

Vulnerabilidad, igualdad y justicia* Vulnerability, equity and justice

José Luis Leal Espinoza** y Cecilia Soledad Carrera***

Resumen: La vulnerabilidad es una característica universal y connatural a la condición humana. Hasta hace unas décadas, este concepto era ajeno al derecho. No obstante, con el desarrollo de los derechos humanos ha adquirido el estatus de *categoría jurídica*. La condición de vulnerable de una persona o de un grupo humano pone en evidencia desigualdades reales, materiales o estructurales frente a un concepto de igualdad formal que tuvo vigencia durante el siglo XIX y gran parte del siglo XX. Frente a ello, los Estados deben brindar una adecuada tutela, la que corresponde a sus tres poderes, tal como lo pusieron en evidencia la doctrina y jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, el rol del poder judicial es esencial, porque a través de la garantía del derecho de acceso a la justicia, se asegura la promoción y tutela diferenciada de los derechos humanos conexos. Estos son los tópicos que el presente artículo abordará.

Palabras clave: Vulnerabilidad, Igualdad, Desigualdades, Derechos humanos, Rol de la justicia.

Abstract: Vulnerability is a universal and connatural characteristic of the human condition. Until a few decades ago, this concept was foreign to law. However, with the human rights development, it has acquired the status of a legal category. The vulnerable condition of a person or a human group reveals real, material or structural inequalities next to a concept of formal equality that was valid during the 19th century and most of the 20th century. Faced with this, the States must provide adequate protection, which corresponds to their three powers, as the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights doctrine and jurisprudence have been evidenced. However, the Judiciary rol is essential, because through the guarantee of access to justice right, the promotion and differentiated protection of related human rights is ensured. These are the issues that this article will address.

Keywords: Vulnerability, Equality, Inequalities, Human rights, Justice role.

Sumario: I. Introducción. II. Vulnerabilidad: concepto y contenido. III. Igualdad y desigualdades. IV. La vulnerabilidad desde la perspectiva jurídica. V. Lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. VI. Reflexiones sobre el rol de la Judicatura.

Summary: I. Introduction. II. Vulnerability: concept and content. III. Equality and inequalities. IV. Legal perspective of vulnerability. V. Guidelines of the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights. VI. Reflections on the Judiciary Role.

* Fecha de recepción: 26/08/2022. Fecha aprobación: 22/11/2022

** (PhD) José Luis Leal Espinoza, Universidad Autónoma de Coahuila, Vicedecano de Investigación y Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales Correo electrónico: jose.leal@uadec.edu.mx. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9072-0057>

*** Cecilia Soledad Carrera, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho. Correo electrónico ceciliase2002@yahoo.com.ar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4150-7521>

I. Introducción

La brecha entre igualdad / desigualdad, en principio, supondría una relación proporcional. En tanto los márgenes de igualdad se ampliarían, la desigualdad debería decrecer. Sin embargo, al mirar la realidad social, y a simple vista, ello no parece ser así. Por el contrario, aun cuando hay un mayor reconocimiento de derechos y se adoptan medidas públicas, legislativas y de justicia que tienen por objeto el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas, las situaciones que plantean una desigualdad se extienden.

Cabe, entonces, preguntar: ¿dónde está la desigualdad? Existen numerosos factores determinantes, sea que se trate de una desigualdad permanente o transitoria, o inicial o sobrevenida. Uno de ellos es la *vulnerabilidad*. En el contexto del desarrollo de los derechos humanos tal noción se ha elevado a *categoría jurídica*. Por ello, de un tiempo a esta parte, ha adquirido protagonismo en el ámbito y discurso del derecho, incidiendo en el diseño y ejecución de políticas públicas, en la legislación y en la jurisprudencia.

Por tal motivo, es necesario determinar a qué refiere el concepto de vulnerabilidad y qué relación guarda con la igualdad. En ello harán foco los dos primeros acápites, desde que la garantía de igualdad real solo puede afianzarse en la medida en que las asimetrías causadas por estados de salud, género, o circunstancias sociales, culturales, económicas o étnicas sean consideradas a la hora de reconocer y asegurar los derechos de personas y grupos vulnerables.

Luego, se hará foco en la recepción de la noción de vulnerabilidad por el sistema jurídico regional. Puntualmente, se referenciarán pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De ellos se extraen estándares y reglas que permiten a los derechos internos diseñar e implementar dispositivos e instituciones protectorios de los derechos y garantías constitucional y convencionalmente reconocidos.

Finalmente, se reflexionará sobre el especial rol que tiene el poder judicial en la tutela del ser humano y de los derechos fundamentales. Las juezas y jueces no pueden ignorar los contextos y las diferencias de circunstancias y habilidades de los individuos, para toda vez que la equivalencia de posición y posibilidades no pueda presumirse sin riesgo de inequidad. La vulnerabilidad y la igualdad deben ser los vectores de realización de la justicia.

II. Vulnerabilidad: concepto y contenido

La palabra *vulnerabilidad* encierra un significado complejo y aplicable a diversos ámbitos de la vida cotidiana: educacional, económico, digital, médico, y jurídico, entre otros. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como: “la cualidad de

vulnerable”. A su vez, el vocablo *vulnerable* etimológicamente proviene del latín *vulnerabilis*, y este del término *vulnerāre, -bīlis, '-ble'*, y refiere a la posibilidad de “ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

La expresión de vulnerabilidad denota, entonces, una característica propia, intrínseca y universal de la naturaleza humana: la *fragilidad*. Todo individuo está expuesto a la potencialidad de *daño* o *riesgo de él*, sea físico, emocional o espiritual. De allí que *el vulnerable* precisa de especial atención, de protección y de tutela.

Ahora bien, la noción de vulnerabilidad no es exclusiva del ámbito del derecho, aunque desde un tiempo a esta parte el abordaje de *lo jurídico* refiera con frecuencia a ella, cuando se lo hace con un enfoque de derechos humanos. Por esto, conforme señala Feito (2007), existen por los menos dos tipos de vulnerabilidad. Por un lado, la *vulnerabilidad antropológica*, referida a la fragilidad individual, biológica y psicoemocional. Por otro lado, la *vulnerabilidad socio-política*, derivada de la pertenencia a un grupo o colectivo social concreto.

Ampliando lo referido arriba, Feito explica que la vulnerabilidad antropológica “tiene que ver, pues, con la posibilidad de sufrir, con la enfermedad, con el dolor, con la fragilidad, con la limitación, con la finitud y con la muerte” (2007, p. 9). A ello debe añadirse que, desde esta perspectiva, el ser humano es vulnerable en un doble sentido: (i) por la amenaza y (ii) por la conciencia que tiene de su debilidad.

En otras palabras, la vulnerabilidad antropológica es intrínseca. Está dada por “las condiciones personales o del grupo de personas de que se trate, tales como la enfermedad; la falta de capacitación o educación” (Casazza, 2021, p. 566). Se deriva, luego, que se presentan dos dimensiones de la vulnerabilidad. La *externa* que consiste en “la exposición a contingencias y tensiones, y la dificultad de enfrentarse a ellas” (Feito, 2007, p. 11), es decir el riesgo al que la persona, en su individualidad, se encuentra expuesta; y la *interna*, referida a “la indefensión, a la ausencia de medios para contender con tales riesgos sin sufrir daño” (Feito, loc.cit.).

De esta forma, la persona humana se encuentra expuesta a un riesgo de situaciones críticas, frente a las que no tiene -o no siempre tiene- recursos para afrontar la amenaza y las consecuencias. De ello proviene el carácter *persistente* de la vulnerabilidad antropológica.

Empero, a esta condición natural e individual de vulnerabilidad se suma la *vulnerabilidad social, estructural* o *contextual*, que es aquella que viene dada por las condiciones especiales de fragilidad en que las personas son colocadas por ciertos espacios o situaciones desfavorables en que se encuentran. Estos *espacios de vulnerabilidad* potencian los riesgos, la falta de poder y de oportunidades de cambio.

Señala Feito (2007) que:

(...) la vulnerabilidad social supone la vulnerabilidad antropológica, pero la amplifica notablemente en función de factores ambientales o sociales, que interaccionan entre sí hasta el punto de hacer muy compleja la atribución del daño a una sola causa. Los espacios de vulnerabilidad son entonces centros de confluencia de amenazas potenciales

que, aun no siendo por sí mismas dañinas, se convierten en entornos deletéreos. (p. 11)

Así, una condición de vulnerabilidad puede interrelacionarse o interseccionalizarse con otras, generando un agravamiento del riesgo o profundización de la susceptibilidad o de las consecuencias del daño. De allí que, es *variable, selectiva, relacional y dependiente*. Esto es significativo desde que se puede intervenir sobre ella al adoptar medidas o políticas relativas a los factores contextuales. En efecto, si se genera un cambio se puede incidir sobre los elementos sociales, culturales, económicos y ambientales, a fin de prevenir el riesgo y generar condiciones menos favorables al daño.

Efectuada la distinción anterior, es la vulnerabilidad social la que adquiere importancia en el campo de lo jurídico. Las condiciones desfavorables que causan una mayor exposición de las personas a un riesgo de daño o al daño pueden modificarse si se plantean mecanismos y acciones de tutela diferenciados, sustentados en una protección igualitaria y sobre la base de un *principio de justicia* que atienda necesidades específicas de las personas o grupos de personas vulnerables.

Se introduce aquí la noción de *grupo o colectivo de vulnerables*. Este no es un mero conjunto de personas calificadas como tales, sino que se trata de un *grupo social* y constituye “un colectivo de personas que se diferencia de al menos otro grupo a través de formas culturales, prácticas o modos de vida” (Young, 2000, p. 77). Por consiguiente, todos los miembros están unidos por una identidad que las hace *pertenecer*, ya que tienen afinidades concretas, determinadas por sus experiencias o formas de vida similares.

Enseña Young (2000) que el *grupo* es una expresión de relaciones sociales y que se individualiza al ser puesto en relación con otro grupo. Ahora bien, no solo surgen los colectivos de esa interacción, sino que también emergen de procesos sociales que generan una identificación con una determinada categoría social.

Si se tiene en cuenta lo dicho, los grupos vulnerables están determinados por las posibles causas de vulnerabilidad. Entre ellas se encuentran la edad (*v.g.* adultos mayores y niños, niñas y adolescentes), la discapacidad, el género, la pertenencia a comunidades indígenas, de inmigrantes y minorías étnicas, culturales y religiosas, la privación de la libertad, la pobreza, el analfabetismo digital, etc.

Conforme señala Medina (2017),

una persona puede pertenecer a más de un grupo vulnerable, con lo cual se suma su vulnerabilidad y se aumenta también la discriminación que sufre por ellas. Me refiero a las condiciones agravantes de discriminación, de desigualdad y de vulnerabilidad, y que incluyen la sumatoria de distintas situaciones de vulnerabilidad (...). En síntesis, la

vulnerabilidad expresa una desigualdad, con lo que mientras más profunda sea, mayor será la desigualdad sufrida. (s/p)

Es decir, las desigualdades estructurales, las inequidades y la exclusión se agudizan en la medida en que las condiciones o factores de vulnerabilidad se entrelazan y acentúan las situaciones de vulnerabilidad, lo que incide en la manera que las personas la experimentan.

Entonces, el entrelazamiento de las diversas causas de vulnerabilidad puede conllevar a que una persona, en un sentido estructural, pertenezca a más de un grupo vulnerable, lo que agrava su situación. Por ejemplo, una persona vulnerable por razones de género puede ver agudizada su condición por el estado de pobreza en que se encuentra; o la vulnerabilidad puede estar determinada por la discapacidad y profundizada por su edad.

Ese estado estructural de vulnerabilidad se traduce en *desigualdades*, que trascienden la situación individual de la persona, para afectarla como integrante de uno o más grupos que padecen de exclusión social. La pertenencia a determinados colectivos, por su situación, redundan en limitaciones para el acceso a empleos, funciones, actividades de diversa índole, espacios físicos, todos emergentes de prejuicios y prácticas sociales que profundizan y perpetúan la vulnerabilidad y la discriminación. Por ello, en el apartado siguiente se abordará el tema de la igualdad y de las desigualdades.

III. Igualdad y desigualdades

La igualdad es un principio pilar en todo sistema jurídico de una sociedad democrática. Su enunciación está presente en las constituciones y, también, en tratados internacionales de derechos humanos. Ahora bien, existen diversas concepciones de igualdad.

La igualdad *formal*, que refiere al reconocimiento universal a todas las personas y a través de diversas fuentes de los mismos derechos. Este sentido es individualista y próximo al pensamiento liberal clásico, desde que resulta irrelevante la condición de género, religión, origen étnico o cultural, o las vinculaciones que pueden plantearse entre diversos grupos de personas en una sociedad, en un determinado momento histórico.

En Argentina, el art. 16 de la Constitución Nacional (1994) ha receptado la igualdad en un sentido formal, al decir su texto:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. **Todos sus habitantes son iguales ante la ley**, y admisibles en los empleos sin otra condición que la

idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

La consagración de este principio se encuentra apoyada en el Preámbulo, que señala como aspiración:

(...) constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y **para todos los hombres del mundo** que quieran habitar en el suelo argentino. (Congreso de la Nación Argentina, Constitución de la Nación Argentina, 1994)

Esto, a su vez, se complementa con lo establecido en el art. 20 de la Ley Fundamental (1994), que consagra, para los extranjeros, *todos los derechos civiles de los ciudadanos* y los exime de la obligación de adoptar la ciudadanía argentina.

No obstante, este ideal de igualdad, que es normativo y responde a una idea de *trato igual*, no es rígido e inmovible. Como señala Saba (2016), no impone que todas las personas sean tratadas de igual modo, como si fueran idénticas. Por el contrario, como se suele repetir, el trato igual debe ser para aquellas personas que se encuentran en igualdad de circunstancias. A la luz de ello, el Estado puede hacer distinciones en la formulación y aplicación de la ley en la medida que el criterio sea justificado y razonable.

Aparece, entonces, otro sentido de igualdad, el *material*. Este parte de reconocer que existen situaciones que impiden que todas las personas gocen efectivamente de iguales derechos, y que para derribar esos obstáculos el Estado debe tomar acciones específicas en el caso concreto. De esta forma, se introduce la posibilidad de que se adopte un *trato diferenciado legítimo* a fin de atender a desigualdades que condicionan el ejercicio y goce de los derechos.

En esta dirección, el art. 75, inc. 23 de la Constitución de la Nación Argentina (1994) dice que corresponde al Congreso:

(...) legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

A su vez, a través del art. 75 inc. 22, la Carta Fundamental (1994) incorpora instrumentos de derechos humanos que consagran la igualdad material.

Finalmente, existe una expresión más profunda de igualdad: la *estructural*. En cuanto concepción *fuerte* de igualdad, o como *de no sometimiento* (Saba, 2016), la igualdad estructural es aquella que pone en relación a este valor con la estructura social, al advertir que existen relaciones de poder asentadas en vínculos sociales de subordinación y de unos sujetos o grupos respecto de otros. En otras palabras, reconoce que existen relaciones que se definen sobre la base de jerarquías determinantes de subalternización e inferiorización de personas que pertenecen a grupos históricamente marginados, sometidos, oprimidos en los aspectos sociales, políticos, económicos, culturales y jurídicos de sus vidas. Esto conlleva a una discriminación que priva a los catalogados dentro de esos grupos de opciones y de la posibilidad de decisiones autónomas. Luego, igualdad estructural impone a los Estados la obligación de adoptar medidas transformativas de las condiciones que generan esa exclusión sistemática del ejercicio y goce de los derechos.

Los criterios que perpetúan las desigualdades estructurales guardan íntima relación con las vulnerabilidades y se sustentan en sistemas de creencias y prácticas sociales que han operado hacia adentro de las sociedades durante largos períodos históricos. Así, se encuentran cánones relacionados con el género, las discapacidades, los inmigrantes, el origen étnico-cultural, el rango etario, la pobreza, etc. Un ejemplo de ello, que se planteó a mediados de siglo XX y que continúa vigente es el denominado *dilema racial brasileño*, que expusiera Florestán Fernandes en su obra: “El negro en el mundo de los Blancos” (2017).

La contracara de la igualdad estructural, es la *desigualdad estructural*. Como se anticipó, supone el sometimiento y la exclusión de grupos sociales -y por ende de sus miembros- del efectivo goce de derechos. De allí que, como se mencionó, el Estado debe desarrollar políticas y adoptar medidas que garanticen *de jure* y *de facto*, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos, el disfrute y ejercicio de sus derechos; pero que, además, estén orientadas a “desmantelar las estructuras sociales que producen [la] subordinación” (Saba, 2016, p. 81), esto es, a promover un *cambio social*.

IV. La vulnerabilidad desde la perspectiva jurídica

Retomando el concepto de vulnerabilidad, debe insistirse en que no es una noción o término jurídico *per se*. Ello porque, como se dijo arriba, denota situaciones derivadas de la fragilidad connatural de la persona humana y de las desigualdades que ella genera.

Frente a esta realidad, el modelo normativo e individualista de derecho, con raíces en códigos y leyes decimonónicas, no contenía respuestas o al menos las que brindaba no eran apropiadas, desde que la vulnerabilidad no revestía la calidad de *categoría jurídica*. El negacionismo de la condición de vulnerables de las mujeres y hombres, por diversas causas, en el discurso jurídico importaba ignorar la realidad humana.

Ahora bien, con el devenir de múltiples sucesos históricos y desarrollos filosófico-jurídicos, los sistemas de derecho reconocieron los principios *pro persona* y *favor debilis*, que, de un tiempo a esta parte, operan como una herramienta de corrección de las disfuncionalidades jurídicas y vía de compensación de las discriminaciones. Como dice Sosa, la vulnerabilidad se aborda “como criterio específico de relectura, interpretación y aplicación del Derecho” (Sosa, 2022, s/p).

Frente a los obstáculos concretos y contextuales que enfrentan los vulnerables, se ha desarrollado a nivel universal, regional y local una profusa legislación sobre la temática. Un documento destacado son las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Este documento atiende a los múltiples factores que afectan el derecho de acceso a la justicia, guiando a las legislaciones y poderes judiciales estatales en la determinación de las condiciones que son menester para que la tutela de los derechos sea efectiva. En él, se conceptualiza qué se entiende por vulnerabilidad y cuáles son las causas más comunes que la provocan.

Luego, queda plasmado el elevado rol del Poder Judicial, que se singulariza como institución ante la que se recurre para confrontar la realidad social y las desigualdades, que generan relaciones de subordinación y de poder diferenciado entre personas y sectores en condición de vulnerabilidad. No se puede tratar de modo igual a quienes no lo son, si se pretende responder a la obligación asumida internacionalmente de brindar una tutela judicial efectiva y, en su contexto, de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

En la región, puede verse en la doctrina y fallos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el juzgamiento, a la luz de criterios de vulnerabilidad y de igualdad material/estructural, otorgan una respuesta oportuna y razonable al derecho de acceso a la justicia y, con ello, a los derechos conexos de las personas. Los pronunciamientos concretos generan objetividad y, a la vez, uniforman y dotan de previsibilidad a las respuestas que el derecho proporciona, máxime al ser receptados por los ordenamientos internos de cada Estado.

V. Lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es la interprete última de protección de los Derechos Humanos en la Región, en tanto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elabora y publica informes y recomendaciones con el objeto de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región. Como se atisbó, los estándares que ambos órganos delinear son guías precisas de acción cuando es necesario asegurar el derecho de tutela judicial efectiva y, en concreto, el acceso a la justicia por personas y grupos vulnerables. Su labor sienta lineamientos para que los Estados, a través de sus sistemas de justicia, adopten políticas públicas y acciones

administrativas, legislativas y judiciales tuitivas o protectorias, o abstenciones contrarias a la tutela necesaria.

En la agenda de los organismos regionales mencionados se encuentran las personas y grupos vulnerables: mujeres, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, mayores, LGTBI+, afrodescendientes, en situación de pobreza y de calle, de detención, entre otros. Al respecto se ha pronunciado multiplicidad de veces. Así, se ha generado una doctrina y una jurisprudencia que mantiene vivos los tratados de derechos humanos y hace evolucionar su letra al ritmo de los cambios que acontecen en la realidad social y de acuerdo a las condiciones de vida actuales en la sociedad civil.

En esta dirección, la Corte Interamericana receptó la noción de vulnerabilidad diciendo:

(...) toda persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes esenciales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos (...) No basta que los Estados se abstengan de violar derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o la situación específica en que se encuentre. (CorteIDH, Caso *Ximenes López vs. Brasil*, 2006, pár. 103)

Se colige, entonces, que frente a la vulnerabilidad intrínseca y, sobre todo, extrínseca o estructural, afloran los deberes asumidos por los Estados. Estos se traducen en el necesario compromiso público con el remedio de causas, consecuencias y eventuales reparaciones de los daños derivados de la discriminación basada en la desigualdad. En tal sentido se ha establecido que, sobre la base del art. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, los Estados se encuentran obligados a garantizar a aquellas personas o grupos de personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de sus derechos, en atención al principio de igualdad ante la ley (CorteIDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, 2010).

Luego, si el Estado establece medidas de tratamiento diferenciado para propiciar una adecuada respuesta a las obligaciones internacionalmente asumidas, debe justificarlas en la condición o situación especial que la sustenta, esto es, de manera objetiva y razonable, persiguiendo un fin legítimo y con un criterio de proporcionalidad entre ese fin y los medios a emplear, a fin de evitar la arbitrariedad. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, sostuvo:

(63) ... que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos 'sin discriminación alguna'. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es, per se, incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que, existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

64. Por otra parte, mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar 'sin discriminación' los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a 'igual protección de la ley'. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino también en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

A continuación, el Máximo Tribunal Regional recuerda que no toda diferencia de trato es reputada discriminatoria. Esto último sucederá si los criterios basales de la medida carecen de razonabilidad y objetividad en cuanto a los medios usados respecto de la finalidad perseguida. Por ello explica:

(...) en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos

protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad. (CorteIDH, Opinión Consultiva, 2017, par. 66)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, además, ha considerado la *interseccionalidad* de factores de vulnerabilidad, esto es el entrelazamiento de condiciones que agudizan las situaciones de desigualdad y de discriminación que ya tenían lugar. Son ejemplos de ello, el Caso I.V. vs. Bolivia, en el que señaló que con la condición de mujer de la actora:

(...) confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación (...), su posición socio-económica y su condición de refugiada. En efecto, en el presente caso, dicha discriminación confluyó, además, con una vulneración al acceso a la justicia con base en la posición socio-económica de la señora I.V., en tanto los cambios de jurisdicción para la radicación de la causa en el segundo y el tercer juicio penal, hicieron que se presentara un obstáculo geográfico en la accesibilidad al tribunal. Ello implicó un elevado costo socio-económico de tener que trasladarse a una distancia prolongada, al extremo de tener que viajar un trayecto de aproximadamente 255 km en el caso del proceso tramitado ante el Tribunal de Sica Sica, y cubrir viaje, hospedaje y otros costos del traslado no solo de ella sino también de los testigos, lo cual conllevó evidentemente a un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Lo anterior constituyó una discriminación en el acceso a la justicia con base en la situación socio-económica, en los términos del artículo 1.1 de la Convención. (CIDH, 2016)

Otro antecedente es la Resolución No. 4/2020, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que se dijo:

23. Las decisiones relativas a la salud y cuidado de las personas con COVID-19 deben adoptarse e implementarse sin ningún tipo de discriminación arbitraria basada en alguno de los motivos reconocidos en los estándares internacionales de derechos humanos; esto debe ser particularmente considerado respecto a ciertos colectivos, como las personas

mayores o las personas con discapacidad. Una diferencia de trato es contraria al derecho internacional cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Ello es aplicable, incluso en el tratamiento médico respecto de las personas que tienen condiciones médicas o enfermedades que hayan sido ocasionadas o se vean agravadas por la propia afectación por el virus.

24. Para superar el estigma social asociado con COVID-19 y posibles comportamientos discriminatorios hacia personas que hayan estado en contacto con el virus, se deben adoptar, de forma inmediata, medidas que tengan en cuenta las perspectivas de igualdad de género e interseccionalidad, además de enfoques diferenciados, que hagan visibles los riesgos agravados sobre los derechos humanos contra personas, grupos y colectividades, en especial situación de vulnerabilidad y exclusión histórica en el hemisferio, tales como personas en situación de pobreza o de calle, personas mayores, personas privadas de la libertad, pueblos indígenas, comunidades tribales, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas migrantes, refugiadas y otras en situación de movilidad humana, personas LGBTI, niñas, niños y adolescentes, y mujeres. Teniendo especialmente en cuenta a aquellas que estén embarazadas o sean víctimas de violencia de género. (CIDH, 2021, p. 59)

En el precedente “Manuela”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que

Manuela era una mujer con escasos recursos económicos, analfabeta y que vivía en una zona rural. (...) estos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación habrían confluído en forma interseccional, incrementando las desventajas comparativas de la presunta víctima y causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores. (Caso Manuela y Otros Vs. El Salvador, 2021, pár. 253)

Como se puede apreciar, la vulnerabilidad es un concepto relevante en la narrativa de los derechos humanos de la región interamericana. Ella supone el refuerzo y refiere a los ajustes razonables de las medidas y de los mecanismos que deben adoptar los Estados para garantizar que las personas inmersas en tales situaciones vean garantizados sus

derechos, toda vez que el riesgo de discriminación fundado en las desigualdades provocadas por factores de vulnerabilidades se profundiza, máxime cuando excede el ámbito personal y abarca a grupos o colectivos. Para ello, las instituciones de los Estados deben adoptar un modelo social de derechos humanos, que asegure a los vulnerables la igualdad de trato, sin discriminación y eliminando todas las barreras que limitan o impiden el goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

VI. Reflexiones sobre el rol de la Judicatura

El desarrollo precedente deja expuesta la fragilidad del ser humano, de su vulnerabilidad y la necesidad de protección, sobre la base de los principios de igualdad y de trato no discriminatorio. El reconocimiento de la vulnerabilidad antropológica y social exige ir más allá del reconocimiento de *derechos*. Reclama, también, la promoción de acciones estatales de diversa índole (social, cultural, económica, política, ambientales, jurídicas, etc.) que permitan una tutela en clave de derechos humanos.

Frente a la vulnerabilidad, el Estado tiene la obligación de ser más *receptivo*, generando políticas y acciones orientadas a brindar a todos los ciudadanos y ciudadanas:

(...) un nivel básico de capacidad en ciertas funciones centrales de la vida humana (...) las oportunidades y garantías necesarias para que se desarrollen las capacidades, lo cual, en muchos casos, es sinónimo de compensar las diferencias existentes entre los individuos. (Feito, 2007, p. 12)

En otras palabras, el Estado debe cumplir con el rol de *creador* de una sociedad más igualitaria.

Para el sistema de justicia, esto se traduce en una responsabilidad social: la protección de la persona, mediante “la provisión de garantías legales, sustanciales y procesales, que aseguren un piso mínimo de calidad de vida de individuos y grupos” (Feito, 2007, p. 12) y la defensa de la dignidad humana. Para ello, deben eliminarse barreras estructurales, culturales, físicas y actitudinales de la sociedad, mediante la modificación de prácticas; es decir, realizar ajustes razonables de las medidas legislativas, administrativas y judiciales.

De allí que, ante situaciones de vulnerabilidad y frente a leyes formales rigurosas, los jueces tienen que adoptar y, también, desarrollar herramientas procesales para satisfacer necesidades específicas para los *casos* que se presenten a su conocimiento. Ello ya ha acontecido, por ejemplo, con el desarrollo de las *cargas probatorias dinámicas*, *medidas autosatisfactivas*, *reposición cautelar in extremis*, *cautelares innominadas*, *medidas preventivas*, etc. Todas esas medidas sustantivas y procesales tienen la

virtualidad de minimizar el riesgo de daño o bien de evitar el daño a los derechos de las personas.

Si bien a lo largo del siglo XX y en las décadas transcurridas del siglo XXI se han sucedido cambios sociales que modificaron el rol de la Judicatura, la discriminación, la opresión y la exclusión por diversas causales de vulnerabilidad siguen manifestándose, y el derecho no hace excepción. Por ello, como Goodwin (1997) explica con claridad:

(...) el principio que debe dirigir la política en una sociedad justa es que los derechos humanos básicos (...) han de ser acordados a todos. Los derechos especiales deben asignarse a quienes tienen necesidades especiales y los derechos temporarios, 'suplementarios', deben asignarse de acuerdo con el principio de la discriminación positiva en situaciones excepcionales. (p. 321)

En la actualidad, el protagonismo de las juezas y jueces no se debe, como décadas atrás, a su actuación en circunstancias excepcionales, vinculadas con momentos de crisis y transformación social, política o económica. La notoriedad de sus conductas y de las resoluciones que emiten se asienta en un interés más amplio y profundo de la función que desempeñan, relacionada principalmente con la garantía de los derechos de las ciudadanas y ciudadanos. Ello conlleva que estén sometidos, con mayor frecuencia, al escrutinio de la ciudadanía.

El lugar conservador en que se encontraba la magistratura de antaño, de no intervención en las cuestiones que afectaban a la sociedad, reueltas a seguir las agendas innovadoras de transformación social, política, cultural y económica, se ha reducido. El entendimiento del rol del juez ha sufrido mutaciones trascendentales, ellas están ancladas en la relectura del ejercicio de su profesión judicial. Las funciones que se le atribuyen y circunstancias como la proliferación de conceptos abiertos e indeterminados, la existencia de lagunas, la necesidad de fundar las resoluciones en clave de derechos humanos y el avance del derecho transnacional, confluyen en la necesidad de una redefinición del papel que las juezas y jueces desempeñan. A ello se suman las demandas de justicia, cada vez más complejas, y las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.

La cultura jurídica exige mirar de nuevo la figura de la magistratura, en general, y la de las *juezas y jueces*, en particular. Esto porque en el derecho sustancial y el derecho procesal están fuertemente arraigados principios como el *dispositivo* y de *congruencia*, los que actúan en muchas ocasiones como *limitantes* para la efectividad de los derechos fundamentales cuando la vulnerabilidad y la discriminación están presentes.

A los vulnerables se les suele limitar —y en muchas ocasiones negar— sus capacidades como sujetos que participan en la construcción social. Esto es consecuencia

de las diferencias de poder presentes en todos los espacios sociales, inclusive en el de las normas, lo que se traduce en una jerarquización de las diferencias y la creación de *inferioridades* y de *superioridades* que determinan la discriminación y opresión. Por ello, la igualdad material y estructural de derechos requiere que, efectivamente, el derecho sea más abierto, igualitario, diverso, y promueva modelos positivos e inclusivos: un modelo social.

Las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales estatales, con perspectiva de derechos humanos tiene la potencialidad de transformar los valores de la sociedad y de las instituciones estatales. Resulta necesario enfatizar que la labor judicial no solo es instrumental, sino también política y simbólica, como señala de Souza Santos (2009). Va ligado al carácter performativo del derecho, que lo dota de la capacidad de deconstruir y reconstruir las relaciones de poder dadas por las jerarquías determinadas por factores generadores de vulnerabilidades. Esto resulta importante –como se vio– tanto en el plano regional –internacional–y, también, en el espacio interno del cada Estado.

Por ello, los jueces deben atender a la jurisprudencia uniformante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece estándares de aplicación de los instrumentos de derechos humanos. Recuérdese que estos se consideran, en la actualidad, operativos inmediata y directamente, y los criterios de efectivización permiten identificar prácticas y comportamientos discriminatorios que habilitan los mecanismos procesales y la aplicación de leyes sustantivas con miras a ordenar los procesos y resolver los casos sobre la base de la igualdad sustantiva y los principios *pro homine* y *favor debilis*.

Finalmente, debe recordarse que si las constituciones y los instrumentos de derechos humanos consagran un mandato para las juezas y jueces en el marco de la obligación que asumen los Estados al incorporarlos al derecho interno: deben juzgar con perspectiva de derechos humanos aquellos casos en los que, de manera notoria o presumible haya discriminación y ausencia de trato igualitario. Ni las formalidades rituales ni las limitaciones de la legislación sustantiva son excusas. La magistratura es la primera responsable de asegurar los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, con imparcialidad, objetividad e independencia.

Por ende, es preciso que se asuma el concepto de *vulnerabilidad* con transparencia, con un sentido objetivo y se defina *quiénes son los vulnerables*. Solo de tal modo la tutela podrá ser universal, regional y nacionalmente efectiva. En otras palabras, el sistema jurídico y el poder judicial deben atender a las diversas contingencias, pero sin banalizar las situaciones y teniendo en cuenta el complejo entramado de derechos humanos, en la medida que el concepto y contenido de la vulnerabilidad sea delimitado en su justa medida.

Referencias bibliográficas

- Casazza, M. S. (2021). La consideración de la vulnerabilidad económica en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cadernos de Dereito Actual N° 15*. Núm. Ordinario. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12515>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos y REDESCA (2021). *Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales: estándares interamericanos*. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio%20DESCA_ESP_completo.pdf. Resolución No. 4/2020. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de <https://cdh.defensoria.org.ar/normativa/resolucion-no-4-2020-derechos-humanos-de-las-personas-con-covid-19/>
- Congreso de la Nación Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Ximenes López vs. Brasil*. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf
- Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=336&lang=en
- Caso I.V. vs. Bolivia*. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_329_esp.pdf
- Caso Manuela y Otros vs. El Salvador*. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf
- Opinión Consultiva OC-24/17*. Recuperado el 20 de agosto de 2022 de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
- de Souza Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica Crítica*. Editorial Trotta.
- Feito, L. (2007). Vulnerabilidad. En *An. Sist. Sanit. Navar.*, vol. 30, suplemento 3, p. 9.
- Fernandes, F. (2017). *El negro en el mundo de los Blancos*. Ediciones Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Goodwin, B. (1997). *El uso de las ideas políticas*. Ediciones Península.
- Marion Young, I. (2000). La justicia y la política de la diferencia. *Las cinco caras de la opresión*. Princeton University Press.
- Medina, G. (2017). Acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. *La Ley*, Tomo 2017-F. Año LXXXI N° 217, AR/DOC/2970/2017.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.5 en línea]. Recuperado el 13 de agosto de 2022 de <https://dle.rae.es/vulnerable>.

Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Recuperado el 12 de agosto de 2022 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley*. Siglo XXI editores.

Sosa, G. L. (2022). Vulnerabilidad y discriminación por género. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Ley*

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.7617658>



Atribución – No Comercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales.