

Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹

Mary Beloff y Laura Clérico

*para Robert Burt en reconocimiento a la rigurosidad y
compromiso con que ha desarrollado su extensa obra académica y, a su vez, en
reconocimiento a la generosidad con que alienta el trabajo de las jóvenes generaciones.*

I. Introducción y planteo del problema

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) han ensayado, a lo largo de los años pero, en particular, en la última década, diversas estrategias argumentativas para fundamentar el carácter exigible de los derechos sociales. Estas estrategias se extienden desde: a) ganar contenidos de derecho de prestación al derecho a la vida para justificar obligaciones estatales de hacer referidas a generar condiciones de existencia digna aplicando en forma directa el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Humanos (1948) o el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o ambos; b) aplicar *indirectamente* el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) relacionado con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales² (en adelante, DESC); c) aplicar *directamente* el artículo 26 de la CADH, aunque en muy pocos casos; y, d) hasta, más recientemente –aunque aún no como decisión de la mayoría–, aplicar directamente el derecho a la salud contenido en el

¹ Agradecemos a Nancy Cardinaux, Federico De Fazio, Martín Aldao, Celeste Novelli, Mariano Kierszenbaum, Virginia Deymonnaz, Silvina Pezzetta y Diego Freedman por los comentarios, las sugerencias y las críticas. Esta es una versión levemente modificada del trabajo escrito en el último trimestre del 2013 y que fue discutido en Lima el 21 de junio de 2014 en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Democracia (SELA) a cuyos participantes agradecemos sus comentarios, preguntas y sugerencias, en especial a: Robert Burt, Isabel Cristina Jaramillo, Jaime Couso, Renata Bregaglio Lazarte, Aida Torres, Mónica Pinto, Roberto Saba, Paula Ahumada, Karina Ansolabehere, Ana Paula de Barcelloss, Paola Bergallo, Laura Saldívia, Myrta Morales Cruz, Martín Böhmer, Owen Fiss.

² CADH: Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo. “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

artículo 10 del Protocolo de San Salvador³. Estas estrategias argumentativas han generado considerables disputas en la academia sobre la pertinencia de cada una de ellas.

En este trabajo nos interesa detenernos en los debates que se generaron alrededor de la construcción del derecho a condiciones de existencia digna (al que llamaremos en adelante, eventualmente, también “derecho a una vida digna”), para reflotar aquello que en la discusión quedó opacado: *el argumento de vulnerabilidad*. Con esa extensión, por razones metodológicas, no abordaremos en esta ocasión las discusiones relacionadas con los derechos previsionales, con el derecho a la salud en general⁴ y a la salud sexual y reproductiva en particular, ni con el derecho a la educación. Asimismo, tampoco abordaremos el uso en general del argumento de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte IDH.

La estrategia argumentativa del desarrollo jurisprudencial vinculado con el derecho a condiciones de existencia digna suele ser analizada desde dos perspectivas. Por un lado, se sostiene que el derecho a condiciones de existencia digna surge como contenido del derecho a la vida y a la integridad física,⁵ incluso desde perspectivas emancipatorias que recuperan las formas en que los movimientos de base construyen sus propias consignas de lucha.⁶ Se considera que este derecho se viola también por omisión estatal, más precisamente, por incumplimiento de obligaciones positivas del Estado para generar

³ V. el voto de Eduardo Ferrer Mac Gregor en: Corte IDH, Caso Suarez Peralta vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C n° 261.

⁴ V. un estudio pormenorizado del derecho a la salud en las producciones de la CIDH y Corte IDH, en: Parra Vera, Oscar, *La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en: Clérico/Ronconi/Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

⁵ V. Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily J., *Rejoinder: Justice Before Justiciability: Inter-American Litigation and Social Change* [Réplica: Justicia antes que Justiciabilidad: Litigio interamericano y cambio social], New York University, “Journal of International Law and Politics”, New York, v. 39, 2006, p. 345; Cavallaro, James L. y Schaffer, Emily J., *Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas* [*Menos es más: Repensando el litigio internacional de los derechos económicos y sociales en las Américas*], “Hastings Law Journal”, v. 56, 2004, p. 217.

⁶ Cavallaro, James L. y Brewer, Stephanie Erin, *La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social*, en “Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos”, No. 8, 2008, pp. 85-99. Los autores sostienen que cuando los peticionarios son guiados por los movimientos sociales, con frecuencia habrán de priorizar las violaciones al derecho a la vida debido al valor estratégico de las peticiones que implican este derecho: “si uno está escuchando a estos grupos, a menudo oírás una preferencia por centrar la atención en aquellos que han muerto en sus luchas, más que en aquellos que diariamente sufren otro tipo de abuso en sus derechos.” Esto no implicó, en los casos que ellos analizaron (los casos de Corumbiara y Eldorado sobre tierras en Brasil), que los movimientos, en la campaña más amplia de incidencia, no siguieran levantando las banderas de los derechos sociales en múltiples foros locales, internacionales y en los medios de comunicación.

condiciones que garanticen una vida digna, ya sea de niños, de personas detenidas, de personas internadas, de comunidades indígenas o de otros grupos o personas en situación de vulnerabilidad⁷. Por el otro lado, se sostiene que el derecho a las condiciones de existencia digna debe justificarse, en forma directa, en el artículo 26 de la CADH sobre DESC.⁸

Argumentaremos en este trabajo que esta disputa pierde de vista algo basal. El derecho a la vida digna y las consecuentes obligaciones positivas del Estado de generar condiciones de existencia digna reconoce una constante que la referida disputa opaca⁹: la

⁷ En general, v. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C n° 63, párrs. 144 a 146; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C n° 101; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C n° 112; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C n° 110, párr. 124; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C n° 99, párr. 110; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C n° 109, párr. 153. Específicamente, en relación con las condiciones de detención, v., Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, Serie C n° 63, cit., párrs. 144 a 146; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C n° 160, párrs. 285, 293 a 295, 300 y 301; Caso Bulacio vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C n° 100, párrs. 126 y 127; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Serie C n° 101, párr. 153; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Serie C n° 110, párr. 129; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C n° 150, párrs. 102 y 103; Caso De la Cruz Flores vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C n° 115, párr. 132; Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C n° 114, párr. 157; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, cit., párr. 158; Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Fondo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C n° 33; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C n° 140, párrs. 120, 111-112; Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C n° 134, párrs. 232, 108, 110; Caso Huilca Tecse vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C n° 121, párr. 66; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, cit., párr. 153; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, cit., párr. 110; Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Fondo, Serie C No. 70, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 172.

⁸ Melish, Tara J., *Rethinking the “Less as More”*. Thesis: *Supranational Litigation of Economic, Social and Cultural Rights in the Americas [Repensando la tesis de “Menos es Más”: el litigio internacional de los DESC en las Américas]*, New York University Journal of International Law and Politics, v. 39, 2006, p. 171; Melish, Tara J., *El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano*, en AA.VV., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 215-217; Melish, Tara, *The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity*, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in Comparative and International Law*, Cambridge University Press, 2008.

⁹ Aunque no se lo desconoce, v. Melish, Tara J., *El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano*, ob. cit., pp. 215-217. Por ejemplo, Melish sostiene que la Corte IDH: “(...) ha preferido encontrar que los derechos deben ser protegidos en virtud de la vulnerabilidad especial de grupos particulares, en vez de reconocer directamente la aplicación universal de los derechos socioeconómicos. Específicamente, ha tendido a hallar ciertos derechos socioeconómicos requeridos por las “elevadas” o “especiales obligaciones” del Estado para con ciertas poblaciones, a la luz de su derecho a la vida y a la integridad personal (...)”. La utilización del argumento de vulnerabilidad no implica necesariamente desconocer el carácter universal de los DESC, incluso es de uso

Corte IDH siempre sostuvo este desarrollo en estrecha relación—en forma expresa o implícita— con el *concepto de grupos vulnerables o con el concepto de situación de vulnerabilidad*. Este argumento nos permite sostener que la base del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH sobre el derecho a condiciones de existencia digna (o en otros lugares "mínimo vital"¹⁰ o "*Existenzminimum*"¹¹) es el de la igualdad material.

Para sostener nuestra tesis primero reconstruiremos la estrategia argumentativa que parte de la faz de derecho de prestación del derecho a la vida; luego reconstruiremos la estrategia de la justificación a través de los DESC. Las insuficiencias de cada una de estas estrategias hablan de las bondades del *enfoque igualitario material*. A su vez, nos permiten discutir las ventajas y desventajas del uso del argumento de grupos vulnerables o el de situación de vulnerabilidad en relación con la obligación de generar condiciones de existencia digna.

II. El derecho a condiciones de existencia digna

Desde la primera decisión en la que interpretó el artículo 19 de la CADH (derechos del niño a medidas especiales de protección) en el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala¹², la Corte IDH comenzó a desarrollar el

frecuente desde posturas que conciben a los derechos sociales como plenamente exigibles (v., en otros, Parra Vera, Oscar, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, San José de Costa Rica, IIDH, 2008). La situación de vulnerabilidad, entre otros, es un argumento a favor del carácter definitivo de una obligación estatal que surge de un derecho. En todo caso, el problema en esta disputa es que no se haya prestado la suficiente atención al argumento de la vulnerabilidad dado que hacerlo permitiría discutir las ventajas y desventajas del uso de esta estrategia argumentativa.

¹⁰ V. Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005, p. 173 (R. Arango, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001); Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre “Jurisprudencia Constitucional sobre el derecho al mínimo vital”, en: *Estudios Ocasionales* CIJUS Universidad de los Andes, Bogotá 2002; García Jaramillo, Leonardo; “La paz como proyecto constitucional”, en: *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2013, p. 151.

¹¹ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. Main, pp. 465 y ss.; R. Arango, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2001; y sobre las sentencias recientes del Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE, 125, 175 (222) del 9 de febrero del 2010, Inga T. Winkler; Claudia Mahler, “Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic Rights Jurisprudence?”, en: *Human Rights Law Review*, 13:2 (2013), 388-401, entre otros.

¹² En esta decisión la Corte IDH sostuvo que el artículo 19 de la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño integran un “muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños” que ella debe tomar como pauta para “fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.”, v. Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, cit., párr. 194.

contenido del derecho a una "vida digna" como el *derecho a que se generen las condiciones materiales necesarias que permitan desarrollar una existencia digna*¹³.

Entendemos esas condiciones como aquellas que permiten llevar adelante *cada plan de vida singular* entendido como el aseguramiento del “núcleo duro”¹⁴ de derechos de prestación¹⁵, aquellos que le permiten a cada persona llevar adelante la vida que elija vivir. En el caso de los niños, en diversas decisiones contenciosas y consultivas lo relacionó con la cláusula de “mejor interés del niño”.¹⁶ Amplió más tarde esa regla al tratar los derechos de las personas detenidas, los de las personas internadas en establecimientos sanitarios y, recientemente, al interpretar el derecho a la recuperación de las tierras por parte de los pueblos originarios o comunidades indígenas.

El argumento empleado es sencillo. Si el derecho a la vida implica la existencia, entonces ésta se viola no sólo por acciones que impliquen quitar la vida a otra persona; el contenido de este derecho se viola también cuando se omite generar condiciones que posibiliten la existencia digna, por ejemplo, cuando las personas viven en un contexto social y familiar en el que esas condiciones no estén dadas. Así, el Estado no sólo viola el derecho a la vida cuando sus agentes salen a matar niños que viven en las calles, sino también cuando nada ha realizado (o lo ha hecho en forma insuficiente o inadecuada) para generar las condiciones para que esos niños puedan vivir y desarrollarse, en su contexto familiar o comunitario, con todos los recursos materiales y simbólicos necesarios. Este

¹³ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit., párr. 144.

¹⁴ No se nos escapa que el uso metafórico de “núcleo duro” presenta problemas en cuanto a su determinación. En este artículo analizamos una estrategia argumentativa que intenta darle contenido. Además, exploramos esa estrategia desde la perspectiva de la igualdad material que entendemos está incluida en las normas relacionadas del derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo, en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo demás, hablar en forma metafórica de “núcleo duro” de los derechos de prestaciones no es incompatible con sostener que los derechos sociales reconocen otros contenidos exigibles. Una forma de determinar esos contenidos - insistimos más allá del piso del derecho - es a través del examen de razonabilidad o proporcionalidad, v., entre otros, Arango, R., “La prohibición de retroceso en Colombia”, en: C. Curtis (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto/CEDAL/CELS, 2006, pp. 153-172; Arango, R., El concepto de goce efectivo de los derechos de la población en situación de desplazamiento forzado (manuscrito, 2011); Clérico, L., “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en: Beade/Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. del Externado, 2011, 385-428; Ronconi, L., “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en: *Salud Colectiva*, mayo-ago. 2012, pp.131-149.

¹⁵ Se asimila a la idea desarrollada por Garzón Valdés, Ernesto, “Desde la modesta propuesta de “Swift” hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño”, en: *Revista Doxa*, Alicante, nro.15-16, 1994, págs. 731/743.

¹⁶ V. Beloff, Mary, *La protección especial a la infancia en el sistema interamericano*, Buenos Aires, en prensa.

desarrollo argumentativo impactó en clave de derechos dado que estos generan no sólo obligaciones de no-intervención sino también obligaciones de hacer. Veamos este desarrollo en la jurisprudencia de la Corte IDH en cuatro momentos:

a) Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala: *el derecho a la vida de los niños no sólo se viola por acción sino también por omisión estatal*

El caso trata sobre la tortura y ejecución extrajudicial, por parte de agentes estatales, de personas mayores y menores de dieciocho años (estos últimos, niños, de acuerdo con el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño) que vivían o permanecían gran parte de su día en las calles de la capital de Guatemala. Se condenó a Guatemala como responsable por la violación, entre otros derechos, del derecho a la vida (artículo 4° de la CADH), del derecho a la integridad personal (artículo 5.1 y 5.2 de la CADH) y del derecho de los niños a las medidas especiales de protección (artículo 19 de la CADH).

Los niños se encontraban en situación de extrema pobreza y su hábitat era la calle. No tenían el mínimo acceso a condiciones de existencia *digna* (entendidas como condiciones que les permitan vivir, crecer y desarrollarse conforme se señaló más arriba). La Corte IDH desarrolló en el caso un contenido del derecho a la vida como derecho de prestación,¹⁷ que genera a los Estados obligaciones. Así sostuvo en el famoso párrafo 144 de la sentencia de fondo:

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, *sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna*. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”¹⁸

¹⁷ Pascualucci, Jo, “The Right to a Dignified Life (Vida Digna)”, 31 *Hastings International and Comparative Law Review*, 2008, 1-32, sostiene que, “the Court’s jurisprudence on the right to life thereby integrates the concepts of economic and social rights with civil and political rights within the context of the right to dignified life”.

¹⁸ Destacados agregados. V. en este sentido, la sentencia de la Corte IDH en el Caso Servellón García y otros vs. Honduras (Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152) sobre ejecución de “niños y jóvenes afectados por la pobreza que estén socialmente marginados” (párr. 116); enfatiza que el Estado no permitió el

Luego del mencionado párrafo 144, a renglón seguido aparece, a nuestro entender, un argumento que tiene en cuenta la especial vulnerabilidad de los niños en el caso:

“La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.”¹⁹

La vulnerabilidad de los niños se produce en el caso por una *conjunción de situaciones*. Una abstracta que surge de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (en adelante, IIDH) sobre derechos de los niños y del artículo 19 de la CADH sobre el derecho a medidas de especial protección²⁰ del que son titulares los niños: la condición de niño implica esencialmente vulnerabilidad, más allá de cualquier otra consideración adicional.²¹

La otra está relacionada con el *contexto* del caso en concreto: se trata de la situación de riesgo en la que viven los niños que habitan en las calles. Se encuentran en una situación socio-económica de total privación y, además, en una situación de amenaza permanente a causa de la práctica sistemática de agresiones en su contra perpetradas por las fuerzas de seguridad.²²

Este múltiple juego de vulnerabilidades habla, por un lado, de la gravedad de la restricción del derecho a la vida de los niños. Por el otro lado, engarza con un *argumento de trasfondo de igualdad material*. Estos niños no se encuentran en igualdad de acceso real a

“acceso a servicios y bienes esenciales, de una forma tal que esa falta *privó definitivamente a los menores su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse adultos que pudieran determinar su propio futuro*.”(párr. 117), cursiva agregada.

¹⁹ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit., párr. 146.

²⁰ Para interpretar el contenido de esta disposición es importante rescatar la perspectiva desde la que Burt, entre otros, plantea su trabajo sobre los derechos de los niños: “nos concentramos en los esfuerzos estatales dirigidos exclusivamente (para decirlo de modo sintético) a ayudar más que a castigar a los niños con problemas”, Burt, Robert, “Developing Constitutional Rights of, in, and for Children”, 39 *Law & Contemporary Problems*, 1975, pp. 118-143. Curiosamente, en las sentencias de los primeros quince años desde que se incorporó la Convención sobre Derechos del Niño al derecho latinoamericano (1990/2005), la Corte IDH pareció más interesada por los problemas relacionados con el castigo a los niños (justicia juvenil) que con su protección. Ver Beloff, Mary, *La protección especial a la niñez en el sistema interamericano*, cit.

²¹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., párr. 257.

²² Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 189.

condiciones que le permitan el ejercicio de los derechos, en lenguaje de la Corte IDH, para el acceso a las condiciones de existencia digna. Así, la Corte IDH puede justificar la obligación doble (y con ello la doble transgresión estatal) de garantizar el derecho a condiciones de vida digna, al desarrollo de la personalidad y a la integridad de los niños.²³

¿En qué consistirían esas medidas de protección (artículo 19 de la CADH) o, en palabras de la Corte IDH, “el derecho a un nivel de vida adecuado”?²⁴ ¿Cómo se evalúa si el Estado violó o no (por omisión o acción insuficiente) la obligación positiva de generar condiciones de existencia digna? La respuesta comienza a delinearse, en su estructura (no así en el contenido concreto y alcances del deber de prestación para asegurar esas condiciones), a partir de la reconstrucción de la línea jurisprudencial que se inaugura con el caso Villagrán Morales vs. Guatemala.

b) Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay: condiciones de existencia digna de los detenidos y de protección especial de los niños bajo la custodia del Estado²⁵

En el caso se trataba de la situación de privación de la libertad en que se encontraban niños, algunos de los cuales habían fallecido en el centro de reclusión de menores conocido como “Panchito López”. De acuerdo con la sentencia, la obligación estatal de procurar a las personas detenidas “las condiciones mínimas compatibles con su

²³ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit., párr. 191.

²⁴ En este sentido, se afirma que “Las necesidades de protección de los más débiles, -como los niños en la calle, - requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna. De ahí la vinculación inexorable que constatamos, en las circunstancias del presente caso, entre los artículos 4 (derecho a la vida) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana, (...)” De esta forma, “Creemos que *el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana (...)*” Así, “Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono. Al sufrimiento de la pérdida violenta de sus hijos se añade la indiferencia con que son tratados los restos mortales de éstos.”, *Ibidem*, del voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párrs. 7, 8 y 9 respectivamente.

²⁵ “Merece advertirse asimismo que, como ya lo ha dicho este Tribunal, una persona ilegalmente detenida [con referencia explícita al] (...), párr. 134) se encuentra en una *situación agravada de vulnerabilidad*, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”, Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit., párr. 166, destacado agregado.

dignidad mientras permanecen en los centros de detención”²⁶ se justifica *in crescendo* nuevamente sobre una doble *situación de vulnerabilidad*.

Por un lado, surge en el caso de los detenidos por su situación de “sujeción” a la autoridad estatal²⁷. Esta situación “le[s] impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”²⁸.

Por el otro lado, en el caso de los niños detenidos, además, existe una obligación de especial protección (artículo 19 de la CADH), que exige al Estado que “debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”²⁹. Esto requiere, entre otras cosas, que “el Estado *se preocupe particularmente* de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad”³⁰. En ambos casos, esa situación de vulnerabilidad se agrava con una que se acredita en concreto: las condiciones específicas en las que estos niños se encontraban detenidos.

Para evaluar si el Estado, en el caso concreto, cumplió sus obligaciones adoptando “las iniciativas para garantizar a todos los internos del Instituto, adultos y niños, una vida digna con el objeto de fortalecer su proyecto de vida, a pesar de su encierro”³¹, la Corte IDH tiene en cuenta la situación de habitación y el acceso a la alimentación, educación y

²⁶ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, cit., párrs. 151, 152 y 153; 159.

²⁷ Un razonamiento similar aplicaría a la situación de cualquier persona bajo la custodia del Estado, aunque no sea „reclusa“ o esté detenida como consecuencia de la comisión de una infracción (por ejemplo, ancianos en geriátricos, niños en instituciones de protección, o personas con enfermedades mentales alojadas en instituciones); v., el caso *Ximenes López sobre muerte de una persona con discapacidad mental en una institución psiquiátrica (privada)*. En la sentencia se sostuvo que “con la finalidad de determinar las obligaciones del Estado en relación con las personas que padecen de una discapacidad mental, la Corte estima necesario tomar en cuenta, en primer lugar, la posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, a quienes el Estado tiene la obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna.” Corte IDH, Caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, 4/7/2006, párrs. 138; 86, 99, 119, 133 y 141; y en forma reciente sobre “espacios de alojamiento” de niñas y niños migrantes, más allá de si se encuentran junto a su familia o no acompañados o separados, en: Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, 19/8/ 2014, párrs. 181-184.

²⁸ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, cit., párr. 152.

²⁹ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, cit., párrs. 160, con referencias a los casos de la Corte IDH: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, cit., párrs. 124, 163, 164 y 171; Caso *Bulacio vs. Argentina*, cit., párrs. 126 y 134; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit., párrs. 146 y 191; y Opinión Consultiva No. 17, Serie A No. 17, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, párrs. 56 y 60.

³⁰ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, cit., párrs. 160 y 159, cursiva agregada

³¹ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, cit., párrs. 164 y ss.

salud.³² La Corte IDH concluye que el Estado no había tomado en forma efectiva las “medidas positivas necesarias y suficientes” para garantizar condiciones de existencia digna. Dio por probado que los internos vivían en condiciones de hacinamiento debido a la superpoblación, que estaban mal alimentados, que no tenían acceso a servicios de salud, de odontología y de atención psicológica adecuada y oportuna³³, así como tampoco se les garantizaba el derecho a la educación. En este sentido, la Corte IDH concluyó que: “(...) el Estado no cumplió efectivamente con su labor de garante *en esta relación especial de sujeción Estado–adulto/niño privado de libertad, al no haber tomado las medidas positivas necesarias y suficientes para garantizarles condiciones de vida digna a todos los internos y tomar las medidas especiales que se requerían para los niños.*”³⁴

En suma, en este caso surge con mayor claridad la estrategia argumentativa de la Corte IDH para *justificar* el derecho a condiciones de existencia digna. No lo hace en abstracto sino en relación con el derecho de las personas que no se encuentran en igualdad de condiciones. Por un lado, por su relación de sujeción-recluso, por el otro lado, por su situación de vulnerabilidad por ser “niño”; por fin, por las condiciones concretas de hacinamiento y de falta de acceso a servicios mínimos en las que transcurre la detención.

Se vislumbra aquí un matiz interesante respecto del Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala. Para determinar el *contenido* del derecho a condiciones de existencia digna y el alcance de las obligaciones estatales correspondientes, la Corte IDH *se vale de los derechos sociales* que surgen de la Convención sobre los

³² “[U]n Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, *inter alia*, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida”, Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *vs.* Paraguay, cit., párr. 161; con referencia a la Opinión Consultiva No. 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, cit., párrs. 80, 81, 84 y 86-88; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala, cit., párr. 196; y a la Regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

³³ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *vs.* Paraguay, cit., párrs. 166, 172, 173, 174, 176.

³⁴ Agrega: “Más aun, fue el Estado quien permitió que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran derechos que no podían ser objeto de ningún tipo de limitación o vulneración, exponiendo de manera constante a todos los internos del Instituto a un trato cruel, inhumano y degradante, así como a condiciones de vida indigna que afectaron su derecho a la vida, su desarrollo y sus proyectos de vida, configurándose de este modo una violación de los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, y respecto de los niños, leídos también a la luz del artículo 19 de la misma Convención.”, Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” *vs.* Paraguay, cit., párr. 176, destacado agregado.

Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador.³⁵ Si bien no evalúa la violación de los derechos sociales en forma directa, la construcción del alcance del derecho a las condiciones de existencia digna bajo el manto del derecho a la vida no ocurre en clave de los llamados derechos civiles y políticos sino de los derechos sociales, siempre de forma elíptica e indirecta. Esta tendencia argumentativa se acentúa en el caso del derecho a condiciones de existencia digna de las comunidades indígenas, como analizamos a continuación.

c) El derecho a las condiciones que posibiliten una existencia digna a las comunidades indígenas: la emergencia de los DESC para determinar el contenido de las condiciones

Hasta aquí la jurisprudencia de la Corte IDH trataba el derecho a condiciones de existencia digna como desprendimiento del derecho a la vida, a la luz de situaciones de vulnerabilidad por la edad (niños); la extrema pobreza y el riesgo que implica las condiciones del lugar de habitabilidad (niños de la calle); por la situación de sujeción estatal (detenidos), de edad (niños detenidos) y de hacinamiento por la superpoblación (detenidos adultos y niños). El nuevo estándar relacionado con este derecho surge ya no de casos relacionados con niños sino con pueblos originarios (incluidos niños).

En los casos Comunidad indígena Yakyé Axa *vs.* Paraguay³⁶, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay³⁷ y Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay³⁸ la Corte IDH desarrolla los alcances del derecho a la vida digna – como derecho de prestación respecto de las comunidades indígenas. Evalúa la violación al derecho de propiedad colectiva sobre tierras ancestrales y para determinar el contenido del derecho a las condiciones de existencia digna utiliza abierta y explícitamente contenidos de derechos sociales: el Protocolo de San Salvador y las Observaciones del Comité de DESC sobre el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC).

³⁵ Los representantes de las víctimas alegaron la violación al cumplimiento de la obligación estatal de garantizar niveles mínimos de los derechos sociales y lo fundamentaron en el derecho al desarrollo progresivo de los DESC (artículo 26 de la CADH). El Estado se allanó sobre el punto, aceptando entonces el argumento de los representantes. La Corte IDH resolvió sin embargo el caso siguiendo la línea que había comenzado con Villagrán Morales.

³⁶ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa *vs.* Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

³⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

³⁸ Corte IDH, Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Aplica asimismo el artículo 26 de la CADH, lo que marca un matiz con lo sostenido en el Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, aunque debe admitirse que el artículo 26 no es tomado como parámetro directo para evaluar las acciones del Estado, sino como argumento para desarrollar el contenido del derecho. Sin embargo, lo relevante respecto de los anteriores casos es que de la argumentación de la Corte IDH se desprende que para determinar cuáles son las condiciones de existencia digna, en estos casos, hay que descentrarse y tener en cuenta la forma de vida de las comunidades escuchando las voces de los afectados.³⁹ Es decir, si hasta ahora las situaciones de vulnerabilidad —presentes en los casos anteriores— devenían de una desigualdad de armas para enfrentarlas por una distribución injusta de los bienes económicos y sociales;⁴⁰ por medio de estos casos se alerta, además, sobre situaciones de vulnerabilidad por falta de reconocimiento sistemática e histórica contra las comunidades indígenas.⁴¹

Los tres casos contra Paraguay se caracterizan por ser casos de despojo de tierras de comunidades indígenas para otorgarlas a colonos y empresas para su explotación. Si bien estos casos son contra un Estado en particular, la situación se replica con matices a lo largo de la región.⁴² En el caso Yakye Axa (2005) se trataba de una comunidad indígena que denunciaba al Estado de Paraguay por violación de derechos a causa de la falta de reintegro de sus tierras ancestrales, de las cuales había sido desplazada. La comunidad vivía al

³⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., párr. 131.

⁴⁰ La injusticia socioeconómica se encuentra arraigada en la estructura político-económica de muchas sociedades, sobre todo las periféricas a partir de la distribución de bienes (ejemplos de este tipo de injusticia se pueden vislumbrar en la explotación laboral, la marginación económica, la privación de los bienes materiales indispensables para llevar una vida digna, entre otros), v. Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, 1997.

⁴¹ Esta última deviene de la injusticia cultural o simbólica, arraigada en los *patrones dominantes* en una sociedad desde los que se interpreta con pretensión de “uniformidad”, por ejemplo, cuál es la forma de uso, posesión, disposición de la tierra que debe ser reconocida sin que la voz concreta de quienes tienen interpretaciones diferentes y diversas sean escuchadas en forma eficaz en el proceso de decisión (así, ejemplos de este tipo de injusticia son la dominación cultural, el no reconocimiento y el irrespeto a las voces diversas provenientes de las comunidades indígenas, entre otros, v. Schujman, Gustavo; Cardinaux, Nancy; Clérico, Laura: *Derechos humanos: conceptos, problemas y desafíos*, 2007. en <http://campus.cepa.edu.ar>; Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, 1997 y Fraser, Nancy: "Justicia social en la era política de la identidad", en: Fraser/Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Morata, Madrid, 2006.

⁴² S. una clasificación actual de los casos resueltos por la Corte IDH sobre comunidades indígenas y otros pueblos según diversas formas de desigualdad estructural, v. Góngora Mera, Manuel, (2013), “La judicialización de desigualdades etno-raciales en América Latina: Conceptualización y tipología de un diálogo interamericano”, en: www.desigualdades.net; v., asimismo, Pascualucci, Jo, “The Right to a Dignified Life (Vida Digna)”, op. cit.; Pascualucci, J. A “Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, *Wisconsin International Law Journal*, 2009.

costado de la ruta frente a la que se encontraban sus tierras, en estado de “miseria extrema”⁴³, sin acceso adecuado a la alimentación, servicios de salud y de educación. A causa de esta situación murieron dieciséis personas. El caso llega entonces a la Corte IDH por la omisión estatal que imposibilitó la realización efectiva del derecho a la propiedad comunitaria sobre sus tierras ancestrales que, asimismo, tiene que ver con su forma de autoabastecimiento y autosubsistencia. Por otro lado, se reclamaba por la falta de medidas positivas adecuadas y suficientes para garantizar condiciones de existencia digna a la comunidad.

La Corte IDH ordenó al Estado de Paraguay que delimite el territorio tradicional de estas comunidades y que, hasta tanto se le reintegre su territorio sin costo alguno por el proceso de restitución, se le provea de servicios que garanticen acceso a la alimentación, salud y educación. La sentencia contiene muchas particularidades argumentativas que exceden el marco de este trabajo.⁴⁴ Nos interesa no obstante detenernos en la pauta utilizada para evaluar el incumplimiento de la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna en relación con el argumento de vulnerabilidad.⁴⁵

La insuficiencia de las medidas adoptadas por el Estado fueron evaluadas como violación al derecho a la vida digna (artículo 4 de la CADH); sin embargo y en forma expresa, también fueron escrutadas en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 e, indirectamente, con el deber de desarrollo progresivo del artículo 26 de la misma Convención, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud), 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano), 12 (Derecho a la Alimentación), 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT. Para determinar las violaciones, la Corte IDH se valió asimismo del contenido de las obligaciones básicas que surgen de los derechos

⁴³ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., párr. 164, cursiva agregada.

⁴⁴ V. Clérico, Laura; Aldao, Martín, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento*, Revista “Estudios Constitucionales”, julio 2011, entre otros.

⁴⁵ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., párr. 161, con cita del Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay, cit., párr. 156; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, cit., párr. 128; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, cit., párr. 152, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit., párr. 144.

sociales a la alimentación, a la salud y a la educación desarrolladas en las Observaciones Generales del Comité de DESC de Naciones Unidas sobre los respectivos derechos⁴⁶.

La estrategia argumentativa de la Corte IDH aquí estudiada nos deja tres saldos: dos alentadores en la línea de exigibilidad de derechos sociales y otro que habría que interrogar en término de matiz (en el mejor de los casos) o retroceso (en el peor de los casos). Por un lado, la relación del derecho a la vida —y la consecuente obligación de “generar las condiciones de vida *mínimas* compatibles con la dignidad de la persona humana”⁴⁷ y a no producir condiciones que la dificulten o impidan— con el deber de desarrollo progresivo de los DESC del artículo 26 de la CADH surge ahora en forma explícita. Esta interdependencia no es una cita formal. El contenido de estas obligaciones estatales “de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en *situación de vulnerabilidad y riesgo*, cuya atención se vuelve prioritaria”⁴⁸ se mide en forma explícita por derechos sociales que surgen del PIDESC y del Protocolo de San Salvador. A su vez surge de las decisiones estudiadas que cuando el contenido del derecho violado se encuentra en íntima relación con el derecho a la vida, en clave de subsistencia, se trata del incumplimiento de una obligación estatal de cumplimiento definitivo. Con lo que, interpretamos, se gana —indirectamente— un contenido del artículo 26 de la CADH que establece que respecto de todos los derechos no sólo es empezar a andar en forma progresiva, sino que hay medidas positivas que no se pueden hacer esperar.

Por el otro lado, en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay la Corte IDH especifica que la responsabilidad del Estado surge cuando conocía la situación de riesgo en que vivía la comunidad (teoría del riesgo) y por ello tenía un deber de prevención que no cumplió mediante la adopción de medidas eficaces. Por ello, algunos concluyen que no en todos los casos de violaciones graves a la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna la Corte IDH admitiría la responsabilidad internacional⁴⁹,

⁴⁶ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, párr. 166, con cita Comité de DESC de las Naciones Unidas, Observación General 14 sobre *El derecho a la salud* (2000).

⁴⁷ Caso “Instituto de Reeducación del Menor” *vs.* Paraguay, cit., párr. 159.

⁴⁸ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, cit., párr. 162, cursiva agregada.

⁴⁹ V. la obligación de prevención exige al Estado que actúe respecto de riesgos derivados de las situaciones de pobreza y extrema pobreza. A. Dulitzky interpreta que la Corte IDH no ha extendido la obligación de garantizar el derecho a la vida a toda situación de pobreza o extrema pobreza. Ariel E. Dulitzky, *Pobreza y Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares*, en Revista IIDH,

sino sólo en aquellos en los que el Estado estuviera al tanto de la situación y riesgo en la que se encontraban las víctimas.⁵⁰ En estos contextos esta relativización de la responsabilidad estatal realizada por la Corte IDH es criticable, pues pesa sobre el Estado la obligación de conocer.

Por último, la estrategia argumentativa de esta sentencia fortalece el argumento de la falta de igualdad material proveniente de la *situación múltiple de vulnerabilidad* como basal. Para evaluar (y concluir en) la insuficiencia de las medidas positivas adoptadas estableció que el Estado debió tomar en “en cuenta la situación de especial vulnerabilidad⁵¹ a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva (...)”⁵². Con ello *la Corte IDH construye las obligaciones de generar condiciones de existencia digna en una situación de vulnerabilidad*.

Ella tiene lugar si se reúnen tres condiciones. Por un lado, la comunidad indígena no es tratada como un igual, pues fue desplazada de sus territorios que le permitían el autoabastecimiento, y no se tomaron las medidas estatales apropiadas para la restitución. Esta situación de vulnerabilidad emerge de una circunstancia concreta imputable a la omisión estatal. La segunda condición, por otro lado, se da por una consideración más

No. 48, San José, IIDH, 2008; cfr. Informe del IIDH sobre Derechos Humanos y Pobreza, 2010; v. casos Corte IDH, Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, cit., párr. 155; Caso Xakmok Kasek, cit. párr. 188.

⁵⁰ Vuelve a reiterar en Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 245 y 248, en el que la Corte IDH

condena a Ecuador porque, con la aquiescencia y protección del Estado, una empresa petrolera realizó, el desbroce de senderos y sembró cerca de 1400 kg. de explosivo pentolita en el bloque 23, que incluye el territorio Sarayaku. “Por ende, ha sido un riesgo claro y comprobado, que correspondía al Estado desactivar (...)”, párr. 248.

⁵¹ La categoría de “especial vulnerabilidad” no parece del todo adecuada para fijar estándares sobre el alcance de los derechos dado que permitiría concluir que existen vulnerabilidades generales (y, por tanto, ¿que no exigirían acción estatal positiva?) y especiales (que sí las exigirían). Interpretamos el giro lingüístico como un intento metodológico por evitar la clasificación en términos de grados de vulnerabilidades, pero insistimos en su deficiencia como baremo. Agradecemos a Nancy Cardinaux el habernos señalado este punto con su lucidez característica.

⁵² Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, cit., párr. 163. Sobre el tema ver Melish, Tara, “El litigio supranacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *ob. cit.*, concede que la jurisprudencia del “proyecto de la vida” parece imprescindible “en aquellos contextos objetivos concretos en los cuales la totalidad de las condiciones necesarias para alcanzar una existencia digna están ausentes y desenmarañar violaciones específicas es imposible.” Sin embargo, no le parece la metodología para tratar el volumen creciente de reclamos sobre incumplimiento de DESC presente en la región varios de los cuales están ya tramitando en el sistema interamericano.

abstracta. La situación de vulnerabilidad surge de la consideración de las comunidades como grupos que históricamente han sido excluidos, marginados, subordinados⁵³ y que las consecuencias de esas prácticas persisten en su perjuicio hasta la actualidad, “a la luz del *corpus juris* internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas”.⁵⁴ Finalmente, la tercera es más específica porque atañe a los integrantes de la comunidad de corta edad (niños) o de edad avanzada (ancianos) y conecta el caso directamente con la situación de vulnerabilidad que emerge por la edad (como en los casos de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala y en “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay).

La insuficiencia de las medidas estatales es aún más grave por la obligación adicional de adoptar medidas de especial protección para los niños.⁵⁵ La situación de vulnerabilidad es basal porque para determinar que las medidas estatales no habían sido suficientes ni adecuadas la Corte IDH las evaluó respecto de su idoneidad para revertir la “situación de vulnerabilidad, dada la particular gravedad del presente caso”.⁵⁶

El saldo negativo está dado en Yakye Axa porque el voto mayoritario de la Corte IDH no condenó al Estado por violación al derecho a la vida de las personas que efectivamente fallecieron por la insuficiencia de las acciones estatales (tampoco lo hizo por violación a los derechos del niño aunque algunas de las víctimas lo eran, en los términos

⁵³ El trasfondo de este paso argumentativo puede ser reconstruido desde la propuesta de Owen Fiss sobre el principio de grupos desaventajados y el mandato de igualdad como anti-sometimiento, v. Fiss, Owen, “El inmigrante como paria”, en: Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2002; Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de la Igual Protección”, Gargarella, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa/Palermo/Yale, 1999, págs. 137-167.

⁵⁴ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, cit., párr. 163.

⁵⁵ “La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste la situación de los niños y los ancianos de la Comunidad Yakye Axa. ... *En el presente caso, el Estado tiene la obligación, inter alia, de proveer a los niños de la Comunidad de las condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra su Comunidad por la falta de territorio, no limitará su desarrollo o destruirá sus proyectos de vida*”, Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, cit., párr. 172, cursiva agregada, con referencias a: Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, cit., párr. 160 (aunque en este párrafo no aparece lo que Yakye Axa aparece en cursiva en el párr. 172); Opinión Consultiva No. 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, cit., párrs. 80-81, 84, y 86-88, y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, cit., párr. 196. Interpretamos que Yakye Axa avanza un paso respecto de los derechos de los niños, ya que en “Villagrán Morales” la Corte IDH enumera medidas de protección, pero no especifica cuáles serían las medidas positivas apropiadas, tampoco aparece un párrafo similar que en esta nota de Yakye Axa se marca en cursiva. A pesar de este avance, la Corte IDH no condenó al Estado por violación al artículo 19 (derechos del niño a medidas especiales de protección); en rigor tampoco lo había solicitado la Comisión IDH. Similar situación se dio con el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.

⁵⁶ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., párr. 169.

del artículo 19), aunque estableció la violación del derecho a la vida en perjuicio de los sobrevivientes. Esto último generó la disidencia del juez Cançado Trindade, para quien el Estado era responsable también por las muertes concretas de los integrantes de la Comunidad; y para ello bastaba como prueba que el Estado había creado y perpetuado la “situación de condiciones infrahumanas” que terminaron en la muerte de varios miembros de la Comunidad. Al contrario, para la mayoría en los casos concretos de muerte se requería prueba adicional.

Para el juez Cançado Trindade, la presunta ausencia de prueba adicional no podría jamás ser entendida como prueba de la no-ocurrencia de la responsabilidad internacional del Estado por la muerte de algunos miembros de la Comunidad Yakye Axa, dada las condiciones infrahumanas en que vivían.⁵⁷ La disidencia del juez Cançado Trindade no cayó en saco roto. Dejó el camino preparado para que en un caso similar en el año 2006, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, la Corte IDH condenara al Estado de Paraguay por la muerte de diecinueve integrantes de una comunidad indígena, entre ellos dieciocho niños, por no haber cumplido sus obligaciones estatales de implementar medidas positivas adecuadas y suficientes para generar condiciones de existencia digna para esa comunidad que se encontraba en situación de extrema vulnerabilidad.⁵⁸

En el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay la argumentación se hace más sofisticada en cuanto a la fijación de estándares de responsabilidad internacional (deber de prevención y teoría del riesgo) respecto de la garantía del derecho a la vida digna y la imputación de responsabilidad por los casos de muertes ocurridas, a la par que se fortalece el uso de los derechos sociales para evaluar si las medidas positivas del Estado fueron suficientes para cumplir con la generación de condiciones de existencia digna. El caso se inició para la determinación de la responsabilidad estatal por la falta de garantía al derecho de propiedad de las tierras ancestrales de la Comunidad Xákmok Kásek. La Corte concluyó en el caso que esta comunidad no había podido recuperar sus tierras, a pesar de que se encontraba en trámite el pedido de reivindicación desde hacía más de veinte años sin haber logrado una respuesta satisfactoria en el ámbito interno. Además, estableció que la falta de acceso a sus tierras afectaba su forma de auto-abastecimiento, su forma de vida.

⁵⁷ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., voto en disidencia del juez Cancado Trindade.

⁵⁸ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, cit.

Declaró “que el Estado *no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas*, lo que constituye una violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek,”⁵⁹ que se encontraban “en situación de extrema vulnerabilidad”.

La situación de extrema vulnerabilidad⁶⁰ impactó en varios sentidos en el examen de (falta de) idoneidad de las acciones estatales atacadas por insuficientes⁶¹ para cumplir con la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna (artículo 4 de la CADH). La acción estatal atacada por insuficiente es compleja y se configura: por un lado, por un Decreto que declaró en estado de emergencia y de vulnerabilidad a la comunidad y, por el otro lado, por el procedimiento administrativo para recuperar las tierras. Respecto del derecho a la vida digna, la Corte IDH avanzó identificando las variables respecto de las cuales mediría si el Estado cumplió con la obligación de generar condiciones de existencia digna y de respetar el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales. Estas variables se leen expresamente en clave de DESCs: *derecho de acceso al agua*,⁶² a la

⁵⁹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., párr. 217, destacado agregado.

⁶⁰ En reiteradas oportunidades la Corte habla del carácter extremo de la situación de vulnerabilidad, lo que podría llevar a pensar que concibe la vulnerabilidad en forma gradual. El carácter gradual de la gravedad de la vulnerabilidad presente en la argumentación del TEDH sobre grupos vulnerables fue utilizado por Peroni, Lourdes y Timmer, Alexandra [“Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law”, en: *Int J Constitutional Law* (2013) 11 (4): 1056-1085], para preguntarse si ese Tribunal argumentaba desde una narrativa de derechos humanos que tomaba la vulnerabilidad como una característica común a todas las personas o como algo específico de determinados grupos. Una pregunta similar podría ser realizada respecto a la estrategia argumentativa ensayada por la Corte IDH sobre derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad. ¿Se trata de una narrativa en la que se parte del hecho irrefutable fenomenológicamente de que las personas son, desde el comienzo de su existencia y en el trayecto de sus vidas, vulnerables a algo o alguien y por ello, en todo caso, las vulnerabilidades son una cuestión de grados, de intensidades? O, ¿la gradualidad de las vulnerabilidades se piensa como en una escala aparte construida para aplicar a personas o grupos específicos? El tratamiento de estas preguntas excede los objetivos de este trabajo. Por de pronto requeriría un análisis del discurso de la línea jurisprudencial estudiada, entrevistas a los jueces y juezas de la Corte como así también a los asistentes letrados, análisis comparado de otras líneas jurisprudenciales de la Corte en la que aplicó el argumento de vulnerabilidad, como así también una periodización de la aplicación del argumento de vulnerabilidad en relación con la historia del sistema que esperamos poder llevar adelante en una futura investigación.

⁶¹ V. Clérico/Aldao, ob. cit.

⁶² Respecto del derecho al acceso a agua, las gestiones realizadas por el Estado a partir del Decreto no alcanzaron para proveer a los miembros de la comunidad de agua en cantidad suficiente y calidad adecuada, lo cual los expuso a riesgos y enfermedades.

alimentación,⁶³ a la salud⁶⁴ y a la educación⁶⁵. En todos estos aspectos relevantes, las medidas estatales no fueron suficientes ni adecuadas. Este examen no ocurre en abstracto, sino teniendo en cuenta la acción estatal junto con sus efectos para revertir la situación de extrema vulnerabilidad de la comunidad y sus integrantes.

Respecto de los procedimientos para la recuperación de las tierras, en Xakmók Kásek, como en los casos de las comunidades indígenas de Yakye Axa y Sawhoyamaxa, la Corte IDH sostuvo que el procedimiento administrativo interno era *inefcaz* por cuanto *no ofrecía la posibilidad real* para que los miembros de las comunidades recuperaran sus tierras tradicionales si éstas se encontraban bajo dominio privado.⁶⁶ Esto ocasionaba la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros, de acuerdo con sus tradiciones ancestrales. Así, dependía casi exclusivamente de las acciones estatales, lo que los obligaba a vivir, vale reiterar, de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria extrema. En suma, *la Corte IDH examina la insuficiencia de las acciones estatales no en general ni en abstracto sino cotejándolo con el caso concreto.*

A su vez, el argumento de extrema vulnerabilidad impactó en varios sentidos en este examen. Por un lado, operó en favor de una aplicación bien intensiva del examen de insuficiencia que viene dada porque la restricción a los derechos era, desde el comienzo,

⁶³ En relación con el derecho a la alimentación, a pesar de lo demostrado por el Estado, no se superaron las necesidades nutricionales que existían con anterioridad al Decreto. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., párr. 208.

⁶⁴ Respecto del derecho a la salud, si bien se reconocen los avances realizados por el Estado, se sostiene que las medidas adoptadas se caracterizan por ser “temporales y transitorias”. Además, se indica que el Estado no garantizó “la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad” y que “no se evidencia acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales.” Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., párr. 208. En el caso de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa (2006), tuvo en cuenta que, en especial, niños y ancianos, murieron por causas de enfermedades previsibles que pudieron haber sido evitadas por tratamientos de bajo costo, Corte IDH, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, cit., párr. 170.

⁶⁵ En relación con el derecho a la educación, si bien algunas condiciones en cuanto a la prestación de la educación por parte del Estado habían mejorado, las acciones eran insuficientes porque no existían instalaciones adecuadas para la educación de los niños: las clases se desarrollaban bajo un techo sin paredes y al aire libre e, igualmente, no se aseguraba por parte del Estado ningún tipo de programa para evitar la deserción escolar.

⁶⁶ Sobre los “problemas estructurales” que presenta el procedimiento administrativo, que impiden “encontrar una solución definitiva del problema”, Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., párr. 145. Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., párr. 98, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, cit., párr. 108.

extrema y no atendida de forma persistente⁶⁷; y el accionar estatal se requería de forma "urgente".⁶⁸ Asimismo, implicó atribuirle la carga de la prueba de la idoneidad/suficiencia de las acciones al Estado⁶⁹, carga que en este caso no logró revertir con éxito.⁷⁰ Por el otro lado, sirvió para debilitar desde el comienzo las posibles razones alegadas por el Estado. Se interpretó así que la restricción extrema a los derechos producto de la situación concreta de vulnerabilidad se incrementa por la duración de la restricción,⁷¹ por la urgencia de la acción estatal y por pertenecer el grupo de afectados a un grupo vulnerable (argumento de igualdad), por ello es claro el poco peso que puede asistir a las razones que el Estado intentó alegar para eximirse del cumplimiento suficiente y adecuado de sus obligaciones.⁷²

El caso Xákmok Kásek es el último en la línea jurisprudencial que se inicia con Villagrán Morales y otros. Aquel caso fortalece nuestra tesis del argumento de igualdad como basal de la construcción de la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna. Por un lado, se desprende como en los casos Villagrán Morales, Yakye Axa y Sawhoyamaxa que la situación de vulnerabilidad surge de la situación de pobreza extrema y por la falta de reconocimiento de las comunidades indígenas; y todo ello por la falta de medidas positivas apropiadas en clave de DESC para revertir esa situación. En el caso de las comunidades indígenas se agrava más aún porque es el propio Estado el que no puso en funcionamiento eficaz los medios procedimentales para devolverles las tierras y territorios reclamados. Hacerlo hubiese permitido revertir "las probadas condiciones de extrema vulnerabilidad"⁷³ respetando las propias interpretaciones de las comunidades y de sus integrantes sobre lo que significa auto-abastecimiento y subsistencia (combinación de vulnerabilidad por falta de restitución y de reconocimiento).

⁶⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, cit., párr. 181.

⁶⁸ Cfr. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, cit., párr. 173. Sobre el criterio que relaciona el "caso extremo" con la situación de "urgencia" para determinar las obligaciones estatales de hacer en materia de derechos sociales, v. Arango, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit.

⁶⁹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, cit., párr. 163.

⁷⁰ El Estado reconoció la existencia de medios alternativos para revertir la situación de vulnerabilidad (facilitar el acceso a las tierras ancestrales alternativas que respeten la identidad cultural y el autoabastecimiento); sin embargo, no demostró acciones concretas de haberlos implementados, Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, cit., párrs. 117 y 118 respectivamente.

⁷¹ V. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, cit., párr. 164.

⁷² Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, cit., párr. 155 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., párr. 188, destacado agregado; Clérico/Aldao, ob.cit.

⁷³ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, cit., párr. 259.

Por el otro lado, la jurisprudencia reafirma que hay situaciones de vulnerabilidad que vienen identificadas desde los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, como las de las comunidades indígenas y sus integrantes, las de los niños (Villagrán Morales, “Instituto de Reeducción de Menores”, Yakye Axa, Sawhoyamaya, Xákmok Kásek⁷⁴), la de las personas de edad avanzada (Yakye Axa, Sawhoyamaya, Xákmok Kásek) y la de las mujeres en estado de embarazo y post-embarazo (Xákmok Kásek)⁷⁵, condiciones de vulnerabilidad que se encuentran probadas y agravadas en los casos concretos. Por último, sostenemos que Xákmok Kásek corona la línea jurisprudencial aquí considerada porque: 1) recién en este caso explícitamente la Corte IDH reconoce que esas acciones estatales insuficientes que no generaron condiciones de existencia digna para revertir la situación de vulnerabilidad 2) evidencian “una discriminación de facto” en contra de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, “marginalizados en el goce de los derechos”⁷⁶, y 3) “(...) el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión”.⁷⁷ He aquí el argumento basal de igualdad material en todo su esplendor.⁷⁸

III. El derecho a condiciones de existencia digna como derecho al desarrollo progresivo de los DESC

Las discusiones sobre el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son bastantes conocidas y exceden los objetivos de este trabajo. Sin embargo, un simple punteo de estas cuestiones permite conjeturar algunas hipótesis acerca de por qué el

⁷⁴ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, cit., párrs. 256-264.

⁷⁵ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, cit., párrs. 233-234.

⁷⁶ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, cit., en el párr. 274. V. Fiss, Owen, ob. cit.

⁷⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, cit., párr. 274.

⁷⁸ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, cit., párr. 274 y justificación explícita en párr. 273. Se ponen en evidencia las asimetrías de posiciones en perjuicio de las comunidades, esto las afecta como comunidad y a sus integrantes para contar con igualdad de armas para participar en las interacciones como pares: “En el presente caso está establecido que *la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad* se debe, inter alia, a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; *la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la Comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación*; y a *la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física*. Asimismo, quedó demostrado el hecho de que la declaratoria de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado por la Comunidad no tomó en cuenta su reclamo territorial ni tampoco fue consultada sobre dicha declaratoria.” Destacados agregados.

incumplimiento de la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna se evaluó como violación del derecho a la vida en lugar de ser considerado como una violación directa del artículo 26 de la CADH. Este artículo 26 ha sido ubicado en el capítulo III en la primera parte de la Convención Americana. Sólo un artículo contiene ese capítulo, el 26; por lo demás, el capítulo II dedicado a los “Derechos Civiles y Políticos” contiene 22 artículos (del 3^a al 25).

Muchos temas han sido objeto de acaloradas disputas, desde su escueta redacción y particular ubicación en este mapa normativo hasta: a) la justiciabilidad y exigibilidad de los DESC en general o en concreto; b) la determinación del contenido del derecho (en otras palabras, sobre cuáles derechos específicos se pueden obtener a partir de la remisión que el artículo 26 hace a la Carta de la OEA, a partir de la aplicación del Protocolo de San Salvador sobre DESC, sobre el sentido de la cláusula de la progresividad relacionada con el alcance del derecho); c) las consecuentes obligaciones estatales (de respetar, de garantizar y de promover y/o de cumplimiento inmediato, de desarrollo progresivo); d) su estructura normativa: como regla y/o como principio; y, e) las formas de evaluar la violación al derecho (que incluyen el examen del contenido básico del derecho, el examen de la prohibición de regresión, el examen de la prohibición de insuficiencia u omisión, el examen de igualdad con escrutinio más o menos agravado y el examen de desigualdad estructural), por mencionar los más analizados.

Es bastante conocido también que la Corte IDH sólo en dos casos trabajó en forma directa y automática con el artículo 26 de la CADH. Estos dos casos no se refieren al derecho a condiciones de existencia digna, sino a derechos previsionales.⁷⁹ La historia de la

⁷⁹ En el caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, sobre reducción del monto de los haberes de pensión, la Corte IDH prefirió identificar este retroceso en el contenido del derecho como una violación al derecho de propiedad antes que como una violación al desarrollo progresivo de los derechos sociales. Para ello sostuvo que el desarrollo progresivo se debe medir en general, en relación con la creciente cobertura de los DESC para el conjunto de la población, y no “en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.” Esta jurisprudencia fue objeto de varias críticas. La Corte IDH parece haber escuchado parte de ellas en el caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la contraloría”) vs. Perú [Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009], sobre reducción de haberes previsionales. La Corte tuvo aquí oportunidad de aclarar que el artículo 26 de la CADH era justiciable en casos concretos, más allá de su utilidad para monitorear el progreso en la cobertura de los DESC en general así como que de él emanan las obligaciones de respeto y garantía como ocurre con los otros derechos. Más precisamente se detuvo en el contenido de las obligaciones de progresividad y de regresividad al aplicar expresamente criterios elaborados por el Comité de DESC de Naciones Unidas e incluso se refirió a un Informe de la Comisión IDH en el que se especifica que para determinar si una medida regresiva implica una

aplicación automática del artículo 26 podría cambiar, por ejemplo, si el contenido de los votos concurrentes de la Jueza Macaulay en el Caso Furlan y familiares *vs.* Argentina⁸⁰ y del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor en el Caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador⁸¹, respectivamente, fuera asumido por la mayoría. En ambos casos los jueces se pronunciaron a favor de evaluar las violaciones al derecho a la salud en forma automática y directa a través del artículo 26 de la CADH.

Este punteo de las discusiones sobre el artículo 26 de la CADH contrasta con el desarrollo del contenido positivo de la obligación de generar condiciones de existencia digna a la luz del derecho a la vida, analizada en el apartado II de este trabajo. Con todo observamos que, por ahora, la aplicación del artículo 26 fue más fructífera cuando se usó como argumento para ganar contenido de prestación a un derecho que cuando se lo ha intentado aplicar en forma directa.

Pese a ello hay algo que se desprende como conclusión de nuestro anterior apartado. El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene un contenido básico (interpretado *como piso pero no como techo*) conformado⁸² por el derecho a las condiciones de existencia digna que genera obligaciones definitivas respecto de aquellas personas que se encuentran en estado de (extrema) vulnerabilidad. Este contenido se ganó mientras en la trastienda se discutía sobre la exigibilidad directa del artículo 26 de la CADH.

IV. Consideraciones intermedias

En lugar de hablar de la tradicional discusión respecto de cuál es la disposición jurídica adecuada (algo que desde la idea de "interpretación integrada" resulta quizá no tan

violación a la CADH se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso", Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la contraloría) *vs.* Perú, cit. párr. 103. V. Burgorgue-Larsen, Laurence; Ubeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, OUP, Oxford, 2011; Melish, Tara, *The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity*, ob. cit.

⁸⁰ Corte IDH, Caso Furlan y familiares *vs.* Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 15 del voto concurrente de la Jueza Macaulay; v. Parra Vera, Oscar (2013), ob. cit.

⁸¹ Corte IDH, Caso Suarez Peralta *vs.* Ecuador, Serie C No. 261, Sentencia de 21 de mayo de 2013, voto del Juez Ferrer Mac Gregor, párr. 33 y ss.

⁸² Para ponerlo en términos claros, con esto no se quiere sostener que los derechos sociales sólo garantizarían un contenido básico. Como cualquier otro derecho eleva la pretensión de ser desarrollado en la mayor y mejor medida posible. Entonces cuando hablamos de que el Estado en el supuesto identificado tiene una "obligación definitiva" sostenemos que en ese supuesto el derecho se comporta como "regla" y no como "principio"; en ambos casos los derechos son exigibles.

relevante),⁸³ reconstruimos ese derecho a través de la relación que la Corte IDH establece entre su concepto y la situación de vulnerabilidad.

De esta forma, la estructura genérica del argumento de condiciones de "existencia digna" a los efectos prácticos sería: 1) el Estado tiene el deber de actuar positivamente por medio de acciones suficientes y adecuadas en pos de resolver una situación extrema y especial de vulnerabilidad; 2) ante casos de personas o comunidades indígenas afectadas por una situación concreta de vulnerabilidad y donde, a su vez; 3) el Estado conocía (o tenía la obligación de conocer) esa situación y omitió actuar (o actuó en forma insuficiente) para revertirla; y 4) todo ello para garantizar el acceso a condiciones de existencia digna (cuyo contenido se mide a la luz de los contenidos básicos del derecho a la alimentación, el derecho al agua, el derecho a la salud y el derecho a la educación). Resta analizar críticamente los elementos normativos que establecen la situación de vulnerabilidad, lo que contribuye a nuestra tesis sobre el argumento basal de igualdad.

V. ¿Cómo es utilizado el argumento de la vulnerabilidad por la Corte IDH para justificar la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna? ¿Cómo argumentar por la autopista de la vulnerabilidad sin caer en variadas trampas?

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre grupos vulnerables o situación de vulnerabilidad que se extiende a niños, mujeres, detenidos, desplazados, migrantes, comunidades indígenas o afrodescendientes,⁸⁴ entre otros, excede los objetivos de este trabajo. *Nos detenemos aquí sólo en cuanto fue un argumento para justificar obligaciones estatales de garantizar acceso a condiciones de existencia digna.*⁸⁵ Nos interesa discutir las

⁸³ Agradecemos este comentario a Federico De Fazio.

⁸⁴ V., entre otros, García Ramírez, Sergio, "La afectaciones a los derechos humanos de las personas vulnerables y las minorías. El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: Henao, J. C. (ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, Univ. del Externado, Bogotá, 2013, p. 495-502; Dulitzky, Ariel, "When Afro-Descendants Became Tribal Peoples," 15 *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 29 (Spring 2010); Pascualucci, J., ob. cit.; Estupiñan-Silva, R., "La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Esquisse d'une typologie", en: Burgorgue-Larsen, L., *La Vulnérabilité Saisie Par Les Juges En Europe*, Editions Pedone, Paris, 2014, pp. 89-116.

⁸⁵ Pascualucci, Jo, "The Right to a Dignified Life (Vida Digna)", ob. cit., identifica con claridad esta relación, aunque no se detiene en los problemas que puede implicar el uso del argumento de vulnerabilidad; sin embargo, realiza una clasificación interesante de los potenciales peticionarios que divide en tres: aquellos que viven bajo exclusivo control estatal, los que pertenecen a grupos vulnerables y los que no pertenecen a ningún grupo reconocido tradicionalmente como vulnerable.

ventajas y desventajas del uso de la vulnerabilidad como estrategia argumentativa, en especial, para no perder de vista las potencialidades y debilidades de su utilización con relación al argumento de igualdad.⁸⁶

Al concepto de vulnerabilidad se lo ha tildado de ambiguo.⁸⁷ Contiene, por lo menos, una doble cara, en algunos casos con un doble filo⁸⁸.

a) Como herramienta analítica contiene tanto un uso descriptivo como prescriptivo.

En este sentido es usado, por un lado, en forma descriptiva para identificar una situación de vulnerabilidad; es decir, para determinar cómo las instituciones o, más en general, las estructuras,⁸⁹ originan, mantienen y refuerzan las vulnerabilidades. Por el otro lado, se lo usa en forma prescriptiva. Es la base de un argumento que, junto con otros, justifica que se debe hacer algo para revertir ese estado o situación de vulnerabilidad. Las situaciones de vulnerabilidad devienen de los efectos acumulativos de nuestras acciones y de los otros, de las interacciones, de las prácticas y arreglos institucionales⁹⁰ tanto en el

⁸⁶ V. en relación con la jurisprudencia del TEDH el trabajo recientemente publicado (diciembre 2013), Peroni, Lourdes y Timmer, Alexandra, *ob. cit.*: En este trabajo las autoras sostienen que el uso realizado por el TEDH le ha permitido desarrollar diversos aspectos de la igualdad material o sustantiva. Sin embargo, agregan que si el TEDH quiere mantener ese potencial es necesario que evite los problemas generalmente relacionados con el uso del concepto. Alexandra Timmer, A Quiet Revolution: "Vulnerability in the European Court of Human Rights", in: Martha Fineman & Anna Grear (eds), *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, 2013; Bogdandy, Armin, "La protección de los vulnerables: un ejemplo de gobernanza posnacional", en: von Bogdandy/Fix-Fierro/ Morales Antoniazzi/ Ferrer Mac-Gregor (eds.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, México, 2011, pp. 313-337.

⁸⁷ Aunque siga siendo de uso frecuente por los tribunales, como surge de las sentencias de la Corte IDH, de la Corte Constitucional Colombiana y del TEDH, entre otros, se advierte que aún permanece subteorizado y que esas ambigüedades pueden implicar potencialidades. V., entre otras, Fineman, Martha Albertson, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition." *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 20, No. 1, 2008.

⁸⁸ De acuerdo con Peroni y Timmer, *ob. cit.*

⁸⁹ Las disputas sobre el concepto y concepciones de "estructura" son de larga data. A los efectos de este trabajo nos ayuda tener como imagen de trasfondo la propuesta de Iris M. Young quien sostiene: "(...) la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance (...) ". Young, Iris, *Responsabilidad por la justicia* Madrid, Morata, 2011, 69.

⁹⁰ Fineman, Martha, *ob. cit.*, propone que: "Vulnerability is and should be understood to be universal and constant, inherent in the human condition (...) As such, vulnerability analysis concentrates on the institutions and structures our society has and will establish to manage our common vulnerabilities. This approach has the potential to move us beyond the stifling confines of current discrimination-based models toward a more substantive vision of equality." Asimismo, el argumento de la vulnerabilidad ha sido recuperado recientemente desde posiciones de la sociología del cuerpo. Por ejemplo, Bryan Turner sostiene que la

ámbito nacional⁹¹ como en el ámbito global. Estas situaciones producen, en ocasiones — como las consideradas en las decisiones que aquí se analizan, desigualdad.⁹² Esta desigualdad no es natural sino que surge como producto de una estructuración social dada. Esto ha llevado a hablar del carácter relacional⁹³ y contextual del concepto y, a su vez, ha conducido a la discusión de formas de responsabilidad colectiva⁹⁴ (no sólo estatal) para dar respuestas transformadoras (y no solo reformistas) a esas vulnerabilidades.

La línea jurisprudencial de la Corte IDH reconstruida evidencia un uso asistemático, descriptivo y prescriptivo a la vez, del argumento de la situación de vulnerabilidad, como así también su caracterización como contextual y relacional. Ahora bien, la pregunta es: ¿qué tan dispuesta está la Corte IDH para explorar con detenimiento lo contextual⁹⁵ y relacional de la situación de extrema vulnerabilidad en esta línea jurisprudencial? La exploración del carácter relacional de esos procesos, en el contexto de un mundo cada vez más interdependiente,⁹⁶ la hubiese llevado a “mostrar” la intervención activa de otros

sociología puede contribuir a desarrollar un concepto de derechos humanos sobre el principio de que los seres humanos comparten una ontología común que está basada en una vulnerabilidad compartida. De cara a la fragilidad de la vida humana (en la juventud, ancianidad, enfermedad, entre otras), sostiene que lo que las personas necesitan son derechos; y, por sobre todo derechos económicos y sociales, tales como el derecho a vivir en un contexto familiar, a la atención sanitaria, a vivir en un medio ambiente sano, v. Turner, B. S., 2006. *Vulnerability and Human Rights*, University Park, PA: Pennsylvania State University Press, pp. 9, 10. En ese sentido las respuestas del Estado deberían ser sensibles a esta característica de la “condición humana”. Turner sostiene que la sociología, como disciplina, estaría especialmente preparada para explorar las fallas de las instituciones existentes para la protección de la vulnerabilidad humana.

⁹¹ Uno de los ejemplos más claros se encuentra en el texto de Iris Marion Young, cuando muestra cómo el carácter relacional del ejercicio de nuestras preferencias, nuestras acciones, incluso las ejercidas de buena fe, influyen en el acceso a la vivienda en perjuicio de las personas que se encuentran en peores condiciones. Young, I. M., *Responsability for Justice*, OUP, Oxford, 2011, cap. II. Martha Nussbaum en el prólogo al libro de Young lo explica en términos claros y sencillos: “Las fuentes de las circunstancias generalizadas de ser vulnerable a la condición de sintecho son múltiples, de gran escala y de relativamente largo plazo. Muchas políticas, públicas y privadas, y las acciones de miles de individuos que actúan según las normas comunes y las prácticas aceptadas, contribuyen a provocar estas circunstancias.”

⁹² Saba, Roberto “(Des)igualdad estructural”, en: Gargarella/Alegre, *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires, 2007; Fiss, Owen, ob. cit.

⁹³ Young, Iris, *Responsabilidad por la justicia* Madrid, Morata, 2011, 69; cfr. Fiss, Owen, ob. cit. y Young, Iris, “Tras las fronteras”, en Fiss, Owen, ob. cit.

⁹⁴ V. entre otras, Young, I. M., *Responsability for Justice*, OUP, Oxford, 2011, caps. IV, VI y VII.

⁹⁵ Esta crítica puede verse respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre afrodescendientes en Dulitzky, Ariel, 2010, ob. cit.

⁹⁶ Fraser, Nancy, *Escalas de justicia*, Herder, Barcelona, 2008 [Fraser, N., *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Cambridge, Malden: Polity, 2008]: la pregunta acerca del tratamiento de las injusticias transnacionales como asuntos meramente nacionales lleva a Fraser a ampliar los tipos de injusticia, si antes proponía concebirlas como injusticia por falta de redistribución y reconocimiento, recientemente la ha ampliado a la injusticia por falta de representación fallida. “Esto es lo que ocurre cuando, por ejemplo, las reivindicaciones de la población pobre del mundo se relega a ámbitos políticos internos de Estados débiles o fallidos y se le impide oponerse a las fuentes externas (*offshore*) de su desposeimiento.”, “al

actores globales⁹⁷ generadores de decisiones y prácticas que atentan contra las condiciones de existencia digna en la región.

Para ponerlo en términos más claros, no se trata de eximir de responsabilidad al Estado demandado sino de ampliar el mirador para bucear en la complejidad de los procesos que generan desigualdades estructurales. La posición mayoritaria de la Corte IDH en esta línea jurisprudencial estudiada no se hizo eco expreso de estas consideraciones.⁹⁸ Sin embargo, ellas surgen de los votos de los jueces *ad hoc* Fogel⁹⁹ y Fogel Pedroso¹⁰⁰,

tiempo que (se) aísla a los malhechores transnacionales respecto de toda crítica y control” (257). “Si el espacio político se enmarca injustamente, el resultado es la denegación de participación política a aquellos que están fuera del universo de los que “cuentan” (258). Con matices es asimismo el argumento de Young, Iris, “Tras las fronteras”, en Fiss, Owen, ob. cit.

⁹⁷ Feeney, Patricia, “Business and Human Rights: the struggle for accountability in the UN and the future direction of the advocacy agenda”, *International Journal of Human Rights*, Nro. 11; Nino, Ezequiel, “Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global?”, en: *El nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, RPA, Buenos Aires, 2009, pp. 333-356 y en: <http://www.iilj.org/gal/documents/EzequielNino.GAL.pdf>; además, v. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, en: www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.16_sp.doc; Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con comentario, de Olivier De Schutter, Asbjørn Eide, Ashfaq Khalfan, Marcos Orellana, Margot Salomon, Ian Seiderman, en: *Human Rights Quarterly* 34 (2012) 1084–1169, en: <http://www.lse.ac.uk/humanRights/documents/2012/HRQMaastricht.pdf>; Langford, M.; Vandenhole, W.; Scheinin, M.; van Genugten, W., *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁹⁸ Si bien la Corte IDH puede condenar a los Estados, no a las empresas transnacionales, por violación a la obligación de proteger los derechos humanos de la población frente a actos de terceros, indirectamente el accionar de estos actores “privados” se puede poner en evidencia en el relato de los hechos, en las argumentaciones; además, las medidas reparatorias a cargo del Estado pueden tener efectos en las acciones de las empresas, etc., v. entre otros, Fernando Gallardo Vieira Prioste y Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino, *Empresas Transnacionales en el Banco de los Acusados: Violaciones a los Derechos Humanos y las Posibilidades de Responsabilización*, Terra de Direitos, Curitiba: 2010, con estudio del caso, Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001; Salmón, Elizabeth, “Mecanismos de reparación en el ámbito del Sistema Interamericano por violaciones de derechos humanos cometidos por empresas multinacionales: La responsabilidad estatal y la construcción de medidas reparatorias”, en: *Revista de Estudios Jurídicos* n° 12/2012 (Segunda Época), [rej.ujaen.es](http://www.rej.ujaen.es); con trabajo de Informes de la CIDH y casos de la Corte IDH, entre otros, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, cit.; Brandao Timo, Petalla, “Development at the Cost of Violations: The Impact of Mega-Projects on Human Rights in Brazil”, *SUR International Journal of Human Rights*, Nro. 18, 2013, pp.137-157 con estudio del caso de la Represa de Belo Monte, entre otros.

⁹⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cit., párr. 35, 36: “En los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se requiere que la comunidad internacional asuma que la pobreza, y particularmente la pobreza extrema, es una forma de negación de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos y culturales, y actúe en consecuencia, de modo a facilitar la identificación de perpetradores sobre los cuales recae la responsabilidad internacional. El sistema de crecimiento económico ligada a una forma de globalización que empobrece a crecientes sectores constituye una forma “masiva, flagrante y sistemática violación de derechos humanos”, en un mundo crecientemente interdependiente. En esta interpretación del derecho a la vida que acompañe la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales se debe prestar atención a causas productoras de pobreza extrema y a los perpetradores que están

respectivamente, en los casos sobre el derecho a la existencia digna de las comunidades indígenas contra Paraguay, donde el problema se advierte con más claridad.

b) En relación con los efectos de las acciones del Estado para revertir la situación de vulnerabilidad

El argumento de vulnerabilidad, por un lado, alerta acerca de que personas o grupos de personas requieren que otro haga algo (Estado) para ayudarlas a salir del estado de vulnerabilidad, porque al encontrarse en una posición de exclusión, de marginalidad, de subordinación, no disponen de las mismas herramientas (socio-económicas, de participación real en los procesos políticos, para disputar los lugares desde los que se puede tener “voz efectiva” para que se expresen tanto individual cuanto como miembros de un colectivo, etc.) para procesar y revertir esa situación. Sin embargo, por el otro lado, puede implicar la estigmatización o la estereotipación de los grupos o personas a los que se dirigen esas medidas estatales (dilema de la diferencia).¹⁰¹

¿Logra la Corte IDH evitar caer en alguna de las trampas del uso del argumento de vulnerabilidad: la de la esencialización y/o la de la estigmatización? La Corte IDH juega constantemente con tres elementos, que en algunos casos aplicó con mayor intensidad que en otros. Esos tres elementos son: a) la pertenencia de las personas afectadas a un grupo vulnerable definido por algún Instrumento Internacional de Derechos Humanos específico (niños, comunidades indígenas); b) la situación de vulnerabilidad concreta (vivir en la calle, en situación de detención en hacinamiento o superpoblación, vivir en situación de desplazamiento a la vera de una ruta en la miseria extrema); y c) el conocimiento de esa situación de vulnerabilidad por parte del Estado.

detrás de ellas. En esta perspectiva no cesan las responsabilidades internacionales del Estado de Paraguay y de los otros Estados Signatarios de la Convención Americana, pero las mismas son compartidas con la Comunidad Internacional que requiere de nuevos instrumentos.” En este voto se hace mención a los párrafos 19 y 20 del Documento E/CN.4/Sub 2/2004/44 sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La pobreza como violación de los derechos humanos”.

¹⁰⁰ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, cit., párr. 26.

¹⁰¹ En rigor, las dificultades podrían encuadrarse dentro de lo que Minow llama „el dilema de la diferencia“: „The stigma of difference may be recreated both by ignoring or by focusing on it. Decisions about education, employment, benefits, and other opportunities in society should not turn on an individual’s ethnicity, disability, race, gender, religion, or membership in any other group about which some have deprecating or hostile attitudes. Yet refusing to acknowledge these differences may make them continue to matter in a world constructed with some groups, but not other, in mind. The problems of inequality can be exacerbated both by treating members of minority groups the same as members of the majority and by treating the two groups differently.“ en Minow, Martha, *Making all the difference*, Ithaca, Cornell, 1990, págs. 19, 20.

Sobre este último punto agregamos e insistimos¹⁰² con la crítica a la Corte IDH: el Estado no puede desconocer a un grupo, a un colectivo que es vulnerable y tampoco puede ignorar situaciones de vulnerabilidad de cierta extensión y públicas. Concederle al Estado ese desconocimiento es muy generoso, por decir lo menos; pero sobre todo es un *boomerang* que, de activarse, invalidaría todo el desarrollo argumental anterior, como ya indicamos.

¿Esta reconstrucción de la jurisprudencia de la Corte IDH es eficaz para sortear algunas de las trampas de la vulnerabilidad? Es hartamente conocido que el uso del concepto de grupo vulnerable o incluso de situación de vulnerabilidad puede implicar esencialización, estigmatización o negación de la agencia de los afectados, entre otros.¹⁰³ Es probable que la Corte haya tomado nota implícita de estas trampas. De ahí el énfasis puesto en la “situación” de vulnerabilidad, lo que la ha llevado a un análisis de la situación concreta, del contexto y, en fin, la haya conducido a otorgarle cierta flexibilidad al concepto.

La esencialización consiste en volver representativa la experiencia de uno de los participantes del grupo en detrimento de cómo los otros miembros del grupo (varones o mujeres, niños o niñas, ancianos o personas con necesidades especiales, etc.) experimentan, interpretan y responden a las vulnerabilidades.¹⁰⁴ Este riesgo es frecuente en la argumentación en derechos humanos. La mayor parte de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos identifican “categorías” de grupos vulnerables, bajo cuyo ropaje se naturaliza, la experiencia de uno o algunos integrantes de un grupo y se silencian las otras. Esta tendencia podría tener presencia en la argumentación de la Corte IDH cuando identifica a los niños de la calle, a los detenidos en situación de hacinamiento y a las comunidades indígenas como en “situación de vulnerabilidad“. Sin embargo, la alerta aparece en el elemento b) de su conceptualización: la situación de vulnerabilidad concreta. Esto le permitiría ser sensible a las experiencias diversas de vulnerabilidad que viven los niños que habitan las calles o los integrantes de las comunidades indígenas desplazadas y

¹⁰² Agradecemos nuevamente por la insistencia sobre este punto a Nancy Cardinaux.

¹⁰³ Peroni y Timmer, ob. cit., en relación con el TEDH.

¹⁰⁴ La literatura sobre la esencialización es extensa; a los efectos de este trabajo alcanza con la caracterización provisoria mencionada en el texto. Por lo demás, v., entre muchas otras, Fraser, N., “Multiculturalismo, Antiesencialismo y democracia radical”, en: *Iustitia interrupta*, ob. cit; Peroni/Timmer, ob.cit., el trabajo de Phillips en el que se caracteriza y analiza críticamente cuatro formas de esencialismo, Phillips, Anne, “What’s wrong with essentialism?”, *Distinktion: Scandinavian journal of social theory*, 2010, 11 (1). pp. 47-60, en: <http://eprints.lse.ac.uk/30900/>; además, sobre el riesgo de la esencialización en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre afrodescendientes, v. Dulitzky 2010, ob. cit.; Costa/Leite, ob. cit.

llevadas a vivir en situación de miseria a la vera de un camino. Por ejemplo, la Corte IDH ha estado especialmente atenta a la situación de vulnerabilidad que experimentan, dentro de las comunidades, las personas de edad avanzada y los niños. Sin embargo, respecto a las mujeres en las comunidades indígenas, se refirió a las mujeres en situación de embarazo y amamantamiento, lo que podría ser interpretado, muy probablemente, como la generalización de una experiencia de vulnerabilidad de algunas de las mujeres del colectivo, en detrimento de las voces y las vivencias de otras integrantes de la comunidad.¹⁰⁵

En el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, la situación de habitación de calle de los niños fue relevante para la Corte IDH para definir la situación de vulnerabilidad a partir del estado de exclusión social constatado. Sin embargo, es posible preguntarse si al etiquetar a las víctimas como „niños de la calle“ y luego como niños en „riesgo“ no los caratula a partir de una de sus características pero con el precio de ignorar todas las demás¹⁰⁶. A su vez, la etiquetación implícita de los niños de la calle como niños „en riesgo“ o en estado de exclusión social podría acallar las voces de otros niños que experimentan la falta de acceso a condiciones de existencia digna pero que no viven en las calles sino en contextos familiares, diferentes del de la vía pública.

En los casos que involucraban a comunidades indígenas, la situación de habitar en la miseria extrema a la vera de una ruta fue determinante para identificar la vulnerabilidad. Sin embargo, vale preguntarse, en la misma línea, si la insistencia en esta circunstancia no opaca la —no menor— de desplazamiento no voluntario de sus tierras y territorios¹⁰⁷.

¹⁰⁵ V. Gargallo Celentani, Francesca, *Feminismos desde Abya Yala. Ideas y propuestas de las mujeres de 607 pueblos en nuestra América*, Editorial Corte y Confesión, México, 2014, pág. 139; agradecemos a Paola Bergallo el habernos pasado la referencia sobre este libro.

¹⁰⁶ Se ha señalado la tardía utilización, por parte de la Corte IDH, del concepto “niños de la calle” dado que, para la época de emisión del fallo Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, la sociología ya había abandonado la categoría para reemplazarla por la de “población callejera”. V. Beloff, Mary, *Cuando un caso no es “el caso”. A propósito de la sentencia en el caso Villagrán Morales y otro*, en: *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004.

¹⁰⁷ Si bien la Corte IDH en el caso “Sawhoyamaxa” condena al Estado a devolver las tierras a las comunidades, nos preguntamos hasta qué punto sostiene la perspectiva de igualdad como reconocimiento, en tanto en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa la Corte IDH concede que, “en los casos en que la devolución no fuese posible por encontrarse en mano de terceros, el Estado deberá entregarles tierras alternativas, electas de modo consensuado con la comunidad indígena en cuestión, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres”, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, 2006, cit., párr. 212. Cfr. Dulitzky 2010, ob. cit., se pregunta con razón por qué no otorgarle prioridad a los reclamos indígenas sobre sus tierras frente a la de los grandes hacendados o compañías agrícolas que las poseen y que solo reclaman un interés económico sobre la tierra. La Corte IDH en el caso Comunidad .Xákmok Kasek vs.

Nuevamente esta trampa puede ser sorteada si se atiende al carácter relacional, contextual y particular de las experiencias de las situaciones de vulnerabilidad.¹⁰⁸ Esto ha llevado a hablar de vulnerabilidades acumulativas, “espiraladas”¹⁰⁹, en capas¹¹⁰, interseccionales.¹¹¹ Todas, con sus matices, apuntan al carácter móvil y flexible de las vulnerabilidades que operan en el agravamiento de la situación o, incluso, en la construcción de nuevas identidades dentro de lo que otros consideran un mismo grupo. Consideramos que la apertura a las diversidades de la vulnerabilidad debe estar presente, por lo menos, en: a) el trabajo con los hechos y el contexto del caso, b) la identificación del problema o cuestión del caso; c) el momento de la determinación de la gravedad de la restricción al derecho a condiciones de existencia digna y a la igualdad; d) el momento de evaluar la (in)eficacia, la (in)suficiencia del accionar estatal; y e) el momento de determinación de los remedios.

c) Las dimensiones de la desigualdad

En cuanto a la desigualdad es importante ver si se está pensando la vulnerabilidad desde una *perspectiva de desigualdad* unidimensional, bidimensional o multidimensional¹¹².

El uso del concepto de “situación de vulnerabilidad” puede evitar el esencialismo y, simplemente, pone de resalto que algunas personas se encuentran en una situación de asimetría en cuanto al acceso a las condiciones de existencia digna. Evidencia, a su vez, que esa desigualdad proviene de arreglos institucionales preexistentes, en cuya definición los

Paraguay sostuvo que no basta “que las tierras reclamadas estén en manos privadas y sean racionalmente explotadas para rechazar cualquier pedido de reivindicación” (párr. 310). Si bien la Corte IDH parece querer fortalecer la prioridad de las comunidades sobre sus tierras, su argumento no resulta contundente.

¹⁰⁸ Algunos autores han explorado la relación que la Corte IDH establece entre identidad cultural y territorio, si bien reconocen los avances que ha implicado esta jurisprudencia, advierten que “an adequate legal protection of ancestral lands must be defended by joining the argument of ethno-cultural recognition with judicial responses to major socio-economic inequalities of black communities, through policies of redistribution”, Dulitzky, Ariel, 2010, ob. cit., Costa, Sérgio; Gonçalves, Guilherme Leite; “Human Rights as Collective Entitlement? Afro-Descendants in Latin America and the Caribbean”, *Zeitschrift für Menschenrechte*. Oct. 2011, Vol. 5, pp. 52-71.

¹⁰⁹ Quintero Mosquera, Diana Patricia, *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2011, p. 84.

¹¹⁰ Luna, Florencia, “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels”, en: *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 121 (2009); Peroni/Timmer, ob. cit.

¹¹¹ Sobre la *simultaneidad y el cruce de diversas formas de violencia ligadas a diversas formas de opresión social*, v. Crenshaw, Kimberlé (1999): “Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color”, en: *Stanford Law Review*, Núm. 43, pp. 1241-1299; entre otras.

¹¹² V. entre otras, Fraser, Nancy, *Scales of Justice*, ob. cit.

afectados no tuvieron posibilidad real de participar en forma efectiva y que, además, en el presente, no pueden desarmar por sus propios medios, con sus propias fuerzas. *Éste es el argumento central para justificar el deber positivo del Estado para asegurar medidas de prestación para la Corte IDH que, en el caso de los niños, surge explícito del artículo 19 de la Convención Americana.*

Hasta aquí no hay trampa. La trampa deviene cuando esta situación se ve sólo como un problema de mala distribución de derechos concebidos como cosas. Si fuera así, la prestación podría implicar cualquier medida que conlleve una mejora. Sin embargo, así planteado el problema, la activación de la prestación podría resultar en la negación de la agencia de los afectados¹¹³. El problema es que se ve la vulnerabilidad sólo como producto de la mala distribución. Se opaca que también ella puede devenir de la falta de reconocimiento o posibilidades ciertas de participación. Lo primero puede conllevar ver a las personas afectadas como sujetos pasivos de las medidas de prestación y no como agentes.

En el caso de los niños la Corte IDH trata de saltar esta trampa cuando piensa en las obligaciones estatales para que los niños puedan crecer y desarrollarse “en condiciones dignas”; en el caso de las comunidades indígenas, cuando enfatiza la especial relación que las comunidades establecen con sus tierras ancestrales y territorios, cuestión que no se puede solucionar simplemente con la entrega de otras tierras ni tampoco interpretando como definitivas acciones estatales para sacar a las comunidades de la miseria que no impliquen la devolución de sus tierras ancestrales. En fin, esta trampa se puede evitar si las vulnerabilidades son interpretadas, desarmadas, analizadas en forma de desigualdades multidimensionales por mala distribución, falta de reconocimiento y de participación, entre otras.

Si se analizan las situaciones de vulnerabilidad –trabajadas en cada uno de los casos en apartados anteriores- con detenimiento, algunas hablan de un trato desigualitario a niños por mala o falta de distribución de bienes económicos y sociales por los que son “arrojados” a habitar las calles o a niños detenidos en situación de hacinamiento. Asimismo, otras devienen de un trato desigualitario por falta de reconocimiento de las

¹¹³ Cuestión que tiene un matiz adicional cuando se trata de niños pequeños, agentes incompetentes básicos por definición.

interpretaciones que las comunidades indígenas atribuyen a su relación con la tierra (falta de reconocimiento) lo que a su vez implica obstaculizar su autoabastecimiento y subsistencia (distribución) y por la falta de mecanismos administrativos y judiciales eficaces para reclamar por sus tierras y territorios (mala distribución de los arreglos institucionales de organización y procedimiento así como falta de posibilidades reales de participación).¹¹⁴

Las causales del trato desigualitario en relación con el acceso a condiciones de existencia digna resultan, así, multidimensionales¹¹⁵. Apuntan tanto a que esos arreglos institucionales develan una mala distribución como a que, en algunos casos, están ausentes tanto el reconocimiento como los canales de participación¹¹⁶, todo lo cual ubica a esas personas en situación de desigualdad para poder actuar en la sociedad como pares¹¹⁷.

VI. Consideraciones finales

El propósito de este trabajo no fue ahondar en la disputa acerca de cuál es la mejor estrategia para justificar la obligación estatal de garantizar condiciones de existencia digna. Es decir, la disputa que parece enfrentar a quienes sostienen la justificación por medio del derecho a la vida frente a la que sostienen la justificación por medio de los derechos sociales. Tampoco fue nuestro propósito explorar el por qué de la elección de la estrategia realizada por la Corte IDH. Nuestro propósito fue salir del carácter dicotómico¹¹⁸ con el que suele ser presentada esta disputa de estrategias, para sacar a la luz el argumento de vulnerabilidad que en esta disputa había quedado opacado.

¹¹⁴ V. Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. ob. cit.

¹¹⁵ Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. ob. cit.

¹¹⁶ V. Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, cit., párr. 216 al tomar una afirmación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General No. 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38): “[L]a pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”.

¹¹⁷ V. Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. ob. cit.

¹¹⁸ En realidad nos parece más potente pensarla como “caja de herramientas”: cada una de ellas tiene debilidades y fortalezas, con lo que su uso no debería ser excluyente sino en relación con el contexto del caso que se busca discutir y defender. Por ejemplo, la propuesta de Cavallaro y Schaffer recupera las consignas de los movimientos; por el otro lado, la propuesta de Melish —si bien no descuida el contexto—, desarrolla con agudeza y profundidad teórica una dogmática de los derechos sociales para el contexto interamericano que, a su vez, es de utilidad para orientar el desarrollo en el ámbito local.

La evaluación de la especial gravedad de la situación en la que se encuentran los afectados es lo que justifica que el Estado tenga la obligación de realizar medidas positivas apropiadas, suficientes¹¹⁹ y conducentes para revertir esa situación de vulnerabilidad.

El argumento basal es el de igualdad material. En esas situaciones, existe una desigualdad que genera graves violaciones a los derechos, en especial, a la existencia digna, razón por la cual el Estado debe intervenir. Esta argumentación se enrola entre las que propugnan el modelo o paradigma de Estado social de Derecho.¹²⁰ Por ello, sea que la Corte IDH ingrese a la cuestión por el derecho a la vida digna o por el derecho al desarrollo progresivo de los DESC, ella no evita pronunciarse sobre cuestiones básicas de justicia social¹²¹, aunque lo haga de forma elíptica o tangencial. Estas situaciones se producen por falta de redistribución (falta o insuficiencia de acciones estatales que permitan que los niños marginalizados y/o detenidos puedan desarrollar sus planes de vida) y además, por falta de reconocimiento (de las voces de las comunidades indígenas que desde sus lugares, sus culturas y cosmovisiones interpretan la relación con la tierra, los territorios y buscan asegurar su autoabastecimiento).

En esta línea de trabajo, varias cuestiones parecen quedar en el tintero de la agenda de la Corte IDH. Nos detenemos en una¹²²: el desarrollo argumentativo que combina derecho a la existencia digna con contenido de derechos sociales y vulnerabilidad fue realizada en relación con niños en situación de vulnerabilidad, niños de las calles, personas adultas y niños detenidos, comunidades indígenas desplazadas en situación de pobreza extrema, integrantes de esas comunidades ancianos, niños, mujeres “en estado de embarazo y post-embarazo”. La dificultad radica en que este desarrollo se queda corto. Si bien en la

¹¹⁹ V. recientemente, Corte IDH, “Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (operación Génesis) vs. Colombia”, sentencia 20 de noviembre de 2013, párr. 330: “el Estado es responsable por la violación a los derechos de niños y niñas, por no haber desarrollado las acciones positivas suficientes a su favor en un contexto de mayor vulnerabilidad, en particular mientras estuvieron alejados de sus territorios ancestrales, período en que se vieron afectados por la falta de acceso a educación y a salud, el hacinamiento y la falta de alimentación adecuada.”

¹²⁰ Sobre el Estado Social de Derecho y las constituciones latinoamericanas para asegurar “una protección especial del Estado a personas o grupos en situación de “debilidad manifiesta” y sobre la democracia social como un modelo más adecuado (en comparación con el de la democracia liberal) “para responder a las circunstancias especiales de las sociedades no bien ordenadas del continente latinoamericano”, v. Arango, R., *Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional*. México.

¹²¹ Conferencia del ex-juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, *La “navegación americana”: la jurisdicción interamericana de los derechos humanos*, Max Planck Institut, Heidelberg, 20-21/11/13.

¹²² Otros fueron advertidos a lo largo del trabajo.

jurisprudencia de la Corte IDH existen sentencias sobre mujeres, migrantes, desplazados y personas en situación de discapacidad, en ellas no se desarrolla esta combinación argumentativa con la misma contundencia.

Por el otro lado, identificamos los problemas que puede acarrear trabajar con el argumento de vulnerabilidad. Al respecto, sostuvimos que la Corte IDH ha mostrado cierta flexibilidad con respecto a su uso. Ha tomado la edad (niños, personas de edad avanzada), la pertenencia a una comunidad indígena, la situación de especial sujeción (detención, internación) como dato de partida, pero combinado con un análisis de la situación concreta de habitabilidad (niños que habitan las calles, comunidades indígenas desplazadas que viven a la vera de una ruta en situación de pobreza extrema) o de detención (niños y adultos detenidos en situación de hacinamiento). Estas situaciones de vulnerabilidad son utilizadas como un argumento de base para justificar la obligación estatal de generar condiciones de existencia digna en clave de igualdad como distribución, reconocimiento y participación.