

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Ciudad de La Plata, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2017

Comisión 4. Derecho de Daños

“Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

Perfilando una prevención oblicua del Derecho de Daños para hipótesis de vulnerabilidad

La optimización de los derechos fundamentales en el Derecho Privado

Autor

Bailo, Gonzalo Luciano¹

CONICET- UNL

Resumen

En este trabajo se exploró la función preventiva del Derecho de Daños en hipótesis de vulnerabilidad. Para ello, se propuso una distinción entre una prevención ordinaria y una oblicua. Se recuperaron algunos insumos teóricos que sirven para contextualizar la discusión en el ámbito del Derecho Privado. Se realizó un breve recorrido por algunos antecedentes jurisprudenciales destacados del ámbito internacional y local. Se ofrecieron algunas conclusiones provisionales que pueden enriquecer la discusión respecto de los límites y alcances de la función preventiva del Derecho de Daños.

Sumario

1. Introducción. Prevención ordinaria y prevención oblicua: la superposición de las sociedades de riesgo y las sociedades vulnerables. 2. La vulnerabilidad como objeto de estudio en el Derecho Privado: ajustes técnicos preliminares. 3. La prevención oblicua en la jurisprudencia: algunas respuestas a problemas de acceso y de protección. 3.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.1.1. Garantías de protección en la CIDH. 3.1.2. Derechos de acceso en la CIDH. 3.2. La jurisprudencia local. 3.2.1. Vulnerabilidad social y tipos de acceso 3.2.2. Acceso al espacio público y protección de los “usos comunes” 3.2.3. Acceso a bienes sociales fundamentales. 3.2.4. Bienes colectivos y acceso a la justicia. 4. Algunas conclusiones provisionales

¹ Becario Doctoral Conicet. Docente simple de Derecho Civil II (Obligaciones) y Derecho de Daños en FCJS-UNL. Lugar de trabajo: Centro de Investigaciones de la FCJS-UNL. Correo: gbailo@fcjs.unl.edu.ar

1. Introducción. Prevención ordinaria y prevención oblicua: la superposición de las sociedades de riesgo y las sociedades vulnerables.

- 1.1. El objeto de este trabajo es desarrollar la función preventiva del Derecho de Daños en hipótesis de vulnerabilidad. El mandato preventivo incorporado al Código Civil y Comercial en el artículo 1710 requiere de una serie de ajustes técnicos cuando debe aplicarse a situaciones de vulnerabilidad. Por ello, se propone distinguir en la gramática privatista una función de prevención horizontal u ordinaria y una función de prevención oblicua.
- 1.2. En la prevención horizontal u ordinaria, el derecho reacciona ante la probabilidad de un daño, que el sujeto puede evitar, pero que no está obligado a soportar. Se entiende que la persona tiene capacidad de respuesta ante el daño, pero también que hay razones suficientes para trasladar el costo de ese riesgo a un tercero. En este sentido, la prevención ordinaria se estructura en una serie de sistemas de seguridad que se activan *ex ante* para trasladar o socializar los costos de un daño probable. Esta lógica presupone un sujeto con distintas capacidades de respuesta frente el riesgo, que no está obligado a soportar patrimonialmente los costos de tales respuestas. El mandato de optimización de la prevención ordinaria es la distribución de los costos de los riesgos sociales para un pleno goce del valor libertad y seguridad.
- 1.3. En la prevención oblicua², en cambio, el sujeto ve comprometida su propia capacidad de respuesta frente al riesgo. Lejos de constituir una situación excepcional, la vulnerabilidad se ha convertido en un signo distintivo de nuestras sociedades. Por estas razones, consideramos que identificar la vulnerabilidad exclusivamente con la pobreza o con las políticas orientadas a grupos determinados es un enfoque inadecuado del problema. Si el Código pretende erigirse como una tecnología de desarrollo de la Constitución y los derechos fundamentales, que contemple la realidad latinoamericana, la consideración especial de la vulnerabilidad no puede escapar a su gramática ni a las condiciones de su estudio y aplicación. La prevención oblicua apunta a gestionar/mitigar una situación de vulnerabilidad y no a prevenir un daño. El mandato de optimización de la prevención oblicua es el aseguramiento de derechos

² La llamamos oblicua porque, a diferencia de la prevención horizontal u ordinaria, atraviesa varios planos de respuesta del sistema de daños. La prevención ordinaria es una prevención horizontal, porque supone una sociedad de iguales, donde la pérdida de autonomía y las desventajas son excepcionales y responden a una lógica de mercado. La prevención que proponemos es oblicua, porque parte de la idea de una sociedad injusta y desigual, en la que las desventajas y las inseguridades se reproducen y negocian en las prácticas sociales. Como la función preventiva clásica tiene una fuerte base probabilística, nos hemos inspirado en la idea de “oblicuidad” de la ciencia estadística, como medida que muestra lo asimétrica que es una distribución alrededor de su media.

fundamentales de acceso y goce para sujetos individuales y colectivos, y tiene como horizonte los valores de igualdad y dignidad de la persona humana.

2. La vulnerabilidad como objeto de estudio en el Derecho Privado: ajustes técnicos preliminares.

- 2.1. Uno de los sociólogos que ha teorizado detenidamente sobre la vulnerabilidad es Robert Castel. Para este autor, lo que se entendía como vulnerabilidad en la sociedad preindustrial se ha invertido totalmente en la sociedad posindustrial, dado que antes la vulnerabilidad se originaba en el exceso de coacciones, mientras que ahora aparece suscitada por el debilitamiento de las protecciones. En esta propuesta, el actual proceso de precarización no sólo plantea la constitución de una “periferia precaria” sino también una “desestabilización de los estables” (Castel, 1997). Este enfoque viene unido a la crisis que experimentó Europa respecto del modelo del Estado de Bienestar. Dice Castel en “La Inseguridad Social” que con el debilitamiento del Estado nacional-social, *“los individuos y los grupos que sufren los cambios socioeconómicos generados desde mediados de la década de 1970, sin tener la capacidad de dominarlos, se encuentran en situación de vulnerabilidad”* (Castel, 2015). De ello surge un estado de inseguridad frente al porvenir y un desasosiego que también puede alimentar la inseguridad civil.
- 2.2. En América Latina hay una tradición de estudios sobre vulnerabilidad que reconoce como denominador común los impactos generados por el modelo de desarrollo vigente (Pizarro Hofer, 2001: p.7). No obstante este punto de partida, en las Ciencias Sociales todavía no hay consenso respecto al contenido y alcance del concepto de vulnerabilidad. Para algunos autores, hay cierta coincidencia en considerar a la vulnerabilidad social como una condición de riesgo o indefensión, la susceptibilidad a sufrir algún tipo de daño o perjuicio, o padecer la incertidumbre (González, 2009). A partir de allí, se entiende que hay dos grandes bifurcaciones teóricas de la vulnerabilidad social: como fragilidad o como riesgo (Moreno Crossley, 2008: p.2).
- 2.3. Por ello, a la hora de seleccionar los discursos sobre vulnerabilidad que mejor se adapten al caso, los operadores deben ser conscientes de esta falta de consenso y de la pluralidad de enfoques existentes en la temática.
- 2.4. En la literatura jurídica, se aprecia un interés creciente por armonizar los estudios sobre vulnerabilidad con el campo de los estudios legales. Martha Fineman, por ejemplo, entiende la vulnerabilidad como algo universal y constante en la condición humana (2008: p.1). No se enfoca sólo en el análisis de grupos definidos, sino también en los privilegios y favores que a determinados sectores les son conferidos

por la sociedad y el Estado a través de sus instituciones. La autora estadounidense propone reemplazar al sujeto autónomo e independiente de la tradición liberal clásica por el sujeto vulnerable. En este enfoque, los seres humanos no se tornan más o menos vulnerables por tener ciertas características o estar en alguna etapa de sus vidas, sino por experimentar el mundo con distintos niveles de resiliencia. Para Fineman, el corazón de la teoría de la vulnerabilidad es la inequidad de la resiliencia. En esta propuesta, la capacidad de resiliencia no es algo natural o innato, sino que es producida “en” y “a través” de las instituciones y relaciones sociales que confieren distintos niveles de poder y privilegios.

Adoptar este enfoque, en el que nadie nace resiliente, insta a los operadores del sistema jurídico a concentrar su atención en el reparto de los distintos activos sociales (*assets*). Esto exige al poder ejecutivo y al legislativo ser más responsivo y reflexivo respecto de la vulnerabilidad, y demanda de los tribunales mayores –y mejores– deberes de supervisión y monitoreo (Fineman, 2008: p.20).

- 2.5. Esta situación también ha sido advertida por la doctrina nacional. Se ha dicho que cuando se habla de vulnerabilidad o de vulnerables en el campo jurídico, “*tenemos que empezar admitiendo que es un concepto heterodoxo respecto de toda una tradición jurídica anterior*” (Lorenzetti, 2008: p.62). Para este autor, la vulnerabilidad no se asienta sobre las nociones clásicas de libertad y autorresponsabilidad, sino en las ideas más recientes de igualdad y protección, lo cual genera tecnologías de respuesta diferentes en uno y otro caso. Lorenzetti entiende que hubo un movimiento en todas las áreas del derecho orientado a desarrollar el valor igualdad y el principio protectorio, y que allí han surgido las nociones de vulnerabilidad, debilidad, hiposuficiencia, como reconocimiento de situaciones en las que, por distintas razones, un individuo o un grupo no está en igualdad de condiciones a los demás.

El principal obstáculo para los decisores legales, es que nuestros sistemas están estructurados en ciertas reglas que presuponen la neutralidad y justicia de las asignaciones de recursos que realiza el mercado.

- 2.6. Algunos autores se han encargado especialmente de estudiar el impacto de los enfoques de vulnerabilidad en el Derecho Privado. Lima Marques y Miragem, por ejemplo, han dicho que la vulnerabilidad dejó de ser algo atinente al propio comportamiento y se convirtió en un instrumento que justifica medidas de protección en ocasiones de desequilibrio latente. Esto ha permitido, por ejemplo, en el campo consumerista avanzar en la identificación de categorías de consumidores hipervulnerables (*hipervulneráveis*), en la que la condición de consumidor se suma a

ciertas condiciones relacionadas con la edad, la salud, etc. La hipervulnerabilidad ha sido definida como una situación social fáctica y objetiva de agravamiento de la vulnerabilidad de la persona física consumidora, por determinadas circunstancias relevantes (Lima Marques & Miragem, 2012).

2.7. Resta preguntarse si el Código Civil y Comercial de 2014 se ha planteado incorporar estas problemáticas en sus líneas de diseño. En los fundamentos del Anteproyecto se mencionó que el Código “*busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables*”. En los fundamentos, también se hace notar que las normas anteriores se basaban en una igualdad abstracta, que asumía “*la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado*”. Con este mandato contenido en las propias líneas de diseño, los operadores no podrían negarse a performar, en casos concretos, las instituciones del Código con las tecnologías de la vulnerabilidad, so riesgo de llegar a decisiones injustas y arbitrarias. Máxime cuando el CCyC aclara expresamente que la persona humana que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención de los daños sufridos (art. 52). Ofrecemos algunos ejemplos sectoriales de este ejercicio.

En el Derecho Patrimonial, el Código está repleto de normas que ofrecen un margen razonable para realizar los ajustes que correspondan al caso concreto: por ejemplo la protección de la vivienda del artículo 244 y la protección a los bienes excluidos de la garantía común del artículo 744. Como la enumeración del artículo 744 no es taxativa, y contiene algunos términos de textura abierta, como lo es el “uso indispensable”, podemos pensar en las posibles adaptaciones que se pueden hacer en materia de bienes inembargables. Consideramos que algunas hipótesis de vulnerabilidad podrían llegar a extender el radio de operatividad de esos bienes de “uso indispensable” del artículo 744. Por ejemplo, en materia de discapacidad, si tenemos en consideración los antecedentes normativos (Ley N° 19.279) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que cuenta con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por Ley 27.044. En este sentido, la vulnerabilidad de ciertos deudores funcionaría como un límite concreto al ejercicio de los derechos creditorios, y optimizaría el reparto de los activos sociales, en tanto el acreedor debería buscar mejores medios para efectivizar la garantía. La buena fe (art 729 CCyC) y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art 10 CCyC) son principios que pueden coadyuvar a este tipo de decisiones.

Cabe recordar, en materia de consumo y vivienda familiar, el *leading case* “Rinaldi” de la CSJN, en el que el máximo tribunal argumentó que *“la igualdad no se ve afectada cuando el legislador elige a un grupo de sujetos para protegerlos especialmente, por su vulnerabilidad y con fundamento en la tutela de los consumidores y la vivienda familiar (Voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni)”*. Los jueces consideraron especialmente que estas personas, que presentan una clara insuficiencia económica, son las que más dificultad han tenido para recomponer sus ingresos luego de la crisis, por lo que no puede sostenerse que, respecto de ellos haya desaparecido el contexto condicionante.

Otro de los campos que ha receptado los avances en materia de vulnerabilidad es el Derecho de las Familias, que en el apartado “principios generales de los procesos de familia” (art. 706 CCyC) manda respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. El primer inciso de esta norma expresa que *“las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”*. De esta manera, el Código hace un esfuerzo por incorporar a su gramática los contenidos de las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de Vulnerabilidad (aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a la que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante acordada número 5 del 24.02.2009).

Otro de los sectores en los que esta línea de diseño se ha reforzado es el consumeril. El Código ha regulado algunas modalidades especiales en la contratación de consumo, y se han fijado reglas especiales, por ejemplo la relacionada con el deber de información, enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado.

La CSJN en el precedente “Di Nunzio” ha establecido que cuando el bien jurídico protegido es la privacidad en sentido amplio, se trata de la protección de la persona y de la esfera de la individualidad personal, la que se encuentra en un estado de vulnerabilidad cuando los datos que le pertenecen circulan sin su control. *“Quienes, por imperio legal, tienen el derecho de registrar esos datos y ejercer una industria lícita con ellos, tienen el deber de ser particularmente cuidadosos acerca de la identidad estática y dinámica de sus titulares”*.

A ello se le suma la gran cantidad de desarrollos jurisprudenciales que se hicieron al abrigo de la Ley 24.240 y el artículo 42 de la Constitución Nacional. Muchos de esos avances se nutren de la influencia que tiene en el continente el Código de Defensa del

Consumidor de Brasil de 1990, que ha consagrado como uno de los pilares de la legislación consumeril el “*reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo*” (artículo 4, inciso I).

- 2.8. Con estos elementos, es razonable pensar que el Código se ha propuesto desarrollar la arquitectura constitucional contemplando el enfoque de la vulnerabilidad en varios niveles relevantes para el Derecho Privado. Debemos advertir, no obstante, que este proceso de reescritura del sistema iusprivatista comenzó con la reforma constitucional de 1994, que reconoce los derechos del ambiente (art. 41), los derechos del consumidor (art. 42), las nuevas formas de tutela (art. 43), la expansión del bloque de constitucionalidad (art 75 inc. 22) y la obligación del Congreso de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato (art. 75 inc. 23). A este proyecto se acoplaron los microsistemas consumerista (L. 24240) y ambiental (L. 25675).

Por ello, cuando se procede a reensamblar el Derecho Privado a partir de sus líneas de diseño y de sus principios fundamentales las instituciones repotencian sus fronteras de sentido.

La CSJN, en un reconocido fallo (Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo), ha dicho expresamente que la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad. En estos casos, la razonabilidad significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Para la CSJN, esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces. Por ello, la Corte avanza en consideraciones que hacen a la calidad de las obligaciones que surgen en estas hipótesis, entendiendo que no se trata de ponderar únicamente el monto que se destina, sino fundamentalmente “*la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible*”³.

³ En el PNUD 2014 se ha establecido que la respuesta política a la vulnerabilidad debería ser “prevenir las amenazas, promover las capacidades y proteger a las personas” (p.7). Otras de las consideraciones vertidas en este informe son las siguientes: Es necesario que las políticas ofrezcan respuestas rápidas y promuevan el acceso a largo plazo y sostenible a los servicios sociales, el empleo y las protecciones sociales para los grupos vulnerables. Para ello pueden aplicarse incentivos y sanciones oficiales, tales como leyes preventivas. Por ejemplo, las leyes basadas en los derechos pueden conducir a mejoras considerables para los grupos vulnerables, que están potenciados con el recurso jurídico y escrutinio público cuando las instituciones les fallan. El cambio de normas orientado al fomento de la tolerancia y el fortalecimiento de la cohesión social constituye un aspecto necesario y a menudo olvidado del establecimiento de sociedades resilientes. Las sociedades más cohesivas

2.9. A partir de lo expuesto, entendemos que la prevención oblicua tiene como fin la mejor distribución de los activos sociales que fortalecen la resiliencia de los sujetos individuales y colectivos. Es una tecnología que optimiza la observancia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas y desarrolla el principio de igualdad material en las instituciones del sistema social. En la jurisprudencia, la prevención oblicua se ha concentrado en desarrollar dos tipos de derechos: los derechos de acceso y los derechos de protección.

En el aspecto formal, cabe destacar que la prevención oblicua -de acceso o de protección- requiere de un Estado y un poder judicial más responsivo, lo cual implica concentrarse más en la efectividad y creatividad de las respuestas que en la idoneidad del cauce procesal para dirimir los extremos fácticos (no toda respuesta lleva implícita un juicio).

Consideramos que la prevención oblicua concentra su potencial de análisis en la resiliencia y en los activos sociales, y no en una taxonomía de “individuos o grupos vulnerables” (mujeres, enfermos, discapacitados, pueblos originarios, etc.), dado que las medidas preventivas no deben traducirse en sistemas de “tutelaje” o vigilancia, sino en una ampliación de las capacidades, entendidas como posibilidades concretas para la acción emancipatoria.

Algunas disposiciones del CCyC pueden contribuir a la caracterización de la figura. El mandato preventivo del artículo 1710 es lo suficientemente amplio para contener tanto el reparto de los riesgos como el reparto de los activos que hacen a la resiliencia (“medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud”). Ello se facilita para quienes entienden la vulnerabilidad como un agravamiento del riesgo, dado que esta idea se contempla claramente en el inciso b) del artículo 1710 y en el artículo 1711.

El valor de los activos sociales que incrementan la resiliencia se entiende a partir de la lectura conjunta de los artículos 1710, 15-18, 51 y 52, en tanto habilita a la persona humana cuya dignidad ha sido menoscabada a reclamar la prevención. En este punto, se entiende a la prevención como un desarrollo especial del principio de inviolabilidad de la persona humana.

La inclusión del vocablo “previsible” en el artículo 1711, permite condensar en la acción preventiva tanto la causalidad probabilística de la prevención ordinaria

(previsibilidad socio-técnica) como la causalidad asimétrica de la prevención oblicua (previsibilidad socio-política).

Las pautas que el 1713 establece para el juez que tramita la acción preventiva, es idónea para contemplar tanto las medidas típicas como las atípicas (gestionar la participación social, exhortar, integrar el ordenamiento). Para llevar a cabo esta actividad, el artículo manda al juez ponderar los criterios “de menor restricción posible” y de “medio más idóneo”, lo que abarca un análisis de razonabilidad y efectividad.

A continuación, se ofrece un breve recorrido por algunas estaciones temáticas que ilustran y fundamentan lo expuesto.

3. La prevención oblicua en la jurisprudencia: algunas respuestas a problemas de acceso y de protección.

3.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴.

3.1.1. *Garantías de protección en la CIDH*

La CIDH ha avanzado en la conceptualización de algunos aspectos del deber de prevención cuando un grupo vulnerable reclama la protección del Estado. En el caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, que versaba sobre violencia contra las mujeres, el tribunal estableció que los Estados “*deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias*”. También se dijo que “*la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva*”.

En el Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, la Corte entendió que los desplazados tienen una condición de facto de desprotección, especialmente cuando se trata de pueblos indígenas, por lo que es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas. Lo relevante del caso es que la CIDH entendió que esas medidas deben estar dirigidas a “*revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis las*

⁴ Como el tema ha sido extensamente tratado por la doctrina especializada remitimos a la lectura de Estupiñan-Silva, R. (2014). *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología*. Derechos humanos y políticas públicas. Manual, 193. También de Siri, A. R. (2016). *La protección de los grupos vulnerables a través del control de convencionalidad: reflexiones a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlán vs. Argentina*. República y Derecho, 1, 1-29.

actuaciones y prácticas de terceros particulares” (apartado 141). En otros casos, la Corte manifestó expresamente que la particular condición de vulnerabilidad de la persona (una desaparición forzada) genera el riesgo de que se violen otros derechos esenciales (Caso Ticona Estrada y Otros Vs. Bolivia).

En el caso Ximenes Lopes Vs. Brasil la CIDH entendió que *“toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial”*. Lo destacable del caso, es que el tribunal entiende que el modelo de Estado que requiere la protección de los vulnerables no se agota en la abstención de violar derechos, sino que resulta imperativa *“la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”*.

3.1.2. Derechos de acceso en la CIDH

También la CIDH tiene decisiones señeras en materia de vulnerabilidad y derechos de acceso. En el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, la falta de acceso al agua, la alimentación, salud y educación de los miembros de la Comunidad había afectado seriamente el desarrollo y crecimiento de los niños, aumentado los índices normales de atrofia en su crecimiento y ocasionado altos índices de desnutrición. La Corte consideró que, en estos casos de acceso a bienes fundamentales, el Estado se encuentra especialmente obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de sus derechos, en atención al principio de igualdad ante la ley⁵.

Lo que resulta destacable de esta sentencia, en el enfoque que proponemos, son las observaciones que la CIDH realiza respecto al funcionamiento de las instituciones sociales y legales que causaron la vulnerabilidad de la Comunidad. La Corte explica las causas de la falta de resiliencia a partir de: la falta de recursos efectivos que protejan los derechos de los indígenas, la débil presencia de instituciones estatales en la Comunidad y fundamentalmente *“la prevalencia de una visión de la propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas”* (apartado 273).

⁵ Esto se ha repetido en otros casos, donde la CIDH ha dispuesto que, en lo que respecta a pueblos indígenas, *“es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”*. Véase Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, supra nota 5, párr. 63; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, supra nota 16, párr. 178, y Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 96.

Esto desemboca en una particular manera de mirar la relación causal entre la vulnerabilidad de la Comunidad y la actuación del Estado. La CIDH imputa al Estado el *“no haber adoptado medidas en el pasado para evitar que el riesgo de afectación del derecho a la vida se materializara”*. En ese sentido, el tribunal entiende que debe analizar *“cuáles de las muertes son imputables al Estado por falta al deber de prevención para evitarlas”*, y ello *“bajo una perspectiva de análisis que permita relacionar la situación de extrema y especial vulnerabilidad, la causa de muerte y el correspondiente nexo causal entre éstos, sin que se imponga al Estado una carga desmedida de superar un riesgo indeterminado o desconocido”* (apartado 227). La condición que agrava la imputación causal en este caso es que muchos fallecimientos se produjeron por enfermedades que eran de fácil prevención y que las principales víctimas fueron niños y niñas (apartado 231).

En otro caso de acceso (Contreras y otros Vs. El Salvador), la CIDH entendió, respecto a migrantes en situación irregular, que el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población. El tribunal interpreta que una política o medida, que tenga carácter general y no diferenciado, puede tener un efecto desproporcionado perjudicial para un grupo particularmente vulnerable. La CIDH entiende que estos son casos de discriminación indirecta y, por ende, resultan violatorios del derecho a la igualdad.

En otros casos, la CIDH ha hecho particulares menciones al problema del acceso de los recursos públicos en circunstancias culturales desventajosas. En el caso Vélez Loor Vs. Panamá, el tribunal estimó que los migrantes sufren un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado, desprotección que es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Resulta de interés la relevancia que otorga la CIDH a los factores culturales, en tanto *“permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, dificultando la integración de los migrantes a la sociedad”*, y *“justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia”*.

3.2. La jurisprudencia local

3.2.1. Vulnerabilidad social y tipos de acceso

Uno de los tribunales que ha marcado una línea en materia de derechos de acceso en situaciones de vulnerabilidad, es el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Tribunal, a la hora de interpretar casos que se enmarcan en la Ley local 4036, ha dicho que una persona bien puede estar en situación de “vulnerabilidad social” frente al ejercicio de uno o varios derechos, empero no de otros o de todos. El tipo particular de vulnerabilidad de que se trate, puede dar derecho a un “acceso prioritario” o a un “acceso asegurado”. En suma, para el Tribunal, la obligación estatal varía según cuál sea la situación de vulnerabilidad acreditada⁶.

En otros casos, el Tribunal Superior de la CABA, entendió que no es admisible que el mismo Estado que en una de sus dependencias determinó las especiales necesidades alimenticias de la persona, sea quien luego, en otra de sus dependencias le deniegue la asistencia. El Tribunal entendió que la existencia de muchos reclamos similares en materia de alimentos advierten de la ineficiencia estatal en la materia y del consecuente ejercicio del derecho fundamental al acceso a la tutela judicial efectiva por aquellos que quedan colocados en el campo de la vulnerabilidad⁷.

3.2.2. *Acceso al espacio público y protección de los “usos comunes”*

Un grupo interesante de fallos, en lo que atañe al fortalecimiento de las capacidades en hipótesis de vulnerabilidad, son los que surgen de los avatares del precedente “Esquivel Pizarro”⁸. En el caso Bogado⁹, por ejemplo, el demandante planteaba que la administración se abstuviera de impedir su actividad como comerciante callejero de baratijas. Su situación de vulnerabilidad incluía una leve enfermedad mental, los diversos operativos policiales que debía soportar y su falta de habilitación para trabajar en la vía pública. El Tribunal Superior entendió que en este tipo de casos subyace “una concepción anacrónica del espacio público”. Se entiende que estas actividades se enmarcan en una práctica comprendida en los “usos comunes”, para la que el “pueblo” no necesita – en principio – autorización, y respecto a la cual el Estado sólo puede ejecutar

⁶ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expte. n° 8654/12 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bareiro Alcaraz, Tomasa c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)"

⁷ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expte. n° 10229/13 “Veiga Da Costa, Rocío c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”

⁸ Se remite a la lectura de GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA) expediente n° 6162/08, sentencia del 05 de marzo de 2009.

⁹ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expte. 8666/12 “Bogado, José Oscar s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Bogado, José Oscar c/ GCBA s/ amparo””.

actividades ordenatorias y de coordinación, pero no de supresión. Una observación muy destacable de esta tesitura, es la siguiente: *“cuando los vulnerables son invisibilizados, “desterritorializados”, expulsados del espacio público, éste queda reservado como un territorio de privilegio, únicamente para aquellos que no están en los márgenes de la subsistencia”*.

3.2.3. Acceso a bienes sociales fundamentales

Otra de las líneas de trabajo que desarrolla la jurisprudencia es el acceso a bienes sociales fundamentales en el marco de situaciones de vulnerabilidad. En el fallo “T., P. G.”, la Sala 4 del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, avanzó en la consideración de la vulnerabilidad nutricional en las etapas tempranas de la alimentación. El tribunal entendió que la leche especial que había sido recetada por el pediatra, revestía los caracteres de un bien social, sumado a que se trataba de un medicamento asociado a la alimentación de una menor en período de lactancia. Con base en esta premisa, en la sentencia se arguye que el Estado no puede poner reparos en cuanto a *“asegurar que sus habitantes puedan acceder a la mejor forma de nutrición posible desde sus primeros momentos de vida, máxime en el caso en que la disfuncionalidad con que ha nacido dicha persona obliga a prestarle un especial cuidado al respecto”*.

3.2.4. Bienes colectivos y acceso a la justicia

A partir de lo resuelto en el *leading case* “Halabi”, y del reconocimiento explícito que trae el CCyC a los derechos de incidencia colectiva (art. 14), a los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes (art. 240), y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art 10), el sistema es más permeable a los mecanismos colectivos de tutela respecto de situaciones de acceso y protección de grupos vulnerables. La Corte ya ha dicho, que cuando se trata de la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, el contenido social del derecho involucrado hace a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado. Para la Corte, estos aspectos cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado, al tiempo que ponen en evidencia, por su trascendencia social y las particulares características del sector involucrado, la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto¹⁰.

Para Lorenzetti (2008), relacionar la vulnerabilidad con el acceso a la justicia es crucial, en tanto todos aquellos que no tienen acceso a los bienes primarios

¹⁰ CSJ 000721/2007(43-A)/CS1

básicos del mercado tampoco tienen acceso a los bienes jurídicos básicos. Un ejemplo ilustrativo lo constituye el fallo “Defensor del Pueblo”, en el que la CSJN avanzó sobre el acceso a varios bienes esenciales. Se trataba del acceso por parte de algunas comunidades a una calidad de vida digna que les permita el ejercicio de los derechos a la vida, a la salud, a la asistencia médico-social, a la alimentación, al agua potable, a la educación, a la vivienda, al bienestar general, al trabajo, a la inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente. Lo interesante del caso es que se hace una audiencia pública, que culmina en un acuerdo con las partes involucradas en torno a un programa de alimentación para toda la población.

4. Algunas conclusiones provisionales

Presentamos las principales observaciones y conclusiones de este trabajo en este cuadro sinóptico.

Tipo de Sujeto Función	Objeto	Consecuencia	Causalidad	Medidas	Valores que optimiza
Prevención ordinaria	Resiliente Evitar un daño probable Técnicas de gestión del riesgo	Trasladar los costos de respuesta Distribuir riesgos	Socio-Técnica Probabilística	Típicas	Libertad Seguridad
Prevención oblicua	No Resiliente Gestionar la vulnerabilidad Derechos de acceso y protección	la Distribución de los activos sociales que fortalecen la resiliencia	Socio-Política Asimétrica	Típicas y Atípicas	Igualdad Dignidad

4.1. La prevención ordinaria presupone un sujeto resiliente. La acción se activa para evitar un daño probable, y busca distribuir los riesgos de una manera más justa en el sistema social. La causalidad que la informa es socio-técnica, de orientación probabilística. Las medidas que se obtienen por parte de la judicatura son típicas. Esta forma de prevención optimiza los valores fundamentales de la libertad y la seguridad.

4.2. La prevención oblicua presupone un sujeto no resiliente. La acción se activa para mitigar la vulnerabilidad a través de derechos de acceso y protección, y busca una distribución más justa de los activos sociales que fortalecen la resiliencia. La causalidad que la informa es socio-política, de orientación asimétrica. Las medidas que se obtienen por parte del sistema judicial son tanto típicas como atípicas. Esta

forma de prevención optimiza los valores fundamentales de la igualdad y la dignidad humana.

Referencias bibliográficas y jurisprudenciales

- Castel, R. (1997). La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado. Editorial Paidós.
- Castel, R. (2015). La inseguridad social: ¿Qué es estar protegido? Ediciones Manantial.
- Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214
- Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232
- Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- Corte IDH. Caso Ticona Estrada y Otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191
- Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Di Nunzio, Daniel F. c/ The First National Bank of Boston y otros s/ habeas data" -. D. 325. XXXIX. 21/11/2006.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJ 000721/2007(43-A)/CS1. Recurso de Hecho. “Asociación Civil para la Defensa en el ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para jubilados y Pensionados s/ Amparo”.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento. 18 de septiembre de 2007 (cita Fallos: 330:4134).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria. 15/3/2007.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia 24 de Abril de 2012. Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.
- Fineman, Martha Albertson (2008) "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", Yale Journal of Law & Feminism: Vol. 20: Iss. 1, Article 2.
- Lorenzetti, R (2008). Acceso a la justicia de los sectores vulnerables. Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008.
- Marques, C. L., & Miragem, B. (2012). O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. Revista dos Tribunais.

- Moreno Crossley, J. (2008). El concepto de vulnerabilidad social en el debate en torno a la desigualdad: problemas, alcances y perspectivas. *Observatory on Structures and Institutions of Inequality in Latin America*, Working paper series, 9, 2-38.
- Pizarro Hofer, R. (2001). La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina. CEPAL.
- PNUD (2014). Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Ed. Naciones Unidas, Nueva York (Estados Unidos).
- Seguí, A (2016). La función preventiva y los daños causados a personas en situación de vulnerabilidad. *Revista de Derecho de Daños* 2016-2, pp. 597-621.
- Superior Tribunal de Justicia. Viedma, Río Negro. Sala 04. 27 de Diciembre de 2012. T., P. G. c/ IPROSS s/ AMPARO (E-S) S/ INCIDENTE ART. 250 CPCC S/ APELACIÓN. Id SAIJ: FA12051181
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expte. n° 10229/13 “Veiga Da Costa, Rocío c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expte. n° 8654/12 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Bareiro Alcaraz, Tomasa c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)"
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expte. 8666/12 “Bogado, José Oscar s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Bogado, José Oscar c/ GCBA s/ amparo’”