 1, Convención de Belém do Pará, art. 6º, CIDHpm, arts. 3º, 4º y 5º y otros).....	601
1.19.	Acceso a la justicia (DUDH, art. 8º, CADH, arts. 8º, 25; CPDP, art. 13).....	605

1.20. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno (CADH, art. 2.1, Protocolo de San Salvador, art. 1°; art. 2°, CDN, art. 4°, CPDP, art. 4°, Convención de Belém do Pará, art. 7°, CIPDHPM, art. 1°)	607
1.21. Principio de efectividad (DUDH, art. 8°, PIDCP, art. 2.3, CADH, art. 26, principio de efectividad, Protocolo de San Salvador, art. 5°, principio de no regresividad, CPDP, art. 4°, 4, no regresividad, CIPDHPM, art. 3° y otros)	610
1.22. Derecho de propiedad (DUDH, art. 17; DADDH, art. 23; CADH, art. 21; CIPDHPM, art. 23)	612
1.23. Derecho a la dignidad de trato (CADH, art. 11.1., CDPD, art. 1°, art. 3.1., Protocolo de San Salvador art. 13.2, Convención de Belém do Pará, art. 4°, CIPDHPM, arts. 3° y 6°)	613
1.24. Principio de coparentalidad (PIDCP, art. 23.4, CADH, art. 17, inc. 4°, CDN, arts. 5°, 9, 18.1. Ver también recomendación general 29, párrs. 4°, 44 y recomendación general 21, CEDAW; CEDAW, arts. 5° y 16, inc. f)	615
1.25. Trabajo digno para alimentar a la familia (PIDESC, arts. 6°, 7°, a); art. 10.1, Protocolo de San Salvador, arts. 6°, 7.a)	617
II. Segundo anexo. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculadas al derecho de familia y personas	618
2.1. Opinión Consultiva 17/02 del 28/8/2002, "Condición jurídica y derechos humanos del niño"	618
2.2. Opinión consultiva 18/03 del 7/9/2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados"	619
2.3. Opinión consultiva 21/14 del 19/8/2014, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional"	619
2.4. Opinión Consultiva 24/17 del 24/11/2017, "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"	621
2.5. Opinión Consultiva 8/87 del 30/1/1987, serie A, nro. 8, "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)"	623
III. Tercer anexo. Diez casos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de personas vulnerables	624
3.1. Caso de los "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala (Fondo)", sentencia del 19/11/1999	624
3.1.1. Derecho a alentar un proyecto de vida de cada niño y deber del Estado de garantizar ese derecho	625

3.1.2. Garantía de supervivencia y desarrollo del niño por parte del Estado	625
3.2. Caso de las "Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana", sentencia del 8/9/2005	625
3.2.1. Niñez migrante y derechos humanos en el sistema interamericano	626
3.3. Caso "Ximenes Lopes c. Brasil", sentencia del 4/7/2006	626
3.3.1. Casos de especial vulnerabilidad: deber de garantía agravado del Estado	626
3.4. Caso "Gelman c. Uruguay (Fondo y Reparaciones)", sentencia del 24/2/2011	627
3.4.1. Aspectos relacionales de la autonomía progresiva (la autonomía se adquiere en familia)	627
3.4.2. Romper los vínculos familiares de un niño es afectar su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica	628
3.4.3. Obligación de los padres y del Estado de garantizar el máximo desarrollo de los niños. Relaciones familiares como condición esencial de desarrollo del niño	628
3.4.4. Derecho a la identidad	628
3.5. Caso "Contreras y otros c. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas)", sentencia del 31/8/2011	629
3.5.1. Separar a los niños de los padres pone en riesgo su desarrollo integral	629
3.5.2. El derecho a la identidad solo se restaura cuando cesa la violación y se revincula con la familia	629
3.5.3. Derecho a la identidad. Garantías	630
3.5.4. El derecho a la identidad es importante no solo durante la infancia, sino durante toda la vida	631
3.6. Caso "Forneron e hija c. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)", sentencia del 27/4/2012	631
3.6.1. El cuidado del hijo debe decidirse sin estereotipos de género (en el caso, respecto del padre), sobre la evaluación de los comportamientos concretos	632
3.6.2. Factor tiempo e incidencia en la creación de vínculos de la familia: incidencia nociva de la dilación del proceso. Identidad dinámica	632
3.6.3. Derecho a la identidad. Contenido	633
3.7. Caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)", sentencia del 24/2/2012	633
3.7.1. El cuidado personal de los niños no puede decidirse sobre la base de prejuicios de ningún tipo, sino sobre la base del interés del niño	634

3.7.2.	Autonomía progresiva.....	634
3.7.3.	Derecho a la escucha de niñas y niños.....	635
3.8.	Caso "Furlán y familiares c. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", sentencia del 31/8/2012.....	636
3.8.1.	Medidas especiales reforzadas en casos de especial vulnerabilidad.....	637
3.8.2.	La autonomía y la participación del niño en el proceso debe ser según sus condiciones específicas.....	638
3.9.	Caso "Poblete Vilches y otros c. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)", sentencia del 8/3/2018.....	638
3.9.1.	Corpus iuris sobre el adulto mayor.....	639
3.9.2.	(Vulnerabilidad especial de las personas mayores en materia de derecho a la salud.....	640
3.9.3.	Derechos de las personas mayores según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Garantía del Estado.....	640
3.10.	Caso "Ramírez Escobar y otros c. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)", sentencia del 9/3/2018.....	641
3.10.1.	No discriminación en razón de la situación socioeconómica a la hora de determinar el cuidado de los niños.....	641
3.10.2.	Discriminación e interseccionalidad para determinar la idoneidad de los progenitores para el cuidado.....	642
3.10.3.	Trata para la adopción.....	642
3.10.4.	Adopción ilegal.....	644
3.10.5.	Compra y venta de niños.....	644
IV.	Cuarto anexo. Observaciones generales temáticas del Comité de Derechos del Niño.....	645
V.	Quinto anexo. Recomendaciones generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	647

PRESENTACIÓN DE LOS AUTORES

1. María Gabriela Ábalos

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, especialista y magíster en Magistratura y Gestión Judicial. Profesora titular de Derecho Constitucional, por la Universidad Nacional de Cuyo y la Universidad de Mendoza. Magistrada del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza.

2. Mercedes Ales Uría

Doctora en Derecho, Universidad de Sevilla. Profesora Familia y Sucesiones en la Universidad del CEMA y Universidad del Salvador (USAL). Jefa de Trabajos Prácticos en Universidad de Buenos Aires (UBA).

3. Ursula C. Basset

Abogada, UBA. Especialista en Derecho de Familia y Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina (UCA). Profesora Titular Ordinaria con dedicación especial a la investigación en Derecho de Familia y Derecho de las Sucesiones, Directora del Centro de Investigaciones de Familia y de la Revista de Derecho de Familia Editorial El Derecho, UCA. Directora de las carreras de especialización en Familia (UCALP y UCASAL). Secretaria general de la *International Society of Family Law* y de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas. Miembro de la subcomisión redactora del Código Civil y Comercial.

4. Lucas Bellotti San Martín

Abogado, UBA. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca. Maestrando en Magistratura y Derecho Judicial, Universidad Austral. Docente en Salud Mental, Apoyos y Curatela y en el curso de posgrado Juicio de Determinación de la Capacidad, (UBA)

CAPÍTULO XI LA PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL- CONVENCIONAL

Ursula Basset

El concepto de vulnerabilidad ha sido acusado de ser ambiguo⁽¹⁾, vago⁽²⁾, complejo⁽³⁾ y confuso⁽⁴⁾. En cualquier otro ámbito científico, un concepto —en tanto herramienta discursiva— quedaría eliminado por la falta de idoneidad epistemológica para cumplir con su función de significado: su denotado no resulta en absoluto evidente y más bien ofrece márgenes imprecisos.

Sin embargo, es la gran estrella del DIDH: un nuevo gran tropo que recogen los tribunales internacionales a uno y otro lado del océano atlántico. Se le consagran estudios en el ámbito europeo para clarificar su uso en el marco del TEDH, de una parte, y, de otra, se procura establecer de qué manera se utiliza dicho concepto en el ámbito latinoamericano.

¿A qué se debe tanto éxito? El éxito está probablemente asociado con los contornos imprecisos de su denotado. Se trata de un concepto dúctil y versátil, que se adapta óptimamente a contextos tan diversos como la bioética, el derecho procesal o los derechos humanos.

(1) Albertson Fineman, Martha, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale J. L. & Feminism*, vol. 20, nro. 1, 2008-2009, p. 9.

(2) Ruof, Mary C., "Vulnerability, Vulnerable Populations, and Policy", *Kennedy Inst. of Ethics J.*, vol. 14, nro. 411, 2004, p. 411.

(3) Helge Solbakk, Jan, "Vulnerability: A Futile or Useful Principle in Healthcare Ethics?", in Chadwick, Ruth Henk - Have, Ten - Meslin, Eric M. (eds.), *The Sage Handbook of Health Care Ethics*, nro. 228, 2011, p. 229.

(4) Ídem.

I. APROXIMACIÓN SEMÁNTICA AL TÉRMINO

350

El *Dictionnaire* de la Real Academia define al sujeto "vulnerable como aquel que "puede ser herido o recibir lesión física o moral."

El *Oxford English Dictionary* define "vulnerable" (la cualidad o estado or harm, either physically or emotionally) "as a quality or state of being exposed to the possibility of being attacked or harmed, either physically or emotionally."

En este caso, el *Dictionnaire Larousse* define: "Qui est exposé aux atteintes d'une maladie, qui peut servir de cible facile aux attaques d'un ennemi: Une position vulnérable. Qui, par ses insuffisances, ses imperfections, peut donner prise à des attaques: Une argumentation vulnérable" (quien está expuesto a ser herido o recibir golpes, quien está expuesto a una enfermedad o puede ser presa para los ataques de un enemigo, quien, por sus insuficiencias o imperfecciones, puede dar lugar a esos ataques). El italiano también tiene el término *vulnerabile*, aunque su uso no es tan frecuente como en otras lenguas.

El *Dictionario Treccani* informa: "Che può essere ferito (...). Più com. in senso estens. e fig., che può essere attaccato, lesa o danneggiato (...); o, riferito a persona, debole, eccessivamente sensibile, fragile: ha un carattere, o una personalità, vulnerabile" (otra vez es quien puede ser herido, en sentido extenso quien puede ser atacado, lesionado o dañado o frágil).

De las lenguas occidentales, hay algunas que no recogen la raíz latina de *vulnere* (lastimar). El alemán, por ejemplo, utiliza diversas palabras para traducir el español vulnerable. El *Dictionario Langens-chmidt* se refiere a "verwundbar, verletzlich o empfindlich". *Vernunftbar* es alguien que puede ser lastimado; lo mismo *verletzlich*. En tanto, *empfindlich* significa sensible. Referido al ámbito de los derechos fundamentales, el término utilizado es *verletzlich*, derivado del verbo *verletzen*, que es lastimar. En cambio, el sustantivo *Vulnerabilität* se encuentra documentado y es de uso frecuente en alemán en forma equivalente al español, vulnerabilidad.

Es interesante advertir que en todas las lenguas aparece la noción de *potencialidad*: quien puede ser lastimado o herido, quien es susceptible de serlo. No obstante, en algunas lenguas, vulnerable significa no solo un riesgo, una amenaza o una eventualidad, sino una

LA PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD EN EL DERECHO...

351

condición que tiene la persona que padece ese riesgo: sensibilidad al daño o, incluso, fragilidad.

No solo puede pensarse que hay una continuidad entre la potencialidad y la condición, en el sentido de que un riesgo de daño vulnera al sujeto que está constantemente expuesto, sino también que como el riesgo o amenaza externa a la condición interna de la víctima, su pone un cambio de perspectiva de naturaleza ontológica. Es pasar de un riesgo abstracto a un sujeto concreto que se ve fragilizado existencialmente. Más aún, es un paso intermedio hacia la consideración de la vulnerabilidad como un concepto que describe una condición concreta de un sujeto amenazado hacia la noción de vulnerabilidad como una condición inherente de la naturaleza humana, que eventualmente puede ser compartida por todos.

II. PRAGMÁTICA DE LA PALABRA "VULNERABILIDAD" EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

A continuación, examinaremos el recurso y el uso del término "vulnerabilidad" en los documentos internacionales y regionales. De esta forma, obtendremos un paneo comparativo.

2.1. En el ámbito de los documentos internacionales

Específicamente, los tratados internacionales más importantes, como la DUDH, el PIDCP o PIDESC, o el ciclo de convenciones específicas derivadas de ellos, no contienen menciones del término "vulnerabilidad". Sin embargo, los grupos vulnerables están muchas veces señalados o implicados en ellos a través de un tratamiento diferenciado, que a veces se justifica y, a veces, no.

2.1.1. Vulnerabilidad como tratamiento desigual: primera generación de tratados

Así, todas las personas tienen derechos humanos de índole genérica y nacen con identidad de derechos, pero algunas personas requieren ser especialmente consideradas, reforzando la protección que los estándares internacionales les ofrecen. En este sentido, las mismas categorías presentadas por el art. 2º de la Declaración Internacional de Derechos Humanos de 1948 (ONU) es reveladora: la

discriminación en virtud de raza, color de piel, sexo, lenguaje, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro estatus, no pueden impedir el pleno goce de los derechos que se aseguran a todo ser humano. El derecho contemporáneo presencia a diario una multiplicidad de violaciones de esta trascendente enunciación que equipara la dignidad personal de todo ser humano. Las personas, por sus creencias religiosas, son discriminadas por expresar sus opiniones en materias legislativas controversiales en público y en privado, tanto en el ámbito institucional como individual, siendo etiquetadas por su credo como motivo de la exclusión del debate público. El color de la piel forma parte de innumerales prejuicios implícitos, al modo de una discriminación tácita y aceptada. La mujer goza del privilegio de una mayor conciencia, que ha conquistado a lo largo de varias generaciones. No obstante, ese privilegio se opaca en la medida en que toda forma de femineidad es vista como un condicionamiento cultural o como originada en la autonomía individual, dejando expuestas, en definitiva, las formas de femineidad que no representan los modelos actuales de la cultura (la madre, el ama de casa, la mujer frágil, la que se relaciona tradicionalmente). Vienen aceptadas aquellas mujeres que se asemejan con éxito al modelo que anteriormente resultaba etiquetado como masculino: las que se atreven a llevar adelante su carrera, las que adoptan iniciativa, las que son independientes. Y así podría seguirse indefinidamente, demostrando, no solo la actualidad de las categorías enunciadas en 1948, sino la marca indeleble de la naturaleza humana, en la que los fuertes del momento establecen normas excluyentes y marginadoras para aquellos que no integran el modelo. No es otra cosa que una forma de discriminación estructural y sistémica.

Las enunciaciones semejantes de categorías de sujetos que pueden ser discriminadas y, por lo tanto, gozar desigualmente de los derechos universales, se encuentran también en las siguientes generaciones de tratados internacionales (y en los documentos regionales). Así, por ejemplo, el tratamiento diferencial, fundado en una mayor vulnerabilidad, se advierte en las indicaciones especiales respecto de la delincuencia juvenil⁽⁵⁾; en el lenguaje utilizado en el proceso (la persona tiene que ser informada en un lenguaje que comprenda acerca de la naturaleza y la causa de lo que se le imputa, aunque, estrictamente, la sola posición de acusado en una causa criminal vulnera y, por eso,

(5) PIDCP (ONU), art. 10, 2 (a).

las garantías procesales)⁽⁶⁾; la protección especial a las personas con creencias religiosas, para que puedan manifestar esta creencia en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza⁽⁷⁾; la igualdad de responsabilidades en el matrimonio y durante su disolución, y la especial provisión que debe hacerse para los niños en caso de la ruptura⁽⁸⁾; la no discriminación expresa respecto de los niños y su derecho a un nombre y una nacionalidad⁽⁹⁾, o la necesidad de sostener a la familia porque es responsable del cuidado y la educación de niños que son dependientes; la protección a las madres tanto antes como después del nacimiento y las medidas especiales de protección a niños y jóvenes sin discriminar su vínculo de parentesco u otras condiciones⁽¹⁰⁾. Sin que esta enunciación sea taxativa, demuestra claramente la preocupación de sus redactores respecto de determinados grupos de personas, que llevaron a referirse expresamente a ellas y formular estándares más elevados de protección.

2.1.2. Segunda generación: las convenciones como "traducciones" de derechos universales a grupos vulnerables

Más llamativo resulta, en la evolución que detallamos, el movimiento que llevó a la redacción de convenciones internacionales con marcos de específicos protección. Entre ellas: la Convención relativa al estado de los refugiados (ONU, 1951), la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ONU, 1966), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979), aquella que protege contra la discriminación contra los trabajadores migrantes y sus familias (ONU, 1990), la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (ONU, 2006), la CDN (1989) y la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (2006), entre otras.

Estas convenciones, con sus respectivos organismos de monitoreo, supusieron una visualización y proceso de "traducción" de los

(6) *Ibidem*, art. 14, 3.

(7) *Ibidem*, art. 18.1. El PIDESC considera la no discriminación y tolerancia racial, étnica y religiosa un presupuesto de la paz y de la dignidad humana (art. 13.1).

(8) *Ibidem*, art. 23.

(9) *Ibidem*, art. 24.

(10) PIDESC (ONU), art. 10.

derechos humanos en términos específicos aplicados a categorías que el legislador internacional consideró requeridas por un estatuto reforzado de protección. El revés de la trama revela una preocupación en la efectividad del ejercicio en igualdad de condiciones del plexo de derechos denominados "universales". Revela también que la denominada igualdad formal "universal" requiere una corrección ajustada a determinadas categorías o grupos, en los que la enunciación genérica resulta una garantía insuficiente.

Se ha señalado que el objeto de esta generación de instrumentos no es solo traducir un cuerpo de derechos para un grupo identificado como vulnerable, sino también lograr una "equidad transformativa", es decir, una enunciación que cambie radicalmente en la sociedad el rol del grupo vulnerable del que se trata. Una herramienta eficaz a ese fin es la instrumentación de mecanismos y organismos de control periódico, que impliquen, a su vez, la obligación de rendir cuenta y recibir indicaciones específicas acerca de las infracciones o el cumplimiento deficitario de los estándares internacionales.

En ninguno de estos instrumentos hay referencia explícita al concepto de vulnerabilidad; sin embargo, la vulnerabilidad grupal (mujeres, niños, migrantes, etc.) es evidentemente la motivación y la preocupación subyacente. Es verdad que el resultado de esta categorización expresa una preocupación especial por una posición frágil de los grupos mencionados en el sistema universal de derechos humanos. Enunciarlos como grupos vulnerables es en sí mismo problemático y supone una categorización y, también, etiquetarlos. Esa categorización, sin embargo, permite visibilizar al grupo en cuestión.

2.1.3. Tercera generación: declaraciones temáticas y aparición más frecuente del concepto

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano de 1997 (Unesco) se refería a poblaciones y familias vulnerables en su versión inglesa en el art. 17: "Solidarity and international co-operation, States should respect and promote the practice of solidarity towards individuals, families and population groups who are particularly vulnerable to or affected by disease or disability of a genetic character", lo que en español resultó traducido como poblaciones y familias especialmente expuestas a enfermedades. En ambas versiones, el uso del término "vulnerabilidad" está documentado en términos de una

En la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos de 2005 (Unesco), el art. 8° incorpora la noción de vulnerabilidad: "Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal. Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos". En este caso, la vulnerabilidad aparece como un concepto que etiqueta a grupos e individuos que requieren protección especial como forma de correctivo. De manera interesante, la corrección de la vulnerabilidad se vincula con la protección de la integridad personal.

2.2. En el ámbito de los comentarios, las recomendaciones y otros documentos de valor oficial de organismos internacionales

En un paneo sobre el uso del término "vulnerabilidad" en los documentos oficiales de organismos internacionales, encontramos que su uso se remonta también a la década del 90, intensificándose y consolidándose en el último tiempo⁽¹¹⁾. Recordemos que, si bien los comentarios y recomendaciones no tienen el mismo valor obligatorio de los tratados internacionales, su función es la de interpretar las convenciones o tratados, cuya aplicación tienen la función de monitorear a los fines de su implementación efectiva.

2.3. En el ámbito de las organizaciones y los grupos académicos de impacto

En el ámbito del derecho blando (*soft law*) se documentan aun otros usos de la palabra "vulnerabilidad"⁽¹²⁾. Así, la Declaración de Helsinki de la *World Medical Association* (1964) dedica específicamente un capítulo a los "grupos vulnerables". Esos grupos vulnerables tienen como característica común el ser "particularly vulnerable and

(11) Nifosi-Sutton, Ingrid, *The Protection of Vulnerable Groups*, Routledge, London, 2017, cap. 4.

(12) Al respecto, ver: Calcavante Arruda de Morais, Talita - Monteiro, Pedro, "Concept of human vulnerability and individual integrity in bioethics", *Revista Bioética*, vol. 25, nro. 2 Brasilia, mayo-agosto de 2017.

may have an increased likelihood of being wronged or of incurring additional harm" ("tener una mayor probabilidad de ser dañados o recibir un daño adicional") y, por esa razón, deben recibir una "specifically considered protection" ("una protección considerada especialmente para ellos").

2.4. Los instrumentos regionales de derechos humanos

Otro segmento para analizar son los instrumentos de proyección regional, que expresan sistemas compartidos de valores y consensos a nivel regional. Sintetizan, también, la homogeneidad cultural propia de las regiones abarcadas (y, a su vez, las grietas más o menos marcadas de los países que integran los sistemas regionales, pues no siempre la integración está motivada en una sensibilidad idéntica en materia de derechos humanos).

2.4.1. Instrumentos adoptados por el Consejo de Europa

Básicamente, se trata de dos instrumentos. De una parte, la Carta Social de Europa de 1961 (revisada en 1996) y la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950. Ninguno de los dos instrumentos se refiere a la categoría de vulnerabilidad, pero incluye grupos de protección que no carecen de interés.

En la Carta Social de Europa, además de las mujeres y los niños, aparece la categoría de los adolescentes y los jóvenes (arts. 7° y 17). Se enuncia también la posición de los adultos mayores, y la especial vulnerabilidad que provoca en hombres y mujeres el hecho de tener a su cargo funciones de cuidado familiar (arts. 23 y 27). Estos grupos no solo requieren protección porque son grupos desaventajados, sino también porque su posición social y jurídica los coloca en una situación de riesgo de vulnerabilidad.

La Convención Europea de Derechos Humanos es, en buena medida, el "par" europeo de la Declaración Universal de 1948. Como en ella, la vulnerabilidad se expresa en buena medida en términos de no discriminación en virtud de "sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación" (art. 14). La referencia a "otra situación" abre el espectro a cualquier condición o posición que coloque a la persona en una situación desaventajada en el goce de los derechos garantizados por el texto.

Así como se advierte en el ámbito universal, en el ámbito regional europeo es evidente que hay una preocupación por los grupos que no gozan del mismo "estatus" personal que sus pares y, por eso, la posibilidad de gozar de los derechos humanos enunciados resulta mermada o incluso inasequible. Sin embargo, debido tal vez a la fecha en que se redactaron los instrumentos en cuestión, la noción de vulnerabilidad se refiere a grupos (cuya enunciación es abierta) y no está conceptualizada.

En el sistema europeo debe destacarse la creación del TEDH, que ha sido un impulso infatigable que incidió no solo en la armonización del derecho, sino también en la visibilización de las situaciones de especial vulnerabilidad.

2.4.2. Instrumentos regionales adoptados por la OEA

La historia de los instrumentos regionales a nivel europeo comienza con la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (30/4/1948) que, en el tiempo, precedió por apenas algunos meses a la DUDH (10/12/1948). Una novedad altamente significativa es la referencia a los "deberes del hombre", que es una divisa del sistema interamericano. La correlatividad entre derecho y responsabilidad resulta, así, una marca de nacimiento. El preámbulo indica que "el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad".

Libertad y dignidad, dos caras inescindibles de una misma moneda, expresan la matriz misma de la respuesta latinoamericana a la vulnerabilidad. Las libertades son aquellas de las que gozan los fuertes, las responsabilidades son de todos y expresan el sustrato de igual dignidad de todo ser humano, tal como lo expresa el primer párrafo de ese mismo preámbulo⁽¹³⁾. Es que todos tienen deberes, pero no todos gozan por igual de los derechos. De ahí que la clave "fraternal" de lectura a la que invita el primer párrafo del preámbulo ("deben conducirse fraternalmente los unos con los otros") llama a que los que gozan de derechos con mayor plenitud se obliguen a

(13) "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros".

procurar la misma extensión de derechos para sus hermanos que se encuentran en posición más frágil.

La plasmación concreta de la idea de "deberes" se plasma en el Capítulo Segundo de la Declaración, que los consagra. Aparecen así los "deberes ante la sociedad", que obligan a cada uno a convivir de tal suerte que los demás puedan "formar y desenvolver integralmente su personalidad". Especialmente cuando el "otro" al que cada persona está obligada es alguien dependiente, como lo son los hijos durante su minoría de edad y los padres, cuando en virtud de la enfermedad o la edad dependen de sus hijos (el ciclo de la vida). Existe el deber de adquirir la instrucción primaria como un servicio a y de la sociedad. También, el deber de obedecer la ley (cuando es legítima, art. 33), de permitir la posibilidad de participar en las decisiones públicas a través del sufragio (art. 32), de cooperar en la asistencia y seguridad social (art. 35), de pagar impuestos (art. 36), de trabajar para no ser una carga para la comunidad, cuando se pueda hacerlo (art. 37). Esta enunciación de deberes, sobre todo las relativas a la cooperación y al deber de responder frente a los sujetos dependientes, es un precioso tesoro de la "traducción americana" de los derechos humanos universales.

Fuera de este aporte valioso, el punto de partida de la Declaración Americana es, como siempre, la formulación vastísima del titular de los derechos enunciados. La Declaración abre refiriéndose a que "todo ser humano" tiene derecho a la vida y a la integridad de su persona. La idea de que "toda persona" tiene acceso a los derechos enunciados es la matriz misma del sistema de derechos humanos, cualquiera sea su formulación. Esa igualdad es también "igualdad de oportunidades" (art. 12).

El reverso de la "universalidad" de los derechos es la clave de la no discriminación y la tutela más allá de las condiciones personales y las creencias. Hay dos niveles que se manifiestan en los arts. 2° a 4° de la Declaración, en donde se plasma, de una parte, la igualdad ante la ley y, de otra, la libertad de creencia y culto en el ámbito público y privado y la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión. En estos tres artículos se visibilizan posibles "exposiciones" o posiciones vulnerables en función de condiciones preexistentes (sexo, raza, idioma, credo) o adhesiones a idearios o creencias.

La Declaración enuncia, además, grupos vulnerables, como las madres durante la gravidez o en época de lactancia, y la infancia

(art. 7°). Es interesante la tutela contra la apatridia (art. 19) y el derecho de asilo (art. 27).

De todas formas, no cabe duda de que el aporte más significativo es la enunciación de deberes, que expresa la conciencia de que somos responsables de nuestro prójimo, responsabilidad que se ensancha de manera proporcional a su vulnerabilidad y dependencia.

2.4.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La CADH vio la luz en 1969. Adviértanse las asincronías con el sistema europeo, en el que las fechas son muy diversas. No solo las fechas, sino también las instituciones difieren. La Convención crea la CIDH y la Corte IDH, con mecanismos que divergen del sistema europeo. En todo caso, ambos sistemas cumplen con la función de la judicatura, que permite abordar en particular los casos que interpelan las reglas generales y visibilizar así situaciones de especial vulnerabilidad que requieren una respuesta concreta.

La tónica de los deberes que había asumido la Declaración Americana se suaviza visiblemente en la Convención. Los "deberes de las personas" son relegados al capítulo V, que consta de solo un artículo.

El preámbulo pone de resalto la función complementaria y coadyuvante del derecho internacional al derecho interno (aspecto que la jurisprudencia tiene dificultades de tener ante la vista, cuando se ve obligada a juzgar la coherencia del derecho interno con el derecho convencional).

Además, se resalta mucho más la perspectiva empática tan propia del sistema interamericano. En el párrafo cuarto del preámbulo se lee: "Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos..."

Se expresa así en la Convención una especial sensibilidad a los derechos económicos, sociales y culturales, y una idea mucho más profunda de igualdad que va incluso más allá de la "igualdad de oportunidades" y se refiere al más vasto panorama de una igualdad sustancial, cultural y social que incluso crea condiciones de vivencia psicológica y material plena de los derechos: "exentos de temor y de la

miseria" (y, al mismo tiempo, un plan de naturaleza política, más que jurídica, que también ha impregnado las decisiones de la Corte: se persigue no solo el respeto a la ley, sino un cambio en las condiciones de vida como requisito de la igualdad real).

En la enunciación de derechos, conviene resaltar lo siguiente:

- **Titularidad de derechos:** todo ser humano es persona (art. 1°) y, por lo tanto, sujeto de derechos por el solo hecho de ser humano (se corrige así el vacío que al respecto dejaba la Declaración Americana). Se complementa con el art. 3°.
- **No discriminación:** el art. 1° parte de la idea de no discriminación y de garantía de libre y pleno ejercicio de derechos, sin discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. La enunciación identifica grupos vulnerables, pero es abierta. Se complementa con el art. 24 de igualdad ante la ley.
- **Deber de adoptar disposiciones de derecho interno en garantía** (art. 3°): implica una correlación entre el ejercicio igualitario de derechos y la responsabilidad colectiva.
- **Principio de progresividad** (o deber de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales): hace eco en la cita que mencionamos antes en el preámbulo, como condición del ejercicio pleno de derechos: "Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (...) en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados" (art. 26). Claramente dispuesta, como acabamos de ver, en el art. 26 de la Convención Americana, referida al derecho a la vida en el art. 4°, más suavizada en el art. 29 (enunciada como norma de interpretación), implícita en el deber de presentar informes periódicos ante la CIDH, aparece la norma que impone a los Estados la progresividad en materia de derechos humanos. Este artículo y la dificultad de

su realización son lo que da lugar a una significativa expansión de estos derechos en el Protocolo de San Salvador.

- **Grupos vulnerables que requieren especial protección:** las personas concebidas no nacidas ("el derecho a que se respete la vida [...] estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción"), la prohibición de pena de muerte para embarazadas, personas que al momento de la comisión del delito tuvieran menos de 18 años o para personas mayores de 70 años (art. 4°); las personas privadas de la libertad tienen igual derecho a la dignidad personal; promoción de centros de rehabilitación para personas menores privadas de la libertad y mejora de las condiciones de detención (art. 5°); se prohíben las detenciones ilegales en un artículo que se dirige directamente a los contextos políticos latinoamericanos (art. 7°); se prohíbe la esclavitud, la servidumbre (art. 6°); libertad de conciencia, religión, pensamiento y expresión (arts. 13 y 14, en virtud de que las personas siguen siendo vulnerables en virtud de sus ideas y creencias en contextos sociales intolerantes); protección de los hijos ante la ruptura familiar (art. 17, inc. 4°), protección de los hijos extramatrimoniales (art. 17, inc. 5°), derechos de todos los niños (art. 19), protección contra la apatridia (art. 20), protección contra la expulsión colectiva de extranjeros y el derecho de asilo (art. 22).

- **Deberes de las personas:** "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad" (art. 32, inc. 1°).

- **Creación de organismos de monitoreo:** se crea la CIDH (arts. 34 y ss.) con la función principal de "promover la observancia y la defensa de derechos humanos" (art. 41), estimulando "la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América". Se crea también la Corte IDH (arts. 52 y ss.).

2.4.2.2. Protocolo de San Salvador (1988)

El Protocolo de San Salvador se concentra fundamentalmente en desarrollar el contenido de derechos económicos, sociales y culturales que, de manera programática, se encuentra enunciado tanto en el preámbulo como en el art. 26 de la Convención Americana. Es un instrumento de avanzada, de una gran sensibilidad social. Este programa se expresa en el preámbulo, otra vez: "Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos,

sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros". La idea, ya esbozada en el preámbulo de la Convención aparece reelaborada: la condición de pleno ejercicio de derechos depende de la garantía de los derechos económicos sociales y culturales, a causa de la interdependencia y la indisolubilidad de los derechos. Algunas de las enunciaciones relevantes, en ese sentido, son las siguientes:

- *Deber de adoptar medidas progresivas y disposiciones de derecho interno en garantía* (arts. 1° y 2°): los arts. 1° y 2° obligan a los Estados parte a la realización progresiva de los derechos enunciados.
- *No discriminación*: el art. 3° parte de la idea de no discriminación y de garantía de libre y pleno ejercicio de derechos, sin discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- *Principio de no regresividad*⁽¹⁴⁾: se trata de una expansión al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales del principio de no regresión ya enunciado en el art. 4° de la Convención Interamericana en relación con el derecho a la vida⁽¹⁵⁾, la norma que prohíbe la interpretación restrictiva en el art. 29 y el art. 26 sobre el desarrollo progresivo. Además, la Convención Interamericana ya había establecido limitaciones ante toda restricción en su art. 30 (entre otras disposiciones).
- *Grupos vulnerables que requieren especial protección*: junto con la garantía de diversos derechos económicos, sociales y culturales, que constituyen el plafón de base para el pleno y

(14) Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de la regresividad en materia de derechos sociales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2006, ps. 3 y ss.

(15) Art. 4, 2, CADH: "En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves (...). Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se aplique actualmente". Art. 4, 3, CADH: "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido".

equitativo goce del plexo indivisible de derechos humanos, el Protocolo identifica la situación de la madre antes y durante un plazo razonable después del parto (art. 15.3.a); los niños durante la lactancia como en edad escolar (art. 15.3.b); los adolescentes hacen su debut a fin de que se proteja "la maduración plena de sus capacidades físicas, intelectual y moral" (art. 15.3.c); la familia, para que provea a los niños de un "ambiente estable y positivo" en el que puedan desarrollar los valores de "comprensión, solidaridad, respeto y comprensión" (art. 15.3.d); los niños en general, cualquiera sea su filiación, especialmente su derecho a no ser separado de su madre cuando es de corta edad (art. 16); los ancianos (art. 17); "los minusválidos" (art. 18, "toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales").

En el Protocolo de San Salvador aparecen desarrolladas dos ideas muy valiosas: a) de una parte, la idea de que el plafón de derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía básica para el goce efectivo de los demás derechos sobre la matriz de la idea de indivisibilidad; b) de otra parte, el avance del principio de progresividad, que ahora se formula como una prohibición de regresividad. Ambas ideas confluyen en una profundización de un concepto de vulnerabilidad que ya no se satisface con la mera identificación y enunciación de grupos vulnerables y la prohibición de toda forma de discriminación.

2.4.2.3. Convenciones sectoriales emanadas de la OEA

El sistema interamericano contiene una serie de convenciones que abordan algunos derechos especialmente vulnerables. Entre ellas deben mencionarse la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención Belém do Pará", 1994), Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999) y Cipdhpm (2015).

En estos instrumentos, además de tener la función de hacer visibles vulnerabilidades enumeradas en forma parcial, eventualmente aparece la utilización explícita del concepto de vulnerabilidad.

2.4.2.4. Convención de Belém do Pará

La primera de estas convenciones sectoriales en dar un paso hacia el uso del término vulnerabilidad es la Convención de Belém do Pará. En el art. 9º, la vulnerabilidad se equipara a una confluencia de factores que se conjugan frente a la violencia: "Para la adopción de 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 libertad".

El art. 9º de la Convención de Belém do Pará se inscribe en el contexto de imponer deberes concretos a los Estados para tomar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia. Estos deberes son, básicamente, el de legislar, de dar respuesta judicial y de incidir en el cambio de los paradigmas culturales que impidan la perpetuación de la violencia.

2.4.2.5. Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia

En la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013), el rol de la vulnerabilidad es sumamente interesante.

El art. 1º, al incluir definiciones, entiende que la intolerancia es "el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación de cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos".

La vulnerabilidad aparece aquí como un factor de exclusión de la vida pública o privada o, también, como un factor que puede atraer gestos de intolerancia.

En el art. 4, inc. viii, la condición de vulnerabilidad es un factor propiciatorio de una limitación en el goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales.

Por último, en el art. 17, inc. v, se indica que una de las funciones de monitoreo del Comité que crea la Convención será el de obtener de los Estados datos desagregados de los "grupos en condiciones de vulnerabilidad" cada cuatro años. El deber de informar y la función de monitoreo se configuran como medidas protectorias de cara al principio de no regresión y de progresividad.

2.4.2.6. Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia

La Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013) reitera el contenido de la discriminación racial en los mismos lugares.

2.4.2.7. Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

En la Cidhpm (2015), el art. 5º señala que es un eje para considerar las políticas de Estado: "Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos, rurales, entre otros".

La enumeración es moderna, aunque sigue estando presa de la enunciación de grupos categoriales, con listas que se van haciendo más largas, pese al elocuente "entre otras" con el que cierra la lista. Con una lista abierta, la única razón que justifica una enunciación tan larga es la necesidad de incluir en instrumentos "aceptables" categorías nuevas respecto de las cuales el consenso solo es progresivo.

También el art. 20 de la Convención sobre la protección de las personas mayores incluye el deber de facilitar el acceso de la persona mayor a programas educativos, "en especial a los grupos en situación

de vulnerabilidad". El mismo art. 20, en su inc. e) llama a erradicar el analfabetismo de la persona mayor, en especial en "grupos en situación de vulnerabilidad y mujeres". La mujer no es parte de los grupos de vulnerabilidad o, aunque sea, merece un tratamiento separado. Aquí, los adultos mayores no quedan incluidos dentro del concepto de vulnerabilidad. Se entiende que solo algunos de ellos son vulnerables.

En el art. 23, la vulnerabilidad del adulto mayor tiene que ver con las limitaciones en el ejercicio de la propiedad. Los Estados parte deben adoptar medidas para eliminar prácticas administrativas y financieras que discriminen el ejercicio del derecho de propiedad "principalmente a mujeres mayores y a los grupos en situación de vulnerabilidad respecto del ejercicio de la propiedad". Otra vez, las mujeres mayores quedan separadas de los grupos vulnerables, pero merecen el estándar de protección especial frente al derecho de propiedad.

En el art. 24, en relación con el derecho a la vivienda y el acceso a la tierra, el Estado debe dar prioridad en la asignación al adulto mayor que se encuentre en situación de vulnerabilidad. El concepto no se define, y corresponderá al funcionario administrativo o judicial que intervenga definir cuáles son los criterios de preferencia en la justicia distributiva. Resulta aquí que la vulnerabilidad es un factor de preferencia en el acceso a los derechos, lo cual es completamente novedoso e implica una acción positiva.

2.4.3. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH tiene una función consultiva que se ejerce a través de las consultas elevadas por los Estados parte. Algunas de estas OC son relevantes para nuestro estudio y las mencionamos a continuación.

2.4.3.1. Opinión consultiva 3/83

La OC 3/83 trató sobre las restricciones a la pena de muerte que ratifica ante el Estado de Guatemala la obligatoriedad del principio de no regresividad en esta materia.

2.4.3.2. Opinión consultiva 8/87

La OC 8/87 se refirió al hábeas corpus bajo suspensión de garantías y fue solicitada por la CIDH. La Corte sostiene que el hábeas corpus es una garantía judicial indispensable para proteger los derechos y las libertades y, por lo tanto, no puede ser suspendida. Tenor semejante tiene la OC 9/87 en relación con las garantías judiciales en estados de emergencia.

2.4.3.3. Opinión consultiva 11/90

La OC 11/90 entiende que en caso de indigencia o por temor a los abogados puede ser razonable que una persona no agote los recursos internos y, sin embargo, se le abra la vía frente a la Corte IDH. Se trata, otra vez, de una opinión solicitada a la Comisión Interamericana, cuya preocupación se centra en el acceso a la instancia regional de las personas indigentes y el rigor de la exigencia del agotamiento de los recursos en el país de origen.

2.4.3.4. Opinión consultiva 17/02

Por su parte, la OC 17/02 sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, también solicitada por la Comisión Interamericana, es el supletorio más próximo a una convención interamericana sobre los derechos de la infancia. La Corte traduce así, a nivel regional, el instrumento universal que constituye la CDN. La palabra "vulnerabilidad" o el calificativo "vulnerable" aparecen en reiteradas ocasiones. Sobre la CDN, la Corte expresa que se debe una protección especial a la niñez en virtud de una posición de "desventaja y mayor vulnerabilidad" de este grupo frente otros sectores de la población y para enfrentar sus necesidades específicas (p. 15).

Al referirse al cuidado de los niños abandonados, en especial, aquellos en situación de calle, la Corte entiende que se trata de los que están en situación de riesgo, concepto que se equipara, en gran medida, con el de "sector social muy vulnerable" que está sujeto a mayor protección (p. 18).

La vulnerabilidad aparece también en relación con los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, que están en "una situación de peligro o vulnerabilidad" de que se violenten sus derechos (ps. 23, 72, nro. 93).

La situación de vulnerabilidad se considera también en la hipótesis de niños migrantes. Allí se trata de los niños cuyos padres solicitan asilo y, por ello, están en "una situación de especial vulnerabilidad", ya que "las familias se encuentran cada vez más marginadas y vulnerables frente a los abusos" (p. 40). La idea de vulnerabilidad se relaciona fuertemente con la de riesgo de que sus derechos sean violados y con la de desprotección.

2.4.3.5. Opinión consultiva 17/02

Para la OC 17, la educación y el cuidado de la salud son medidas de protección contra la vulnerabilidad del niño (ps. 70, 71, nro. 88).

En el voto razonado del juez Cançado Trindade, la vulnerabilidad se ilustra como un concepto fluido vinculado con la responsabilidad y la solidaridad sociales: "El pasar del tiempo debería fortalecer los vínculos de solidaridad que unen todos los seres humanos, jóvenes y ancianos, que experimentan un mayor o menor grado de vulnerabilidad en diferentes momentos a lo largo de su existencia." Para él, "es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad frente a la proximidad del desconocido (el nacimiento, la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que se descuida de sus niños, no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos[,] no tiene pasado. Y contar sólo con el presente no es más que una mera ilusión".

2.4.3.6. Opinión consultiva 18/03

La OC 18/03 se ocupó de la situación de los migrantes indocumentados. La empatía de la Corte alcanza niveles altos de sensibilidad respecto de la fragilidad de este grupo. Es probablemente uno de los documentos en los que la Corte más se refiere al tema de la vulnerabilidad, aun más que al tratar de los niños. La consulta es impulsada por los Estados Unidos Mexicanos.

El mismo Estado que inicia la consulta señala que los migrantes "son blanco fácil de violaciones de derechos humanos", incluso en el ámbito laboral (nro. 2).

Uno de los quicios centrales de la argumentación de la Corte IDH parte de la aplicación del principio de igualdad. En el párr. 112, la Corte refiere: "Generalmente, los migrantes se encuentran en una

situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o de diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado".

La OC 18 continúa diciendo en el párr. 113: "Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la inmunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra".

La vulnerabilidad se ata aquí con una circunstancia vital, que implica discriminaciones *de jure* y estructurales, así como prejuicios culturales que desembocan en la inmunidad de las violaciones y discriminaciones graves en el ejercicio de sus derechos.

La Corte IDH se refiere especialmente a la condición de los trabajadores migrantes y la extensión del goce de sus derechos, que se ve mermada por su condición (párrs. 128 y ss.). Los migrantes se hallan en situaciones de vulnerabilidad e inseguridad (nro. 169).

2.4.3.7. Opinión consultiva 21/14

En la OC 21/14 la Corte IDH proyecta su elaboración sobre la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes sobre las niñas y los niños en el contexto de la migración. Se trata de un caso de interseccionalidad en la discriminación que la Corte ha querido abordar específicamente. La OC es solicitada por la República Argentina.

La OC 21 relaciona el concepto de vulnerabilidad con la noción de igualdad efectiva ante la ley (párr. 66). Y eso es una sugerencia preciosa. La obligación de protección no pesa solo sobre el Estado, sino también sobre la sociedad y la familia (párr. 67), aunque el Estado resulte el responsable último.

La referencia a la interseccionalidad en la discriminación aparece con frecuencia. La Corte IDH hace especial referencia a la aplicación

del principio del efecto útil a la hora de tomar medidas (párr. 71). La interpretación según el efecto útil implica "que las disposiciones deben interpretarse de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin"⁽¹⁶⁾, que es el que se centra en el reconocimiento de la dignidad humana y de las necesidades de protección y desarrollo de las personas, proveyendo los instrumentos que permitan alcanzar ese efecto⁽¹⁷⁾. El principio de efecto útil es el que obliga al Estado a tomar todas las medidas para que adquiera efectos propios⁽¹⁸⁾.

La vulnerabilidad se agrava a menor edad si el niño está separado de sus padres (párr. 89), si pertenece a una minoría étnica, si es parte de una red de trata o es explotado o sufre malos tratos (párr. 91) o en circunstancias de apatridia (párr. 94). De ahí la importancia del que el organismo interviniente se informe acerca de las causas que motivaron la separación familiar, si la hubo, y sus especiales vulnerabilidades, así como cualquier otro elemento que evidencie la necesidad de protección internacional (párr. 97).

Determinada la situación concreta de vulnerabilidad del niño migrante, se hace imperativa la adopción de medidas de protección (art. 19, CADH, párr. 103) mediante procedimientos adecuados. Los niños víctima de trata hacen nacer un deber de evitar toda revictimización, lo que es un riesgo latente en estos casos.

Los niños migrantes tienen derecho al debido proceso y a ser asistidos por un traductor o intérprete (párr. 125), un asistente consular y un representante legal. No se los debe privar de la libertad, salvo razones extremas, a los niños migrantes (párrs. 144 y ss.) ni separarlos de sus padres, ya que la separación constituye en sí misma una vulneración (párrs. 176 y ss.). La Corte IDH se concentra en describir con precisión las condiciones de los alojamientos de los niños migrantes.

(16) Aguirre Arango, José P., "La interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos", *Revista de Derechos Humanos*, nro. 8, ps. 88 y ss.

(17) Cfr. voto razonado concurrente de la sent. del 31/8/2001 en el "Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni".

(18) Caso "Velásquez Rodríguez (Excepciones Preliminares)", sent. 26/6/1987. Caso "Fairén Garbí y Solís Corrales (Excepciones Preliminares)", sent. 26/6/1987. Caso "Godínez Cruz (Excepciones Preliminares)", sent. 26/6/1987. Caso de "La Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) (Excepciones Preliminares)", sent. 25/1/1996. OC-15/97 del 14/11/1997. OC-16/99 del 1/10/1999.

La idea de vulnerabilidad aparece también en la OC 23/17 profusamente. Se trata de una solicitud de la República de Colombia en relación con las obligaciones estatales respecto del medio ambiente en el marco de la protección y la garantía de los derechos a la vida e integridad personal.

En virtud de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, la Corte IDH entiende que la afectación del medio ambiente y del desarrollo sostenible hace vulnerable el ejercicio y disfrute de todos los derechos humanos (párr. 54). En ese sentido, algunos derechos son especialmente vulnerables a la degradación del medio ambiente, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud y a la propiedad (párrs. 64-66). Permítase resaltar cómo en esta OC la Corte entiende que, por su indivisibilidad, los derechos humanos mismos pueden "ser vulnerables". Es decir, la vulnerabilidad se predica de derechos, no de personas.

Esa "vulnerabilidad de derechos" puede agravarse en determinados "grupos en situación de vulnerabilidad" (párr. 67). La Corte IDH se refiere a los pueblos indígenas, niños y niñas, personas que viven en situación de extrema pobreza, a las minorías, personas con discapacidad, entre otros. Curiosamente, la Corte distingue la "afectación con mayor intensidad" a los grupos vulnerables antes enunciados, del "impacto diferenciado" que se da en las mujeres. Por último, separadamente se refiere a los grupos que dependen de los recursos ambientales para su economía, supervivencia o ubicación geográfica (el ejemplo de las comunidades costeñas o islas pequeñas, párr. 67).

Para la Corte IDH, la falta de acceso al territorio y los recursos naturales constituye un factor de mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, situaciones de desprotección extrema, violaciones de derechos humanos, perjuicio en la preservación de la forma de vida, costumbres e idioma y causa de sufrimiento de las comunidades indígenas (párr. 48).

2.4.3.8. Opinión consultiva 24/17

La OC 24/17 ha dado mucho que hablar por su posicionamiento progresista en materia de reconocimiento de derechos a las comunidades LGBTQ+, aun más allá del espectro de reconocimientos que ofrece la vasta y adelantada jurisprudencia del TEDH. Se trata de una opinión solicitada por la República de Costa Rica acerca de las

obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo.

En esta OC, la Corte se refiere al concepto de vulnerabilidad, pero en menor medida que otras OC precedentes.

La Corte IDH especialmente manifiesta que "la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace a la persona vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado y/o por los particulares". Esta falta de reconocimiento se da, para la Corte, cuando no se reconoce la identidad de género y sexual en los organismos del Estado (párrs. 103 y ss.).

Hay una referencia necesaria al "impacto diferencial" (concepto que retoma la Corte IDH y que vimos aparecer en también en la OC 23) hacia las personas transgénero, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Ese impacto diferencial de los derechos fundamentales surge de la falta de reconocimiento a la identidad de género que, según la Corte, refuerza los actos de discriminación en su contra (párr. 114). Quedan afectados el derecho a una vida digna, el de circulación, libertad de expresión, derechos civiles y políticos, integridad personal, salud y, por consecuencia, todos los demás derechos.

Al referirse a la confidencialidad de los cambios de identidad de género, la Corte vuelve a ahondar sobre la vulnerabilidad. Entiende que existe una mayor vulnerabilidad a los crímenes de odio, a diferentes formas de violencia (transfóbica o psicológica) o *bullying* (párr. 134). Todo lo cual puede significar, en definitiva, una mayor discriminación (párr. 135).

Es esta misma vulnerabilidad la que obliga al Estado a que los procedimientos de cambio de sexo sean expeditos y gratuitos (párrs. 141 y ss.).

2.4.3.9. Opinión consultiva 25/18

Finalmente, la OC 25/18, solicitada por la República de Ecuador, se refiere a la institución de asilo y su reconocimiento como derecho humano. Hay una sola referencia a la vulnerabilidad en tanto fundamento del derecho de asilo, en virtud de la obligación de los Estados de proteger al más débil y vulnerable "cuando determinadas

circunstancias alimentan en tales personas fundados temores acerca de su seguridad y libertad".

2.4.3.10. Recapitulación general

En síntesis, las OC despliegan un rico mosaico de colores en los que se dibuja la vulnerabilidad. Ellas mismas abordan la vulnerabilidad desde distintos costados, identificando, ya por la temática, ya por la forma de abordaje, diversos aspectos de la vulnerabilidad o diversos grupos vulnerables.

2.4.3.11. Aportes sobre del concepto de vulnerabilidad en las opiniones consultivas

Respecto del concepto de vulnerabilidad, las sugerencias que podemos recoger son las siguientes:

- **Vulnerabilidad como vector de análisis.** La aparición del término "vulnerable" en las OC, con una significación específica y tratado como vector de análisis debe remontarse a 2002 (OC 17).
- **Vulnerabilidad como situación de desventaja.** En ese documento la vulnerabilidad se asocia con una situación de desventaja en relación con el goce de los derechos humanos enunciados para los adultos (OC 17, p. 15).
- **Vulnerabilidad como situación de riesgo o peligro.** La vulnerabilidad también se concibe como una situación de riesgo o de peligro en que la persona resulta colocada por su especial posición (OC 17, p. 18).
- **Vulnerabilidad, marginación, desprotección.** La vulnerabilidad se relaciona también con la marginación y la desprotección (OC 17, párr. 93), de ahí que las medidas correctivas que deban aplicarse sean protectorias e integradoras.
- **El sujeto vulnerable como "blanco fácil de violaciones de los derechos humanos".** Quien es vulnerable se vuelve un "blanco fácil" para las violaciones de los derechos humanos (OC 18, párr. 2°).
- **Vulnerabilidad y diferencia de poder.** La vulnerabilidad implica invariablemente una diferencia de poder respecto de quien no

es vulnerable (OC 18, párr. 112). También es una diferencia de acceso (OC 18, párr. 113).

- *Vulnerabilidad y su vivencia subjetiva.* Provoca inseguridad (OC 18, párr. 169).

Es decir que el uso del término "vulnerabilidad" es relativamente reciente. Implica una desventaja constitutiva en la posición jurídica, que se asocia con las ideas de riesgo y, a su vez, provoca una vulneración, porque resulta más fácil vulnerar los derechos de las personas frágiles, pues no tienen poder. Provoca marginación y engendra un ciclo vicioso de inseguridad y desprotección.

2.4.3.12. Aportes sobre la comprensión de los sujetos vulnerables

Las OC también permiten comprender otros aspectos del concepto de vulnerabilidad. Un segmento de ellas visualiza a la vulnerabilidad como un grupo de sujetos que reúne las características señaladas antes. Otro grupo avanza más hacia un concepto abstracto o un eje transversal.

Conceptualizan la vulnerabilidad como un grupo las OC que se ven obligadas a tematizar una vulnerabilidad específica. Obviamente, la referida a la niñez y las dos opiniones referidas a la migración. Aparecen ya aquí algunas novedades.

- *Interseccionalidad y vulnerabilidad.* En primer lugar, la *interseccionalidad aplicada al concepto de vulnerabilidad.* Originariamente referida a la discriminación, también tratada como discriminaciones múltiples⁽¹⁹⁾, la Corte aplica el concepto de interseccionalidad para entender la vulnerabilidad. No obstante, se trata de una función muy interesante de la interseccionalidad. De una parte, la interseccionalidad (la confluencia de diversos factores de vulnerabilidad) tiene la función de agravar la vulnerabilidad. De otra parte, la interseccionalidad desvela el círculo vicioso: una vulnerabilidad suele causar o atraer otras. Así, el tratamiento de la indigencia y el relajamiento de las condiciones de agotamiento del derecho interno para acceder a la Corte IDH (OC 11/90). La indigencia atrae

(19) Sobre los riesgos del concepto de interseccionalidad, puede verse Mercat-Bruns, Marie, "Multiple discrimination and intersectionality: issues of equality and liberty", *International Social Science Journal*, vol. 67, nros. 223-224, Special Issue: Dilemmas of Equality: Perspectives from France and the USA.

una dificultad de acceso a la salud, a la justicia, a la educación, etc. Lo mismo sucede con la condición de migrante.

- Dos tipos de interseccionalidades, sincrónica y consecutiva. De modo que puede hablarse de dos tipos de interseccionalidades de cara a la vulnerabilidad: la interseccionalidad sincrónica, p. rj. cuando confluyen sincrónicamente los factores de vulneración, y la interseccionalidad consecutiva o causal, que sucede cuando un factor de vulnerabilidad causalmente incide en impedir o dificultar el goce de otros derechos y así provoca una mayor fragilización de la persona. Esta segunda forma de interseccionalidad causal se relaciona con otro asunto de enorme trascendencia: la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y su incidencia en la vulneración.

- *Interdependencia de derechos humanos y efecto multiplicador de la vulnerabilidad.* La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y el efecto multiplicador de la vulnerabilidad es intensivamente tematizada en el marco de los derechos ambientales (OC 23). En realidad, cataliza una doctrina que arraiga en la misma Convención Americana y es la razón de ser del Protocolo de San Salvador. La falta de goce de determinados derechos esenciales hace difícil o imposible el goce de otros. Es decir, en la medida en que los derechos están entrelazados entre sí, la vulnerabilidad causada por la privación, el riesgo o la imposibilidad del goce pleno de los derechos deriva invariablemente en otras vulnerabilidades. Es decir: la vulnerabilidad tiene un efecto multiplicador.

- La vulnerabilidad de los derechos difiere de la vulnerabilidad de las personas. La Corte se refiere a la vulnerabilidad de los derechos como un concepto distinto de la vulnerabilidad de las personas. La vulnerabilidad de los derechos es un concepto que se refiere a el tratamiento de los grupos vulnerables, que pueden ver algunos derechos específicos afectados con mayor intensidad que otros. Esos derechos especialmente afectados constituyen la "vulnerabilidad de derechos" de dicho grupo vulnerable (OC 23, párr. 67).

- *Identificación de sectores o grupos vulnerables.* A diferencia de la teoría, que ve a la vulnerabilidad como una cualidad universal del ser humano, que se despliega ante determinadas

circunstancias, la Corte opta por "etiquetar" a determinados sectores como vulnerables, probablemente para ayudar a la hermenéutica correctiva de sus situaciones. Algunos grupos parecen ser identificados en matices, no tanto como vulnerables, sino como grupos especialmente afectados. El lenguaje de la Corte IDH es muy cambiante en esto. En todo caso, se advierte que siempre son vulnerables los niños, las poblaciones indígenas, las mujeres en situación de gravidez o después del parto, las personas indigentes, las personas transgénero y los adultos mayores y los migrantes. Sin embargo, la mujer e incluso las personas homosexuales a veces ven su posición matizada: es sumamente interesante y es una señal de respeto y de equiparación teórica (tiene que ver con las estructuras ideológicas a las que se refiere la Corte y que mencionamos más adelante). Las mujeres y las personas homosexuales no son vulnerables *per se* (al menos, no lo son en algunas frases empleadas por la Corte, en las que son tratadas separadamente de los grupos vulnerables). La OC 24 sobre identidad de género, por ejemplo, es una de las que menos menciones tiene de la palabra "vulnerabilidad" y, cuando aparece, en general se aplica a las personas transgénero. En la OC 23, al referirse a los grupos vulnerables que se ven afectados por el medio ambiente, menciona múltiples grupos (minorías, personas en situación de extrema pobreza, niños y niñas, personas con discapacidad). La mujer aparece mencionada en grupos que reciben un "impacto diferenciado" respecto del medio ambiente. No obstante, el "impacto diferencial" hace de las personas transgénero un grupo vulnerable en la OC 23.

2.4.3.13. Aportes sobre la comprensión teórica de la vulnerabilidad en las opiniones consultivas

Hasta aquí los aportes respecto de los grupos de sujetos vulnerables. Conviene interesarse en aportes relativos a la comprensión teórica.

- *La vulnerabilidad se desprende del derecho a la igualdad.* La matriz de igualdad es el punto de partida para pensar la vulnerabilidad en todos los casos. La vulnerabilidad supone una forma superadora de concebir la igualdad a través de la empatía con la inseguridad, la fragilidad y el sufrimiento de las personas vulnerables.

- *Se trata de considerar a la igualdad como igualdad efectiva.* La Corte evoluciona hacia un concepto de igualdad efectiva más que un concepto de igualdad formal. La vulnerabilidad tiene que desatar un cambio efectivo que modifique percepciones, derechos y estructuras sociales. Esa es la obligación que asumen los Estados parte (OC 21, párr. 66).
- *Deber de las personas, la familia, la sociedad y el Estado frente a los sujetos vulnerables.* Sin embargo, la respuesta paliativa a la vulnerabilidad no pesa solo sobre el Estado, sino sobre cada persona, cada miembro de la familia de esa persona vulnerable y sobre la sociedad (aunque el Estado sea garante de ese cambio cultural que lleva del asistencialismo a la noción de responsabilidad compartida que emerge de la Convención Americana).
- *Interpretación en concreto de la igualdad.* La Corte desarrolla la noción de una *dimensión ideológica de la vulnerabilidad* (OC 18, párr. 112). Esa dimensión hace que la vulnerabilidad se plasme en forma diferente en cada contexto cultural nacional y varíe con las circunstancias históricas. Las interpretaciones culturales que se hacen de un grupo vulnerable (pensemos en la mujer, las comunidades indígenas) pueden variar de una generación a la otra o de un contexto cultural al otro.
- *La vulnerabilidad puede provenir de discriminaciones de iure o de facto.* La dimensión ideológica de la vulnerabilidad puede implicar discriminaciones *de iure* y *de facto*. Las que son de derecho implican que la persona vulnerable no tiene el mismo acceso a la legislación protectoria vigente. Las que surgen de los hechos implican desigualdades estructurales, muchas veces invisibles en las distintas comunidades, porque resultan implícitamente justificadas.
- *La vulnerabilidad más grave es la que procede de la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica.* Por todo esto, la mayor de las vulnerabilidades es la de la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica (OC 24, párrs. 103 y ss.). Cuando un derecho o un sistema jurídico no ve la vulnerabilidad, ignora aspectos esenciales de la persona humana y así es como si no existiera para el derecho. Es lo que la Corte refiere explícitamente en materia de apatridia e identidad de género. Sin embargo, se aplica también a los intentos de regresividad en

materia de reconocimiento de la personalidad jurídica al ser humano no nacido, algo que el derecho contemporáneo no es tan propenso a problematizar. El ser humano no nacido tiene, empero, la vulnerabilidad más extrema: carece de poder para negociar sus derechos, depende en su existencia de sus progenitores, que tienen muchas veces el poder de decidir, y no puede, en consecuencia, acceder siquiera a un procedimiento que le permita que su voz sea escuchada por medio de sus representantes legales. Se trata del único ser humano cuyo reconocimiento de la personalidad jurídica hoy en día está fuertemente contestado y, dado que se trata de derechos que fuerte-mente adultos, tiene poca esperanza de hacerse oír.

En fin, con estos valiosos aportes que muestran una evolución creciente del concepto de vulnerabilidad en el sistema interamericano, cerramos el segmento propio de dicho sistema. Conviene examinar ahora el sistema africano de derechos humanos.

2.4.4. Instrumentos del sistema africano de derechos humanos

El sistema africano de derechos humanos tiene como punto de partida la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1985 (también llamada "Carta de Banjul"). No obstante, hay otros instrumentos de relevancia que focalizan en la situación de determinados grupos vulnerables cuya condición es culturalmente más significativa en el África. Estos instrumentos se dividen en instrumentos legales (protocolos sobre los derechos de la mujer, carta sobre los derechos del niño y convención sobre aspectos de los refugiados), comentarios generales (p. ej., víctimas de la tortura, derecho a la vida, o para esclarecer aspectos del protocolo sobre los derechos de la mujer en África) y guías, principios y declaraciones.

A la luz de los problemas que enfrenta el continente africano, las respuestas jurídicas multifacéticas, y en gran medida desconocidas por el mundo occidental, son, en verdad, de enorme interés.

2.4.4.1. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos

La Carta contiene un artículo específico que aborda "la protección de la familia y de los grupos vulnerables" ("protection of the family and vulnerable groups", en la traducción inglesa). Dice lo siguiente:

"The family shall be the natural unit and basis of society. It shall be protected by the State which shall take care of its physical health and moral.

"The State shall have the duty to assist the family which is the custodian of morals and traditional values recognized by the community.

"The State shall ensure the elimination of every discrimination against women and also ensure the protection of every discrimination and the child as stipulated in international declarations and conventions.

"The aged and the disabled shall also have the right to special measures of protection in keeping with their physical or moral needs"⁽²⁰⁾.

Sin embargo, la vulnerabilidad no es solamente abordada en relación con el contexto familiar, que aparece, sin embargo, como el primer espacio de cuidado y de igualación de los vulnerables:

- El art. 2° tiene una cláusula antidiscriminatoria que enuncia los siguientes factores: "...Raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status". Es interesante la referencia a la "fortuna" y, como siempre, la válvula de apertura de "otro status".
- Los arts. 1° y 7° contienen provisiones acerca de las personas equivocadamente acusadas o condenadas por crímenes, así como la garantía de las personas procesadas por delitos.
- El art. 12 contempla a quienes requieren asilo.

(20) "1. La familia será la unidad natural y la base de la sociedad. Esta estará protegida por el Estado, el cual se ocupará de su salud física y moral.

"2. El Estado tendrá el deber de asistir a la familia, la cual custodia la moral y los valores tradicionales reconocidos por la comunidad.

"3. El Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales.

"4. Los ancianos y los minusválidos también tendrán derecho a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales" (Según la traducción que ofrece ACNUR en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf> [4/5/2022]).

- Los arts. 19 a 24 abordan la situación de vulnerabilidad de grupos raciales y comunidades indígenas, tan sensible en el contexto africano.

2.4.4.2. El Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres en África (2003)

El protocolo para la protección de las mujeres trata de los derechos de las mujeres en el peculiar contexto africano. La posición de la mujer en África tiene un tratamiento divergente, sobre todo en derechos basados en regulaciones jerárquicas en las relaciones de familia, que se encuentran en varios de los Estados parte.

El abordaje del protocolo es de sumo interés, porque supone una visión progresista de los derechos de la mujer y, en alguna medida, una revisión y una relectura del documento de la ONU sobre la temática. Entre ellos, el art. 1º incorpora el principio de efectividad en la igualdad hombre-mujer, la incorporación de la perspectiva de género y la deconstrucción de patrones culturales.

El art. 2º, significativamente, incorpora el derecho a la dignidad idéntica al hombre y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, condenando especialmente (además de toda forma de violencia) la violencia sexual. Los arts. 3º y 4º se refieren a la integridad física y a las prácticas dañinas (respecto de las mutilaciones en África). La enunciación de derechos merece la pena ser leída, porque es sumamente abarcadora y actual.

Es interesante destacar algunos grupos de mujeres que tienen especial referencia en el protocolo (arts. 4º, 5º, 10, 11, 13, 14, 18, 19 y 20)⁽²¹⁾:

- las mujeres que trabajan en ámbitos de la economía informal,
- las que realizan trabajo doméstico,
- las mujeres rurales,
- de comunidades indígenas,
- las mujeres que viven en la pobreza,
- las viudas,

(21) Nifosi-Sutton, Ingrid, *The Protection...*, cit., cap. 4.3.

- las mujeres víctimas de violencia,
- las mujeres víctimas de tráfico,
- las mujeres en riesgo de ser víctimas de tráfico,
- las embarazadas,
- las que fueron víctimas de prácticas dañinas o corren el riesgo de serlo,
- quienes piden asilo,
- las mujeres afectadas por conflictos armados.

2.4.4.3. La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990)

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño se aplica a toda persona antes de los 18 años. Las previsiones siguen los lineamientos de la Convención Internacional, aunque es interesante referir la protección contra prácticas dañinas y el énfasis puesto en formas de abuso sexual y contextos de conflicto armado.

2.4.4.4. Convención para la Asistencia de las Personas Internamente Desplazadas (2009)

Nuestra última estación en el sistema africano es la denominada "Convención de Kampala", que trata de la grave situación de las personas que padecen desplazamientos internos (también objeto de muchos casos contenciosos de la Corte IDH).

El desplazamiento interno se define como "aquel que es involuntario o forzado, por evacuación o relocalización de personas o grupos de personas dentro de los límites internacionalmente reconocidos por el Estado".

III. HACIA UN CONCEPTO DE PERSPECTIVA O ENFOQUE DE VULNERABILIDAD

Hemos visto que la vulnerabilidad es en sí misma un concepto vago. Sería una razón válida para no aplicar la perspectiva de vulnerabilidad: el enfoque de vulnerabilidad podría presentarse como un

concepto disruptivo que permitiera una interpretación y aplicación caprichosa de las normas jurídicas.

También, la vulnerabilidad remite a una *dimensión potencial*, que implica una *dimensión actual*. En ese sentido, se piensa en alguien susceptible de ser herido⁽²²⁾ y que necesita acompañamiento, más allá de que el receptor del término se sienta inclinado a no a aceptar la invitación.

El *golpe*, en buena medida, es *emocional*. Y ese solo dato, para quien persigue una definición, eleva el grado de dificultad.

Sin embargo, el interés de la perspectiva de la vulnerabilidad proviene precisamente de sus falencias: a) su indefinición la convierte en un instrumento maleable, b) su emotividad, en una herramienta de empatía o sensibilización, y c) su carácter potencial, en un elemento que permite una proyección diacrónica.

Al mismo tiempo, será necesario pensar estrategias correctivas de aplicación de la perspectiva de vulnerabilidad para que resulte funcional a los derechos humanos y no opere en forma disruptiva. Ese será el objeto de la sección siguiente a esta (apart. IV).

3.1. Las ventajas de los contornos difusos de la definición

En realidad, son justamente los contornos difusos los que quizá hacen de la vulnerabilidad un instrumento útil para referirse a situaciones en las que el concepto de la igualdad es insuficiente⁽²³⁾.

Justamente, porque la definición es amplia es que la noción de vulnerabilidad es dúctil. Acaba, entonces, por ser un concepto abstracto que admite ser aplicado a diversos grupos de sujetos que reúnen los descriptores requeridos. Y, ¿cuáles son esos indicadores? Indudablemente, ese es el motivo por el que una conceptualización es necesaria. La reticencia del derecho romano a las definiciones requiere ser superada cuando los conceptos crean una categoría jurídica y esa

(22) De hecho, esa es la definición del diccionario: "Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente" (*Diccionario de la lengua española*, 23a ed. [versión 23.2 en línea], Real Academia Española, <https://dle.rae.es>).

(23) Albertson Fineman, Martha, "Vulnerability and Inevitable Inequality", *Oslo Law Review*, vol. 4, ps. 133-149.

categoría se ve beneficiada con una interpretación preferencial o particularmente benévola por parte del derecho.

Ahora bien, si se examinan los fallos del TEDH o los de la Corte IDH, se advierte una reticencia a ofrecer una definición. Los enunciados son más bien demostrativos (este o tal grupo es vulnerable) y sado más a taxonomías o clasificaciones de tipos de vulnerabilidad que a definiciones.

3.2. Funciones de la perspectiva de vulnerabilidad

Por varias razones, el concepto de igualdad no resulta una respuesta adecuada cuando una de las dos partes se encuentra inmersa en una dinámica estructural que la debilita a la hora de entablar una relación jurídica o social. En este sentido, la vulnerabilidad se ha visto como un concepto superador de la más antigua noción de igualdad.

Básicamente, la vulnerabilidad tiene una triple función:

a) *Función de sensibilización y detección*: permite establecer la debilidad de un grupo o una persona.

b) *Función de perspectiva o enfoque*: permite evaluar el contexto y no solo el texto de una situación de inequidad.

c) *Función de fortalecimiento o resiliencia*: una interacción de acompañamiento y empoderamiento. Como la vulnerabilidad parte de la interdependencia, el enfoque de vulnerabilidad permite trabajar sobre la resiliencia activando redes de interdependencia (familiares, organizaciones sociales o el Estado) de los grupos o sujetos vulnerables para fortalecerlos.

Así, en primer lugar, la *función de sensibilización y detección* de la vulnerabilidad permite establecer la debilidad de un sujeto o grupo sobre la base de la detección de circunstancias que lo colocan en un ámbito de mayor exposición o riesgo de daño. Esas circunstancias no están preestablecidas, sino que surgen de una comprobación concreta de esa circunstancia, en el marco de esa relación jurídica y aunque esas circunstancias o condiciones nunca hayan sido definidas. No obedece a definiciones prefijadas ni a la existencia de normas previas que se hayan infringido. Simplemente provoca, a

partir de una detección de la condición de vulnerabilidad, una intervención correctiva.

La *función de perspectiva o enfoque* es complementaria a la anterior. A la hora de detectar una vulnerabilidad, la noción de igualdad recorta inmediatamente el marco a la relación jurídica comprometida. En cambio, la vulnerabilidad hace precisamente lo contrario: amplifica el marco incluyendo el contexto y no solamente la situación específica a la hora de decidir. Puede así percibir discriminaciones estructurales o indirectas, para las que el concepto de igualdad da respuestas parciales.

La *función de fortalecimiento o resiliencia* permite una intervención no sustitutiva y de acompañamiento. Esta función solo se habilita con el recurso al concepto de vulnerabilidad. La igualdad corrige lo que es desigual en la relación jurídica enfocándose en el pasado. La vulnerabilidad, a partir de la detección y la toma en consideración del contexto, puede partir de intervenciones más flexibles y que conjuguen la intervención de entornos inmediatos o mediatos que puedan alterar la ecuación de cara al futuro.

3.3. Proyección biográfica de la perspectiva de vulnerabilidad: la prevención del daño y el fortalecimiento temprano de redes

Señalamos que la vulnerabilidad implica una percepción de un riesgo de daño y que, como tal, supone una dimensión potencial. Precisamente, *esa dimensión potencial tiene la ventaja de activar tempranamente la detección y provocar la función preventiva del daño, que es un objetivo de muchas convenciones y tratados.*

Al considerar la posición de las personas en perspectiva de vulnerabilidad, es posible elaborar sobre la condición frágil actual de dichas personas, que aún no han sido dañadas, pero están en jaque y en riesgo.

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

medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida, libertad personal e integridad personal de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, especialmente como consecuencia de su labor, siempre y cuando el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en contra de estos y toda vez que existan posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo"⁽²⁴⁾.

En esta misma dirección, la Corte IDH sostuvo que el deber de garantía del Estado es una función de medio y no de resultado, comandados en el tratado. La responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su deber preventivo surge si se verifica que "...1) al momento de los hechos existía una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinados; 2) que las autoridades conocían o debían tener conocimiento de ese riesgo, y 3) que las autoridades, pese a ello, no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo"⁽²⁵⁾.

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

Es que la perspectiva de vulnerabilidad está en tensión con esa relacionalidad ambivalente: el otro es el que daña, pero al mismo tiempo el que puede acompañar en la resiliencia⁽²⁶⁾. En todo caso, contra todo individualismo, la vulnerabilidad parte de la sociabilidad inherente al ser humano.

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

(24) Corte IDH, sent. 28/8/2014, caso "Defensor de Derechos Humanos y otros c. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párr. 141.

(25) Corte IDH, sent. 22/11/2016, caso "Yarce y otras c. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)", párr. 182.

(26) Garzón Valdés, Ernesto, "Desde la modesta propuesta de 'Swift' hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones sobre los derechos de los niños", *Doxa. Cuadernos e Filosofía del Derecho*, nro. 1516, Alicante, 1994, ps. 737-738.

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

IV. CRITERIOS PARA UNA APLICACIÓN PROPORCIONADA Y PRUDENTE DE LA PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD

Justamente por las razones que anticipábamos en el encabezado del apart. III, la perspectiva de vulnerabilidad puede implicar un instrumento disruptivo respecto de los derechos humanos y poner en manos del intérprete una herramienta de subjetivación del derecho. La perspectiva de vulnerabilidad, a menos que tenga correctivos estrictos, puede ser la manera de torcer la ley y hacer del juez un legislador que ajuste los preceptos a su sentido personal de justicia. Si así fuera, la perspectiva de vulnerabilidad se habría corrompido: en vez de ser un instrumento correctivo del derecho, sería un instrumento deformante, que derivaría en la arbitrariedad.

4.1. Aplicación de la perspectiva de vulnerabilidad en tres funciones

La perspectiva de vulnerabilidad puede aplicarse sin alterar las reglas procesales o de fondo. Su aplicación puede provocar una sensibilidad y una intervención de mecanismos legales disponibles para prevenir un daño (función preventiva), o una función moduladora, por ej., del resarcimiento, llegado el caso. En esos casos, la perspectiva de vulnerabilidad cumple una función sensibilizante o perceptiva, que puede o no involucrar aspectos emotivos, pero que, en última instancia, habilita una intervención que lleva a un resultado de justicia en el caso concreto, sin riesgo de arbitrariedad, mientras la percepción de la vulnerabilidad surja de constancias fácticas en la causa.

Ahora bien, podría darse el caso de que la perspectiva de vulnerabilidad tuviera una *función rectificadora* de una norma que, de aplicarse tal como resulta de su interpretación lineal, puede implicar una discriminación directa o indirecta de un sujeto vulnerable o, aún más, provocar un daño. En esos casos, es necesaria una aplicación correctiva de la ley por la perspectiva de la vulnerabilidad.

4.2. Criterios de aplicación en la función rectificadora de la norma

De ahí que sea necesario pensar algunos criterios correctivos para su aplicación saludable⁽²⁷⁾:

1. *La perspectiva de vulnerabilidad no puede hacerse en forma derogatoria de la ley, sino con alineamiento a su sentido y sus fines. La aplicación correcta de la perspectiva de vulnerabilidad presupone que se haga, no en contradicción con la ley, sino en una mejor aplicación de esta. Es decir, no cabe que sea derogatoria de la ley, sino que la lea a la vista de las especiales circunstancias del caso para dar mejor cumplimiento a su sentido y su finalidad. Por ejemplo, si una norma procesal establece un plazo determinado y la persona, en virtud de su especial vulnerabilidad, no pudo cumplirlo, y esta condición surge comprobada en los autos, es posible una prórroga proporcional, razonable y excepcional.*

2. *La aplicación rectificadora de la perspectiva de vulnerabilidad solo puede operar si de la evidencia fáctica surge una situación de daño o riesgo de daño respecto de un sujeto o un grupo de sujetos. El juez no puede fallar más allá de la estimulación que provoca lo efectivamente acreditado en la causa. Debe encontrar constancias fácticas respecto de las que debe argumentar, para poder aplicar la función correctiva.*

3. *La aplicación de la función rectificadora de la norma es siempre excepcional y requiere una justificación calificada. Supone: a) que el caso esté contenido en la norma general (es decir que la ley le sea aplicable); b) que sea excepcional por el resultado especial que surge de la interacción de los hechos y la norma en este caso concreto, porque la ley produzca un efecto desproporcionado no buscado por el legislador.*

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

(27) Nos hemos inspirado en la lectura de Lamas, Félix A., *La experiencia jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1983, ps. 237 y ss. (Normalidad y excepción).

5. Que, por su excepcionalidad, la ley provoque un impacto desproporcionado de envergadura en ese grupo o sujeto vulnerable, es decir que la solución, de aplicarse la ley, sea injusta. Si la aplicación literal de la ley no provoca un daño en virtud de la excepcionalidad del caso, tampoco corresponde su rectificación. Solo a partir del impacto desproporcionado, que debe argumentarse y fundarse debidamente, corresponde aplicar la perspectiva de vulnerabilidad.

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

4.3. Diferencia entre la función rectificadora de la ley y la ley injusta o inconstitucional

Una cosa es una ley que es contraria a la CN o a las convenciones y tratados internacionales y otra es una ley que, en un caso excepcional, provoca un impacto desproporcionado y, por eso, no cumple con los fines saludables que persigue en ese caso singular (que está previsto por la ley general). En el primer caso, la ley contradice la convención o la Carta Magna; en el segundo, la ley es conforme a la convención y la Carta Magna. En el caso de la ley inconstitucional, corresponde la declaración de contrariedad al sistema convencional o constitucional. En el caso de la ley constitucional o convencional que produce resultados injustos en un caso excepcional, corresponde la función rectificadora de la perspectiva de vulnerabilidad.

Suele advertirse en la jurisprudencia una confusión que deriva en una declaración fácil de inconstitucionalidad de las leyes vigentes. Por esa razón, y para prevenir declaraciones innecesarias y nocivas para la salud del sistema, se debe clarificar esta confusión.

Tanto el recurso a la declaración de inconstitucionalidad como la función rectificadora que posibilita la perspectiva de vulnerabilidad son excepcionales. Lo normal y conveniente es que, siempre que sea posible, el juez y el abogado respeten el texto de la ley, que equivale a respetar el sistema democrático y republicano de gobierno. Cada vez que un juez se aparta de la ley pone en cuestión el sistema, de ahí la gravedad de no respetar la ley y la importancia de no banalizar el apartamiento de la ley vigente. Decidir rectificar la ley o declararla inconstitucional no es algo a tomar a la ligera: significa una contradicción a la fraternidad que surge de compartir un plexo legislativo que

parte de un sistema democrático y republicano que elegimos respetar y por el que se jura tanto para ejercer la profesión de abogado como la judicatura.

Sin embargo, hay algunos casos en que la ley es claramente inconstitucional y en forma contraria al mismo espíritu de la ley a un sujeto o un grupo vulnerable. En el caso de la ley injusta o inconstitucional, corresponde su desactivación (en la Argentina, esa declaración se proyecta sobre el caso concreto, pero impacta en forma grave en la cultura jurídica). En el caso de la ley que, en un caso excepcional, produce un impacto injusto y desproporcionado en una población vulnerable, no corresponde declarar la anticonvención ni inconstitucional, sino aplicar los arts. 1° y 2° e interpretar de manera integrativa y según sus fines. En el caso de la función rectificadora, la ley no se ataca, sino que se confirma en el caso anómalo.

En palabras del iusfilósofo argentino Félix Lamas: "Esta adecuación de la norma al caso es lo que propiamente se llama *epieikeia* para la doctrina de Aristóteles. Se trata de conferir verdad práctica a la regla, adaptarla a la sinuosidad de la vida, cuando ésta escapa a la general (...); darle rectitud, o enderezando según la ley el caso.

"Para eso el juez no debe ir a buscar en otra parte que en la norma misma, juzgando 'como lo hubiera hecho el legislador de haberlo sabido'; pero esto, en concreto, ¿qué significa?

"El espíritu de la ley no es otro que el fin de la misma, que rige la ordenación. En otras palabras, el juez debe prolongar la valoración del legislador plasmada en la norma. Lo contrario, es decir, aplicar la ley de manera que condujera a un resultado contrario a su fin, significaría traicionar su espíritu; so pretexto de apegarse a la ley, se estaría yendo contra ella misma.

"Debe tenerse presente, por último, que el juicio de equidad no significa juzgar la ley, sino juzgar rectamente según ella misma"⁽²⁸⁾.

En cambio, en el caso de la ley injusta, la posición del juez es distinta: "Ante la hipótesis de una ley injusta o, lo que es lo mismo, según la terminología de Aristóteles, una ley falsa o aparente (...) se da un

(28) *Ibidem*, p. 239.

V. VULNERABILIDAD Y DIGNIDAD HUMANA: UNA HERRAMIENTA DE REVISIÓN DEL DERECHO PRIVADO DECIMONÓNICO Y SU PARADIGMA DEL FUERTE

En verdad, aunque el concepto de "vulnerabilidad" ha hecho mejor suerte, el concepto a veces guarda una semejanza con el de "fragilidad" y se documenta su uso para referirse a personas vulnerables en obras de envergadura⁽³⁰⁾.

Mientras que el modelo de las codificaciones decimonónicas realza al sujeto autónomo, independiente, fuerte, al individuo, la vulnerabilidad es una herramienta invalorable para desarticular ese mito, que no responde verdaderamente a casi nada o nadie en las sociedades que habitamos.

Especialmente en temas de personas y familia se advierte un reconocimiento sorprendente de estos valores individualistas: en materia de conyugalidad, los principios que presiden la relación en el Cód. Civ. y Com. son la libertad y la igualdad. En la relación, se encogen los efectos solidarios en la ruptura, si se compara con la codificación anterior de Vélez Sarsfield (con la reforma de 1987 y 2010 sobre el matrimonio). El divorcio no tiene tiempo mínimo de espera y puede iniciarlo cualquiera de los cónyuges y, como si el otro no existiera, su voluntad de ruptura prevalece, sin dejar margen a oposición, sin dar siquiera un tiempo de espera o respuesta posible del otro. Se deben sentar a dialogar para pensar los efectos, pero la ruptura es un gesto individual (cuando el matrimonio, por definición, requiere a dos). Se estimula la autonomía económica de los cónyuges, siendo los alimentos entre cónyuges una solución altamente excepcional.

La autonomía filiatoria da derecho a los padres a escamotear la identidad del niño o a elegir objetivar o contractualizar la filiación, o a elegir privar al niño de uno de sus progenitores, hacer que el niño

(29) Ídem.

(30) Al respecto, la reconocida obra de Vanier, Jean, *J'ai besoin de toi: un éloge de la fragilité*, Scriptura, Paris, 2019. O también: Lafay, Denis (ed.), *Un éloge de la fragilité*, De l'Aube, Avignon, 2018, que es una colección de cinco ensayos de intelectuales de diversa proveniencia sobre el concepto de fragilidad.

nazca de padres premuertos o insertarlo en difícil proyecto de pluri-parentalidad (ya le es difícil al niño la coparentalidad cuando los padres no tienen relaciones armónicas). Basta que los adultos en su autonomía tengan deseo para que tengan al acceso al progreso científico vale así más que la dignidad e interés superior del niño. Autonomía es siempre el derecho del fuerte y, por eso, genera las peores desigualdades: deja afuera al que no tiene voz.

Cuando se trata de los niños, contra todo el último desarrollo de la doctrina de los derechos humanos que parte de la centralidad del valor de protección (art. 19, CADH) y de un "paternalismo justificado"⁽³¹⁾ Convención (el niño, en virtud de su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento), se potencia la autonomía sin límites de edad y sin acompañamiento suficiente. Niños sin padres, niños muchas veces "adultizados" precozmente por la ley, niños en soledad, un código de soledades e individualismos. Un código que presume fortalezas donde, en realidad, muchas veces hay debilidades.

Lo cierto es que solo el derecho de familia y de las personas ha abrazado de manera tardía y anacrónica estos ideales decimonónicos que el resto del derecho civil se esfuerza en superar. En los Fundamentos del Anteproyecto, la idea que preside es bien otra: "Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En nuestra posición, se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables"⁽³²⁾.

La perspectiva de vulnerabilidad, especialmente aplicada a las relaciones de familia y personas, viene a corregir este vector deshumanizante, que acaba por atentar contra la dignidad humana. Permite ver que el modelo no es el del fuerte, el del individuo, el del independiente, sino el de la interdependencia, la fragilidad y las relaciones

(31) Garzón Valdés, Ernesto, "Desde la modesta propuesta...", cit., p. 737.

(32) Lorenzetti, Ricardo Luis; Highton de Nolasco, Elena; Kemelmajer de Carlucci, Aída. Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Consultado el 19 de febrero de 2016, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

humanas y sociales, que son el único camino posible a la resiliencia. Especialmente en las relaciones de familia, la dimensión relacional del derecho cobra relevancia.

La iusfilósofa americana Martha Fineman se refiere al "mito de la autonomía"⁽³³⁾ que predica especialmente en los niños y la familia. La pretendida autonomía aparece como una "fantasía distópica"⁽³⁴⁾. Fineman habla de los mitos fundacionales: una sociedad que presenta modelos exitosos que son siempre de fuertes y que apoyan un tipo de igualdad basada sobre derechos subjetivos individuales, cuya realización, en la práctica, está condicionada por posiciones intersubjetivas dependientes.

La contracara del mito de la autonomía es la diada vulnerabilidad-resiliencia. La vulnerabilidad parte de una perspectiva que mira la igual y única fragilidad de todos (la susceptibilidad de cada uno a sufrir daño físico y moral, que es universal y una condición universal primaria). La vulnerabilidad tiene que ver con la naturaleza contingente y mudadiza de la corporeidad humana, que envejece, es sexuada, responde a la etnia y la cultura, a la salud y a la enfermedad. La perspectiva de la vulnerabilidad, en tanto receptividad a la fragilidad de lo corpóreo, no parte de la idea de un individuo autosuficiente y autónomo, sino de la mutua dependencia y de la necesidad del otro que es universal.

Esta universalidad de la dependencia encuentra en la mutua dependencia el camino de la resiliencia. Somos responsables de nuestros hermanos. O, en términos de derechos humanos, "todo ser humano tiene deberes para con la familia, la sociedad y el Estado". Esta perspectiva de los deberes recíprocos, que aparece sobre todo en el sistema interamericano, plasma que solo en la interacción de persona, familia, sociedad y Estado, es decir, en las redes sociales, se encuentra el camino de la resiliencia⁽³⁵⁾.

La Declaración de Barcelona sobre Propuestas de Políticas Públicas a la Comisión Europea en materia de Principios Bioéticos y

(33) Albertson Fineman, Martha, *The Autonomy Myth. A Theory of Dependency*, New Press, New York, 2004.

(34) *Ibidem*, p. 3

(35) Albertson Fineman, Martha, conferencia en el marco del Congreso Mundial de Derecho de Familia, International Society of Family Law - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2020.

Bioderecho de 1998⁽³⁶⁾ de alguna manera resume estos lineamientos, vinculando la vulnerabilidad con una aceptación de la propia finitud y con la dignidad humana: "La vulnerabilidad expresa dos ideas básicas: a) la finitud y fragilidad de la vida, en aquellos capaces de autonomía, fundamenta la posibilidad y la necesidad de toda moralidad; b) la vulnerabilidad es el objeto de un principio moral que requiere el cuidado para quienes son vulnerables. Vulnerables son aquellos cuya autonomía o dignidad o integridad pueden ser amenazadas. (...) El principio específicamente requiere no solamente la no interferencia con la autonomía, la dignidad o la integridad de los seres humanos, sino que puedan recibir la asistencia para realizar su potencial. (...) Este principio se sigue que hay derechos subjetivos positivos a la autonomía e integridad que se fundan en las ideas de solidaridad, no discriminación y en la comunidad⁽³⁷⁾.

(36) Biomed II Project, "Barcelona Declaration on Policy Proposals to the European Commission on Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw" (adopted in November 1998 by Partners in the Biomed II Project), disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/instree/barcelona.html> (4/5/2022).

(37) "Vulnerability expresses two basic ideas. (a) It expresses the finitude and fragility of life which, in those capable of autonomy, grounds the possibility and necessity for all morality. (b) Vulnerability is the object of a moral principle requiring care for the vulnerable. The vulnerable are those whose autonomy or dignity or integrity are capable of being threatened. (...) But the principle also specifically requires not merely non interference with the autonomy, dignity or integrity of beings, but also that they receive assistance to enable them to realise their potential. From this premise it follows that there are positive rights to integrity and autonomy which grounds the ideas of solidarity, non-discrimination and community". La traducción nos pertenece.