

# TEST DE VULNERABILIDAD<sup>1</sup>

## VULNERABILITY TEST

Por Tristán Gómez Zavaglia (\*)

**RESUMEN:** El test de vulnerabilidad es una de las herramientas que poseen los distintos operadores del sistema jurídico para determinar en ciertas situaciones si corresponde o no ejercitar la tutela reforzada de la cual son acreedores estas personas o grupos. Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –compatibilizados con nuestra realidad socio-cultural y jurídica– son una guía indispensable para poder llevar adelante este cometido central.

**PALABRAS CLAVES:** Vulnerabilidad- Corte Interamericana-tutela-edad-discapacidad-género-pobreza-ausencia institucional-minorías-sensibilidad.

**ABSTRACT:** The vulnerability test is one of the tools that the different operators of the legal system have to determine in certain situations whether or not it is appropriate to exercise the reinforced protection of which these persons or groups are creditors. The pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights -made compatible with our socio-cultural and legal reality- are an essential guide to be able to carry out this central task.

**KEY WORDS:** Vulnerability-Inter-American Court-guardianship-age-disability-gender-poverty-institutional absence-minorities-sensitivity.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.

© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2023\(10\)04](http://dx.doi.org/10.22529/cdp.2023(10)04)

---

<sup>1</sup> Artículo recibido el 13 de mayo de 2023 y aprobado para su publicación el 14 de agosto de 2023.

(\*) Doctor en Derecho- Profesor titular de Derecho Procesal Constitucional. Autor y coautor de diversos libros y trabajos en la materia. Funcionario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1992.

## 1.- Introducción

En el presente trabajo concentramos nuestro estudio en la investigación y observación de aspectos de neto corte social poniendo el eje en la tutela efectiva hacia los sectores en condiciones de vulnerabilidad.

Al respecto, no debemos soslayar que se trata de una temática transversal e interdisciplinaria de modo que nuestra labor también se ha visto enriquecida y fortalecida a partir de soportes justificativos de otras ramas del derecho, cuyos pilares estructurales apuntalan sus cimientos.

Por último, y tal vez una de las aristas más importantes que decidimos recorrer, es el denominado test de vulnerabilidad que se desprende del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas directrices han sido observados y estudiados por importantes juristas.

## 2.- Recorrido histórico de una disciplina transversal

Como hemos señalado en varias ocasiones, consideramos que cualquier instituto que se pretenda estudiar con seriedad nos debe conducir necesariamente a la revisión de sus antecedentes históricos, al menos de manera fugaz<sup>2</sup>. En este campo debemos referir al desarrollo y la génesis normativa en materia de vulnerabilidad dentro de nuestro derecho patrio, con alguna referencia al derecho comparado.

A partir de tales cimientos, podemos señalar que -dentro del orden civil- el Código de Napoleón (1804)- enfatizó la igualdad formal que venía prometida desde la Revolución Francesa (1789): “[L]os hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales, sólo pueden fundarse en la utilidad común”. Ese credo fue expandiéndose y difundiéndose rápidamente tanto en Europa como en América, durante la primera década del siglo XIX.

En efecto, como han sostenido acertadamente Carnota y De Venezia, con posterioridad, en nuestro ámbito interno, el artículo 16 CN (1853) replicó este principio al establecer en nuestro Texto Supremo “la igualdad ante la ley”. En efecto, la ley seguía siendo el

---

<sup>2</sup> Gómez Zavaglia, Tristán, “Recurso extraordinario por salto de instancia”, Buenos Aires, 2017, Ed. Hammurabi.

patrón de medida de todas las cosas; y ello se vio reflejado a partir de la codificación que tuvo lugar en las décadas posteriores: en especial en el Código Civil de Vélez Sarsfield (1869).

La acabada comprensión de este instrumento, entre nosotros, ayudará a entender el negacionismo de este período en materia social y, por ende, de la vulnerabilidad como categoría jurídica. No era, por caso, que no existieran vulnerables a lo largo del siglo XIX: el discurso jurídico simplemente los ignoraba en el altar de la igualdad ante la ley.

Luego, este enfoque de corte individualista fue dando paso a una visión más solidaria del derecho; aspecto que podríamos ubicar temporalmente a partir de la reforma de Código Civil (1968).

El fértil campo del derecho del trabajo, el siglo XX trajo aparejadas grandes inquietudes que luego traspasarían los contornos de esta disciplina y conformarían una suerte de “derecho social” con foco en la noción de hiposuficiencia, comprensiva de las normas relativas a las restricciones a la propiedad, sobre educación social, amparo a los necesitados, a los menores y a las mujeres.

A partir de la autonomía de la seguridad social como rama del derecho público, se produce lo que destacados juristas denominaron la “deslaboralización de la contingencia social”. El episodio “contingencia social” ya no solo va a percutir o incidir en el trabajador dependiente, sino en la persona humana en sí, acentuando los caracteres de universalidad y de integralidad de los beneficios de la seguridad social que se desprenden de una interpretación armónica de los arts. 14 y 14 bis de la CN (este último, 1957).

En tiempos más recientes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo hincapié en los jubilados como sujetos pasivos de tutela reforzada (CSJN Fallos, 18/12/2018 341: 1924; 26/3/2019 342: 411; 15/7/2021 344: 1788, entre otros).

Hace bastante tiempo se ha detectado que a los fines de la protección de los derechos fundamentales no basta el resguardo interno o doméstico, sino que resulta necesario recurrir con frecuencia a las herramientas que puede proporcionar el derecho internacional.

Las categorías de “personas vulnerables” han ampliado notablemente la agenda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en la ciudad de San José de Costa Rica,

para incluir a personas indígenas, migrantes, niños y prisioneros, entre otros, dando lugar a multiplicidad de pronunciamientos, incluso casos con múltiples vulnerabilidades: estereotipos de género, pobreza, posición económica, etc.<sup>3</sup>.

### 3.- Precisiones terminológicas

El concepto tradicionalmente utilizado de “vulnerabilidad” se asocia al de “debilidad” e “incapacidad” o “en riesgo”, y constituye una identidad devaluada del grupo al que califica y así refuerza su discriminación. Por ello, resulta más adecuada la expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” que posee carácter dinámico y modificable de una situación para su transformación. La expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos conjuntos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas.

En efecto, el término vulnerabilidad es siempre relativo y específico con respecto a una amenaza particular subyacente. Las ciencias aplicadas han coincidido históricamente en afirmar que solo es posible hablar de un grado de vulnerabilidad desde el punto de vista de la probabilidad de la amenaza y en función de su intensidad particular, de su frecuencia y de su duración<sup>4</sup>.

En la definición de estos grupos es necesario considerar, junto a la dimensión jurídica, la magnitud histórica y social de su constitución como tales, ya que se trata siempre de personas que son, o han sido persistentemente, objeto de alguna forma de discriminación o afectación de sus derechos y que, por lo tanto, requieren de políticas activas para garantizar, mediante el reconocimiento y respeto de su identidad, condición y necesidades particulares, el goce igualitario de derechos<sup>5</sup>.

En efecto, se trata de un concepto objetivo y subjetivo a la vez que está ligado a la

<sup>3</sup> Carnota, Walter F.- De Venezia, Lucas, “Desmitificaciones de la vulnerabilidad”, L.L. 28/4/2022.

<sup>4</sup> BLAIKIE, P; CANNON, T; DAVIS, I; & WISNER, B.; “Vulnerabilidad: El Entorno Social, Político y Económico de los Desastres”; Traducción: Tercer Mundo Editores, 1996; formato digital disponible en: EL DESAFÍO DE LOS DESASTRES Y NUESTRO ENFOQUE (desenredando.org)

<sup>5</sup> Grupos en condición de vulnerabilidad y Derechos Humanos, Informe de la Secretaría de Derechos Humanos- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.

noción de “seguridad”, aspecto que remite a que la amenaza de afectación pueda ser establecida objetivamente. No obstante, es su percepción subjetiva la que también cuenta a la hora de evaluar la vulnerabilidad de una persona.

En rigor de verdad es la mirada con la que se aprecia a una persona que está en una situación particular la que hará que uno considere como vulnerable o que pertenezca a la categoría de vulnerable<sup>6</sup>.

Además, el concepto de vulnerabilidad constituye lo que puede llamarse un concepto “relacional”, es decir que el individuo es susceptible de ser víctima de una afectación porque otro (ese otro puede ser un particular o un agente que interviene en nombre de la sociedad) lo amenaza.

El aludido concepto es a la vez descriptivo de un estado y prescriptivo de un estatuto: la situación calificada de vulnerabilidad llama a una protección que se construirá poco a poco en un estatuto parcial o parcelario (v.gr. como el caso de las personas de edad avanzada o debilitadas por la enfermedad), o un estatuto completo y coherente; por ejemplo, cuando la situación está claramente identificada así como las necesidades que dicho estatuto comporta: como el caso de la mujer embarazada o el niño<sup>7</sup>.

En efecto, a pesar de la ambigüedad o vaguedad conceptual que la rodea, la noción de vulnerabilidad se transforma poco a poco en una noción clave de los sistemas jurídicos contemporáneos. En un sentido, no hay nada de sorprendente en ello: su éxito está ligado en gran parte a esa vaguedad y en lo que algunos autores denominan su efecto “de categorizante”, esto es: que permite salir de las categorías tradicionales y aprehender “de otra manera” la realidad y las realidades de la vida social. El concepto -como lo señalamos anteriormente- forma parte de los conceptos “transversales” que permiten “recomponer” nuestro derecho y recomponerlo (otra razón de su éxito) en torno al individuo y no a partir de categorías preestablecidas. Es entonces, una doble ventaja: aprehender de otra manera la realidad (notablemente las realidades nuevas, ligadas por ejemplo a la mayor duración de la vida, con las nuevas expectativas sociales que se vinculan a ese hecho) y recentrar el derecho sobre el

<sup>6</sup> Besson, Samantha; “La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme: L'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, en «La vulnérabilité saisie par le juge en Europe», ps. 59-85, 2014.

<sup>7</sup> Basset, Úrsula; Fulchiron, Hugues; Bidaud-Garon y Laferrière, Jorge N. (dir) “Tratado de la vulnerabilidad”, cit.

individuo y recomponerlo en torno al individuo y sus derechos y libertades, lo que asegura la buena estrella de la noción.

A partir de estos cimientos, se ha sostenido que se trata de un concepto “marginal” (en el sentido de que es un concepto que habita a la vez en el derecho y más allá del derecho porque tiene muchas otras dimensiones que la puramente jurídica), que es particularmente interesante para los juristas el estudiarlo, en tanto que tal o de estudiar el sistema jurídico a través de su prisma<sup>8</sup>.

En definitiva, se trata de una tarea que conduce hacia el estudio de las diversas categorías de personas: niños, adultos que requieren protección, adultos con discapacidad, etc., bajo la lumbre de la vulnerabilidad y descubrir o redescubrir a través de ella el fundamento y finalidades de la protección que se asegura. Se trata de un abordaje particularmente fructífero, toda vez que se alía a un estudio de derecho comparado que puede servir de instrumento que permita superar la diversidad de categorías y de instituciones, o técnicas en vigor dentro de un determinado sistema jurídico, para ir más allá y alcanzar la esencia de las cosas; a riesgo de poner en cuestión las evidencias.

#### **4- Personas en condiciones de vulnerabilidad**

El listado de personas en condiciones de vulnerabilidad no contiene una nómina cerrada de integrantes, sino que va variando de acuerdo a cada momento histórico a partir de distintas formas de discriminación que surgen en cada etapa temporal.

Además, la literatura científica ha destacado que ciertos estereotipos pueden ser considerados como causas de la vulnerabilidad, ya que aumentan la sensibilidad y la exposición de los grupos minoritarios frente a la amenaza de violación de sus derechos<sup>9</sup>. Por su parte la CIDH estableció que estos estereotipos obstaculizan la integración de los grupos vulnerables en el seno de la sociedad y facilitan la impunidad de las violaciones de los derechos humanos cometidas en su contra (CIDH, OC-18/03, párr.113).

En líneas generales existe consenso en el plano internacional en brindar una mayor

---

<sup>8</sup> Basset, Ursula; cit.

<sup>9</sup> STEELE, C; & ARONSON, J. “Stereotype threat and the intellectual performance of African Americans”, *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 69, 1995, pp. 797-811; BLAIKIE, P; CANNON, T; DAVIS, I; & WISNER.

protección a partir de distintos instrumentos específicos de tutela a sectores tales como las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los migrantes, los refugiados, los pueblos originarios, personas adultas mayores, entre otras.

Asimismo, corresponde hacer hincapié en la situación de pobreza como un factor determinante fundamental de la vulnerabilidad social, aun cuando “los pobres”, como grupo humano, no sean objeto de tratados específicos internacionales. La pobreza, que incluye a la mayoría de la población mundial, es el principal factor de vulnerabilidad social y suma negativamente al resto de los condicionamientos que impiden el goce de derechos.

En este sentido, la vulnerabilidad acarrea situaciones de discriminación estructural, exclusión y marginación, que fraccionan y anulan el conjunto de derechos y garantías fundamentales, en base a características constitutivas de la identidad de una persona que, en su mayoría, representan circunstancias y rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad.

Esta conformación de los grupos vulnerables no sólo se ha dado de manera histórica y social, sino que también se ha convertido en una nueva herramienta en el campo jurídico que ha permitido la promoción y protección de los derechos fundamentales a colectivos enteros, más allá de las individualidades que los componen. La pertenencia a un grupo en situación de vulnerabilidad puede traer aparejada la obstaculización o limitación en el efectivo goce y ejercicio de los derechos fundamentales, así como también la posibilidad efectiva de acceder a la justicia. Esto ha sido receptado por las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que reconocieron que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (...) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Gómez Zavaglia, Tristán “Procesos Constitucionales”, Buenos Aires, 2021, Ed. Hammurabi.

### 5.- Planos constitucional y convencional

A partir de la reforma de nuestro texto constitucional (1994) se equipararon los postulados de la Ley Fundamental a ciertos tratados de derechos humanos que, en lo que aquí interesa, contienen una tutela reforzada hacia los sectores en condiciones de vulnerabilidad (art. 75 inc. 22).

En tales condiciones los siguientes Tratados internacionales poseen jerarquía constitucional: 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2) Declaración Universal de Derechos Humanos; 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica; 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 6) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 7) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 8) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; 9) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 10) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes; 11) Convención sobre los Derechos del Niño; 12) Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; 13) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; 14) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 15) Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>11</sup>.

En efecto, algunos de los Tratados internacionales con jerarquía constitucional contienen normas específicas hacia los sectores en condiciones de vulnerabilidad. A título ejemplificativo, y sin pretender agotar el amplio abanico tuitivo en la materia, podemos citar a la Convención sobre los Derechos de Niño en cuanto establece que “Los Estados partes adoptarán todas las medidas (...) legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la [presente] Convención...” (art.4).

Luego, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece de manera precisa la necesidad de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en

<sup>11</sup> Esta Convención adquirió jerarquía constitucional mediante ley 27.700 (B.O. 30/11/2022).

condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (“propósito” art. 1º; “accesibilidad” art. 4, Conv. cit.).

En materia de género, debemos invocar en primer término la prohibición genérica que se desprende de dos instrumentos internacionales, cuyos postulados se encuentran equiparados a los de la Ley Fundamental por imperio del citado inciso 22 del art. 75: se trata de normas que prohíben la discriminación por motivos de sexo, con el cometido de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de **todos los derechos** (art. 3 PIDCP, énfasis agregado).

De este modo, los Estados Parte se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciado **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (arts. II –derecho de igualdad ante la ley-);

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos**; (arts. 2, 3, 7, 16 y 25 contiene referencias concretas en pos de la igualdad de sexos).

- **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer –CEDAW-**; esta Convención complementa la Declaración anterior sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en materia política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera. Los 30 artículos que integran esta Convención deben necesariamente ser analizados de manera conjunta con las Recomendaciones Generales emitidas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1999, en vigor desde el 22/12/2000) creó dos mecanismos que completan este marco: 1) la posibilidad de la mujer (en forma individual o grupal) de recurrir internacionalmente cuando los recursos nacionales no son efectivos para garantizar su derecho a no sufrir discriminación; 2) también se establece un mecanismo que permite a la CEDAW realizar investigaciones sobre situaciones que revelen violaciones graves y sistemáticas de los derechos de las mujeres.

**-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;** (arts. 2 y 3 los Estados parte se comprometen a asegurar a hombres y mujeres por igual todos los derechos económicos, sociales y culturales; art. 12, inc. 1º y 2º).

**-Convención Americana sobre Derechos Humanos;** (arts. 4º, inc. 1º; 5, inc. 1º; 6, 11; 17, inc. 2º; 24 y 26; sin perjuicio de señalar que en la mayoría del articulado hay normas que tutelan a la mujer en diversas situaciones específicas).

**-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;** (v.gr. arts. 3, 14, 16 y 23).

Asimismo, se incorporaron al Texto Supremo normas específicas que ofrecen una tutela reforzada para ciertos grupos tales como los pueblos indígenas argentinos (art. 75 inc. 17 CN); los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23 CN).

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Casi todos ellos, según destacamos a lo largo de nuestro recorrido posdoctoral, en la mayoría de los casos se encuentran expuestos a circunstancias que los colocan en condiciones de vulnerabilidad.

Fuera de este bloque, pero con una importancia superlativa podemos citar a la Convención sobre la erradicación de toda forma de violencia contra la Mujer (Belém do Pará – CBDP-) y las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (Reglas de Brasilia; arts. 17 a 20, a las que adhirió la CSJN mediante acordada 5/2009), por tratarse de dos herramientas gran importancia en la materia que no podemos soslayar en esta breve enumeración<sup>12</sup>.

### 6.- Plano infraconstitucional

Dentro del plano infraconstitucional podemos encontrar una gran cantidad de tratados internacionales, leyes nacionales, decretos, normas específicas dentro de las constituciones

<sup>12</sup> Gómez Zavaglia y Rivas, Fernando Javier “Poder Judicial en el siglo XXI: Hacia una perspectiva de género real”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2021

provinciales –por citar algunos ejemplos- de significativa importancia a los fines de tutelar a los sectores precedentemente indicados.

Uno de los pilares estructurales indiscutibles a tener en cuenta en materia de género se apoya en una norma infra constitucional –art. 1º, ley 23.592 (B.O. 5/9/1988)- que dispone que entre los actos discriminatorios se consideran particularmente aquellos basados en una serie de motivos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial *sexo*, posición económica, condición social o caracteres físicos (el resaltado pertenece a los autores). De este modo, el alto Tribunal ha precisado que todo tratamiento arbitrario que tenga por objeto o resultado impedir, obstruir, restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio (art. 19, Constitución Nacional; art. 11, CADH; doctr. Fallos: 338:556, "D., M. A.", considerandos 19º y 20º; y 308:2268, "Sejean", voto de Enrique Santiago Petracchi, considerando 14º y sus citas; Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrs. 142-143).

Además, en este plano también han germinado importantes derechos y garantías que no podemos pasar por alto: a) 23.179 (CEDAW); b) 23.674 (salud pública, profilaxis en parto o aborto); c) 24.632 (CBDP); d) 25.273 (inasistencias por embarazo en establecimientos educativos); e) 25.549 (programas alimentarios, mujeres embarazadas), f) 25.543 (test diagnóstico VIH); g) 26.061 (protección integral de niñas, niños y adolescentes); h) 26.150 (educación sexual), i) 26.171 Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer; j) 26.369 (examen de detección de estreptococo Grupo B, embarazadas); k) 26.378 (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad); l) 26.485 (protección para erradicar la violencia contra la mujer; relaciones interpersonales); ll) 26.486 (enmienda CEDAW). Complementan este listado normativo: dec.1011/2010, 415/2006, 514/2003, 1316/1984.

Legislación sanitaria aplicable a la mujer: a) 26.673 (Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable); b) 26.130 (Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica); c) 26.150 (Programa Nacional de Educación Sexual Integral); d) 25.929 (derechos con relación al embarazo, trabajo de parto y postparto).

Luego, en materia laboral el dec. 2385/93 introdujo la figura del “acoso sexual”, la LCT contiene disposiciones generales del trabajo de mujeres (art. 172 y ss., discriminación, estado civil, prohibición de ocupar mujeres en trabajos penosos, peligrosos o insalubres, protección de la maternidad).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, también reflejó la perspectiva género en su articulado: arts. 64, 67, 439, 463, 509, 512, 638, 639, 640, 660, entre otros.

En materia penal cabe citar las leyes: 26.485 –tutela contra la violencia de género- (reglamentada por dec. 1011/2010), 26.791 –reforma el art. 80, inc. 1º del Código Penal: homicidio calificado por el vínculo- 26.813 –ejecución de la pena en caso de abuso sexual contra mujeres- 26.472 –cumplimiento de la pena vgr. mujer embarazada, madre de menor de cinco años o de persona con discapacidad a su cargo, entre las normas más relevantes en la materia<sup>13</sup>.

Las personas mayores como *sujetos protegibles*<sup>14</sup> por el derecho, necesitados especialmente de amparo jurídico en atención a su evidente vulnerabilidad frente a los demás, lo “demás” -y quizá también frente a sí mismo-, incluye a las personas mayores autosuficientes, semi-dependientes y dependientes, en relación a su papel en tanto sujetos de derecho de la sociedad en que viven. Frente a esta situación el derecho, y el derecho de la vejez en particular, está orientado a fortalecer la situación de los de más edad como sujetos de derecho en sentido pleno. Para ello, procura integrar su tutela, en el marco de un régimen humanista<sup>15</sup>, a partir del reconocimiento del anciano como *agente moral autónomo*. En este aspecto, importa entender el envejecimiento como un proceso complejo múltiple, bio-psico-social-biográfico. La especial protección que requiere el grupo de las personas *envejecientes* ha de cumplirse con una premisa que emplace al anciano como el “otro” en tanto persona, y, por tanto, valiosa e investida de una dignidad intrínseca; en la convivencia, sin la aceptación del otro junto a mí, no hay socialización y sin socialización no hay humanidad<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Gómez Zavaglia, “El reconocimiento de los Derechos Humanos de las Mujeres en materia sanitaria”, Diccionario de Legislación Sanitaria, 2019.

<sup>14</sup> Zurita Martín, Isabel; “Protección civil de la ancianidad”, 1ª ed., 2005, Barcelona, Ed. Dykinson; confr: <http://vlex.com/source/proteccion-civil-ancianidad-652>

<sup>15</sup> Dabove Carmuto, María Isolina; “Derechos de los Ancianos”, Buenos Aires, 2002 Ed. Ciudad Argentina.

<sup>16</sup> TAMER, Norma Liliana; “La perspectiva de la longevidad: un tema para re-pensar y actuar”; 2008. Revista Argentina de Sociología –on line–, Año 6, N° 10; <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26961007>

El derecho de la vejez como rama pujante del derecho en pleno desarrollo, es transversal, materialmente autónoma y orientada a la consideración de los ancianos como sujetos de derecho en sentido pleno. Al configurarse transversalmente, se convierte en un observatorio estratégico, que ha conducido a reevaluar las situaciones y relaciones jurídicas desde su particular perspectiva.

Entre las fuentes formales de la Argentina se evidencia una importante dispersión en el reconocimiento de los derechos de las personas mayores. Las normas vigentes sobre la materia se desarrollan en el marco del derecho previsional. Los casos que alcanzan los estrados judiciales son poco frecuentes, y de los que logran esa instancia sólo en contadas sentencias se evidencia una consideración integral de las personas mayores. Por ello, puede decirse también que los derechos de las personas mayores sufren una doble “*capitis diminutio*”. De un lado, al formar parte, en el mejor de los casos, del grupo de derechos humanos económicos, sociales y culturales. Y, de otro, al constituir un grupo de derechos humanos bastante novedoso, de reciente plasmación (será a partir de la década del ‘70 cuando comienzan a ser elaborados de manera expresa), objeto más de políticas sociales coyunturales<sup>17</sup>.

El propio sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales, hoy con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 CN), refiere la clara directriz de que la tutela efectiva es una garantía de prestación del Estado (Art. 2, 25 y CC. CADH). A su vez, la accionante también se encuentra amparada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (Ley 26.378). A ello se suma, el Protocolo de San Salvador (Ley 24.658, arts. 10, 15 y 18) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley 25.280). Asimismo, nuestro país cuenta con numerosas leyes y decretos que regulan la temática, entre los que es oportuno destacar la Ley 22.431 —Sistema de Protección Integral de Discapitados<sup>ll</sup>, su decreto reglamentario 312/2010; la Ley 24.901 —Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las personas con discapacidad<sup>ll</sup>. En tal contexto, bueno es resaltar una vez más que el —derecho a la preservación de la salud<sup>ll</sup>, que da fundamento a la orden de cautela aquí puesta en crisis, si bien no se encuentra

<sup>17</sup> Davobe, María Isolina; “Derecho de la vejez”, año 2017; disponible en: <https://salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-de-la-vejez>

explícitamente consagrado en nuestra Constitución Nacional -con salvedad a lo establecido por el artículo 42 respecto de los consumidores y usuarios-, desde siempre ha sido considerado como uno de aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, es decir, integrante de la categoría de los denominados —derechos implícitos‖ de nuestro ordenamiento jurídico (Art. 33 de la Constitución Nacional). Cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 12 del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (...) Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. Merece ponerse de resalto además aquí, que la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido – en subsidio – asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes, y en este contexto no puede de dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del artículo 75 de la CN., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar – como competencia del Congreso de la Nación – “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 (...) las personas con discapacidad”. Es decir que del plexo normativo descrito surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello – y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud – de tomar acciones positivas en su resguardo.

### **7.- Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia**

En líneas generales debemos resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación especificó que los jueces tienen un deber de tutela reforzado en aquellos supuestos que afectan

los derechos de personas particularmente vulnerables. En efecto, los magistrados no deben ubicarse en el rol de simple espectadores frente a situaciones desesperantes como aquellas en las que podrían encontrarse quienes se encuentran dentro de alguno de los grupos indicados.

Luego, sin pretender agotar todos los supuestos, debemos indicar que en cada uno de los campos que detallamos en el presente trabajo, el máximo cuerpo colegiado de la Nación se expidió en los siguientes casos:

### 7.1.- Vulnerabilidad en razón de la edad:

#### a) Menores:

- CSJN 3/4/2001, Fallos: 324: 975 “S.V. c/ M.D.A. s/ medidas precautorias”;
- CSJN 26/3/2019, Fallos: 342: 459 “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)” (menor discapacitado).
- CSJN 6/9/2022, Fallos: 345: 905 “C. G., A. c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM” (migraciones).
- CSJN 21/12/2022, Fallos: 345: 1481 “Esquivel, Roberto y otro c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social y otros s/ amparo ley 16.986” (derecho a la alimentación).
- CSJN 21/10/2021 Fallos: 344: 2901 “B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación” (adopción, interés superior del niño).
- CSJN 7/10/2021 Fallos: 344: 2647 “L. M. s/ abrigo” (adopción, interés superior del niño).

### 7.2.- Adultos mayores:

- CSJN 10/2/2015, Fallos: 338: 29 “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo”.
- CSJN 26/3/2019, Fallos: 342: 411 “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”;

- CSJN 6/5/2021, Fallos: 344: 983 “García Blanco, Esteban c/ AnSes s/ reajustes varios”;
- CSJN 7/12/2021, Fallos: 344: 3567 “Garay, Corina Elena c/ ANSeS s/ reajustes varios”.

### 7.3.- Vulnerabilidad por razones de discapacidad:

- CSJN 6/11/2018, Fallos: 341: 1511 “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”.
- CSJN 30/4/2020, Fallos: 343: 264 “C., J. C. c/EN - M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios”.

-

### 7.4.- Vulnerabilidad en razón del género:

- CSJN 03/03/2022, Fallos: 345:140 “Rivero, Alberto y otro s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo y violación según párrafo 4to art. 119 inc. e)”.
- CSJN 5/7/2022, Fallos: 345: 578 “Barrera, Maribel Alejandra Soledad y otro s/ homicidio culposo”.
- CSJN 27/02/2020, Fallos: 343:103 “Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos”.

### 7.5.- Vulnerabilidad en razón de pertenecer a minorías:

#### a) Comunidades indígenas:

- CSJN 8/4/2021, Fallos: 344: 441 “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/acción de Inconstitucionalidad”;
- CSJN 10/12/2013, Fallos: 336: 2271 “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad”.

### 7.6.- Migración:

- CSJN 6/9/2022, Fallos: 345: 905 “C. G., A. c/ EN - DNM s/ recurso directo

- DNM” (menores, migración, pobreza y privación de la libertad);
- CSJN 27/9/2022, Fallos: 345: 1079 “Pfannshmidt Morales, Claudio Guillermo c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ contencioso administrativo-varios”.

### 8.- Algunas de las directrices trazadas por la Corte

En este espacio -y de modo absolutamente discrecional- presentamos a título ejemplificativo tres de las reglas básicas trazadas por el alto Tribunal en la materia:

- a) Los jueces tienen un deber de tutela reforzado en aquellos supuestos que afectan los derechos de personas particularmente vulnerables (CSJN 27/12/2005 Fallos, 328: 4832; CSJN 12/8/2008 Fallos, 331: 1859 y CSJN 15/3/2016 Fallos, 339: 276);
- b) El Tribunal ha sostenido que en los procesos referentes a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad (como lo es el de los niños), o bien que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos, la naturaleza de los derechos en juego excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto (Fallos: 332:111 y 338:29);
- c) El envejecimiento y la discapacidad -los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales (Fallos: 342: 411);

### 9.- Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Los Estados parte deben cumplir las decisiones de la CIDH y el Poder Judicial debe tener en cuenta la interpretación que ha hecho la Corte respecto de la Convención Americana (art. 68 CADH y CIDH, 26/11/2006, “Caso Almonacid Arellano”, párr. 124). Asimismo, nuestra CSJN señaló que la jurisprudencia de la CIDH debe servir de guía para la interpretación de la mencionada Convención (Fallos: 318: 514; 321: 3630 y 3555; 324: 3143 y

3952; 325: 292; 327: 327 y 1914; 329: 3235; 330: 1427 y 3640, entre muchos otros).

En los últimos años, lamentablemente, la CIDH tuvo oportunidad de pronunciarse en una gran cantidad de casos, en su mayoría relativos a la violencia de género, abuso sexual y femicidio. En tal sentido podemos mencionar los casos: “*Penal Miguel castro v. Perú*” (prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer); “*Fernández Ortega y otros v. México*” (violación sexual); “*Gelman v. Uruguay*” (desaparición forzada, supresión y sustitución de identidad); “*Kawas Fernández v. Honduras*” (ejecución extrajudicial y posterior falta de diligencia en las investigaciones y actuaciones judiciales); “*Lori Berenson Mejía v. Perú*” (detención arbitraria y condena sin debido proceso); “*Maritza Urrutia v. Guatemala*” (violencia institucional); “*Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*” (asesinato, tortura, violación sexual en perjuicio de numerosas personas); “*María Da Penha Fernandes v. Brasil*” (violencia doméstica, femicidio); “*González y otras v. México*” (“*Campo Algodonero*”, desaparición, agresión sexual y muerte).

Asimismo se han abordado otro tipo de supuestos en materia de género tales como “*Atala Riffo y Niñas de Chile*” (derecho a la igualdad y a la no discriminación; orientación sexual); “*Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*” (fertilización *in vitro*).

Como podemos advertir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha levantado importantes cimientos en torno a esta cuestión tan sensible.

En este sentido no debemos pasar por alto que la jurisprudencia del citado Tribunal internacional importa una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación y para sus jueces de grado como aparato del Estado (confr. doctrina de Fallos: 330: 3248 y más recientemente: “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*”, sentencia del 27 de noviembre de 2012, especialmente, consid. 11).

### 10.- Test de vulnerabilidad

De acuerdo a los lineamientos trazados en el brillante trabajo de Rosmerlin Estupiñan-

Silva<sup>18</sup> debemos presentar los siguientes elementos a tener en cuenta por los distintos operadores del sistema judicial a fin de realizar el correspondiente test de vulnerabilidad:

### **10.1.- Primer elemento del test de vulnerabilidad: exclusión en el acceso a los derechos convencionales (arts. 1.1. y 24 de la Convención Americana)**

- a) La vulnerabilidad está alimentada por ciertas situaciones de jure (ej. las desigualdades ante la ley entre nacionales y extranjeros) y de facto (ej. desigualdades estructurales) que tendrán consecuencias decisivas en acceso a los recursos públicos (CIDH OC- 18/03, párr. 112);
- b) La vulnerabilidad se ha visto configurada en "...la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás..." (CIDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29 julio 1988, párr.68);
- c) También en la denegación del acceso a los servicios de urgencia en salud cuando el solicitante se encuentra bajo la custodia del Estado (CIDH, Vera Vera vs. Ecuador, 19 mayo 2011, párr.42; CIDH, "Instituto de Reeducción del menor" vs. Paraguay, 2 septiembre 2004, párr.159);
- d) O en la imposición de límites desproporcionados en el acceso a la justicia (CIDH, Mohamed vs. Argentina, 23 noviembre 2012, párr.92);
- e) Incluso cuando dicha limitación deriva de un estatuto de capacidad relativa en el goce de los derechos ligada a la edad (OC-17/02, 28 agosto 2002, párr. 10);
- f) En el marco del análisis relativo a los pueblos indígenas, por ejemplo, el juez interamericano destacó escenarios multiplicadores de la vulnerabilidad como "la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso" (CIDH, Rosendo

<sup>18</sup> Estupiñan-Silva, Rosmerlín; "La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Corte"; disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39780.pdf>

Cantu et al. vs. México, 31 agosto 2010, párr.70).

### 10.2.- Elementos estructurales del sistema estatal.

La CIDH señaló en varias ocasiones el deber de adaptación del derecho interno de los Estados conforme a las necesidades específicas de las personas o los grupos de personas de este modo se pronunció en los siguientes supuestos:

- a) Frente a la discriminación estructural o histórica contra la mujer (CIDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México, 16 noviembre 2009, párr.171-172);
- b) Ante el trato desfavorable hacia las minorías sexuales (CIDH, Atala Riffo e hijas vs. Chile, pre-citado, párr. 408);
- c) A raíz del desprecio de la identidad cultural múltiple de los habitantes (CIDH, Comunidad de Moiwana vs. Suriname, 15 junio 2005, párr.99-100; Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay, 17 junio 2005, párr.51; Comunidad Indígena de Sawhoyamaya vs. Paraguay, 29 marzo 2006, párr.59-60, 89, 95).
- d) Con motivo del riesgo estructural de algunos miembros de la población civil, v.gr. los defensores de derechos humanos (CIDH, Valle Jaramillo vs. Colombia, 27 noviembre 2008, párr.87; Corte IDH, Cepeda Vargas vs. Colombia, 21 mayo 2010, párr.172);
- e) A partir de causas que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, entre ellos “los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo” en el caso de los migrantes (confr. Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban, 2001); los fuertes estereotipos persistentes contra las mujeres (CIDH, González et al. (Campo Algodonero) vs. México, cit., párr.151, 164, 401); y las identidades sexuales minoritarias (CIDH Atala Riffo e hijas vs. Chile, cit., párr.109, 111).

### 10.3.- Supuestos de ausencia institucional

Frente a este supuesto la CIDH dejó asentados los siguientes criterios estructurales:

- a) La ausencia de medidas de protección, que constituye la base para el disfrute de una vida digna, es uno de los factores que aumentan la vulnerabilidad de los niños (CIDH OC-17/02, párr.42);
- b) Esta falta también se verifica frente a la insuficiencia en las políticas adecuadas dentro de las instituciones educativas y salud (CIDH OC-17/02, párr. 86-87);
- c) Esas lagunas ejercen presiones variables sobre la vida de los niños en materia de derechos a la personalidad jurídica, a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva, haciendo de estos individuos, según el juez interamericano, sujetos vulnerables (CIDH, OC-17/02, cit., párr.92; Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., párr.261-263; Masacres de Río Negro vs. Guatemala, 4 septiembre 2012, párr.143; Chitay Nech et al. vs. Guatemala, 25 mayo 2010, párr.169);
- d) La falta de políticas públicas adecuadas es un elemento central que aumenta la exposición de las personas y los grupos vulnerables (CIDH, Vera Vera vs. Ecuador, párr.42-44; Atala Riffo e hijas vs. Chile, párr.95; Tiu Tojín vs. Guatemala, 26 noviembre 2008, párr.100; Yatama vs. Nicaragua, 23 junio 2005, párr.194-195, 201-202, 218-219, 220, 223- 226);
- e) En ciertos casos relativos a los pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, la CIDH ha establecido que la ausencia institucional puede ser verificada por una acción defectuosa de los poderes públicos (CIDH, Pueblo Saramaka vs. Suriname, 28 noviembre 2007, párr.115-116, 148; CIDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 27 junio 2012, párr.167);
- f) Lo mismo sucede frente a una intervención institucional negligente (CIDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párr.145, 167);
- g) O por una acción inexistente en presencia del deber de protección de los artículos 1.1 y 2 del Convención (CIDH, Pueblo Saramaka vs. Suriname, párr.153, 156; Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 31 agosto 2001, §164);
- h) Otros elementos de omisión que agravan la situación de vulnerabilidad son la ausencia de recursos económicos individuales y familiares que conducen a la pobreza y que serán decisivos para que ciertos individuos sean más vulnerables

a la amenaza de violaciones de sus derechos; v.gr. las personas con discapacidad, los niños (CIDH, Furlán y familia vs. Argentina,, párr.201-202; Fornerón e hija vs. Argentina, 27 abril 2012, párr.137; “Niños de la calle” (Villagrán Morales et al.) vs. Guatemala, 19 noviembre 1999, párr.194).

### 10.4.- Sensibilidad a la amenaza

Tal como señala la autora colombiana<sup>19</sup>, la sensibilidad a la amenaza de violación de los derechos humanos depende en gran medida de la posición del individuo dentro del Estado. En ese sentido, el juez interamericano está interesado en las personas cuya situación de desventaja o el grado de debilidad son evidentes, ya sea como producto de sus condiciones físicas (4.1.1) o de situaciones sociales de diferente naturaleza (4.1.2).

En efecto, la fragilidad física -physical frailty- es uno de los elementos que deben meritarse con respecto a los niños ya sea por su fragilidad física, por falta de madurez o su sensibilidad, pueden resultar permeables frente a las amenazas de violación de sus derechos (OC-17/02, párr.60, 86-87, 93; CIDH, Servellón García et al. vs. Honduras, 21 de septiembre de 2006, párr.116; CIDH, Familia Barrios vs. Venezuela, 24 noviembre 2011, párr.55.).

Las mujeres también pueden incluirse dentro de la clasificación de fragilidad física cuando se encuentran al mismo tiempo sometidas a una situación de fragilidad social o cuando viven en un contexto particular (v.gr. conflictos armados), que las expone a causa de su género, a amenazas o ataques de carácter específicamente sexual (CIDH, doc. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev. 1, 7 marzo 2006, Informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos en las Américas, párr. 226-232; CIDH, Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, párr.139-141; CIDH, Masacre de Río Negro vs. Guatemala, párr.59).

Los discapacitados como portadores de un mayor nivel de riesgo de exposición a las violaciones de sus derechos, especialmente en términos de trato justo, acceso a la justicia, derecho a la rehabilitación y acceso al cuidado médico; también deben ser incluidos en este espacio (CIDH, Ximenes Lopes vs. Brasil, 4 julio 2006, párr.103-106; Corte IDH, Furlán y familia vs. Argentina, pre-citado, párr.136, 201, 202).

<sup>19</sup> Estupiñan-Silva, Rosmerlin; “La vulnerabilidad...”, ob.cit.

Dentro de esta categoría también han sido incluidos los pueblos indígenas y los pueblos tribales debido a su identidad étnica y cultural minoritaria (CIDH, Chitay Nech et al. vs. Guatemala, pre-citado, párr.167, 169; CIDH, Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, pre-citado, párr.261; CIDH, Yatama vs. Nicaragua, pre-citado, párr.201, 202; CIDH, Comunidad Moiwana vs Suriname, pre-citado, voto del juez Cañado Trindade, párr.79; CIDH, Comunidad Indígena de Yakye Axa vs. Paraguay, párr.63).

La detención y el encierro también son fuente de fragilidad social (CIDH, Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, párr.159; CIDH, Yvon Neptune vs. Haití, 6 mayo 2008, párr.130; CIDH, Vélez Loor vs. Panamá, 23 noviembre 2010, párr.198; CIDH, Montero Aranguren et al. (Retén de Catia) vs. Venezuela, 5 julio 2006, párr.85, 87; CIDH, Boyce et al. vs. Barbados, 20 noviembre 2007, párr.88; CIDH, Vélez Loor vs Panamá, párr.198).

En ciertas circunstancias, los dirigentes políticos de oposición son considerados dentro de esta sub categoría de fragilidad social, cuya situación también resulta susceptible de verificarse a partir del tamiz del test de vulnerabilidad social (CIDH, Cepeda Vargas vs. Colombia, párr.85, 173; CIDH, Yatama vs. Nicaragua, pre-citado, párr.201). Además debemos incluir a los periodistas (CIDH, Vélez Restrepo vs. Colombia, pre-citado, párr.148; CIDH, Palamara Iribarne vs. Chile, 22 noviembre 2005, párr.84-85); a las personas públicas (CIDH, Palamara Iribarne vs. Chile, párr.84-85) y a los defensores de los derechos humanos (CIDH, Valle Jaramillo vs. Colombia, párr.78, 90; CIDH, García y familia vs. Guatemala, párr.120-122).

### **11.- Síntesis conclusiva**

Hemos estudiado, sintetizado y analizado muy enjundiosos trabajos de autores de enorme relevancia que nos han guiado por el camino correcto desde los distintos planos que abarca la vulnerabilidad como disciplina transversal.

También pudimos sistematizar los distintos pronunciamientos de la CIDH (o aquellos que entendemos más relevantes a los fines del presente trabajo) como guía o disparadores reflexivos a tener en cuenta por los distintos operadores del sistema judicial.

Pudimos, además, reflejar la hiperinflación normativa que hay tanto a nivel nacional como internacional en materia de vulnerabilidad.

Sin embargo, nos preguntamos si todo ello resulta suficiente o no. Al finalizar nos quedamos pensando en una cuestión central: las dificultades de los sectores vulnerables en el acceso a la justicia.

En definitiva, las garantías procesales se inician a partir del acceso a la justicia y el consiguiente derecho a la jurisdicción, sin embargo, el acceso a la justicia en varias ocasiones se ve limitado, impedido, restringido y hasta obturado para aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad; aspecto que nos conduce a preguntarnos si en la actualidad el derecho debe proteger al vulnerable o tal vez deba fortalecerlo<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Sacristán de Bianchi, Estela B. “Personas vulnerables y tutela judicial efectiva (a propósito del por nacer en la ley 26.061)” p. 69 y ss.; J.A. 6/10/2021-IV-fasc. 2 (dir. Ramiro Rosales Cuello).