

# INFANCIA, VULNERABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS



## Informe Temático 2020



UNIVERSIDAD  
DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

# INFANCIA, VULNERABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Informe Temático  
2020

## **Dirección de investigación**

Liliana Galdámez Zelada  
Rita Lages de Oliveira  
Salvador Millaleo Hernández

## **Coordinadora**

Valentina López Garrido

## **Edición General**

Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile  
Gustavo Namuncura Salgado

## **Ayudantes de investigación**

Valentina Canales Guzmán  
Sebastián Cepeda Valdés  
Fernanda Cuevas Gallegos  
Rodrigo Mallea Cardemil  
Camilo Ruz Ibáñez  
Francisco Urtubia Marín  
Cecilia Vera Castillo  
Nicole Zúñiga De La Cuadra



UNIVERSIDAD  
DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

## **Introducción: sobre un nuevo concepto de vulnerabilidad en la teoría y práctica de los derechos humanos\***

El enfoque de la vulnerabilidad, desarrollado jurisprudencialmente para nuestra región por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se constituye como un nuevo marco a partir del cual los Estados adquieren deberes reforzados de protección cuando se encuentran frente a personas o grupos vulnerables. En el caso de los niños, niñas y adolescentes tal vulnerabilidad, les pertenece por su propia naturaleza, porque su situación vital les expone a mayores riesgos. Dicho esto, algunos NNA son especialmente vulnerables por otras situaciones concretas que les afectan. Así ocurre con aquellos que están en situación de abandono, cuya protección se confía a instituciones como el SENAME, o los NNA cuyos padres son trabajadores/as indocumentados/as, pertenecientes a pueblos indígenas, o pobres.

Quizá lo más reseñable de esta perspectiva sea lo que se refiere a los deberes de actuación que pesan sobre los Estados. Los antecedentes que arroja este informe temático ponen de manifiesto un enfoque desarrollado por el Estado que históricamente ha optado por entender que tal deber se concreta cuando los NNA son puestos bajo la custodia de instituciones u organizaciones que se encargan de su protección. Sin embargo, el deber de protección a que se refiere la Corte IDH exige acciones positivas en diversos sentidos: se trata de una respuesta compleja que, en el fondo, hace visibles a los NNA, ya no sólo como sujetos de derecho, sino que también obliga a los Estados a asegurar y garantizar esos derechos de manera efectiva. Por esto, los diversos aspectos teóricos propuestos por este enfoque son presentados, en lo sucesivo, pensando en el tratamiento que NNA deben recibir conforme a Derecho, lo que a su vez nos permitirá valorar las innumerables tareas pendientes del Estado chileno en esta materia.

El concepto de *vulnerabilidad* ha estado sujeto a una serie de transformaciones en los últimos años. Esta noción se ha convertido en una de las palabras favoritas del lenguaje de la política<sup>1</sup> y de las políticas públicas, lo

\* Sección redactada por Liliana Galdámez Zelada, Rita Lages de Oliveira y Salvador Millaleo Hernández.

1 Estelle Ferrarese, «The Vulnerable and the Political: On the Seeming Impossibility of Thinking Vulnerability and the Political Together and Its Consequences», *Critical Horizons* 17(2) (2016): 224-239, doi: 10.1080/14409917.2016.1153892.

que ha impactado sobre las construcciones normativas que han sido promovidas por dichas políticas.

Sin embargo, dichas políticas y construcciones normativas han adolecido de una profunda ambivalencia, pues la noción de vulnerabilidad ha fundado tanto respuestas progresivas como conservadoras, en relación a la protección de los derechos humanos.

Las visiones progresivas de la vulnerabilidad se han centrado en la responsabilidad social hacia los otros, en cuanto se esfuerzan por revitalizar las obligaciones estatales que promueven la seguridad y los derechos humanos. En estas visiones se enfatiza que los seres humanos estamos vinculados de una manera ontológica por el hecho de que, en tanto seres corporales, enfrentamos siempre el riesgo de sufrir lesiones físicas y daños. Esta predisposición a la vulnerabilidad genera una precariedad, que puede crear una responsabilidad individual e institucional respecto de los otros, considerando que las circunstancias de vulnerabilidad de las otras personas son también, en parte, nuestras. Como explica Judith Butler, esto implica que “cada uno de nosotros está constituido políticamente en parte en virtud de la vulnerabilidad social de nuestros cuerpos, como un lugar de deseo y vulnerabilidad física”<sup>2</sup>. La vulnerabilidad supera las lesiones corporales o las relaciones interpersonales, extendiéndose a situaciones materiales de riesgo económico y exposición institucional.

Por otra parte, el lenguaje político de visiones conservadoras e incluso antidemocráticas ha incorporado la noción de vulnerabilidad o, mejor dicho, reformulado dicha noción desde el paternalismo hacia una visión donde impera una consideración de los riesgos de la vida como atributos de personas y grupos que amenazan la convivencia de la sociedad, las cuales justificarían la prevención estigmatizante y la vigilancia sobre dichos riesgos y sobre los grupos que son portadores de ellos.

Esta ambivalencia de la noción de vulnerabilidad surge de la misma ambivalencia en los modos de reconocimiento intersubjetivo en la sociedad, donde la solidaridad que surge de compartir necesidades y deseos se ve enfrentada con la posibilidad de que ese reconocimiento sea objeto de abuso<sup>3</sup>.

---

2 Judith Butler, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence* (London: Verso, 2004), 20.

3 Katie Oliviero, *Vulnerability Politics, The Uses and Abuses of Precarity in Political Debate* (New York: New York University Press, 2018), 14.

En este informe, procuraremos desarrollar un concepto progresivo de vulnerabilidad que se ancla en los desarrollos de la filosofía legal de Martha Fineman y en sus aplicaciones implementadas en las decisiones de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos.

## Ontología y Contextualidad de la Vulnerabilidad

De acuerdo a la visión de Fineman, la vulnerabilidad es –y debe entenderse como– una condición universal y constante, inherente a la condición humana.

El concepto de vulnerabilidad se deriva de la palabra latina *vulnus* (herida) y se refiere a la inherente capacidad de sufrir del cuerpo humano. Ser humano significa tener la condición de ser vulnerable, es decir, ser frágil, susceptible de sufrir heridas y sufrir. Esta susceptibilidad de ser herido y sufrir es una condición ontológica de nuestra humanidad, en cuanto es común a todos. La vulnerabilidad es constitutiva, primordial y común para los seres humanos<sup>4</sup>.

Ahora bien, la vulnerabilidad no es una condición abstracta, permanente, sino que se realiza en virtud de una determinada configuración de poder. Ser vulnerable significa “estar a merced de otro”, en el vértice débil de una relación de poder<sup>5</sup>. La consecuencia moral y política de la vulnerabilidad es siempre que los sujetos vulnerables requieren un especial cuidado, protección o mitigación por parte de la comunidad y de las instituciones estatales<sup>6</sup>.

En la filosofía política, Brian Turner ha sostenido que la vulnerabilidad surge a partir de la necesaria corporalidad de los seres humanos, quienes tenemos “una propensión orgánica a la mortalidad y enfermedad, que la muerte y el morir son ineludibles, y que los cuerpos envejecidos están sujetos a deterioro y discapacidad”<sup>7</sup>. Por su parte, los filósofos Alasdair MacIntyre<sup>8</sup> y Martha Nussbaum<sup>9</sup> llaman la atención sobre la animalidad de la condición humana, la cual determina

4 Estelle Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», *Brill Research Perspectives in Critical Theory* 1(2) (2016), 1–88: 28, doi:10.1163/24519529-12340002.

5 Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», 1.

6 Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», 25.

7 Brian Turner, *Vulnerability and Human Rights* (Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2016), 29.

8 Alasdair MacIntyre, *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues* (Chicago: Open Court, 1999).

9 Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006).

que nuestros cuerpos son cuerpos animales, los cuales son susceptibles de aflicción, dolor y lesiones, pero que también dependen de la interacción social con los semejantes, de la socialidad inherente de la vida humana, en un tema que bien podemos remontar hasta Hobbes o Aristóteles. Debido a que somos seres corporales vulnerables a las acciones de los demás y a las lesiones en general en mayor o menor medida, dependemos del cuidado y apoyo de otros sujetos, en diversos grados, durante prolongados periodos de la vida. Para Nussbaum, la dignidad humana es una dignidad animal, correspondiente a un ser “necesitado en peligro”, cuyas capacidades racionales se desarrollan y cambian a lo largo del curso de la vida<sup>10</sup>.

En el feminismo, la noción de vulnerabilidad ha recibido atención como parte de la crítica al patriarcado, en cuanto dicha forma de dominación se basa en el control sobre los cuerpos de las mujeres, que quedan a merced de golpes, violaciones y embarazos impuestos, en la medida que el patriarcado implica garantizar el acceso ilimitado a los cuerpos de las mujeres, ya sea que ello esté regulado a través de un contrato matrimonial o por la violencia infligida con impunidad<sup>11</sup>.

Goodin<sup>12</sup> ha destacado el carácter fundamentalmente social o relacional de la vulnerabilidad, pero en lugar de entenderla como ontológica, se enfoca en la susceptibilidad contingente de personas o grupos particulares a tipos específicos de daño o amenaza por parte de otros. Para Goodin, se es vulnerable a agentes particulares con respecto a tipos particulares de amenazas a sus intereses<sup>13</sup>, de manera que las personas son potencialmente vulnerables en cuanto a su falta de protección frente a esas amenazas o a su capacidad reducida para protegerse.

Las personas vulnerables son aquellas con capacidad, poder o control reducidos para proteger sus intereses en relación con otros agentes. Las desigualdades de poder, dependencia, capacidad o necesidad hacen que

---

10 Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, 278.

11 Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», 3.

12 Robert Goodin, *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities* (Chicago: University of Chicago Press, 1986).

13 Goodin, *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, 112.

algunos agentes sean vulnerables al daño o la explotación por otros<sup>14</sup>. Goodin propone una idea de responsabilidad colectiva que ocurre en el caso de que un ser humano sea vulnerable a las acciones de un grupo; surgiendo en ese caso una responsabilidad del grupo para organizar e implementar un patrón de acción coordinado de tal modo que los intereses de dicho ser humano estén protegidos por el grupo<sup>15</sup>.

Para Mackenzie, Rogers y Dodds<sup>16</sup>, se puede entender mejor el concepto de vulnerabilidad mediante una taxonomía:

- a) Vulnerabilidad inherente: se refiere a las fuentes de vulnerabilidad que son intrínsecas a la condición humana, las cuales surgen de nuestra corporalidad, necesidad, dependencia de los demás y nuestra naturaleza afectiva y social. Los humanos son inherentemente vulnerables al hambre, sed, privación del sueño, daño físico, hostilidad emocional, aislamiento social, etc. Algunas de estas vulnerabilidades son constantes, mientras otras varían según una variedad de factores, como la edad, el sexo, el estado de salud y la discapacidad. La vulnerabilidad inherente también varía según la capacidad de resiliencia y la capacidad de una persona para hacerle frente.
- b) Vulnerabilidad situacional: es aquella vulnerabilidad específica del contexto. Dicha vulnerabilidad puede ser causada o exacerbada por situaciones personales, sociales, políticas, económicas o ambientales de individuos o grupos sociales. Puede ser una situación de corto plazo, intermitente o duradera.
- c) Vulnerabilidad patológica: aquella que tiene por característica la forma profunda en que socava la autonomía o exagera la sensación de impotencia generada por la vulnerabilidad en general. Puede ser generada por una variedad de fuentes, incluidas las relaciones interpersonales y sociales moralmente disfuncionales o abusivas y la opresión o injusticia sociopolítica. También puede surgir cuando una respuesta destinada a mejorar la vulnerabilidad tiene el efecto paradójico de exagerar las vulnerabilidades existentes o generar

14 Catriona Mackenzie, Wendy Rogers y Susan Dodds, «Introduction: what is vulnerability and why does it matter for moral theory?», *Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy*, ed. por Catriona Mackenzie, Wendy Rogers, Susan Dodds (New York: Oxford University Press, 2014), 1-29: 6.

15 Goodin, *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, 136.

16 Mackenzie, Rogers y Dodds, «Introduction: what is vulnerability and why does it matter for moral theory? », 7-9.

otras nuevas.

d) Vulnerabilidad ocurrente: aquella que ocurre actualmente.

e) Vulnerabilidad disposicional: aquella que tiene la posibilidad de ocurrir.

Tabla 1 - Tipos de Vulnerabilidad

	Disposicional	Ocurrente
Inherente	1	2
Situacional	3	4
Patológica	5	6

Fuente: elaboración propia.

## Fineman sobre la Vulnerabilidad

Martha Albertson Fineman ha desarrollado una teoría de la vulnerabilidad, que ha surgido como una nueva herramienta crítica respecto a la noción liberal de igualdad formal, proponiendo un marco alternativo para comprender de manera substantiva la igualdad en la filosofía política y moral. Esta teoría ha ganado rápidamente una gran aceptación en la academia legal<sup>17</sup>. Con ello, Fineman proporciona una nueva base para definir el papel del Estado y una justificación para las políticas expansivas de bienestar social, en cuanto el Estado tiene la obligación de reducir, mejorar y compensar la vulnerabilidad.

El enfoque de vulnerabilidad se propone como una alternativa al análisis tradicional del modelo liberal sobre la igualdad de protección<sup>18</sup>. La igualdad en el modelo liberal requiere de la igualdad de trato por el Estado, implicando un mandato formal contra la discriminación. La igualdad, así reducida a la igualdad de trato o prohibición de la discriminación, ha demostrado ser una herramienta inadecuada para resistir o alterar las formas persistentes de subordinación, ya que no protege a los sujetos contra el poder de otros individuos en el mercado o la familia, ni tampoco brinda protección contra la discriminación en base a condiciones que suelen no recibir un mayor escrutinio judicial, como la situación

17 Nina A. Kohn, «Vulnerability Theory and the Role of Government», *Yale Journal of Law & Feminism* 26(1) (2014), 3.

18 Martha Albertson Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», en *Yale Journal of Law and Feminism* 20(1) (2008), 1.

de discapacidad o la orientación sexual.

La concepción liberal de la igualdad formal no altera los acuerdos institucionales existentes que privilegian a algunos y perjudican a otros, e incluso puede servir para validarlos. Para esta concepción, el Estado no es responsable, a menos que se perciba cierta distorsión introducida por un sesgo inadmisibles, pero no interfiriendo en las situaciones duraderas o estructurales de discriminación.

La visión liberal de la vulnerabilidad se centra en los individuos y en las acciones individuales, identificando a las víctimas y los perpetradores individuales de la discriminación, definiendo cuáles acciones estaban prohibidas en cada suceso. Al basarse en el mito del individuo autónomo, el modelo formal de igualdad no aborda las desigualdades sustantivas y las asignaciones diferenciales de privilegios producidas por las instituciones sociales<sup>19</sup>.

Fineman cuestiona esa visión liberal y propone la visión del “sujeto vulnerable” para reemplazar al sujeto autónomo e independiente afirmado en la tradición liberal. Este sujeto está formado socialmente, a partir de su vulnerabilidad:

“Nuestra vulnerabilidad y la necesidad de conexión y cuidado que genera son lo que nos hace llegar a y formar una sociedad. Es el reconocimiento y la experiencia de la vulnerabilidad humana lo que lleva a los individuos a las familias, las familias a las comunidades y las comunidades a las sociedades, las naciones, los estados y las organizaciones internacionales.”<sup>20</sup>

La vulnerabilidad se deriva de nuestra corporalidad, que conlleva la posibilidad siempre presente de daños, lesiones y desgracias, desde eventos levemente adversos hasta eventos catastróficos o devastadores, ya sean accidentales, intencionales o de otro tipo. Se puede intentar disminuir el riesgo o mitigar el impacto de tales eventos, pero no se puede eliminar completamente su posibilidad, pues muchos eventos están, en última instancia, más allá del control humano<sup>21</sup>.

19 Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», 19.

20 Martha Albertson Fineman, «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law & Politics», *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, ed. por Martha Albertson Fineman y Anna Grear (Farnham: Ashgate Pub., 2013), 22.

21 Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», 9.

Aunque la vulnerabilidad sea universal, cada uno de nosotros la experimenta de manera única y esta experiencia está influenciada por la calidad y cantidad de recursos que poseemos o podemos dominar<sup>22</sup>. La realidad humana abarca una amplia gama de desafíos diferentes e interdependientes a lo largo de la vida y de habilidades para enfrentarlos. En definitiva, la vulnerabilidad reconoce que las personas están ancladas a sus vidas por la dependencia y la existencia o falta de capacidad frente a ella<sup>23</sup>. La teoría de la vulnerabilidad, por lo tanto, reconoce al sujeto político-legal como dinámico en lugar de estático, materialmente frágil y socialmente interdependiente<sup>24</sup>.

El Estado tiene un rol contributivo y activo en las diversas construcciones de la vulnerabilidad. Las instituciones facilitadas por el Estado que han crecido en torno a la vulnerabilidad están interrelacionadas y se superponen, lo que crea la posibilidad de oportunidades y apoyo en diversos niveles o capas para las personas, pero también contiene vacíos y dificultades potenciales. Para Fineman, si la preservación y la implementación de los valores públicos son responsabilidad estatal, esta debería extenderse para garantizar que, en la medida de lo posible, los bienes públicos se distribuyan también de acuerdo con esos valores<sup>25</sup>. El Estado debe prestar igual atención a la vulnerabilidad compartida por determinados conjuntos de individuos, en sus diversas configuraciones. El Estado tiene entonces la obligación de reconocer y responder a las fuerzas sistémicas que perpetúan las vulnerabilidades: por ejemplo, sistemas educativos débiles, estructuras de empleo con perspectiva de género, degradación ambiental, etc.

De acuerdo a Ferrarese, la vulnerabilidad siempre estará condicionada normativamente por las instituciones, en la sociedad y el Estado, en cuanto: "(1) al instituir condiciones de interacción, las expectativas normativas instituyen y mantienen al individuo en lo social; (2) determinan el estado del individuo como sujeto, en particular como sujeto moral y político; y (3) instituyen aquello a lo que el individuo está expuesto. En otros términos, la vulnerabilidad es la condición de la posibilidad del sujeto, porque capturar a un sujeto en expectativas

---

22 Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», 10.

23 Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», 12.

24 Deborah Dinner, «Vulnerability as a Category of Historical Analysis: Initial Thoughts in Tribute to Martha Albertson Fineman», *Emory Law Journal* 67(6) (2018), 1151.

25 Dinner, «Vulnerability as a Category of Historical Analysis: Initial Thoughts in Tribute to Martha Albertson Fineman», 8.

simultáneamente significa exponerlo a la posibilidad de ser decepcionado.”<sup>26</sup>.

Esto es lo que crea la responsabilidad moral y política del Estado y la sociedad frente a la vulnerabilidad.

## **La incorporación del concepto de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

La presencia del concepto de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH) no es nueva y ha ido de la mano, históricamente, de la construcción de un catálogo de derechos humanos reconocidos y sus respectivas obligaciones de promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos de ciertos grupos sociales, a saber, personas indígenas y afrodescendientes, mujeres, niños, niñas y adolescentes (NNA) y migrantes. En común, para la Comisión y Corte interamericanas de derechos humanos (CIDH y Corte IDH), estos grupos están expuestos a una mayor vulneración de sus derechos, sea porque es más probable que puedan ser víctimas de actos discriminatorios o de violencia por parte del Estado o de particulares en cuanto a la titularidad, acceso y ejercicio de sus derechos, sea porque presentan mayor dificultad para defenderse de tales vulneraciones.

Para el SIDH la vulnerabilidad es un concepto a considerar por los Estados a la hora de idear e implementar sus políticas públicas. En este sentido, se entiende que la Convención de Belém do Pará establezca, en su artículo 9, que los Estados parte deben tomar especial cuenta de la situación de vulnerabilidad de las mujeres para la adopción de políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Dicha disposición recoge una idea expresada reiteradamente por ambos órganos de protección y promoción del SIDH: la existencia de personas y grupos especialmente vulnerables, es decir, “el sujeto (...) afectado por fragilidad superior a la fragilidad promedio de otros sujetos en el seno del mismo Estado y esta fragilidad provoca un grado mayor de exposición a la violación convencional”<sup>27</sup>,

<sup>26</sup> Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», 63.

<sup>27</sup> Rosmerlin Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología», *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, coord. por Laurence Burgorgue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014), 210.

impone a los Estados partes de la CADH un deber reforzado de protección que requiere que aquellos adopten medidas positivas concretas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, y orientadas a garantizar su pleno ejercicio<sup>28</sup>.

Por otro lado, el grado de vulnerabilidad del sujeto de derechos será mayor en las situaciones de “discriminación múltiple”. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha identificado a los NNA, por lo general más expuestos a contextos de pobreza, y en particular a las niñas indígenas<sup>29</sup>, menores migrantes apátridas<sup>30</sup>, en situación de discapacidad<sup>31</sup> o separados de sus padres o familiares en el contexto de conflictos armados<sup>32</sup> como sujetos especialmente vulnerables. La razón que explica ese mayor grado de vulnerabilidad, y para utilizar la tipología propuesta por Estupiñan-Silva, es que los NNA están expuestos simultáneamente a una fragilidad física, social y jurídica<sup>33</sup>.

Finalmente, la incorporación del concepto de vulnerabilidad en el SIDH, ya sea por vía de la Comisión o de la Corte IDH, y el consecuente reconocimiento de una protección reforzada de derechos para ciertas personas o grupos sociales más expuestos a la amenaza de sus derechos, ha llevado a la determinación de un más elevado grado de exigencia de las obligaciones jurídicas de los Estados y de los estándares de protección mediante políticas públicas también diseñadas en términos de resiliencia, es decir, orientadas a evitar vulnerabilidades futuras y/o de mejorar la capacidad de adaptación de estas personas que presentan un mayor grado de sensibilidad frente a la amenaza de vulneración de sus derechos<sup>34</sup>.

---

28 Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C 127, párr. 201.

29 Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C 225, párr. 201.

30 Corte IDH, caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C 130, párr. 110.

31 Corte IDH, caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C 246, párr. 201.

32 Corte IDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Serie C 232, párr. 86.

33 Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana...», 211 ss.

34 Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana...», 222 ss.

## La incorporación del concepto de vulnerabilidad en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos (SEDH), pese a que no ha definido la noción de vulnerabilidad<sup>35</sup>, la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) ha reiterado que los artículos 1º y 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) requieren la “protección efectiva de los niños y otras personas vulnerables en particular”<sup>36</sup>, sosteniendo que diferentes instrumentos internacionales enfatizan, por ejemplo, la vulnerabilidad particular de las víctimas de violencia doméstica y la necesidad de los Estados de participar activamente en la protección de estas personas<sup>37</sup>, o incluso determinar que los solicitantes de asilo pertenecen a un grupo particularmente vulnerable y en desventaja, haciéndose merecedores de ‘protección especial’<sup>38</sup>.

En la comprensión del sistema europeo, algunas personas son más vulnerables que otras a las amenazas estándar o comunes, ya sea por sus características personales o por sus actividades, o bien –y sobre todo– por su pertenencia a ciertos grupos y, por ello, deberán proporcionarse derechos especiales para proteger su vulnerabilidad especial a estas amenazas<sup>39</sup>.

La Corte EDH ha entendido la vulnerabilidad, a menudo, como una situación<sup>40</sup>, una calidad<sup>41</sup>, un estatus<sup>42</sup>, referidos a una o más personas, desde puntos de vista objetivos y subjetivos que pueden coexistir en el mismo juicio o ser indiferenciados<sup>43</sup>. Por otra parte, la Corte EDH ha construido la noción de

35 C line Ruet, «La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 26(102) (2015), 1.

36 Corte EDH, caso *Dordevic c. Croacia*, sentencia de 24 de julio de 2012. Petición N  41526/10, párr. 138.

37 Corte EDH, caso *E.M. c. Rumania*, sentencia de 30 de octubre de 2012. Petición N  43994/05, párr. 58.

38 Corte EDH, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sentencia de 21 de enero de 2015. Petición N  30696/09, párr. 251.

39 Samantha Besson, «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme, l'exemple de la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, dir. por Laurence Burgorgue-Larsen (Paris: Pedone, 2014), 64.

40 Corte EDH, caso *Renolde c. Francia*, sentencia de 16 de octubre de 2008. Petición N  5608/05, párr. 83.

41 Corte EDH, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 232.

42 Corte EDH, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 251; Corte EDH, caso *Mugenzi c. Francia*, sentencia de 10 de julio de 2014. Petición N  52701/09, párr. 52.

43 Corte EDH, caso *B. c. Rumania*, sentencia de 19 de febrero de 2013. Petición N  1205/03, párr. 86.

vulnerabilidad a partir de la cierta evolución de los derechos humanos, desde el *hard law* reflejado en el cuerpo de convenciones, pero también en el *soft law* de las recomendaciones, resoluciones, declaraciones, informes, etc., tanto a nivel europeo como internacional.

La Corte EDH determina la aplicación de la noción de vulnerabilidad, en el marco de los principios o su aplicación, siempre a partir de la existencia de un grupo, al cual se refiere con diversos conceptos: personas vulnerables<sup>44</sup>, categoría<sup>45</sup>, grupo de la sociedad<sup>46</sup> o grupo de la población<sup>47</sup>, minoría<sup>48</sup>. Cuando no se refiere expresamente a un grupo de personas, dicha Corte hace referencia a una cualidad que relaciona a un individuo con otros sujetos. De allí que la vulnerabilidad se refiera, en primer lugar, a características comunes de las personas o situaciones experimentadas por las personas, consideradas en su relación con la sociedad, de integración o exclusión, y en general de acuerdo con una dimensión histórica. En segundo lugar, la vulnerabilidad se refiere directamente a ciertos grupos determinados.

Ciertos tipos de grupos han sido reconocidos como vulnerables en el curso de la jurisprudencia de este tribunal europeo: minorías cuya historia es un elemento esencial para explicar su exclusión (los romaníes), categorías de personas cuyo tratamiento legal debe entenderse en su dimensión histórica (discapacitados mentales), personas caracterizadas por una situación de errancia que tiene origen en otro Estado (solicitantes de asilo, personas desplazadas).

La Corte EDH, a partir de la determinación de la vulnerabilidad, ha construido deberes de protección especial. Esta protección viene a realizar el principio de igualdad –antes que negarlo– mediante la preocupación por su protección efectiva, unida a un enfoque de la igualdad referida al tratamiento específico de ciertos grupos y categorías de personas. La jurisprudencia de la Corte EDH hace uso de la vulnerabilidad tanto para ampliar el alcance de ciertos

---

44 Corte EDH, caso *Stanev c. Bulgaria*, sentencia de 21 de enero de 2015. Petición N° 36760/06, párr. 120.

45 Corte EDH, caso *Pretty c. Reino Unido*, sentencia de 29 de abril de 2002. Petición N° 2346/02, párr. 74.

46 Corte EDH, caso *Pretty c. Reino Unido*, párr. 42.

47 Corte EDH, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 251

48 Corte EDH, caso *Milanovic c. Serbia*, sentencia de 14 de diciembre de 2010. Petición N° 44614/07, párr. 89.

derechos como para desarrollar nuevos tipos de obligaciones<sup>49</sup>.

Besson distingue, en cuanto a las consecuencias de la incorporación de la vulnerabilidad por la Corte EDH, funciones materiales y procedimentales<sup>50</sup>:

a) Función material:

- a. la vulnerabilidad es una base dinámica para identificar la lista no exhaustiva de grupos que deben protegerse contra la discriminación, pero también como una base para identificar grupos que probablemente sean vulnerables a la discriminación, estar sujetos a discriminación indirecta y como base para adoptar medidas especiales para la protección de las personas discriminadas.
- b. la vulnerabilidad es fuente de obligaciones positivas de protección y prevención en el contexto del derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, el derecho a la libertad y la seguridad, el derecho a un juez, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, la libertad de asociación y reunión y el derecho a la propiedad.
- c. la vulnerabilidad sirve como umbral para determinar la severidad de los tratos inhumanos y degradantes y de la tortura.

a) Función Procedimental:

- a. la vulnerabilidad es un facilitador de la admisibilidad de solicitudes individuales ante el Tribunal
- b. es una base para extender el poder o competencia de la Corte
- c. es un desencadenante para revertir la carga de la prueba ante la Corte.

Algunos de los criterios de la Corte EDH han sido igualmente aplicados por la Corte IDH que, para efectos de nuestra región, ha debido lidiar con problemas especialmente graves derivados de la condición de pobreza, abandono y donde se suman a las anteriores, otras vulnerabilidades, como ya se señaló. Estas sumatorias de riesgos es lo que obliga a una actuación consistente y sistemática por parte del Estado para proteger a los NNA, especialmente cuando es el ordenamiento jurídico el que introduce condiciones que limitan en la práctica los derechos humanos y fundamentales, como ocurre por ejemplo, con los NNA hijos de madres y padres trabajadores indocumentados.

49 Besson, «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme...», 73.

50 Besson, «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme...», 73.

La vulnerabilidad así entendida será analizada a lo largo de este informe temático, buscando evidenciar las múltiples e incansables tareas que pesan sobre el Estado en esta materia y que ha sido puesta en evidencia por diversos informes de órganos de tratado, por la jurisprudencia y por diagnósticos elaborados por diversos organismos.

## Referencias

BESSON, Samantha. «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme, l'exemple de la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme». *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, dir. por Laurence Burgogues-Larsen. Paris: Pedone, 2014.

BUTLER, Judith. *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*. London: Verso, 2004.

DINNER, Deborah. «Vulnerability as a Category of Historical Analysis: Initial Thoughts in Tribute to Martha Albertson Fineman». *Emory Law Journal* 67(6) (2018): 1149-1163.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología». *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, coord. por Laurence Burgogues-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014): 193-231.

FERRARESE, Estelle. «The Vulnerable and the Political: On the Seeming Impossibility of Thinking Vulnerability and the Political Together and Its Consequences». *Critical Horizons* 17(2) (2016): 224-239. doi: 10.1080/14409917.2016.1153892.

FERRARESE, Estelle. «Vulnerability and Critical Theory». *Brill Research Perspectives in Critical Theory* 1(2) (2016): 1–88. doi:10.1163/24519529-12340002.

FINEMAN, Martha. «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition». *Yale Journal of Law and Feminism* 20(1) (2008): 1-23.

FINEMAN, Martha. «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law & Politics». *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and*

*Politics*, editado por Martha Albertson Fineman y Anna Grear (Farnham: Ashgate Pub., 2013).

GOODIN, Robert. *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

KOHN, Nina A. (2014). «Vulnerability Theory and the Role of Government». *Yale Journal of Law & Feminism* 26(1) (2014): 1-27.

MACINTYRE, Alasdair. *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. Chicago: Open Court, 1999.

MACKENZIE, Catriona, Wendy Rogers y Susan Dodds. «Introduction: what is vulnerability and why does it matter for moral theory?». *Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy*, editado por Catriona Mackenzie, Wendy Rogers, Susan Dodds, 1-29. New York: Oxford University Press, 2014.

NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

OLIVIERO, Katie. *Vulnerability Politics, The Uses and Abuses of Precarity in Political Debate*. New York: New York University Press, 2018.

RUET, Cèline. «La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme». *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 26(102) (2015): 317-340.

TURNER, Brian. *Vulnerability and Human Rights*. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2016.

## **Jurisprudencia**

Corte Europea de Derechos Humanos, caso B. c. Rumania. Sentencia del 19 de febrero de 2013. Petición N° 1205/03.

\_\_\_\_\_, caso Dordevic c. Croacia, sentencia de 24 de julio de 2012. Petición N° 41526/10.

\_\_\_\_\_, caso E.M. c. Rumania, sentencia de 30 de octubre de 2012. Petición N° 43994/05.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso *B. c. Rumania*. Sentencia del 19 de febrero de 2013. Petición N° 1205/03.

\_\_\_\_\_, caso *Dordevic c. Croacia*, sentencia de 24 de julio de 2012. Petición N° 41526/10.

\_\_\_\_\_, caso *E.M. c. Rumania*, sentencia de 30 de octubre de 2012. Petición N° 43994/05.

\_\_\_\_\_, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sentencia de 21 de enero de 2015. Petición N° 30696/09.

\_\_\_\_\_, caso *Milanovic c. Serbia*, sentencia de 14 de diciembre de 2010. Petición N° 44614/07.

\_\_\_\_\_, caso *Mugenzi c. Francia*. Sentencia del 10 de julio de 2014. Petición N° 52701/09.

\_\_\_\_\_, caso *Pretty c. Reino Unido*. Sentencia del 29 de abril de 2002. Petición N° 2346/02.

\_\_\_\_\_, caso *Renolde c. Francia*. Sentencia del 16 de octubre de 2008. Petición N° 5608/05.

\_\_\_\_\_, caso *Stanev c. Bulgaria*. Sentencia del 21 de enero de 2015. Petición N° 36760/06.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C 127.

\_\_\_\_\_, caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre del 2005. Serie C 130.

\_\_\_\_\_, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C 225.

\_\_\_\_\_, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Serie C 232.

\_\_\_\_\_, caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C 246.