

DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA

OBRA COLECTIVA



Derechos Humanos en Perspectiva

Obra Colectiva



Derechos Humanos en Perspectiva

Derechos Humanos en Perspectiva

© José Miguel Cabrales Lucio, Alma Delia Gámez Huerta, Elda Ruth De Los Reyes Villarreal, Anna-Emilia Hietanen, Carlos Morales Sánchez Mariana Yáñez Unda, Gerardo A. Herrera Pérez, Isabel Lovrinkevich, Jesús Guillermo Belman Leal, José Refugio Rodríguez Nuñez, Doris Domínguez Zermeño. [2022]

ISBN: [número de ISBN]

Impreso por [nombre de la imprenta]

Impreso en México-Printed in Mexico

Coordinación Editorial: Sonia Zavala Lopez

Diseño de Portada: Manlio S. Rivadeneyra Peña R.

Formación Editorial: Julio Cesar Bermúdez Paz. Alejandro Sandoval Rocha. Manlio S. Rivadeneyra Peña R.

La edición de esta obra estuvo al cuidado de la Coordinación de Estudios, Divulgación y Capacitación de los Derechos Humanos de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán de Ocampo-

Las opiniones vertidas en este libro son responsabilidad del autor, y no reflejan necesariamente la opinión de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán de Ocampo

La Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán de Ocampo conforme al derecho al acceso a la información per se al conocimiento; Queda permitida y abierta la reproducción total o parcial de los textos publicados, en cualquier formato, salvo por explícita voluntad de la autora o del autor y solo en caso de las ediciones con ánimo de lucro.

Derechos Humanos en Perspectiva

*“...Un Derecho no es algo que
alguien te da; es algo que nadie te
puede quitar.”*

Ramsey Clark -.

Derechos Humanos en Perspectiva

Contenido

Prologo: Derechos Humanos en Perspectiva 1

Manuel Vidaurri Aréchiga

Capítulo I

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: el caso del amparo en revisión 307/2016. Laguna del carpintero en Tampico,

Tamaulipas.....09

José Miguel Cabrales Lucio, Alma Delia Gámez Huerta, Elda Ruth De
Los Reyes Villarreal

Capitulo II

Derecho a la educacion inclusiva y libre de

violencia.....63

Anna-Emilia Hietanen

Capitulo III

Ley para la prevencion y atencion socioeconomica de las violencias del estado de Tamapulipas. Analisis jurídico con perspectiva de Derechos Humanos 95

José Miguel Cabrales Lucio, Alma Delia Gámez Huerta, Elda Ruth De
Los Reyes Villarreal

Capítulo IV

El derecho de la persona indígena al acceso pleno a la jurisdicción del Estado.....	137
--------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Carlos Morales Sánchez, Mariana Yáñez Unda.

Capítulo V

La Homosexualidad.....	219
-------------------------------	------------

Gerardo A. Herrera Pérez

Capítulo VI

Cuando el derecho es usado para vulnerar la autonomía.....	295
-------------------------------------------------------------------	------------

Isabel Lovrincevich

Capítulo VII

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Propuestas para mejorar su funcionamiento.....	349
---------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Jesús Guillermo Belman Leal, José Refugio Rodríguez Nuñez.

Capítulo VIII

El derecho a la autonomía en las personas mayores.....	395
---------------------------------------------------------------	------------

Doris Domínguez Zermeño.

Prólogo:

Los Derechos Humanos o La Promesa De Una Vida Con Dignidad

El eventual lector tiene en sus manos un documento que quiere contribuir a la construcción de una cultura social vinculada con el respeto a la dignidad, entendida ésta no tanto como valor jurídico (que lo es), sino como una forma de vida en comunión con quienes nos rodean, sin importar su condición o circunstancia. Vivir con dignidad nos enseña que ofender la dignidad de alguien es igual a quebrantar la propia. Por desgracia, la realidad indica que ese *desiderátum* por la dignidad dista mucho de alcanzar el elevado plano ideal en el que siempre le colocamos.

Pensar en los derechos humanos, especialmente en la complejidad de su concreción y, sobre todo, su efectiva materialización, nos remite al conocido mito

griego de Sísifo. Esta metáfora nos ilustra acerca de la importancia de encontrar el sentido de las cosas, de aquello que hacemos con tenacidad, constancia y concentración, tal cual sucede con la defensa y promoción de los derechos humanos.

La historia de Sísifo -sujeto ambicioso y violento- ha trascendido por el especial castigo que recibió debido a la caída de infamias en las que incurrió en su afán de mantener el poder. Como muchos saben, la penitencia consistía en empujar diariamente una pesada roca desde la base hasta la cima de una enorme montaña. Tan redonda era la piedra que al llegar a la cima rodaba nuevamente hasta la falda de la montaña, desde donde debía iniciar de nuevo la rutina, en un infinito hacer y volver a hacer.

La tarea de quienes defienden y estudian los derechos humanos, sin que tal sea

propriadamente un castigo, se asemeja (toda distancia guardada) a la perpetua y mecánica labor de Sísifo de llevar la piedra a la cima, de donde irremediadamente caerá para empezar tantas veces como días tiene el año. Dejando las metáforas a un lado, tal vez habría sido más sencillo decir que el triunfalismo está francamente reñido con la causa *derechohumanista*, donde lo permanente se traduce en insistir, reiterar, refrendar, en suma, volver a empezar cada día, aunque a veces el desencanto asome por la rendija.

Como si fuera una desesperante banda sin fin, la jornada cotidiana por los derechos humanos nos lleva a confrontar la inequidad, el abuso de poder, la discriminación, la intolerancia o las faltas de solidaridad, tristes y enojosas formas de vulnerar esas facultades, prerrogativas o libertades que pretenden el desarrollo multidimensional de la persona humana. Por fortuna, en la procuración de la

dignidad humana, no son pocas las voluntades que se asocian vigorosas, firmes y entusiastas.

Prueba de lo dicho es este libro que lleva por título **Derechos Humanos en Perspectiva**, en directa sintonía con la poliédrica mirada desde la que observa, practica y garantizan aquellos. En las páginas que componen el opúsculo se da cuenta detallada de ciertos rubros donde se requiere poner mayor énfasis, o desarrollar mejor su comprensión y alcances, pero también se enfatizan aquellos otros que temas que reclaman puntual atención.

Quien decida leer -estudiar- los capítulos que componen el volumen, podrá conocer el análisis que realizan José Miguel Cabrales Lucio, Alma Delia Gámez Huerta, Elda Ruth De Los Reyes Villarreal en dos ensayos, uno sobre los *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, a partir del amparo en revisión 307/2016*, y otro sobre que contiene un *análisis*

jurídico con perspectiva de derechos humanos sobre la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias del Estado de Tamaulipas.

En otro apartado, Anna-Amilia Hietanen ofrece sus consideraciones sobre el *Derecho a la educación inclusiva y libre de violencia*; mientras que Carlos Morales Sánchez y Mariana Yáñez Unda se ocupan de *El derecho de la persona indígena al acceso pleno a la jurisdicción del Estado*; Gerardo A. Herrera Pérez propone reflexionar acerca de la homosexualidad; y Doris Domínguez Zermeño revisa *El derecho a la autonomía en las personas mayores*.

De Isabel Lovrinkevich se agrega su texto denominado *Cuando el derecho es usado para vulnerar la autonomía*; y cierra el libro el escrito de Jesús Guillermo Belman Leal y José Refugio Rodríguez Nuñez sobre el Sistema

Interamericano de Derechos Humanos, realizando propuestas para mejorar su funcionamiento.

Es pertinente señalar que, en buena hora, esta obra colectiva fue impulsada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Michoacán y cuidadosamente coordinada por la Doctora Sonia Zavala López, Consejera del referido organismo y a quien aplaudimos su valiosa iniciativa.

Estoy convencido de que quienes han dedicado su tiempo y aplicado su talento, conocimiento y sensibilidad en la redacción de los capítulos enunciados han tenido en mente que los derechos humanos, en su conjunto, se dirigen al rescatar la dignidad de la barbarie. Creo firmemente que quienes los estudian, invocan, garantizan y hacen valer son, en definitiva, auténticos garantes de ese supremo valor humano. Todas y todos quieren cumplir la

promesa que subyace en la filosofía de los derechos humanos: poner las condiciones mínimas para vivir la vida con dignidad.

Después de leer esta obra, el lector podrá comprobar que aún queda mucho por avanzar. Pero siendo bueno empezar, mejor será no abandonar e insistir.

Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga

Profesor investigador en la Universidad De La Salle Bajío
Ex Procurador de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato

Miembro del Instituto Latinoamericano del Ombudsman

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: el caso del amparo en revisión 307/2016. Laguna del carpintero en Tampico, Tamaulipas*

Dr. José Miguel Cabrales Lucio*

Dra. Alma Delia Gámez Huerta*

* Parte de esta investigación se presentó de manera virtual, en el Segundo Congreso Internacional en Derechos Humanos celebrado los días 19, 20 y 21 de mayo de 2022, en el que participaron como Organizadoras, diversas instituciones entre las que se encuentra la Universidad Autónoma de Tamaulipas por medio de la Clínica de Derechos Humanos (que en su área de investigación científica se profundizó en el contenido de este trabajo de investigación, siendo fundamental para su final presentación) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico). Además cabe destacar que posterior al Congreso y las re de ideas se fortaleció este documento.

* Doctor Internacional en Derechos Fundamentales y libertades públicas por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Fundador y Coordinador de la Clínica Multidisciplinaria de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UAT-Campus Tampico - Madero. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT) Nivel 1. jmcabrales@docentes.uat.edu.mx.

* Doctora en Ciencias Sociales por el Colegio de Tamaulipas. Profesora de las asignaturas de Metodología de la Investigación y Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tampico. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Secretaria Académica y Responsable de la Unidad de estudios de Género de la Clínica

Maestra Elda Ruth De Los Reyes Villarreal*

Palabras clave: Derechos Humanos, DESCAs, medio ambiente sano, interpretación constitucional, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Resumen

Para lograr promover una amplia difusión y protección de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCAs), es prioritario que estos sean de conocimiento, dominio público y cotidiano de la sociedad, de las instituciones gubernamentales y privadas. Por otra parte, y al margen de lo anterior, el

Multidisciplinaria de Derechos Humanos
alma.gamez@docentes.uat.edu.mx.

* Licenciada en Derecho. Maestra en Docencia en Educación Superior. Profesora en las maestrías en Derecho y Ciencia Política y Administración Pública. Investigadora doctoral en Derecho Constitucional y electoral. Actualmente Directora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico) de la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

análisis e interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) revisa y evalúa diversos casos de casos en torno a la violación de los DESCAs. Uno de los ejemplos más emblemáticos ha sido el relativo al Amparo en Revisión 307/2016, proyecto del Parque Temático-Ecológico en la Laguna del Carpintero en Tampico Tamaulipas. En este caso estaba involucrado el proyecto de la preparación del sitio y construcción del Parque Ecológico, lo que según la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación violaba el derecho humano a un medio ambiente sano y digno.

Dicho caso refleja importantes argumentos para continuar con la acción profunda y la creación de conciencia social de una cultura de los derechos humanos en materia ambiental específicamente. Lo anterior, debido a que en el caso concreto, las acciones de construcción afectaron a un área

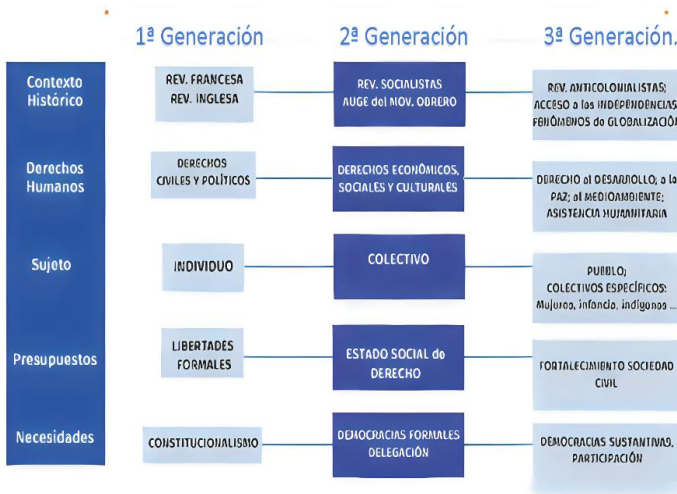
protegida a nivel mundial, las zonas de manglares. Se procedió a recurrir a las instancias de la justicia federal, la SCJN para resolver este caso y señalar la necesidad de protección de los DESCAs, en especial los ambientales, siendo este un caso seguido desde el 2014 y con sentencia aprobada el 14 de noviembre de 2018, año en que se resolvió a favor de la preservación de la zona de manglares protegidos. En el 2022 el área protegida por el ARV ya no existe debido a la tala y reforestación enfocada para la promoción del cambio del suelo para la construcción de proyectos urbanos. Lo anterior, evidencia la necesidad del fomento y desarrollo conceptual de los DESCAs y su reconocimiento expreso en las diferentes esferas tanto jurídicas como sociales.

1. Una introducción. Los derechos humanos y los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

Los derechos humanos son inherentes al ser humano, por su simple condición, y encuentran su esencia misma en la dignidad humana; la realización de todos los derechos humanos resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona, su reconocimiento como derechos subjetivos surge a partir de que se integran en normas jurídicas que tienen el carácter de supremas; erigiéndose así como verdaderos apoderamientos jurídicos exigibles a los Estados, para finalmente constituirse como condiciones *sine qua non* para la legitimación de un Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos humanos ha sido de manera gradual, iniciando

por medio de diversos movimientos históricos desde la revolución francesa, la independencia de los Estados Unidos de América, el auge del movimiento obrero, entre otros movimientos, como se ilustra en la imagen 1.

Imagen 1. Generaciones de los derechos humanos



Fuente: Creación propia.

La fundamentalidad de los derechos humanos y su reconocimiento jurídico.

De los derechos humanos a los derechos fundamentales. En la doctrina y en la teoría existe una gran confusión sobre la terminología aquí utilizada. Sin entrar a explicar con todo detalle, por ahora diremos que los derechos humanos tienen un alcance superior, que no admite límites ordinarios ni siquiera con motivo de las fronteras nacionales, políticas y jurídicas. Los derechos humanos son más amplios que los derechos fundamentales que dependen en buena medida del reconocimiento y protección que al nivel más alto (pero nacional) se les otorgue en el marco normativo interno de cada país, por ejemplo en las constituciones. Es precisamente esta distinción teórica y dogmática la que también cobra especial relevancia a la hora de hablar de DESCAs, ya que la fundamentalidad (en términos jurídicos como aquí lo mencionamos), es precisamente lo que está en constante

debate, puesto que la seguridad y respaldo jurídico al más alto nivel es lo que es variable según el país del que hablemos, cuando se trata de los DESCAs. La historia y la tradición en buena medida se ha visto reconfigurada debido a factores jurídicos y políticos. Pensemos por lo pronto en el pasaje histórico en el que pasamos del antiguo régimen al nuevo régimen, también llamado Estado de Derecho posterior a la Revolución Francesa de 1789 en el que podemos afirmar el Imperio del Derecho o imperio de la Ley. A partir de esa fecha podemos hablar del surgimiento de los Estado nación en el que se fortalece el orden jurídico nacional y por lo tanto, el poder de los instrumentos jurídicos más importantes de cada país.

Para desarrollar y comprender esta evolución de la teoría de los derechos es fundamental acudir a las aportaciones de Jhon Rawls sobre la justicia y el velo de la ignorancia (que ha servido para muchos desarrollos tales

como el sistema acusatorio y oral en México). Así mismo, es crucial revisar las aportaciones de Luigi Ferrajoli y su postura del garantismo en la que los derechos humanos se visualizan como una manifestación de la protección más amplia a las personas. No obstante, desde otro punto de vista Norberto Bobbio afirma que no existe un fundamento universal absoluto para los derechos, es decir, tiene una propuesta de diversidad de fundamentos (enfoque contextual temporal). Esta es una postura minoritaria pero probablemente efectiva. Esto nos permite entender el proceso en el que algunos países llevan los derechos fundamentales a los derechos constitucionales y sobre todo en el caso de México, a las garantías individuales que por lo menos en el Siglo XX fueron protagonistas en nuestra Constitución y por lo tanto, en el imaginario jurídico global.

Así para entender y sobre todo para poder llevar a la práctica los derechos humanos

en general y sobre todo los DESCAs, es necesario tener presente su protección jurisdiccional. Es decir, el grado de positividad, el grado de vinculación y el grado de efectividad que esperamos de estos derechos. Para ello, desde la tradición jurídica italiana las aportaciones de Mauro Cappelletti con la Jurisdicción de la Libertad son muy útiles. Ahí, se refleja desde el procesalismo científico del Siglo XX en Italia el impulso que a la libertad se le puede dar desde el ámbito judicial. En el marco de un iuspositivismo, en el que hay primero un reconocimiento jurídico y a la par una protección judicial. Algo que según Luigi Ferrajoli es crucial al grado de vincular ineludiblemente al derecho con su garantía jurisdiccional, llegando a afirmar que sin garantía no hay derecho realmente. Con estas ideas, se abandona paulatinamente la vieja y clásica tradición jurídica de considerar exclusivamente a los derechos como limitaciones al poder público. En esta visión

subyace y significaría solo encontrar violaciones a derechos en las acciones del Poder y autoridad típica y tradicional. Sería una visión objetiva de los derechos humanos, en la que no cabrían los DESCAs. El enfoque en esta visión clásica es al Estado, es a limitarlo y no al ser humano. Hay que decir que es y sobre todo fue, una concepción útil, en términos pragmáticos, es decir, sí funcionó para lograr una limitación del poder, que era lo que finalmente se quería en la época del Siglo XIX, aunque no suficiente ni adecuada a los DESCAs, ya que al no tener como eje central de importancia al ser humano, las necesidades básicas para subsistir de este, no estarían en primer plano como implican los DESCAs.

Desde el punto de vista conceptual, algunos autores definen a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) a través de una descripción de los derechos que componen estas categorías. No

obstante se crean debates conceptuales respecto a la relación de ciertos derechos con otros, por ejemplo, al integrar una definición de los derechos ambientales dentro de la categoría de la DESCAs, se lleva a relacionar al derecho humano al medio ambiente con el término “derechos ambientales”, los cuales tendrían que abarcar una definición más amplia. El mismo caso ocurre con los derechos culturales, ya que con este término se engloban las diversas esferas, en cambio el derecho a la cultura es un área específica. Para esta investigación, se retomarán los conceptos que se han utilizado por teóricos en temas de derechos humanos, no obstante se hace la aclaración del debate que pueda surgir.

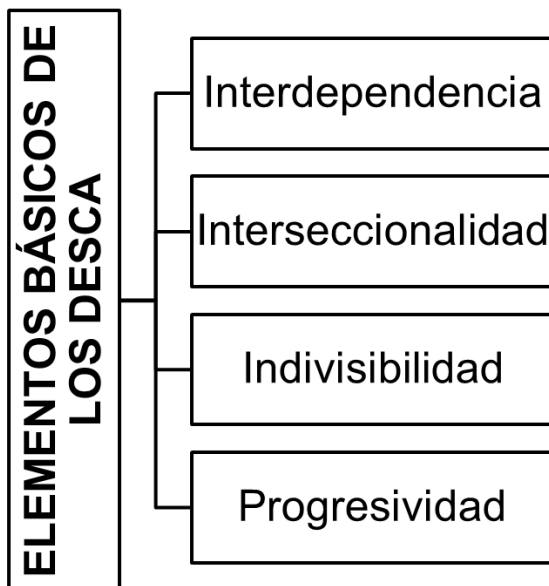
Algunos de los análisis desde un punto de vista conceptual, recuperados son los que se detallan a continuación y que se consideran importantes para su entendimiento; por ejemplo los **derechos económicos**, para

Francisco Puy (1998) se relacionan con las implicaciones socioeconómicas, entendiéndose, desde la expresión doctrinal, como una subclase de los “derechos humanos”. Pues de este derecho económico derivan otros como son la alimentación, el vestido, a la vivienda, la salud, a la medicación, la propiedad, a la autotutela, entre otros más. Mientras que los **derechos sociales**, se podrían definir como prestaciones y prerrogativas sobre bienes materiales, por ejemplo, el derecho a un mínimo ingreso, a la vivienda, a la educación o a la salud, entre otros. Son configurados como derechos positivos.

Por otro lado, los **derechos culturales**, son definidos como el acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. Como obligación del Estado constituye la necesidad de las

autoridades de promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, en sus manifestaciones tangibles e intangibles, con pleno respeto a la diversidad cultural, así como la obligación de las autoridades de establecer mecanismos para garantizar el acceso de la población a cualquier manifestación cultural (Hernández, 2015) y por último los **derechos ambientales**, permiten disfrutar de un ambiente que tenga las condiciones de vida adecuadas de calidad tal que permita llevar una vida digna y gozar de bienestar; asimismo, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras, no sólo en beneficio de los mexicanos sino de toda la humanidad (Hernández, 2015).

Imagen 2. Elementos de los DESC.



Fuente: Elaboración propia.

La imagen anterior, ilustra los cuatro elementos que componen a los derechos y que por tanto también están adheridos a los DESC. Uno de ellos es el de interdependencia, el cual según Gialdino

refiere a que “los derechos humanos deben concebirse sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (Gialdino, 2016, p.18). El segundo elemento que contempla los DESCAs, y los derechos en general, es la interseccionalidad. Esta categoría abarca los modelos clásicos de opresión que existen dentro de la sociedad tales como la raza, el género, la nacionalidad, orientación sexual y clase. Todos estos elementos, al no funcionar interdependientemente, crean un sistema de opresiones que se representan con la discriminación y las formas de poder y privilegios (Chirix, E. y Sajbin, V. 2019).

Aunado a esto es importante el elemento de la indivisibilidad ya que, según Favela (2016), los derechos humanos no deben ser considerados en forma aislada, sino como parte del conjunto de todos los derechos

humanos. Además de que tienen la característica de la progresividad, es decir que, los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al sólo poder aumentar, progresan gradualmente. La naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique (Mancilla, R. 2015, p.83).

En el imaginario social y jurídico de México o Latinoamérica, cuando hablamos de DESCAs hay una natural identificación con los derechos sociales, con lo cual es necesario un desarrollo teórico de los derechos sociales tal como se conciben en Latinoamérica y México

2. Los derechos sociales: una comprensión jurídica y teórica tradicional en evolución.

Los derechos sociales, son derechos iguales a niveles mínimos de subsistencia, dirigidos a reducir las desigualdades. Estos

derechos, guardan especial relación con el principio de igualdad, no solo desde un aspecto meramente formal, pues precisamente esta clasificación de los derechos fundamentales, tiene como fin esencial, establecer condiciones materiales, fácticamente posibles para que todas las personas, en igualdad de circunstancias, accedan, al goce de todos los derechos humanos, principalmente, a aquellas personas que se encuentran en una mayor desventaja social-económica que otros. Además, tal como lo menciona Ruiz (1994), se debe hacer la aclaración de que los derechos humanos no se reducen a los derechos civiles y políticos, sino que comprenden también a los derechos económicos, sociales y culturales básicos, que admite diversificaciones y distinciones.

El gran tratadista en derecho Robert Alexy, prescinde de las tradicionales distinciones entre derechos individuales

(primera generación) y sociales (segunda generación) y ofrece una clasificación de los derechos fundamentales desde su estructura deóntica. Alexy (2007) nomina a los derechos como derecho a algo, así los clasifica en derechos a la defensa; como acciones negativas, al no impedimento de acciones, no afectación de propiedades, en esta clasificación, recaen los derechos civiles y políticos; a diferencia de los derechos sociales, que bajo esta mismo esquema se sitúan como derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio.

Esta visión de los derechos fundamentales nos permite identificar claramente la expectativa, el tipo de comportamiento que exige el derecho-subjetivo. Veámoslo de la siguiente manera, el derecho a la vida es un derecho subjetivo, que se encuentra positivizado-tutelado en una Constitución y/o Tratado Internacional en

materia de derechos fundamentales, es universal en cuanto a la titularidad de los sujetos que son titulares, reconoce una expectativa que exige una conducta de no lesión (negativa) en el ejercicio de ese derecho, pero a su vez también impone un deber, verbigracia, la obligación de respetar la vida de otra persona, y su ámbito imperativo se hace visible al establecer la prohibición de matar, quitar la vida a otro de la misma especie. Bajo esta premisa es plausible establecer que los derechos subjetivos fundamentales contienen garantías consistentes, en prohibiciones y deberes, traducidas estas últimas en obligaciones a cargo de otros sujetos, para su pleno y cabal ejercicio.

Ahora pensemos en un derecho social, el derecho a la salud, es universal para todas las personas, independientemente de su calidad de ciudadano, es un derecho a prestaciones en sentido estricto, expectativa positiva, los

sujetos obligados son el Estado, quien tiene la obligación de destinar recursos económicos del erario público, para la creación de instituciones sociales, que hagan factible el goce del derecho positivo. Los sujetos particulares también se encuentran obligados, pero no primordialmente a destinar recursos económicos, sino, exige una conducta de no lesión, y su garantía es la prohibición de una conducta hipotéticamente establecida en una norma, que ante su violación, trae como consecuencia una sanción.

Todas las personas son titulares universales de este derecho; sin embargo podríamos establecer que en el caso de los derechos sociales, su cabal ejercicio está condicionado al otorgamiento de prestaciones-económicas por parte del Estado, como lo es la creación de instituciones sociales, entre muchas otras de carácter social que implican necesariamente destinar grandes cantidades

de dinero; por lo que, si no se destinan los recursos económicos necesarios y suficientes, se corre el riesgo de que solo sea un mero derecho enunciativo, y en consecuencia su “universalidad” depende de otras circunstancias que son ajenas al derecho social. En consecuencia no todos las personas en todos los países, tendrían la posibilidad de gozarlo, de la misma manera y en igualdad de circunstancias; particularmente en aquellas naciones con altos índices de pobreza y marginación.

Veámoslo de la siguiente forma, un particular almacena en su propiedad residuos tóxicos que son altamente dañinos para la salud pública, y existe una norma que expresamente prohíbe esa conducta a los particulares, entonces al no ser respetada, el particular se hace acreedor a una sanción. O por ejemplo, subsiste que por decreto presidencial todas las clínicas y hospitales ya

sean públicas o privadas; en caso de emergencia deberán brindar la atención médica necesaria para la persona que así lo requiera y cuya vida esté en inminente peligro; estableciéndose en la propia norma una sanción al particular ante la falta de cumplir con su deber-obligación. Podemos establecer que los derechos sociales son derechos a prestaciones en sentido estricto, conductas positivas, cuyo deber, es la obligación a cargo del Estado de destinar recursos económicos, y exige de los particulares una conducta negativa, de no lesión, garantizada mediante prohibiciones establecidas en una norma.

El Estado no solo tiene la obligación de destinar recursos económicos, sino también de crear las normas jurídicas que establezcan las prohibiciones y desarrollen la estructura sustancial del derecho positivo, (el contenido del derecho). Pensemos pues que una norma jurídica establece el derecho a la salud como

un derecho público, accesible a todas las personas, pero no establece la obligación del Estado a destinar recursos económicos; lo cual resulta verdaderamente alarmante. Por qué entonces estamos ante una “laguna” normativa, que no establece el deber de obligar al Estado a destinar prestaciones económicas, que es la expectativa primordial que exigen los derechos sociales. Por ello los derechos sociales son también considerados derechos programáticos, porque dependen de los programas “sociales” que establezca cada gobierno, están sometidos a la voluntad política.

Estas dos visiones la imperativista y programática de los derechos sociales, sustentada primordialmente en prohibiciones, y sanciones, podría destruirlos, porque al no estar garantizado su cumplimiento en una norma que obliga al obligado y garantiza su cumplimiento, entonces el derecho es

meramente enunciativo, nunca podrá materializarse. Los derechos fundamentales son también normas jurídicas, esencialmente por que están tutelados en ordenamientos legales, lo que los dota de positividad, y porque todos ellos, exigen obligaciones a cargo de otros sujetos, en el caso de los derechos sociales, el Estado es el obligado principal, pero también los particulares en una modalidad de no intervención, no lesión.

En este sentido si los derechos humanos consisten en expectativas negativas a las que corresponden prohibiciones de lesión, y en expectativas positivas a las que corresponden obligaciones de prestación, estas obligaciones y prohibiciones se constituyen en sus garantías primarias, y cuando las mismas son vulneradas la obligación de sancionar judicialmente y reparar sus violaciones, se constituye en la garantía secundaria (Ferrajoli, citado en Mejia, R., 2012). Digamos que la norma establece que

pedro (A) tiene derecho a la salud, pero no se identifica la identidad del sujeto obligado, ni en qué consiste su obligación (que es el contenido del derecho), desde una visión normativista, se está en presencia de una laguna normativa, y no de un derecho meramente ficticio. El derecho subjetivo se origina con la norma que lo constituye y a partir del acto de producción de esta, existirá ya, normativamente como tal (Mejía, R., 2012).

Luego entonces el derecho como norma obliga al sujeto obligado a crear las leyes que den contenido y sustancia al derecho subjetivo positivizado en un ordenamiento legal, verbigracia, constitución política o un tratado internacional y a garantizar su cumplimiento. En un estado de derecho democrático los sujetos legitimados para crear normas jurídicas, lo son fundamentalmente, el órgano legislativo, pero también lo puede hacer el poder ejecutivo, otorgándoles la propia

Constitución las facultades para legislar a cada uno en sus respectivos ámbitos de competencia. Bajo este principio de democracia formal y sustancial, podemos establecer que el Estado, a través de sus órganos, tiene la obligación de crear las normas jurídicas que reconozcan los derechos fundamentales, y no solo ello, también garantizar su cumplimiento mediante la imposición de prohibiciones o de crear otras normas jurídicas para darles contenido sustancial y establecer sanciones a sus violaciones.

Veámoslo de la siguiente manera, como aquí ya se expuso, el derecho a la vida es un derecho reconocido en las constituciones y en los tratados internacionales, y que aun y cuando no esté nominalmente expresado, implícitamente si existe, pues es la base de todos los demás derechos fundamentales, este derecho subjetivo, exige en esencia la no

lesión, la no intervención, conducta negativa. El estado creó ese derecho en una norma, y garantiza su cumplimiento mediante la obligación de respetarlo y el establecimiento de prohibiciones; para lo cual el órgano legislativo dio vida a las normas de carácter penal, que establecen hipotéticamente las conductas que son sancionadas al violar un derecho fundamental, en el presente caso, la prohibición expresa a no quitar la vida, a no matar. Los sujetos obligados a realizar conductas son tanto los particulares como el propio Estado cuando se materializa a través de sus Instituciones.

En este ejemplo está claramente establecido cuál es el derecho subjetivo tutelado, la conducta (expectativa que exige), los sujetos obligados, y sus garantías mediante prohibiciones y sanciones. Sin embargo no obliga al Estado a destinar los recursos económicos para la protección del derecho a la

vida, la expectativa de ese derecho, no redundan en prestaciones de carácter económico; pero sucede que el Estado crea órganos de seguridad como las policías, el ejército para salvaguardar la integridad de las personas, mantener un orden y no regresar a un estado salvaje, ello implica, destinar recursos económicos para el establecimiento del orden social, sin que el derecho a la vida “per se”, exija como conducta, una prestación en sentido estricto. Inclusive el Estado tiene la prohibición de dictar leyes que atenten contra los derechos fundamentales (deber de respetar), porque bajo esa hipótesis, estamos ante una antinomia que debe ser anulada por vía jurisdiccional (obligación de garantizar).

Lo mismo sucede con los derechos sociales, son derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en una norma jurídica, que obliga al estado, exigen, el otorgamiento de prestaciones económicas, y también

conductas negativas de no intromisión, y también imponen el deber a los órganos que configuran las leyes, de respetarlos mediante la no creación de normas que violen los derechos fundamentales sociales, y/o mediante la expedición de ordenamientos legales que determinen el contenido, la sustancia de los derechos sociales y garanticen su cumplimiento, ya sea mediante prohibiciones (violaciones) u obligaciones de obligar (destinar recursos económicos).

De esta forma cuando se reconoce un derecho mediante una norma, que no especifica al sujeto obligado ni la obligación o prohibición que le incumbe, dicha norma contiene una obligación dirigida al legislador para que introduzca las garantías primarias y secundarias que faltan, en otros términos para que imponga al sujeto obligado, mediante la previsión de sanciones, la satisfacción de aquel derecho, o sea, de instruir específicas

garantías para el mismo, ya que la introducción de un derecho en un ordenamiento jurídico no puede tener otro sentido sino el que el propio ordenamiento asume la obligación, imponiéndose a los poderes públicos (Ferrajoli, citado en Mejía, R., 2012). Retomando el ejemplo del derecho a la salud, se puede decir que su garantía consiste en la obligación de satisfacerlo, lo cual supone e incluye a la vez, el deber de producir una legislación social que determine y de vida a los órganos obligados a ofrecer las respectivas prestaciones.

Los derechos sociales son derechos fundamentales sólo si el constituyente los configura y organiza con las características y garantías propias de la fundamentalidad de la norma constitucional (Ferrajoli, 2009). El cumplimiento de todos los derechos humanos (los civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales) supone la aplicación de diversos recursos de todo tipo y el diseño

institucional para el cumplimiento de todos los derechos fundamentales. Los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas para sus obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y solo también ellas se encuentran normativamente establecidas.

3. Marco Normativo

Considerando las reflexiones teóricas en el epígrafe anterior de los DESCAs, es necesario, desde un punto de vista mucho más profundo, describir y mencionar un conjunto de documentos e instrumentos que constituyen el marco normativo de referencia para encuadrar las investigaciones, acciones y desarrollo de los DESCAs en México. Se le llamará Marco Normativo ya que incluirá el Marco Jurídico y el Marco Político de referencia.

Marco Jurídico Internacional

El Marco jurídico se compondrá por el nombre jurídico del documento, así como la decisión de los órganos jurídicos encargados de aplicar estos instrumentos.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Americana sobre Derecho Humanos.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales : “Protocolo de San Salvador”

Marco Político Internacional

- Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Marco Normativo Nacional

El país de México se encuentra vinculado por el marco normativo el cual contiene un marco jurídico y político, ambos globales que incluyen tratados, convenciones, agendas y declaraciones internacionales firmados, ratificados y aceptados por el Estado Mexicano. Así mismo, el Marco Político contiene distintos documentos que en la actualidad tienen más poder e impacto, mientras que otros pueden no tener tanto poder, pero que de igual manera son relevantes para la investigación en curso y por lo tanto, se señalarán de manera coyuntural aquí.

Marco Jurídico Nacional.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Primera constitución en el mundo en contener derechos sociales).

Derechos Sociales en la Constitución.

- Artículo 2o. Derecho de grupos sociales
- Artículo 3o. Derecho a la Educación
- Artículo 4to Derecho a la salud, Derecho a la alimentación, Derecho a la vivienda, Derecho al medio ambiente sano, Derecho al Agua, Derecho a la cultura, Derecho al Deporte.
- Artículo 5o. Derecho al Trabajo
- Artículo 27. Derecho al agua
- Artículo 123. Derecho al trabajo, seguridad social

Leyes Federales y Generales.

- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Ley General de Salud.
- Ley General de Educación.
- Ley General de Educación Superior.
- Ley Reglamentaria del Artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mejora Continua de la Educación.
- Ley de Vivienda.
- Ley Federal del Trabajo
- Ley General de Cultura y Derechos Culturales.
- Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.
- Ley General de Cultura Física y Deporte
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
- Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al

Medio Ambiente del Sector
Hidrocarburos.

- Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

Marco Político Nacional.

Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

4. Incorporación de los DESCAs en México: el caso de la Laguna del carpintero AR 307/2016 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los DESCAs han pasado por un proceso de integración constitucional que aún no culmina en el país, según la Comisión Nacional de las Naciones Unidas (2019), se

establecieron en la Constitución Política desde su promulgación en 1917 en donde se contemplaban varios de ellos y además fue de las primeras constituciones en el mundo en consagrarlos. Se estima que hay una incorporación paulatina de los DESCAs en el imaginario jurídico y social, derivado de un impulso progresivo y muy importante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por consiguiente, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales es prioritario, pues estos propician los espacios de libertad del ser humano en forma individual o como parte de una comunidad que promueven el pleno goce y disfrute de lo que a su propia naturaleza le pertenece, derivadas de una serie de movimientos sociales, económicos, políticos y culturales provocados por la desigualdad social que se ha dado en el mundo entero y que se manifiesta en la mala distribución de la riqueza;

en la dificultad para acceder a algún trabajo; a capacitación profesional, o a la educación y, en general, a la satisfacción de las necesidades básicas como son la alimentación y la vivienda, entre otras (Hernández, 2015).

Por lo que respecta al caso particular de indudable relevancia para nuestros propósitos en esta investigación, relativo al AR 307/2016 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es necesario recordar el contexto que permite identificar las circunstancias que justifican su inclusión en esta recopilación. En el año 2014, la Laguna del Carpintero, ubicada en el centro de Tampico, Tamaulipas se vio amenazada por la construcción del proyecto denominado “Parque Temático-Ecológico Laguna del Carpintero” (Parque Ecológico), consistente en la preparación del sitio y construcción del “Parque Temático Ecológico Centenario”, en el cual se contemplaba el desarrollo de una superficie de

aproximadamente 16 hectáreas colindantes al humedal “Laguna del Carpintero” de un parque ecológico.

Las zonas de manglar, protegidas por la legislación ambiental, y áreas inundables, que son hábitat de especies migratorias, se vieron en riesgo. Durante el transcurso de las obras de construcción del “Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero” (Parque Ecológico) se realizó una tala ilegal de mangles y se destruyó el ecosistema del área destinada a preservación y esparcimiento cultural, lo que causó un daño irreparable al ecosistema de humedales, manglares y especies terrestres y acuáticas, en perjuicio de los habitantes de la ciudad de Tampico, Tamaulipas. Asimismo, manifestaron que el proyecto se había procedido sin la existencia de un informe de impacto ambiental emitido por la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT). La destrucción de humedales y manglares que se actuó para la referida

construcción vulneró el derecho humano a un medio ambiente sano.

Evolución del ecosistema de la Laguna del Carpintero (2012-2022)



Imagen 3. Zona de Manglares antes de la tala ilegal al 2007

Fuente: Google Maps, 2007



Imagen 4. Laguna del Carpintero al 2012

Imagen 5. Laguna del Carpintero 2014

Fuente: Google earth pro, 2022.

Fuente: Google earth pro, 2022.



Imagen 6. Laguna del Carpintero al 2016

Imagen 7. Laguna del Carpintero al 2017

Fuente: Google earth pro, 2022

Fuente: Google earth pro, 2022



Imagen 8. Laguna del Carpintero 2022

Fuente: Google earth pro, 2022

Las imágenes anteriores demuestran la evolución del ecosistema de la Laguna del Carpintero al pasar por las diversas etapas de construcción. En la imagen 4, se evidencia la vegetación que existía y el territorio ocupado por ella. Con el inicio del proyecto del Parque Ecológico en el 2014, se demuestra, en la imagen 5, la tala de la vegetación y la destrucción casi total en la zona. Posterior a la aplicación del amparo, comienza una reconstrucción del área dañada y se comienza a restaurar el territorio (figura 6). No obstante, en el periodo 2017-2022, con la construcción del Parque Metropolitano de Tampico, la vegetación se dañó nuevamente y las áreas verdes son casi nulas.

De este importante caso derivan principios de interpretación de la mayor relevancia y que marcarán en nuestro tiempo la forma en la que debe interpretarse el derecho humano a un medio ambiente sano y digno. Por ejemplo, dentro de estos principios estarían;

El principio de precaución que consiste en que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente" (Declaración de Río).

El Principio de no regresión. Se limitan las posibilidades de disminuir o modificar injustificadamente cualquier nivel de protección alcanzado con la declaración especial de protección. En este sentido, el concepto de nivel de protección alcanzado es fundamental para la aplicación de este principio.

El Principio de Participación Ciudadana. Implica el de iniciativa pública, pues es necesario reconocer un rol proactivo del Estado en la protección al medio ambiente en términos del orden constitucional y convencional.

El Principio de *in dubio pro natura*. Ante la duda sobre la certeza o exactitud científica

de los riesgos ambientales, se debe resolver a favor de la naturaleza.

Interés legítimo sobre el Amparo 307/2016. El Caso de la Laguna del Carpintero en Tamaulipas.

Uno de los aspectos más importantes desde el punto de vista del Derecho Procesal Constitucional es la ampliación del alcance del interés legítimo en el juicio de amparo para lograr la defensa más amplia del derecho humano a un medio ambiente sano y digno. Considerando la regulación y protección constitucional contenida en el artículo 4to y sobre todo la relación de estos derechos con su previsión en el artículo 1ero. la Suprema Corte de Justicia de la Nación menciona el concepto de “entorno adyacente”. Este concepto comprende todo el espacio físico de influencia de un determinado ecosistema en las que brinda sus servicios ambientales, es decir, en todo el espacio físico que se ve impactado por

el recurso natural del que pueden disfrutar y gozar las personas de manera directa y sobre todo de manera indirecta. Bajo este concepto el interés con el que pueden acudir en amparo las personas es difuso, y hasta cierto punto (desde la perspectiva teórica tradicional), incierto. Sin embargo, desde la actual postura teórica y global del acceso universal a la justicia y sobre todo del espíritu de la reforma Constitucional de 6 de Junio de 2011 y de abril de 2013 a la Ley de amparo, así como de la determinada interpretación que de este marco jurídico hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

5. Algunas conclusiones

Existe un debate aún abierto en muchos aspectos de los DESCAs en el mundo, en México y en cada una de las Entidades Federativas. El debate incluye en un primer momento, el problema conceptual, y la falta de argumentos sólidos para concluir la pertinencia

o no de la división conceptual entre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Tal parece que la comunidad académica ha consensuado tácita y en algunas ocasiones, expresamente, que es mejor incluir y no dividir los derechos que entrarían en la categoría de DESCAs. Por lo anterior, se hace la recomendación de realizar aclaraciones conceptuales y fortalecimiento de la teoría de los DESCAs. Para lograr la justiciabilidad de los derechos sociales, estos deben ser protegidos y aplicados por las instituciones gubernamentales a través de programas e infraestructura de calidad, con el fin de que las personas gocen de ellos de manera uniforme. Además, se hace énfasis en las obligaciones que el Estado tiene en la aplicación de los derechos sociales con el fin de asegurar el acceso de las personas a tales derechos y que no estén condicionados por sus posibilidades económicas.

6. Bibliografía y fuentes de información.

1. Cabrales Lucio, José Miguel. “Los derechos sociales. Una propuesta de interpretación conforme en el control constitucional de la ley” [en línea]. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid*, núm. 16, julio 2012, pp. 3-22. <http://universitas.idhbc.es/n16/16-02.pdf>. [Consultado: 9 de septiembre de 2014].
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, San José: CIDH.
3. Desca Equipo Pueblo (2006). *Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs en la Ciudad de México*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
4. Ferrajoli, L. (2009). *Garantismo*. 2da Ed. España: Trotta.

5. Gómez Gómez, H. M. (2021). "Derecho a un ambiente sano. El caso del Manglar de la Laguna del Carpintero". *Revista IUS Acceso a La Justicia Ambiental en la Vía Jurisdiccional*, vol. 16, pp: 65-108. Disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/articulo/view/714/808> [Consultado 06-10-22]
6. Gutiérrez Ortíz Mena, A. "La justiciabilidad del Derecho a la salud en México". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5. pp. 325-363.
7. Hernández, A. (2015). *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el nuevo Modelo Constitucional de Derechos Humanos en México*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/reflexiones-teoricas-sobre-el-papel-de-los-tribunales-constitucionales-frente-los-derechos> [Consultado 06-10-22]
8. Bovero, M. (2001) *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*: Editorial Trotta.
9. México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma: 28/05/2021. Disponible en:

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> [Consultado 06-10-22]

10. México. Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma: 21/02/2021.
11. México. Comisión Municipal de Agua Potable. Recomendación NÚM: 038/2015. Disponible en: <https://desca.cndh.org.mx/Content/reco/TAM/Agua/38-2015.pdf>.
12. México. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión: 307/2016.
13. Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/relaciones-institucionales/documentos/principiosMedioambiente.pdf>
14. Rawls, John (2022). Teoría de la Justicia. España: Fondo de Cultura Económica de España.

15. Salgado Cipriano, Giovanni Alexander (2021). *Reflexiones teóricas sobre el papel de los tribunales constitucionales frente a los derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales. Una deuda vigente para la interdependencia.*
16. Suprema Corte De Justicia De La Nación (2021). *Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.* México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/capacitaciones/archivos/2021-06/Temario%20DESCA%20VF%20Micrositio.pdf>. [Consultado 06-10-22]
17. Suprema Corte De Justicia De La Nación (2022). “Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano”. *Cuadernos De Jurisprudencia.* núm. 3. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
18. Suprema Corte De Justicia De La Nación. Portal de Sentencias de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Disponible en: <https://desc.scjn.gob.mx>. [Consultado 06-10-22]

19. Suprema Corte De Justicia De La Nación. Reseña del Amparo en Revisión 307/2016. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-08/res-NLPH-0307-16.pdf [Consultado 06-10-22]

Derecho A La Educación Inclusiva Y Libre De Violencia

Dra. Anna-Emilia Hietanen

Resumen

El artículo analiza el concepto del derecho a la educación inclusiva y libre de violencia desde los instrumentos internacionales y los retos que tiene América Latina en la materia. Además, se comentarán algunas recomendaciones sobre cómo garantizar este derecho.

Muchas veces se piensa que la educación inclusiva refiere exclusivamente al derecho de las personas con discapacidades a la educación. Sin embargo, en los instrumentos internacionales la educación inclusiva también refiere a otros grupos vulnerables, tales como los pueblos indígenas, niñas, niños y jóvenes migrantes y personas cuya situación socioeconómica las pone en desventaja.

En América Latina y el Caribe, a pesar de avances en las materias de legislación y financiamiento, aún hay muchos retos para que se pueda garantizar el derecho a la educación inclusiva y libre de violencia. Por ejemplo, la segregación por cuestiones económicas, origen étnico y discapacidad es aún un desafío grande. Los niños, niñas y jóvenes indígenas y afrodescendientes o migrantes y personas con discapacidad tienen mayores dificultades para tener acceso y permanecer en la educación de calidad. Los currículos en la región tampoco son muy inclusivos y en varios países no promueven en el alumnado las habilidades necesarias para la participación política, algo que es fundamental para la construcción de sociedades más inclusivas en el futuro. La educación inclusiva se debe también tomar mejor en cuenta en la formación docente, y las escuelas necesitan tener mayores recursos para garantizar accesibilidad.

Palabras clave: educación inclusiva; educación libre de violencia; derecho a la educación

Introducción

El derecho a la educación es considerado como un derecho humano fundamental y es mencionado ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Es algo que se debe garantizar a todas las personas, independientemente de su raza, género, nacionalidad, orientación sexual, religión, salud u otras características. En los últimos años se ha empezado a enfatizar el derecho a la educación inclusiva, cuyo ideal es que todas y todos se pueden estudiar juntos y juntas, celebrando la diversidad y no viéndola como un problema.

Cuando se habla de la educación inclusiva, a veces se piensa solamente en el derecho de las personas con discapacidad a la educación

en escuelas convencionales. La educación inclusiva, sin embargo, es un concepto más amplio. En este artículo, vamos a revisar el concepto del derecho a la educación inclusiva y libre de violencia, el marco normativo internacional que lo sustenta y los retos que hay en América Latina y Caribe en el cumplimiento de este derecho. Además, se presentan algunas ideas sobre lo que se requiere para que los países de la región puedan garantizar este derecho a su ciudadanía.

Marco normativo

En el nivel de las Naciones Unidas, hay múltiples iniciativas e instrumentos que hablan del derecho a la educación, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Otros instrumentos que mencionan características específicas del derecho a la educación son por ejemplo Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Además de estos instrumentos, ha habido también otras iniciativas internacionales que hablan del derecho a la educación y especialmente a la educación inclusiva. Entre ellas, podemos mencionar la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de Jomtien, Tailandia en 1990, que señaló la importancia de dar oportunidades de aprendizaje a todas las personas; la Declaración y Marco de Acción de Salamanca de 1994, en que se habla de la integración de las personas con necesidades educativas especiales en escuelas para todos; y el Foro

Mundial de Educación de Dakar del 2000.
(Morales y Sandoval, 2017)

La Agenda 2030 también refiere a la educación inclusiva. El cuarto Objetivo para el Desarrollo Sostenible es “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.”

Educación inclusiva

¿Qué entonces es la educación inclusiva? Existen muchas definiciones y no siempre significa lo mismo para todas las instancias y actores involucrados. En términos generales, se puede señalar que refiere a una enseñanza que atienda la diversidad y satisface las necesidades de aprendizaje de todas y todos, lo que implica también identificar y eliminar las barreras para el aprendizaje y participación de todas las personas en los contextos escolares.
(Morales y Sandoval, 2017)

UNESCO citado en Aguerrondo (2008, p. 19) define la inclusión como:

(...) proceso de abordar y responder a la diversidad de necesidades de todos los alumnos y alumnas mediante una mayor participación en el aprendizaje, las culturas y las comunidades, y la reducción de la exclusión dentro y desde la educación. Esto implica cambios y modificaciones en el contenido, los enfoques, las estructuras y las estrategias, con una visión común que incluye a todos y a todas (...) y la convicción de que es responsabilidad del sistema regular educar a todos y a todas.

Lo interesante en esta definición es que se considera la inclusión en la educación como proceso, no solamente como una meta o

resultado. Este proceso implica todo tipo de cambios desde cómo y qué se enseña hasta cambios físicos para garantizar la accesibilidad.

Muchas veces se asocia la inclusión educativa con el derecho a la educación de las personas discapacitadas. Sin embargo, para UNESCO, no se trata de un solo grupo de personas, sino a través de la inclusión, se da atención a diferentes grupos de estudiantes que están en riesgo de ser marginados o excluidos o tener bajo rendimiento escolar. Por lo tanto, se entiende que la inclusión atiende a varias problemáticas ligados a temas como género, origen étnico y condiciones sociales. (Aguerrondo, 2008) Además de las personas con discapacidad, la inclusión debe abordar por ejemplo los pueblos indígenas, minorías étnicas, culturales, religiosas y lingüísticas, niñas, niños y jóvenes migrantes y personas LGTBI.

Como la inclusión conlleva la idea de que son los sistemas educativos regulares que tienen la responsabilidad de educar a todos y todas, se ha debatido sobre si la inclusión significa que las y los estudiantes con diferentes necesidades o con discapacidades deben estudiar en las escuelas regulares. Se ha discutido si es más importante que las alumnas y los alumnos con discapacidad estudien con todos los demás, para que haya la máxima interacción, o si se debe dar más énfasis en el ambiente en que puedan aprender mejor, aun si éste no es un salón convencional. Para atender esta ambigüedad, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad publicó en 2016 una observación general sobre el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señalando que la inclusión de los alumnos y las alumnas con discapacidad en las clases regulares requiere cambios

estructurales, de planes de estudios y metodologías de enseñanza y aprendizaje, y si no se hacen estos cambios necesarios, no se puede hablar de la inclusión. Comentó también: “Además, la integración no garantiza automáticamente la transición de la segregación a la inclusión” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, citado en UNESCO, 2020, p. 17). De este modo, es importante que todas y todos los estudiantes tienen un ambiente educativo adecuado que celebra la diversidad y permite a cada persona desarrollarse de acuerdo con sus necesidades y preferencias.

Educación libre de violencia

Veamos ahora qué significa la educación libre de violencia. Las niñas, niños y jóvenes tienen derecho a una educación en un ambiente seguro, sano y libre de violencia dentro de las instituciones educativas.

Cárdenas citado en Del Tronco y Madrigal (2013, p. 26), basándose en otros autores, definen la violencia escolar como:

(...) “toda acción, situación o relación que suceda dentro de los límites físicos del establecimiento o en el marco de una relación social gestada en la escuela (Ajenjo y Bas, 2005), que atente contra la integridad física, moral, psicológica o social de algún miembro de la comunidad escolar, contra las reglas y normas de la escuela, de la ley, o aquellas que el mismo grupo ha consentido” (Varela et al., 2010, p.12), y cuyo impacto cause “dolor o lesiones físicas o psíquicas a las personas que actúan en el ámbito escolar, o [...] dañar los objetos que se encuentran en dicho ámbito”,

afectando la buena convivencia en los centros escolares”.

La violencia en los entornos escolares puede presentarse de múltiples formas. Puede ser perpetuado por el alumnado, por docentes, el personal de la institución educativa o las direcciones. Puede incluir acoso escolar, violencia física, sexual, psicoemocional, cibernética o diferentes formas de discriminación y/o exclusión.

Pero puede también haber violencias aún más difíciles de detectar: violencia institucional, estructural y curricular. La violencia institucional en la educación refiere a las normas, conductas y/o prácticas por parte de las autoridades escolares, sean docentes o directivos, que “estructuran un ‘orden escolar’ que lesiona la integridad de los alumnos en tanto sujetos de derechos” (Del Tronco y Madrigal, 2013, p. 27). Para Fernández (1995),

la violencia estructural son diferentes tipos de violencia que promueven y mantienen las estructuras sociales injustas y desiguales, legitimando y justificándolas. La violencia curricular, por su parte, puede ser definida como un tipo de programación académica que compromete el bienestar psicológico o intelectual del estudiantado (Ighodaro y Wiggan citado en Jones, 2020). Puede incluir por ejemplo la exclusión de saberes y conocimientos de grupos minoritarios, su representación de una forma estereotipada o su exclusión de los contenidos curriculares (Jones, 2020; Sepúlveda, Becerra y Merino, 2014), aunque Giuvedi (2014) incluye más ampliamente también otras prácticas que impiden a los sujetos dentro del sistema escolar desarrollar sus vidas “de manera humana, digna y en comunidad”.

Otro tipo de violencia puede ser también la violencia social que no es propiamente tal

violencia escolar, sino violencia de los entornos sociales cercanos a la escuela que también invade a la escuela en forma de problemas no escolares. (Del Tronco y Madrigal, 2013; Trucco y Inostroza, 2017).

Muchas veces los programas para prevenir la violencia en los entornos escolares se enfocan en la prevención o manejo de violencia física, verbal, sexual o emocional. Los otros tipos de violencia, sobre todo la violencia estructural y curricular se invisibilizan más fácilmente y son a veces percibidas como parte del desarrollo “normal” de la escuela (Giovedi, 2013). Es importante que las intervenciones que buscan prevenir la violencia en las escuelas tomen en cuenta sus múltiples formas, ya que requieren diferentes tipos de soluciones.

Retos en América Latina y el Caribe

América Latina y el Caribe forman la región más desigual en el mundo, y esto se refleja en el derecho a la educación. Si bien la mayoría de los países en la región incluye el derecho a la educación en su legislación, las grandes desigualdades sociales implican también grandes retos para que todas las personas puedan tener educación de calidad. A pesar de que el acceso a la educación ha aumentado en la región, no significa que la calidad de la educación es la misma para todas y todos (Blanco y Duk, 2010).

En cuanto a la legislación y políticas públicas sobre la educación inclusiva, América Latina y el Caribe es una región relativamente avanzada. En esta región, se encuentran 10 países de los 19 países en el mundo que han adoptado la inclusión educativa como parte de su legislación, y siete de los 32 países en el

mundo que tienen una política de educación inclusiva. Sin embargo, estas leyes y políticas públicas no siempre se ponen en práctica. (UNESCO, 2020)

Un reto para la educación inclusiva que señala el *Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2020* es la alta segregación socioeconómica y étnica: “Esto perjudica la cohesión social, ya que los distintos grupos sociales no tienen oportunidades suficientes de vivir una experiencia común en la que se reconozcan, valoren y aprovechen las diferencias” (UNESCO, 2020, p.7). Además, acentúa la desigualdad: las niñas, niños y jóvenes que vienen de los sectores con un nivel socioeconómico bajo, tienen mucho menor probabilidad de terminar su escolaridad que quienes tienen un nivel socioeconómico alto.

Además de la población con pocos recursos económicos y/o población rural, hay otros grupos vulnerables. El origen étnico influye negativamente en las posibilidades de tener acceso a una educación de calidad y permanecer en ella: pueblos indígenas y las personas afrodescendientes sufren de una mayor desigualdad en la región. Niñas, niños y jóvenes en movimiento, sea por la migración o por el desplazamiento forzado, tienen muchas veces dificultades para acceder a la educación. En el caso de estudiantes LGBTI, la discriminación, violencia y el miedo a la violencia puede llevar a la deserción escolar. La población juvenil carcelaria también suele tener menor acceso a la educación adecuada que la población que está en libertad; los programas educativos dentro de las cárceles, por ejemplo, pueden ser dirigidos para personas adultas y no para adolescentes. Un reto particular también es la baja escolarización de niñas, niños y jóvenes con discapacidad. No

solo eso; incluso en los países de la región que hay leyes y políticas sobre la inclusión, las y los estudiantes con discapacidad muchas veces estudian en escuelas especiales, no dentro del sistema regular. (UNESCO, 2020).

Asimismo, la falta de atención a la interseccionalidad es un problema. Por sí el derecho de los grupos vulnerables a una educación inclusiva y libre de violencia no se cumple adecuadamente en muchos países de la región, pero la situación es aún más compleja en la intersección de la pobreza, el género, el origen étnico y la discapacidad. Las desventajas que tiene por ejemplo una niña indígena con discapacidad para el acceso y la permanencia de educación de calidad suelen ser muy grandes (UNESCO, 2020).

Además de retos que enfrentan los grupos vulnerables, hay otros desafíos para la educación inclusiva en América Latina y el

Caribe. A pesar de que la región prioriza el gasto público más que otras regiones del mundo, es importante analizar cómo se usa este gasto. De acuerdo a UNESCO (2020), si los gobiernos centrales descentralizan los recursos a las regiones, se debe hacer mayor hincapié a la equidad, compensando las desventajas de los grupos y regiones vulnerables.

Un desafío para la inclusión es la segregación de la población. En las escuelas latinoamericanas y caribeñas hay segregación por el nivel socioeconómico, el origen étnico y por la discapacidad. La segregación puede tener que ver con leyes y políticas públicas – como en el caso de las personas con discapacidad – pero agravarse por ejemplo por cuestiones que tienen que ver con las mismas escuelas, como la falta de infraestructura accesible. La legislación puede afectar también el acceso de las poblaciones migrantes a la

educación regular. Barreras lingüísticas y culturales pueden afectar el derecho a la educación de las niñas, niños y jóvenes indígenas (UNESCO, 2020). Sobre este último punto, UNESCO (2020, p. 18) sin embargo, recuerda que las formas erróneas de inclusión pueden también tener consecuencias negativas, reforzando “involuntariamente la presión para amoldarse al modelo dominante”, amenazando o desvalorizando las identidades, lenguas, creencias y prácticas propias de un grupo minoritario.

Algo que puede agravar la segregación y socavar la inclusión y equidad, es la privatización en el campo educativo. En América Latina, hay un alto nivel de privatización en la educación básica. Esto tiende a excluir a los grupos desfavorecidos, que tienen poca representación en las escuelas privadas o semi-privadas. (UNESCO, 2020; Murillo y Martínez Garrido, 2017) La tendencia

a segregación es especialmente clara en Chile, donde no solamente sucede por cuestiones socioeconómicas y por la residencia, sino que las escuelas tienen un método de selección de alumnos discriminatoria y excluyente (UNESCO, 2020).

El currículo también puede ser un reto la inclusión. Se necesita amplia participación política para construir sociedades inclusivas, y muchas veces las escuelas no preparan al alumnado para participar en los procesos políticos democráticos. Si los currículos no aportan los conocimientos y actitudes necesarios para que el estudiantado participe en actividades políticas, es difícil luchar contra la exclusión y promover una sociedad más inclusiva (UNESCO, 2020). La promoción de la pasividad y obediencia y pocas capacidades de crítica en el estudiantado que no permiten generar procesos democratizadores han sido incluso señalados como parte de la violencia

curricular (Villalba, 2016 y Fernández, 1995). Los contenidos de los currículos y libros de textos también pueden ser poco inclusivos, al excluir saberes, tradiciones y poblaciones no europeas o presentándolos de una forma escasa y estereotipada. Hay algunas excepciones: por ejemplo, en el currículo de Bolivia hay un reconocimiento positivo de los pueblos indígenas. Las cuestiones de género en general son poco representadas en los currículos y libros de texto en la región y a veces se refuerzan estereotipos tradicionales de género. Las personas LGBTI tampoco suelen tener mucha presencia en los currículos o materiales educativos (UNESCO, 2020).

La formación de docentes, las condiciones laborales y la falta de diversidad en el personal docente han sido señaladas también como un posible obstáculo para la inclusión. Los y las docentes no siempre tienen una adecuada formación y muchas veces no están

preparados para trabajar con alumnas y alumnos de diferentes orígenes, capacidades e identidades. Se requiere más capacitación en temas de inclusión, diversidad y necesidades especiales del alumnado. También sería importante que hubiera mayor diversidad en la composición del cuerpo docente, ya que personas de origen indígena o personas afrodescendientes están poco representados en la docencia (UNESCO, 2020).

Si por sí en América Latina y el Caribe existen muchos desafíos para la educación inclusiva, la pandemia de COVID-19 ha significado aún mayores retrocesos en la educación de muchos grupos vulnerables. Cuando muchos países tuvieron que acudir a la educación a distancia, quienes estaban en desventaja desde antes, estaban en ahora mayor peligro de deserción escolar o rezago educacional. Los desiguales resultados de aprendizaje estaban evidentes en la región

desde antes de la pandemia, y el cierre de las escuelas y la crisis económica solo agravaron estas deficiencias (Banco Mundial, 2021).

Recomendaciones para garantizar el derecho a la educación inclusiva y libre de violencia

La educación inclusiva tiene muchas ventajas, como señala UNESCO (2020, p. 20):

La inclusión en la esfera de la educación es importante. Una educación inclusiva cuidadosamente planificada e impartida puede mejorar los logros académicos, el desarrollo social y emocional, la autoestima y la aceptación entre pares (Hehir et al., 2016). La inclusión del alumnado diverso en aulas y escuelas convencionales puede prevenir la estigmatización, los estereotipos, la

discriminación y la alienación (Forlin, 2012).

Para que garantizar que las niñas, niños y jóvenes en América Latina y el Caribe puedan disfrutar de su derecho a la educación inclusiva y libre de violencia, hay que tomar acciones para superar los retos en la materia.

Aunque la región ha tomado pasos importantes en cuanto a la normatividad, todavía se requiere mejorar las legislaciones y políticas públicas, para que promuevan una perspectiva inclusiva en la educación. Esto también debe reflejarse en el financiamiento y en el gasto público (UNESCO, 2022 y Banco Mundial, 2021). Es importante que se tome en cuenta las preparaciones y cambios necesarios en el nivel de las escuelas para que por ejemplo personas con discapacidad puedan realmente tener condiciones adecuadas para estudiar, y para que la inclusión mal realizada no lleve a la

pérdida de identidad o idioma de las minorías étnicas o culturales. Para tener políticas públicas eficientes y dirigir la financiación de una manera que beneficie a los grupos más desfavorecidos, es necesario contar con datos pertinentes y suficientemente detallados sobre los educandos (UNESCO, 2022).

Los currículos, planes de estudios y los libros de texto deben elaborarse desde la perspectiva inclusiva y es necesario capacitar al cuerpo docente para que pueda promover la inclusión y la diversidad y enfrentar los retos que puede haber por las diferentes necesidades que presenta el alumnado. Es importante que se cambien las actitudes, tanto dentro y fuera de las escuelas. El lenguaje usado en y sobre los entornos educativos y la comunicación dentro, sobre y alrededor de la educación debería reflejar este cambio hacia actitudes más positivas. Fomentar una mayor participación de las familias y comunidades en

la educación puede también ayudar la inclusión (UNESCO, 2022).

Desde luego, es importante que se tomen en cuenta las diversas necesidades físicas y haya acceso a recursos y tecnologías de asistencia para quienes los necesiten. Es importante que en los planteles escolares y en los materiales o tecnologías usados se promueve la accesibilidad. También organizar un transporte adecuado es necesario para evitar la exclusión de personas con discapacidad o personas que viven en entornos rurales marginados.

Como se vio al principio, la inclusión es tanto un proceso como una meta. Es fundamental que se entienda que los sistemas educativos son los que se deben a adecuar a las necesidades de los individuos, no al revés. Es esencial cambiar las actitudes, para que las personas de diversos orígenes

socioeconómicos, étnicos y culturales, la discapacidad y la diversidad de sexualidad e identificación de género no sean vistas como un problema, sino que se celebre la diversidad.

Referencias:

Aguerrondo, Inés, 2008, “Políticas de educación inclusiva”, en UNESCO, *La educación inclusiva: El camino hacia el futuro. Una breve mirada a los temas de educación inclusiva. Aportes a las discusiones de los talleres. ED/BIE/CONFINTED 48/Inf.2*, Disponible en: http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Policy_Dialogue/48th_ICE/CONFINTED_48_Inf_2_Spanish.pdf.

Banco Mundial, 2021, *Actuemos ya para proteger el capital humano de nuestros niños. Los costos y la respuesta ante el impacto de la pandemia de COVID-19 en el sector educativo de América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Mundial. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35276?locale-attribute=es>

Blanco Guijarro, Rosa y Duk Homad, Cynthia, 2011, “Educación inclusiva en América Latina y el Caribe”, *Aula*, núm. 17, 37-55. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/120844/Educacion_inclusiva_en_America_Latina_y_.pdf;jsessionid=8E8FAA44B4D66347FE291C66C169067E?sequence=1

Del Tronco Paganelli, José y Madrigal Ramírez, Abby, 2013, “Violencia escolar en México: una exploración de sus dimensiones y consecuencias”, *Trabajo Social UNAM, Revista de la Escuela Nacional de Trabajo Social*, Núm. 4, 9-27.

Fernández Herrería, Alfonso, 1995, “Violencia estructural y currículo orientado a la Educación para la Paz”, *RIFOP: Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, Núm. 22, pp. 21-38.

Giovedi, Valter Martins, 2013, “Violência curricular na escola pública: conceito e manifestações”, *Revista Teias*, núm. 14 (33).

Morales Sandoval, Miguel Ángel y Sandoval Sánchez, Angélica, 2017, “El derecho a la inclusión e igualdad dentro del salón de clase”, *Hechos y Derechos*, núm. 39. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/issue/view/560>

Murillo, F. Javier y Martínez Garrido, Cynthia, 2017, “Segregación social en las escuelas públicas y

privadas en América Latina”, *Educação & Sociedade*, vol. 38, núm. 140, pp. 727-750.

Jones, Stephanie P. 2020, “Ending Curriculum Violence”, *Learning for Justice Magazine*, núm. 64. Disponible en: <https://www.learningforjustice.org/magazine/spring-2020/ending-curriculum-violence>

Mansilla Sepulveda, Juan, Becerra Pena, Sandra y Merino, Maria Eugenia, 2015, “Curriculum Violence: Occidental knowledge hegemony in relation to indigenous knowledge”, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, Núm. 190, 434 – 439.

Trucco, Daniela y Inostroza, Pamela, 2017, *Las violencias en el espacio escolar, Publicación de las Naciones Unidas LC/TS.2017/15*, Santiago, CEPAL – UNICEF. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41068/4/S1700122_es.pdf

UNESCO, 2020, *Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2020. América Latina y el Caribe – Inclusión y educación: todos y todas sin excepción*, Paris, UNESCO. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374615/PDF/374615spa.pdf.multi>

UNESCO, 2022, “Qué debe saber acerca de la inclusión en la educación”, Disponible en:

<https://www.unesco.org/es/education/inclusion/need-know>

Villalba Cano, Janner, 2016, “Prácticas curriculares para una convivencia y cultura de paz”, *Itinerario Educativo*, núm. 68, julio-diciembre, 131-146

Ley Para La Prevención Y Atención Socioeconómica De Las Violencias Del Estado De Tamaulipas. Análisis Jurídico Con Perspectiva De Derechos Humanos.

Dr. José Miguel Cabrales Lucio*

Dra. Alma Delia Gámez Huerta*

Maestra Elda Ruth De Los Reyes Villarreal*

* Doctor Internacional en Derechos Fundamentales y libertades públicas por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Fundador y Coordinador de la Clínica Multidisciplinaria de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UAT-Campus Tampico - Madero. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT) Nivel 1. jmcabrales@docentes.uat.edu.mx.

* Doctora en Ciencias Sociales por el Colegio de Tamaulipas. Profesora de las asignaturas de Metodología de la Investigación y Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tampico. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Secretaria Académica y Responsable de la Unidad de estudios de Género de la Clínica Multidisciplinaria de Derechos Humanos alma.gamez@docentes.uat.edu.mx.

* Licenciada en Derecho. Maestra en Docencia en Educación Superior. Profesora en las maestrías en Derecho y Ciencia Política y Administración Pública. Investigadora doctoral en Derecho Constitucional y electoral. Actualmente Directora de

1. Introducción

Tamaulipas vive una situación de extrema inseguridad y crisis de derechos humanos de dimensiones internacionales¹. El gran reto de la Entidad Federativa es tratar de eliminar y cambiar esta situación. Por tal motivo, el Poder Legislativo cumple su función de legislar hacia este cometido. En esta tarea se encuadra la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias² en Tamaulipas (en adelante, la Ley).

la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico) de la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

¹ Ver sobre la inseguridad en Tamaulipas con detalle: GÁMEZ HUERTA, Alma Delia; CABRALES LUCIO, José Miguel. “La (in)seguridad ciudadana en Tamaulipas: Análisis antropológico y estadístico en el marco de los conceptos de ciudad, comunidad, Estado y Sociedad como pilares fundamentales”. En Karla Lorena Andrade Rubio, Simón Pedro Izcara Palacios y Guillermo Flores Miller (coordinadores). *Sociedad y seguridad: ética y valores*. Ciudad de México: Colofón; Universidad Autónoma de Tamaulipas, 2021 pp. 107 - 118 ISBN: 978-607-635-238-0 y 978-607-8750-61-0.

² Decreto LXIII-2355. Fecha de expedición. 13 de septiembre de 2017. Fecha de promulgación 14 de

Por tal motivo, aquí se pretende exponer un análisis de lo más descriptivo posible, dado que al ser una ley de reciente creación muchos de sus aspectos, al menos para esta entidad Federativa, son nuevos. Los puntos abordados en esta ley pueden sugerir innumerables investigaciones de carácter crítico o descriptivo. También, se pueden estudiar muchas partes concretas de esta ley, lo que supondría un trabajo extenso, largo y amplio que requiere mucho más tiempo de reflexión.

Como ya se ha mencionado, la Ley al ser de reciente creación incorporará elementos y expresiones que necesiten de explicación detallada. Es por ello, que en este trabajo se

septiembre de 2017. Fecha de publicación Periódico Oficial Anexo al número 111 de fecha 14 de septiembre de 2017. Expedido por la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas, en uso de las facultades que le confieren los artículos 58 fracción I de la Constitución Política y 119 de la Ley Sobre la Organización y Funcionamiento Internos del Congreso del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas.

hace una primera aproximación a la interpretación académica, teórica y científica de las partes que consideramos más relevantes de la ley. Es evidente, que en nuestro desarrollo en el ámbito jurídico y por la propia dinámica de este en las sociedades actuales, será necesario esperar que esta ley se aplique para conocer la intervención del Poder Judicial, tanto estatal como Federal, para conocer también su alcance vinculante, pudiendo constituir jurisprudencia, según sea el caso.

2. Breve radiografía general del origen y contenido de la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias en Tamaulipas.

La ley que se analiza emana de los compromisos que ha adquirido el gobierno mexicano para cumplir con la Agenda para el Desarrollo Sostenible. Dicha agenda, fue adoptada por los 193 Estados Miembros de las

Naciones Unidas y establece 17 objetivos entre los cuales sobresalen para fines de este trabajo; el objetivo 16: Paz, justicia e instituciones fuertes (ONU, 2015) el cual está correlacionado con los Ejes Estratégicos Seguridad Ciudadana, Bienestar Social necesario que hizo apremiante la promulgación de la ley en estudio.

Es necesario mencionar, que el gobernador constitucional del Estado de Tamaulipas el ciudadano Francisco Javier García Cabeza de Vaca convocó por medio de diversos medios de comunicación a una consulta ciudadana para participar en la conformación del *Plan Estatal de Desarrollo 2016-2022: En Tamaulipas decidimos todos* (Gobierno del Estado de Tamaulipas, 2017). En el documento final se establecieron un total de tres ejes. Entre los cuales se destaca el *Eje Bienestar social*. Dicho eje propone la creación de una política de bienestar social con el

objetivo de reestablecer la paz mediante la atención y prevención de los factores de riesgo y proporcionar las oportunidades para alcanzar una vida plena (Gobierno del Estado de Tamaulipas, 2017).

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, hay que mencionar que el eje de bienestar social contempla ocho temas de atención, entre los cuales mencionaremos el relativo a la *atención y prevención social de las violencias* (Gobierno del Estado de Tamaulipas, 2017). Este tema, establece como estrategia de acción la creación de una política transversal de atención y prevención social de las distintas formas de violencia, con la participación de los sectores público, social y privado e intergubernamental (Gobierno del Estado de Tamaulipas, 2017). Por lo tanto, surge la necesidad de que el aparato legislativo diera vida a la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias en

Tamaulipas. Este nuevo ordenamiento local se puede ver de manera general en la tabla 1.

Tabla 1: Radiografía temática de la Ley para la prevención y atención socioeconómica de las violencias del Estado de Tamaulipas.

Ley para la prevención y atención socioeconómica de las violencias del Estado de Tamaulipas	
Artículos del 1 al 5	Capítulo primero: disposiciones generales
Artículos del 6 al 13	Capítulo segundo: de la prevención y atención socioeconómica de las violencias
Artículo del 14 al 22	Capítulo tercero: del sistema estatal de prevención y atención

	<p>socioeconómica de las violencias</p> <ul style="list-style-type: none">- sección primera del comité coordinador;- sección segunda de la secretaría ejecutiva;- sección tercera de los comités municipales de prevención y atención socioeconómica de las violencias.
<p>Artículo del 23 al 30</p>	<p>Capítulo cuarto: del programa estatal para la prevención y atención socioeconómica de las violencias.</p> <ul style="list-style-type: none">- sección primera de la evaluación;- sección segunda de la participación

	ciudadana y comunitaria.
Artículo del 31 al 32	Capítulo quinto: del financiamiento
Artículo 33	Capítulo sexto de las sanciones
Primero al séptimo	Transitorios

Elaboración propia con información de (Congreso del Estado del Estado de Tamaulipas, 2017).

Como se puede observar, la ley en estudio tiene un total de seis capítulos con 33 artículos. Además, cuenta con un apartado de transitorios.

3. Descripción crítica general de la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias del Estado de Tamaulipas

La presente descripción abordará los artículos más significativos de la Ley y que a consideración de los autores son de mayor relevancia para su debida adecuación y correcta interpretación. En la primera parte relativa al Capítulo I, específicamente en el artículo 1 encontramos varias características:

Como en la mayoría de las leyes, siempre en sus primeros artículos se establece la leyenda sobre la naturaleza de la ley como de orden público, en esta se hace lo mismo. Al hablar de que la ley es de orden público indica la necesaria y debida atención y cumplimiento por toda la sociedad sin distinción. Se presenta la generalidad que caracteriza a las leyes. Al hablar de que la ley es de *interés social* y establecer su alcance y significado podemos

basarnos en las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito quienes han establecido el concepto de interés social desde su origen etimológico, en los siguientes términos: *el vocablo "interés" implica nociones como bien, beneficio, utilidad, valor de algo, importancia, conveniencia y trascendencia. Cuando se ubica en el ámbito social, debe tratarse de un beneficio, utilidad, valor, importancia, conveniencia o trascendencia o bien para la comunidad o sociedad* (Suspensión en el amparo. Alcance y valoración de los conceptos, 2005). Por lo tanto, es necesario resaltar que el interés social es aquel beneficio que se traduce en un bien para la comunidad y en consecuencia la ley que se analiza debe de crear y generar las condiciones para prevenir y atender las violencias en el Estado. En este orden de ideas, se deben de efectuar las acciones necesarias en cualquier sociedad para el sano y eficaz desarrollo de los mecanismos que generen las condiciones de

bienestar social. Estas acciones son encomendadas generalmente al Estado y en específico al Poder Ejecutivo. Quien desempeña esta labor generalmente a través de políticas públicas que se diseñan con objetivos estratégicos. En el caso de Tamaulipas, de acuerdo con el marco jurídico vigente, la prevención de la violencia y el bienestar social son obligaciones del Poder Ejecutivo.

Respecto al artículo 2_De la redacción de este artículo se desprende entre otras cosas que pudieran ser analizadas detalladamente, un carácter pretensioso, pero a la vez necesario desde un punto de vista ideal, al establecer: “...*mismas que se coordinarán con las estrategias para el desarrollo social, económico, político y cultural*”. En relación con este artículo es importante destacar el elemento de seguridad como obligación del

Estado y particularmente de la Entidad Federativa (Tamaulipas).

Además, con la introducción en esta ley, de elementos de carácter psicológico, se intenta ir más allá de la regulación externa típica y tradicional de las leyes. En este caso concreto, encontramos los siguientes aspectos que forman parte de otras áreas de las ciencias, donde se han desarrollado con mucho mayor realce:

1. Resiliencia individual
2. Resiliencia comunitaria.

No se pretende hacer aquí un estudio pormenorizado y científico de cada uno de estos conceptos (que haremos en un trabajo posterior) por ahora diremos que tanto la Psicología como las relaciones laborales hacen uso mucho más repetidamente de estos enfoques, catalogados en general como; la

capacidad humana para afrontar problemas y canalizar los efectos de estos problemas a situaciones que se pueden sobrellevar tanto de manera individual, como colectiva en una determinada sociedad, región, ciudad, o cualquier grupo social que de alguna manera están interrelacionados. Aspecto que se entiende perfectamente en la medida en que se pide por la Ley en comento, que se utilicen todos los esfuerzos para que desde la Entidad Federativa y en estrecha coordinación con la Federación y los municipios se fortalezcan las capacidades de los individuos y las sociedades para afrontar los problemas sociales. Estos problemas evidentemente cubren los de la delincuencia organizada, la violencia en general en la Entidad Federativa. Hay, en definitiva, sobre el papel una meta bastante amplia para la Entidad que de cumplirse a cabalidad, evidentemente augura un progreso, bienestar y desarrollo social (económico,

político y cultural, agrega la ley) deseable en Tamaulipas.

Más adelante en el **Artículo 3** se expresa de manera no restrictiva (“enunciativa y no limitativa”) un catálogo de áreas estrechamente vinculadas y que de manera obligatoria por ley estarán integradas a la “política de prevención y atención socioeconómica de las violencias y la delincuencia”, esto no signifique que sea un listado cerrado. En otras palabras, la lista es flexible y orientativa, lo que significa que podrían eventualmente integrarse otras áreas no mencionadas expresamente pero que, por su actuación u otras características establecidas o no, podría integrárseles.

Por último, es necesario explicar o aclarar los conceptos: grupos vulnerables y en situación de riesgo. Para este efecto podríamos acudir a lo establecido por la Fracción VI del

artículo 5º. De la Ley General de Desarrollo Social que nos indica:

“VI. Grupos sociales en situación de vulnerabilidad: Aquellos núcleos de población y personas que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación que les impiden alcanzar mejores niveles de vida y, por lo tanto, requieren de la atención e inversión del Gobierno para lograr su bienestar”;

Aunque evidentemente no existe en México y quizá en ninguna parte del mundo una regulación tan detallada que explicité qué grupos concretamente deben ser considerados como vulnerables, vulnerados o en situación de riesgo, si podemos decir, que por ahora existe un parámetro legal bajo el cual, al situar un grupo de personas en estas características, podríamos calificar la persona como integrante

de un grupo o al propio grupo social *en situación de vulnerabilidad*.

En la Ley en repetidas ocasiones se hace referencia al respeto de los derechos humanos. Particularmente en el artículo 4to. Además, se incluye la serie de principios sobre los cuales se basará este respeto consistente en integralidad, interdisciplinariedad, diversidad, pertinencia, proximidad, efectividad, sostenibilidad, transparencia y rendición de cuentas, cada uno de los cuales por su novedad y utilidad definidos en la propia ley que por su extensión no transcribimos aquí.

En suma, hay un reconocimiento primario del deber que en la acción el Gobierno deberá respetar los derechos humanos, confirmándose una suerte de Ética pública. La expresión respetar los derechos humanos de manera *irrestringida* debe interpretarse como esa guía de actuación sobre la que se basará el

fomento y protección, así como la promoción de los derechos humanos involucrados en la actividad concreta de una manera en que se busque siempre su maximización y se evite su restricción en el actuar del Estado y sus obligaciones para las personas. Además, debe interpretarse la expresión *irrestricida* también como la enérgica vinculación total de la actuación del Estado en todas sus actividades al respecto a los derechos humanos, a pesar de procedimientos, burocratismos, formalidades que establecidas en leyes y reglamentos, podrían llevar como consecuencias, una vulneración o limitación a derechos humanos.

Otro de los aspectos a destacar de la Ley es la inclusión de conceptos novedosos en el marco del desarrollo teórico de los derechos humanos, atípicos en la legislación en Tamaulipas, como son, por ejemplo:

- I. Conductas de riesgo: Son acciones u omisiones que involucran peligro para el desarrollo personal, ya que traen consecuencias negativas que comprometen el plan de vida;*
- II. Conductas protectoras: Son acciones disuasivas provocadas por la condición biopsicosocial de las personas que permiten generar percepciones del ambiente físico, social que van unidas a una amplia posibilidad de autocuidado y autopercepción del riesgo;*
- III. Cultura de la legalidad: Conjunto de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que promueven el cumplimiento de la ley y el respeto del estado de derecho como condición para*

- lograr mejores niveles de convivencia social;*
- IV. *Cultura de la paz: Conjunto de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que rechazan la violencia y previenen los conflictos atacando a sus raíces a través del diálogo y la negociación entre los individuos y los grupos;*
- V. *Delincuencia: Fenómeno social, que obedece a diversas causas y tiene múltiples dimensiones, y que se expresa mediante una conducta que quebranta un orden social o legal determinado;*
- VI. *Factor detonador: Acontecimiento de tipo macrosocial que acelera procesos de violencia en un territorio específico y contribuyen a una ruptura de tendencias*

históricas de convivencia social pacífica. Por ejemplo, catástrofes ambientales o humanas, crisis económicas, cierre de fronteras, cambio repentino de controles o de políticas gubernamentales, aceleración en los precios o escasez de productos esenciales;

VII. Factor precursor: Aquel que contribuye a la generación de ambientes sociales violentos como: situaciones de profunda desigualdad, abandono o deterioro urbano, discriminación o exclusión, conflictos étnicos, religiosos o políticos, despojo de tierras y recursos, construcción de grandes conjuntos habitacionales con malas condiciones de habitabilidad, corrupción generalizada e impunidad;

- VIII. *Factor de protección: Capacidades individuales, grupales o institucionales y formas de relaciones sociales que generan respeto, tolerancia y reconocimiento de los derechos de terceros y de sus necesidades, así como los mecanismos de sanción social a las conductas consideradas como ilícitas, generalmente aceptados y que permiten procesar adecuadamente los conflictos, como lo son: hábitos y prácticas de gobernabilidad democrática, cultura de la paz y diálogo, modelos de crianza democráticos y gestión participativa de empresas;*
- IX. *Factor de riesgo: Aquellas circunstancias socioculturales y características individuales, que,*

en conjunto, en un momento determinado, incrementan la vulnerabilidad de las personas y desembocan en conductas violentas y antisociales tales como: la violencia familiar, el maltrato infantil, el hacinamiento, la deserción escolar, el desempleo, el alcoholismo, el incremento de las adicciones, el aumento de bares, cantinas, antros, lugares de juego y el acoso escolar;

- X. **Memoria histórica:** *El conjunto de acciones para la reflexión colectiva respecto de hechos que implican violaciones graves a los derechos humanos derivados de las violencias y la delincuencia, procurando identificar sus causas, conocer la verdad y evitar su repetición, con la finalidad de*

promover una cultura de la paz y contribuir a la dignidad de las víctimas;

XI. *Participación ciudadana y comunitaria: La participación de los diferentes sectores y grupos de la sociedad civil, organizada y no organizada, **así como de la comunidad académica;***

XII. *Programa Estatal: El Programa Estatal para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias;*

XIII. *Violencia: El uso deliberado del poder o de la fuerza física, agresión física o verbal, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del*

desarrollo o privaciones. Quedan incluidas las diversas manifestaciones que tiene la violencia como la de género, la juvenil, la delictiva, la institucional y la social, entre otras; y

En la Ley se definen los marcos de intervención, así como el campo de actuación e incidencia en la sociedad tamaulipeca: según la ley se incidirá en el ámbito *socioeconómico, comunitario, situacional y psicosocial* (art. 6 de la Ley). Este aspecto es un intento por tratar, desde muchas perspectivas, la violencia en Tamaulipas con un enfoque integral, considerando que estos 4 aspectos son los más críticos y relacionados con el origen y desarrollo de las violencias. Se continúa en esta Ley en el enfoque que sale de lo típico, al regular y prescribir aspectos no eminentemente jurídicos. Entre estos aspectos encontramos por ejemplo un componente eminentemente

preventivo, social, atendiendo u obligando por ley a que el Gobierno y las políticas públicas tengan como eje central entre otros, la atención a los factores de riesgo (art. 7 de la Ley). En el mismo sentido y como contraposición a esa atención, el fortalecimiento de los factores positivos llamados “conductas protectoras” (Art. 7 de la Ley). Que tengan por objetivos entre otros:

- I. Generación de bienestar social y desarrollo económico, incluyendo salud, educación, deporte, recreación, vivienda y empleo;*
- II. Atender a las familias, mujeres, jóvenes, niños y niñas y comunidades en situación de riesgo;*
- III. Promover actividades que eliminen la marginación y la exclusión;*

- IV. *Prevenir adicciones entre niños y niñas, jóvenes y adultos;*
- V. *Proteger a las familias y promoción de una convivencia pacífica y democrática;*
- VI. *Fomentar la solución pacífica de conflictos; y*
- VII. *Educar y sensibilizar a la población para promover la cultura de la legalidad, de la tolerancia y de la paz, respetando al mismo tiempo las diversas identidades culturales.*

La Ley en comento establece lineamientos como la realización de diagnósticos con base en estándares bajo la atención psicosocial, terapéutica y pedagogías para la interrupción del ciclo de la violencia (art. 8 Fr. I de la Ley). En general se orienta la acción del Gobierno a exigencias de transparencia y colaboración entre diversos

sectores de manera muy inclusiva. Particularmente llama la atención el llamado a que tanto la sociedad, la comunidad, y **particularmente las universidades** se involucren en la sistematización y sobre todo en la evaluación de las políticas implementadas con estos objetivos (art. 8 fr. VII y VII de la Ley).

Hay, de manera estructural, una exigencia de transformación del espacio público con participación preponderante de la comunidad, encaminado a la prevención y atención de la violencia. Fomento de la videovigilancia con respeto a dos de los derechos humanos más importantes: intimidad y privacidad (art. 9 de la Ley), entre otras acciones.

Con esta ley, el Gobierno de Tamaulipas busca incidir en la prevención psicosocial en el interior del individuo buscando atender, desde adentro, las situaciones de violencia en

cualquiera de sus modalidades. Se puede decir que se pretende incidir de manera original y estructural en las causas de la violencia. Además, hay un reconocimiento, sin precedentes o algunos pocos, en algo que va más allá del simple respeto a los derechos humanos de los presentes y vivos. Como se afirma en la Ley se pretende: “Adoptar medidas para el reconocimiento y respeto de la memoria histórica en materia de las violencias y el fenómeno de la delincuencia” (art. 10, fr. IV de la Ley).

En cuanto a la implementación de la ley, se diseña el **sistema estatal de prevención y atención socioeconómica de las violencias cuya función primordial es:** “la coordinación interinstitucional e intergubernamental de las políticas de prevención y atención socioeconómica de las violencias” (art. 14 de la Ley). Cuya regulación detallada puede verse desde el capítulo tercero. Se establece por

ejemplo un Comité Coordinador encabezado por el Gobernador Constitucional y conformado por otras autoridades entre las que destacan algunas secretarías que de acuerdo con sus competencias y funciones tienen importante incidencia en la comunidad de la Entidad Federativa (art. 15 de la Ley). En este Comité se prevé que el presidente de la Comisión de derechos humanos pueda participar, aunque sin voto, solo con voz. Llama la atención que incluso en la propia redacción de la ley no se prevea la posibilidad de que sea una presidenta de la Comisión, quizá en un futuro no muy lejano tendrá que reformarse con un sentido más igualitario o en todo caso neutro. Las reglas de funcionamiento se pueden observar en el artículo 16 de la Ley. Destaca también que dentro de estas reglas se posibilita la opción de que la sociedad civil participe de las actividades del Comité coordinador incluso académicos invitados que solo tendrán derecho de voz pero que sin duda es un paso

importante ya que en buena medida los académicos habían estado fuera de la toma de decisiones y sobre todo de la posibilidad de ser escuchados para que su labor científica pueda ser llevada o ser utilizada como insumos en la toma racional de decisiones en la política pública en temas tan sensibles como es la prevención socioeconómica de las violencias. El Comité Coordinador tendrá dentro de sus funciones también la realización o fomento de estudios relativos a los factores de la prevención de la violencia, así como el fomento de la memoria histórica en materia de las violencias y delincuencia (art. 17 de la Ley).

Dentro de la gran meta de la prevención socioeconómica de las violencias rol importante y crucial juega el Programa estatal para tal fin. Este deberá ser adecuado para *“proveer a las personas protección en las áreas de libertad, seguridad y justicia, con base en objetivos precisos, claros y medibles...”* (Art.

23 de la Ley). Esta es una buena noticia para Tamaulipas para efectos de utilidad en una política pública donde uno de los elementos más importantes debe ser la posibilidad de medir de manera objetiva los resultados de la implementación de tal política.

Uno de los ejes en los que se desarrollará este Programa es en el fomento e impulso de *“...la investigación científica en forma permanente, encaminada a la prevención de las violencias en cada uno de sus ámbitos y niveles, así como a la protección de los grupos de atención prioritaria, a efecto de estar en capacidad de anticipar las causas de los conflictos antes de que se manifiesten”* (art. 23, fr. III); hemos transcrito esta fracción por ser de indudable importancia e innovación en la legislación estatal a nivel general y sobre todo en Tamaulipas. La posibilidad del fomento y vinculación de la investigación científica en tareas sociales de indudable relevancia como

es la prevención socioeconómica de las violencias.

Uno de los grandes avances en esta ley es la preponderancia de la participación social y comunitaria. En la sección segunda a partir del artículo 26 se regula con detalle esta participación. Entre las novedades y cuestiones a resaltar esta la vinculación entre la sociedad y acciones que tradicionalmente estaban en las funciones típicas de las autoridades administrativas de Gobierno como son: *“...la planeación, diseño, evaluación, ejecución y seguimiento de las políticas públicas, estrategias, líneas de acción, programas y proyectos vinculadas con la prevención socioeconómica de las violencias, la cultura de la legalidad y la solución de conflictos a través de la comunicación y la tolerancia, realizando actividades que se vinculen con la seguridad pública y la procuración de justicia, con la finalidad de que*

se coordinen los esfuerzos para mantener el orden público y se fortalezca el tejido social” (art. 27 de la Ley). En este artículo como en el espíritu de toda la Ley se visualiza una intención de compartir las responsabilidades en una sociedad, sin embargo, es evidente que esta postura implica, al menos en la redacción de la ley, una invitación a la sociedad para trabajar de manera más inclusiva y, por tanto, ser corresponsables también del éxito o fracaso en la construcción social.

Hay que resaltar que, de acuerdo a la Ley, la colaboración y la estrecha relación que se busca entre sociedad civil y Gobierno no lleva implícita ni mucho menos explícita la cuestión de que sea la sociedad la que tenga que invertir o que tenga que gastar en alguna acción o proyecto para contrarrestar las violencias. Será siempre y en todo momento el Gobierno y las autoridades administrativas dentro del marco de sus respectivos

presupuestos y competencias, las que deberán asumir el costo de cualquier iniciativa que se presente para tal efecto (arts. 31, 32 de la Ley). Con esta disposición se deja claro la responsabilidad financiera a cargo del Estado. Este mismo aspecto conlleva evidentemente el control por parte del mismo Estado de cualquier iniciativa que pueda producirse desde la sociedad civil respecto a la función de la prevención socioeconómica de las Violencias, a pesar de que no esté establecido expresamente este control.

Para el cumplimiento de todos los ideales que establece la Ley y como se hace en la mayoría de ellas, la cuestión que se suscita inmediatamente entre otras sería ¿Qué pasa si no se cumple esta ley? En México tenemos un serio problema de incumplimiento de la ley en general en parte causado por una cultura de la legalidad y del Estado de Derecho que necesita fortalecerse. Esta cultura permea en mayor

medida a las entidades federativas. El caso de Tamaulipas no es la excepción y, por tanto, el valor de la Ley que ahora analizamos es muy alto. En ese sentido es necesario también establecer un mecanismo de cumplimiento obligatorio y en su caso sancionatorio. La Ley establece, aunque de manera muy amplia este mecanismo en el art. 33. La remisión es automática a la legislación en materia de responsabilidades administrativas del Estado de Tamaulipas. Lo que queda revisar con minucioso detalle es ver la modalidad de sanciones, la calificación de los actos ya sea en faltas administrativas graves o no graves, así como los mecanismos y procedimientos para poder sancionar estos actos de acuerdo al a legislación antes mencionada.

4. Reflexiones finales y cuestiones de agenda

En conjunto, la expedición de la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las violencias en Tamaulipas ha sido un gran paso hacia la lucha contra la violencia y delincuencia que tanto aqueja a la Entidad Federativa.

Es una ley ambiciosa y con objetivos ideales perfectamente compatibles con la búsqueda constante de una cultura de la legalidad y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Particularmente la instauración, y consagración de una cultura de los derechos humanos. Es un intento por medio del Poder Legislativo de establecer un vínculo entre la ley y las políticas públicas de alcance humanista y social en el más amplio sentido de las palabras. El reto estaría hasta este punto, en lograr la aplicación de la ley que no es otra cosa que el

cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Federativa.

Lo que falta ver es la expedición de acuerdo con los artículos transitorios del reglamento que detallará seguramente estas cuestiones que hemos dejado señaladas en los comentarios. Será necesario igualmente la instalación oportuna del Comité Coordinador que exige la Ley, así como los comités municipales para que pueda aplicarse y llevarse a cabo lo estipulado por la misma ley. Al Comité coordinador estatal le estará encomendado la elaboración del respectivo plan para poder desarrollar su actividad y deberá realizarse oportunamente. Además, se prevé de manera taxativa en el apartado de artículos transitorios, la necesidad de que el marco jurídico local y sobre todo el presupuestal deberá realizar las adecuaciones necesarias para que se pueda implementar la Ley. Cabe mencionar que esta no es una carta

abierta ni un cheque en blanco, cualquier adaptación presupuestal que es fundamental para la debida realización deberá estar sujeta a la legislación sobre responsabilidad hacendaria. Esta cuestión es de indudable relevancia, ya que posibilita que no exista impedimento económico para la realización de lo estipulado por la ley.

Por último, queda ver los primeros meses de vigencia de esta Ley y de su posible impacto que deberá ser medido en los términos que estipula la propia norma para ver si Tamaulipas previene, atiende y reduce la violencia y la delincuencia en el marco del irrestricto y necesario respeto a los derechos humanos que tanto hace falta en México, y sobre todo en nuestra Entidad.

Por estas razones consideramos además, que en un ejercicio de perspectiva comparada local en México todo este análisis resulta

también relevante para las demás entidades Federativas en cuanto a las experiencias legislativas encaminadas a la prevención de la violencia que lacera y afecta de manera grave y sistemática los derechos humanos de todas las personas en la mayor parte de las Entidades Federativas.

Referencias

Congreso del Estado del Estado de Tamaulipas. (14 de septiembre de 2017). Ley para la prevención y atención socioeconómica de las violencias del estado de Tamaulipas. Cd. Victpria, Tamaulipas, México: Priodico Oficial del Estado de Tamaulipas. Recuperado el 14 de febrero de 2018, Disponible en: http://po.tamaulipas.gob.mx/wp-content/uploads/2017/09/Ley_Atencion_Socioeconomica.pdf.

Gobierno del Estado de Tamaulipas. (31 de marzo de 2017). Plan Estatal de Desarrollo 2016-2022. En Tamaulipas decidimos todos. (*TOMO CXLII. Extraordinario número 3*), 122. Cd. victoria, Tamaulipas, México: Periodico Oficial del Estado de Tamaulipas.

Recuperado el 2018 de abril de 14,
Disponible en:
<http://po.tamaulipas.gob.mx/wp-content/uploads/2017/03/cxlii-Ext.03-310317F.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas (25 de septiembre de 2015). Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Nueva York, Estado Unidos de Norteb America : ONU. Recuperado el mayo de 10 de 2018, Disponible en: <http://www.onu.org.mx/agenda-2030/>.

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. ALCANCE Y VALORACIÓN DE LOS CONCEPTOS, Queja 8/2005. Manuel López López. 20 de enero de 2005. (PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. 20 de enero de 2005). Recuperado el mayo de 1 de 2018, Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/178/178594.pdf>.

El derecho de la persona indígena al acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Carlos Morales Sánchez*

Mariana Yáñez Unda*

1. El origen del artículo 2º constitucional.

El artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) tuvo su origen en un conflicto armado relativamente reciente: el alzamiento zapatista de 1994. El primero de enero de ese año, el EZLN, con las armas en las manos, irrumpió en los Altos de Chiapas, reclamando al gobierno tenerlos en el olvido. El reclamo de los zapatistas estaba justificado: los pueblos indígenas, despojados de sus tierras durante 500 años de

* Abogado zapoteco del Istmo de Tehuantepec, es presidente del Litigio Estratégico Indígena A.C. postula casos paradigmáticos ante el Poder Judicial de la Federación y ante el SIDH.

* Abogada integrante de Litigio Estratégico Indígena A.C. Maestra en Ciencias Penales por la UABJO.

colonialismo, no tenían derechos ni eran beneficiarios de políticas públicas. A tanto había llegado el menosprecio por los habitantes de los pueblos originarios que habían sido invisibilizados en las Constituciones del 1824, 1857 y 1917. Sin tierras, trabajo ni agua, los indígenas chiapanecos morían de enfermedades curables.

Las demandas del EZLN están resumidas en los 11 puntos de La Declaración de la Selva Lacandona: trabajo, tierra, techo, alimentación, salud, educación, independencia, libertad, democracia, justicia y paz.¹ Al mismo tiempo, el subcomandante Marcos, líder visible de los alzados, sostenía un diálogo epistolar con la ciudadanía:

¹ Enlace zapatista. Carta Subcomandante Marcos *¿De qué tenemos que pedir perdón?* consultable en <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/06/10/replica-a-las-propuestas-del-gobierno/>

“¿De qué tenemos que pedir perdón?
¿De qué nos van a perdonar? ¿De no
morirnos de hambre? ¿De no callarnos en
nuestra miseria? ¿De no haber aceptado
humildemente la gigantesca carga
histórica de desprecio y abandono? ¿De
habernos levantado en armas cuando
encontramos todos los otros caminos
cerrados? ¿De no habernos atendido al
Código Penal de Chiapas, el más absurdo
y represivo del que se tenga memoria?
¿De haber demostrado al resto del país y
al mundo entero que la dignidad humana
vive aún y está en sus habitantes más
empobrecidos? ¿De habernos preparado
bien y a conciencia antes de iniciar? ¿De
haber llevado fusiles al combate, en lugar
de arcos y flechas? ¿De haber aprendido
a pelear antes de hacerlo? ¿De ser
mexicanos todos? ¿De ser
mayoritariamente indígenas? ¿De llamar
al pueblo mexicano todo a luchar, de

todas las formas posibles, por lo que les pertenece? ¿De luchar por libertad, democracia y justicia? ¿De no seguir los patrones de las guerrillas anteriores? ¿De no rendirnos? ¿De no vendernos? ¿De no traicionarnos?

¿Quién tiene que pedir perdón y quién puede otorgarlo? ¿Los que durante años se sentaron ante una mesa llena y se saciaron mientras con nosotros se sentaba la muerte, tan cotidiana, tan nuestra que acabamos por dejar de tenerle miedo? ¿Los que nos llenaron las bolsas y el alma de declaraciones y promesas? ¿Los muertos, nuestros muertos, tan mortalmente muertos de muerte "natural," es decir, de sarampión, tos ferina, dengue, cólera, tifoidea, mononucleosis, tétanos, pulmonía, paludismo y otras lindezas gastrointestinales y pulmonares? ¿Nuestros muertos, tan mayoritariamente

muertos, tan democráticamente muertos de pena porque nadie hacía nada, porque todos los muertos, nuestros muertos, se iban así nomás, sin que nadie llevara la cuenta, sin que nadie dijera, por fin, el "¡YA BASTA!" que devolviera a esas muertes su sentido, sin que nadie pidiera a los muertos de siempre, nuestros muertos, que regresaran a morir otra vez pero ahora para vivir? ¿Los que nos negaron el derecho y don de nuestras gentes de gobernar y gobernarnos? ¿Los que negaron el respeto a nuestra costumbre, a nuestro color, a nuestra lengua? ¿Los que nos tratan como extranjeros en nuestra propia tierra y nos piden papeles y obediencia a una ley cuya existencia y justeza ignoramos? ¿Los que nos torturaron, apresaron, asesinaron y desaparecieron por el grave "delito" de querer un pedazo de tierra, no un pedazo grande, no un pedazo chico, sólo un

pedazo al que se pudiera sacar algo para completar el estómago.”

2. El derecho al acceso pleno a la jurisdicción del Estado en los Acuerdos de San Andrés.

La guerra intestina duró 11 días y fue frenada por las manifestaciones de la incipiente sociedad civil. Los alzados entablaron el diálogo con el gobierno bajo los auspicios de la Comisión de Concordia y Pacificación. Los diálogos en la Catedral de San Cristóbal con la intermediación del obispo Samuel Ruiz fueron álgidos y difíciles.²

² “La intervención de las comisiones Nacional de Intermediación (Conai) y de legisladores, a través de la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa), permitió restablecer el diálogo y avanzar en la construcción de varios acuerdos hacia el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. En febrero de 1996, los representantes del gobierno de Zedillo y el **Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)**, firmaron los Acuerdos de **San Andrés Larrainzar** sobre “Derechos y Cultura Indígena”, primer y único documento firmado entre las partes. Con estos acuerdos se buscó garantizar una nueva relación entre **los pueblos indígenas del país, la sociedad y el Estado.**” Redacción AN,

Dos años, después, el 16 de febrero de 1996, en San Andrés Sak'amchén de los Pobres, municipio tzotzil de Los Altos de Chiapas, el EZLN y el Gobierno Federal firmaron el acuerdo de la primera mesa de diálogo referida al papel irremplazable de los pueblos indios en la nación mexicana.³ En estos acuerdos, muy generosos en el papel, los pueblos indígenas exigieron incorporar sus reclamos de justicia y un derecho nuevo: el derecho acceso pleno a la justicia para los pueblos indígenas, que después sería constitucionalizado como el “acceso pleno a la jurisdicción del Estado”:

“5 Acerca de las garantías de acceso pleno a la justicia, la delegación del EZLN

Acuerdos de San Andrés Larraínzar entre gobierno y zapatistas, Aristegui Noticias. Consultable en <https://aristeguinioticias.com/3012/mexico/los-acuerdos-de-san-andres-larrainzar/>

³ Gobierno del Estado de Chiapas, *Los acuerdos de San Andrés, edición bilingüe español-tsotsil*, Centro Estatal de Lenguas, Arte y Literatura Indígenas, 2003. Disponible en https://komanilel.org/BIBLIOTECA_VIRTUAL/Los_acuerdos_de_San_Andres.pdf

considera que no puede pasarse por alto la necesidad del nombramiento de intérpretes en todos los juicios y procesos que se sigan a los indígenas, asegurando que dichos intérpretes cuenten con la aceptación expresa del procesado y conozcan tanto el idioma como la cultura y el sistema jurídico indígena. (Documento 2: "Propuestas conjuntas que el Gobierno Federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, correspondiente al punto 1.4 de las Reglas de Procedimiento), subtítulo: "Garantías de acceso pleno a la justicia")."

En el apartado correspondiente a los Compromisos del Gobierno Federal con los Pueblos Indígenas, se estableció el deber del Estado Mexicano de garantizar el acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

“3 Garantizar acceso pleno a la justicia. El Estado debe garantizar el

acceso pleno de los pueblos a la jurisdicción del Estado mexicano, con reconocimiento y respeto a especificidades culturales y a sus sistemas normativos internos, garantizando el pleno respeto a los derechos humanos. Promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos a los pueblos y comunidades indígenas, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos y que mediante procedimientos simples sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.”

Actualmente, el artículo 2º, apartado A, fracción VIII, de la CPEUM, establece que las personas indígenas que se encuentran frente a la jurisdicción del Estado, es decir, frente a las autoridades de derecho positivo (jueces,

fiscales, magistrados, ministros, etcétera) tienen un derecho especial y exclusivo el derecho del acceso pleno a la jurisdicción del Estado:

“Art. 2o.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

[...]

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos

por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.”

3. El artículo 2º, apartado A, fracción VIII, constitucional: una norma con destinatarios exclusivos.

El artículo 2º de la CPEUM en su integralidad, es una norma para destinatarios exclusivos: establece un conjunto de derechos que son exclusivamente para las personas integrantes de los pueblos indígenas. Recientemente, fueron incluidos como destinatarios de estos derechos, a los integrantes de la comunidad afroamericana en México.

Ni mestizos, ni criollos, ni peninsulares pueden ser beneficiarios de los derechos establecidos en el artículo 2º constitucional. Ninguna persona no indígena (y no afroamericana) puede solicitar la aplicación en su favor de alguno de los derechos. El costo de derechos indígenas es exclusivo para las

personas indígenas. Los no indígenas no tienen derecho a los derechos del artículo 2º constitucional.

El artículo 2º constitucional establece en este aspecto una regla de aplicación: establece los lineamientos para saber a quién se le aplicarán las normas de derecho indígena: solo a las personas indígenas y afromexicanas serán beneficiarias de tales derechos. Y para evitar que las autoridades estatales, las de derecho positivo, sean las que digan quien es o no es indígena, la propia Constitución estableció un criterio de operatividad: es persona indígena quien se identifique, quien se autoadscriba, como tal. El reconocimiento de que se es persona indígena debe provenir de la propia persona indígena.

En la sentencia del Caso Jorge Santiago Santiago, emitida en el amparo directo en revisión 1624/2008, promovido por el autor del presente trabajo, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

(SCJN) bajo la ponencia del ministro Cossío, el máximo tribunal del país, empezó a definir el concepto constitucional de la autoadscripción:

Personas Indígenas. Ámbito Subjetivo De Aplicación Del Artículo 2o. De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Autoadscripción. El artículo 2o. de la Constitución Federal, reformado el catorce de agosto de dos mil uno, ofrece una respuesta normativa a aspectos determinantes de nuestra historia y de nuestra identidad como sociedad que están en el núcleo de muchos de los vectores de desventaja e injusticia que afectan a los ciudadanos. Sin embargo, como esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de subrayar al resolver los amparos directos en revisión 28/2007 y 1851/2007, las dificultades que enfrenta una corte de justicia al intentar determinar

quiénes son las "personas indígenas" o los "pueblos y comunidades indígenas" a quienes aplican las previsiones constitucionales anteriores son notables; dichos conceptos, de sustrato originalmente antropológico y sociológico, deben adquirir un significado específicamente jurídico, cuya concreción viene dificultada por la intensa carga emotiva -tradicionalmente negativa y sólo recientemente transformada en algún grado- que gravita sobre ellos. La arquitectura del artículo 2o. de la Constitución Federal prevé que exista un desarrollo normativo mediante el cual el legislador ordinario concrete los conceptos, derechos y directrices que contiene, pero mientras este desarrollo no exista, o exista sólo parcialmente, los tribunales de justicia se ven a menudo confrontados directamente con la tarea de delimitar esas categorías de destinatarios

en cumplimiento de su deber de atenerse a la fuerza vinculante y a la aplicabilidad directa de muchas de ellas. En el desarrollo de esa tarea deben tomar en consideración que el texto constitucional reconoce, en primer lugar, la importancia de la articulación (total o parcial) de las personas en torno a instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (en el caso de los pueblos indígenas), así como de la identificabilidad de algún tipo de unidad social, económica y cultural en torno a un territorio y a ciertos usos y costumbres (en el caso de las comunidades indígenas). Asimismo, la Constitución -siguiendo en este punto al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo- no encierra ambigüedad alguna en torno al imperativo de tomar la autoconciencia o la autoadscripción como criterio determinante al señalar que "la

conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas". Por tanto, en ausencia de previsiones específicas que regulen el modo en que debe manifestarse esta conciencia, será indígena y sujeto de los derechos motivo de la reforma constitucional, aquella persona que se autoadscriba y autoreconozca como indígena, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de los pueblos indígenas. La apreciación de si existe o no existe una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una consideración completa del caso, basada en constancias y actuaciones, y debe realizarse con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos

penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados.¹

4. Los ingredientes del derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Las personas indígenas que se encuentran frente a la jurisdicción del Estado (es decir, ante los jueces, fiscales, magistrados, ministros, etcétera) tienen un derecho especial que no tiene el resto de las personas no indígenas en México: el derecho del acceso pleno a la jurisdicción del Estado. Este derecho se desglosa en las siguientes subgarantías:

a) Tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes que conozcan su lengua y su cultura,

⁴ SCJN. Amparo directo en revisión 1624/2008. 5 de noviembre de 2008.

b) Tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por defensores que conozcan su lengua y su cultura, y

c) El derecho de la persona indígena a que en todos los juicios y procedimientos en que sea parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales.

Es importante señalar que el derecho humano de acceso pleno a la jurisdicción del Estado, es diferente de otro derecho parecido: el derecho del acceso a la justicia que tienen tanto las personas indígenas como las personas no indígenas.

5. Diferencias entre el derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a la justicia.

Mientras que el derecho del acceso pleno a la jurisdicción del Estado, está regulado por el artículo 2º constitucional y es aplicable solamente para las personas indígenas, el derecho al acceso a la justicia está dirigido

tanto a las personas indígenas como a las personas no indígenas y está regulado esencialmente en el artículo 17 constitucional:

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

La jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN, refiere que el derecho de acceso a la justicia está integrado por los siguientes principios:

“ 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver

las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes;

2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado;

3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y,

4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores

públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.”¹

Es importante indicar que de conformidad con el parámetro de control de regularidad constitucional también integran el derecho general de acceso a la justicia, los derechos derivados de las normas de fuente convencional, por ejemplo el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, invocados por Carlos Pérez Vázquez, al definir la voz “Acceso a la justicia” explica que:

⁵ SCJN. Tesis de jurisprudencia 192/2007. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diez de octubre de dos mil siete. Bajo el rubro “Acceso A La Impartición De Justicia. El Artículo 17 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos Establece Diversos Principios Que Integran La Garantía Individual Relativa, A Cuya Observancia Están Obligadas Las Autoridades Que Realizan Actos Materialmente Jurisdiccionales.”

“Es un derecho fundamental derivado, primordialmente, del contenido de los arts. 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se trata de un concepto que ha atravesado múltiples transformaciones, primordialmente desde el siglo XVIII hasta nuestros días. En pleno auge liberal, el concepto se hallaba limitado al acceso a la jurisdicción, por lo que solo concernía a aquellas personas que se encontraban en un litigio. Se entendía que era un derecho natural y, como tal, no necesitaba ser reglamentado expresamente por el Estado, sino que solo debía impedirse su violación. Para Sánchez Gil, este derecho fundamental consiste en la facultad de los gobernados a recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener de ellos la tutela de sus derechos, y no quedar

indefensos ante su violación, a la cual es correlativa la obligación del Estado a realizar determinados actos positivos, tendientes a la protección de los derechos que pretende la persona que acude a ellos y, en tal virtud, el acceso a la justicia puede clasificarse como un derecho fundamental de prestación. Puede decirse —añade Sánchez Gil— que al derecho de acceso a la justicia es inherente el principio general y abstracto de no indefensión, que determinarían la interpretación y aplicación de las normas procesales, de modo que, en máxima medida, las demandas de las personas ante órganos jurisdiccionales sean atendidas y resueltas, pues la falta de atención a ellas podría implicar la firmeza de alguna violación a sus derechos y la imposibilidad de reestablecer el orden jurídico. Por su parte, Américo Robles define al acceso a la justicia como un

acceso a las condiciones —sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas— que posibiliten el reconocimiento y ejercicio efectivo de derechos por parte de los ciudadanos, ya sea dentro de las organizaciones jurídicas formales como alternativas de acuerdo con el interés de quien procura acceder. Prácticamente desde sus orígenes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido pronunciamientos sobre el contenido y alcance de los arts. 8 y 25 de la CADH, pero fue hasta 1999, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, cuando se utilizó por primera vez la expresión “acceso a la justicia” (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú sentencia del 30 de mayo de 1999. Fondo, reparaciones y costas, párr. 128). En el caso Cantos vs. Argentina, la Corte IDH sostiene que el art. 8.1 de la CADH (toda persona tiene derecho a ser oída

con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter) “...consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado art. 8.1

de la Convención” (sentencia del 28 de noviembre de 2002 fondo, reparaciones y costas, párr. 50).”¹

Es oportuno indicar que al derecho de acceso a la justicia, la Primera Sala de la SCJN, le ha llamado también “derecho de acceso efectivo a la justicia”. En la jurisprudencia que a continuación se cita se alude a las etapas y derechos que lo conforman:

“Derecho De Acceso Efectivo A La Justicia. Etapas Y Derechos Que Le Corresponden. De los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual

⁶ Voz “Acceso a la justicia” Pérez Vázquez, Carlos, Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, consultable en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>

comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. Ahora bien, en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, de rubro: "Garantía A La Tutela Jurisdiccional Prevista En El Artículo 17 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Sus Alcances.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso

en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Ahora, los derechos mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante Jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos

aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.”¹

6. El acceso pleno a la jurisdicción del Estado como derecho de las y los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas.

Una vez que han quedado establecidas las diferencias entre el derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado y el de acceso a la justicia, es necesario explicar las razones de la incorporación del derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado en la norma constitucional.

Es importante recordar que la persona indígena cuando está frente a la jurisdicción del

¹ SCJN. Amparo en revisión 352/2012. Braskem, S.A. 10 de octubre de 2012. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

estado está en desventaja: no habla la lengua, no tiene defensa y el juez desconoce sus costumbres.

En muchas ocasiones, las personas indígenas son detenidas en sus comunidades por delitos relacionados con el medio ambiente, la caza, portación de armas de fuego y explosivos, entre otros, y son llevados a los distritos judiciales. Ahí, son “puestos a disposición” del Ministerio Público quien judicializa el caso y los lleva ante el juez.

En muchas ocasiones, la persona indígena no entiende porque razón lo llevan preso por cortar un árbol, hacer carbón, cazar conejos, pescar en sus arroyos. Generalmente, las autoridades de derecho positivo, formados en la visión del monismo jurídico postulan el principio de que la norma debe ser aplicada de manera igual para todos y que la ignorancia de la ley a nadie beneficia.

Lo que tratamos de visibilizar es que en la mayoría de las veces, las personas indígenas

actuando de manera natural, de acuerdo a las costumbres de sus pueblos o comunidades, realizan actos que para el Estado son reprochables, y por esta razón son sometidas a procesos autoritarios establecidos en los ordenamientos jurídicos del derecho positivo que resultan ajenos a su forma de concebir una organización social. Esta situación trae como consecuencia una violación a sus derechos humanos.

Dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas de la Costa de Oaxaca está permitido comer iguanas y tortugas como lo han hecho desde hace mil quinientos años. Pero el Código Penal Federal establece que la captura de las iguanas y tortugas, que son especies protegidas constituye un delito.

El ambiente de los juzgados es completamente ajeno a la persona indígena. Los procedimientos penales y administrativos se desarrollan en una lengua (la castellana) que no conoce o que posiblemente conozca de

manera funcional. La persona indígena es juzgada, acusada y defendida por personas que hablan una lengua que desconoce. Los jueces, agentes del Ministerio Público y defensores no son originarios de su comunidad por lo que no conocen las especificidades culturales ni las costumbres del pueblo. El problema se agrava porque la persona indígena es juzgada mediante leyes que desconoce y por autoridades que lo ven con conmisericordia o desprecio.

Una situación que también contribuye al desaventajamiento de la persona indígena es la carencia de recursos económicos para proveerse de defensa. Fueron vencidos en la mal llamada Conquista de México y los pueblos y comunidades indígenas sufrieron la suerte de los perdedores. El vencedor ordenó aplicar su derecho, su lengua, su dominio, condenó a las personas indígenas a escapar hacía las zonas de refugio. El conquistador se apropió de las mejores tierras y sometió a las personas

indígenas a su dominio. Se exterminó al indio rebelde y se educó al indio dócil.

Desde 1917 hasta 1992, la palabra “indígena” no aparecía en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La reforma constitucional de 2001, construida en respuesta al alzamiento zapatista de 1994, pretendió paliar esos desventajas y creó mecanismos para la reducción de estas brechas. No obstante eso, la realidad es otra, el 30 de junio de 2015, Nuvia Mayorga, directora general de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, (hoy Instituto Nacional para los Pueblos Indígenas) informó que:

“Más de 8 mil presos de origen indígena se encuentran en prisión en el país, reveló la **directora general de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), Nuvia Mayorga**, al asegurar que su dependencia trabaja para brindar

atención en el tema de traducción y lograr la liberación de 2 mil 700 personas.”¹

En el mismo sentido, Rodolfo Stavenhagen, quien fuera relator para los pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, sostiene:

“En uno de mis informes al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas escribí acerca de la “brecha de la implementación” entre las leyes y la práctica real, que he observado en muchos países. Esto significa que hay muchas buenas leyes en el papel (a veces son el resultado de prolongados esfuerzos de cabildeo o de acuerdos políticos cuidadosamente negociados),

⁸ Puebla Noticias, *Hay 8 mil presos de origen indígena en México: Nuvia Mayorga*. Consultable en <http://pueblanoticias.com.mx/noticia/hay-8-mil-presos-de-origen-indigena-en-mexico:-nuvia-mayorga-70753/>

pero luego algo pasa y su implementación no tiene lugar. Muchas personas con las que hablo de esto tienen una respuesta muy simple: “No hay voluntad política”. ¿Pero qué significa eso exactamente? ¿Cómo se puede hacer para que aparezca la voluntad política si no existe? [...]”⁹

7. ¿El derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado es exclusivo de la materia penal?

El derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado no es un derecho exclusivo de las personas indígena en materia penal: en todos los juicios y procedimientos en que las personas indígenas sean parte individual o

⁹ Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, *Revista IIDH*, San José, volumen 48, 2008. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23714.pdf> [Consultado 07-10-22]

colectivamente tendrán el derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Es decir, si una persona indígena es parte de un juicio familiar, electoral, mercantil, etcétera, tiene derecho a que se le respete el derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado y el juez deberá garantizarle los tres componentes de este derecho.

Es importante indicar que la SCJN, ha establecido que el derecho del acceso pleno a la jurisdicción del Estado, es aplicable en todas las materias, como se lee en la tesis que a continuación se transcribe:

“Personas Indígenas. Condiciones Necesarias Para Determinar Si La Vulneración A Las Prerrogativas Previstas En El Artículo 2o., Apartado A, Fracción Viii Constitucional, Tiene La Fuerza Suficiente Para Ordenar La Reposición Del Procedimiento En Un Juicio Civil. El derecho de las personas indígenas a acceder plenamente a la

jurisdicción del Estado consiste en que en todo tipo de juicio o procedimiento en el que sean parte, individual o colectivamente, deben tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, así como que en todo tiempo sean asistidas por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Ahora bien, a fin de determinar cuándo una vulneración a estas prerrogativas constitucionales tiene la fuerza suficiente para reponer un procedimiento civil, esta Primera Sala estima que no es posible fijar una regla a priori, toda vez que dicha consecuencia jurídica debe estar estrechamente vinculada con el grado de afectación real al derecho de defensa adecuada de la persona indígena durante un proceso específico. Por ende, la orden judicial consistente en la reposición del procedimiento debe basarse en dos ejes

fundamentales: a) el momento procesal en el que la persona adujo su condición de indígena, de tal forma que cobrará más fuerza para efectos de la reposición del procedimiento cuando la autoadscripción se haya manifestado de manera temprana sin haber sido debidamente atendida por la autoridad judicial. Lo anterior, con independencia de que el derecho de las personas indígenas a un intérprete y defensor no puede estar condicionado a limitación temporal alguna; y b) la existencia de una violación manifiesta al derecho de acceso a la justicia derivado de la imposibilidad de la persona indígena de comprender y hacerse comprender durante el juicio. Esta apreciación debe descansar en una consideración basada en constancias, actuaciones y conductas procesales que muestren una evidente falta de comunicación o entendimiento, y a partir

de las que se advierta la necesidad de corregir el proceso a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en la defensa de las partes. A partir de estos dos componentes mínimos, el juez debe fundar y motivar si existió una afectación al derecho de defensa adecuada de la persona indígena que tenga la fuerza suficiente para reponer el procedimiento civil.”¹ (Énfasis añadido).

8. Primera subgarantía. El derecho de las personas indígenas al intérprete como parte del derecho al acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Ya hemos dicho que la Constitución promulgada el cinco de febrero de 1917 no

¹⁰ SCJN. Tesis de jurisprudencia 103/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala del Alto Tribunal en sesión de quince de noviembre de dos mil diecisiete.

hacía referencia a las personas indígenas sólo hacía una breve referencia tribus, pueblos y congregaciones.

Es curioso señalar que el Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880, anterior a la Constitución de 1917, establecía el derecho de las personas que no hablaban la lengua castellana a tener traductor. El artículo 84 de ese ordenamiento estableció:

“Si la persona que debe ser examinada no entiende el idioma español, el juez nombrará un intérprete, que desempeñará su encargo previa protesta de llenarlo fielmente y, en caso necesario, de guardar secreto. Si se necesitarán de varios intérpretes, todos harán igual protesta.”

El artículo 88 reglamentaba el desempeño de la función de intérprete. La norma establecía que el traductor debería ser mayor de edad, si

podiere ser habido, en caso contrario, podría *servir* el mayor de 14 años. Se prohibía que desempeñaren el encargo las personas que por ley tuviesen que intervenir en la instrucción o fueran partes interesadas.

Ya en la época posrevolucionaria, el Código Federal de Procedimientos Penales estableció:

“Artículo 28.- Cuando el inculpado, el ofendido, los testigos o los peritos no hablen el idioma castellano, se les nombrará de oficio uno o más intérpretes, mayores de edad, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el intérprete haga la traducción. Cuando no podiere ser habido un intérprete mayor de edad, podrá

nombrarse a un menor que haya cumplido catorce años.”

Pero estas normas —que *prima facie* protegían el derecho a la traducción— no fueron construidas pensando en las personas indígenas en conflicto con la ley penal sino fueron elaboradas para los extranjeros o hablantes de lenguas extranjeras sometidas al procedimiento penal mexicano. Fue hasta el año 1991, que el Código Federal de Procedimientos Penales reconoció la existencia de personas indígenas que ante el desconocimiento de la lengua castellana requerían de un traductor. Es importante advertir que en el proceso legislativo se estableció lo siguiente:

“Aunado a todo lo anterior, aparece la oportunidad excelente de proteger debidamente a las personas que no hablen ni entiendan el idioma castellano porque utilizan dialectos re-gionales, así

como la de entender que el medio cultural en donde se conforman ciertas etnias en nuestro país deben ser especialmente consideradas al impartir una justicia equitativa dentro de las normas generales que rigen a todos los habitantes del país.

Son estas cuestiones primordiales las que tienen en cuenta la iniciativa, y la aprobación consiguiente de la Cámara de Diputados, y se aceptan en este dictamen para proponer a la Asamblea su aprobación en los términos precisos que a continuación se detallan.”¹¹

¹¹ SCJN, Código federal de procedimientos penales, disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=BHGCBWrG7ukiUiW/WEuu/n1r7XqLjI2KnGR/AsIu7N2QjGyJySFR0PPFckVyE8L+d91DpJAQMTVbdbKul/HBcg==> [Consultado 07-10-22]

Como se advierte, fue hasta 1991, que el legislador federal incorporó en el Código Federal de Procedimientos Penales, el derecho de la persona indígena que no hable o entienda suficientemente el castellano a contar con traductor:

“Artículo 128.- Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

III.- Cuando el detenido fuere un indígena que no hable castellano, se le designará un traductor quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda;”

Por otra parte, los Acuerdos de San Andrés, reflejaron el deseo de las comunidades

indígenas de estar asistidos por defensores y traductores que conocieran su lengua indígena. Este deseo quedó revelado en el siguiente párrafo, en el que los alzados exigieron la creación de la Defensoría de oficio con defensores y traductores indígenas:

“Creación de la Defensoría de Oficio Indígena con abogados y traductores que presten un servicio de asesoría y representación legal a los indígenas que lo requieran. [...] Los traductores y defensores de oficio no sólo deben conocer las lenguas indígenas, sino también conocer y comprender las culturas indígenas, para que conociéndolas y respetándolas, cumplan con mayor sentido su función.”¹

12

<http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/chiapas/docs/sanandres/comprom1.html>

El reclamo de que el acceso a la justicia requiere de intérpretes que trasladen los conceptos jurídicos de ida y vuelta, del imputado al juez y del juez al imputado, quedó confirmado en los Acuerdos de San Andrés:

“5. Acerca de las garantías de acceso pleno a la justicia, la delegación del EZLN considera que no puede pasarse por alto la necesidad del nombramiento de intérpretes en todos los juicios y procesos que se sigan a los indígenas, asegurando que dichos intérpretes cuenten con la aceptación expresa del procesado y conozcan tanto el idioma como la cultura y el sistema jurídico indígenas”

Este derecho, el derecho de la persona de identidad indígena a tener intérpretes que conozcan la lengua y la cultura finalmente fue constitucionalizado en la reforma indígena de

2001. El artículo 2, apartado A, fracción VIII, de nuestra ley fundamental, estableció:

“A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

[...]

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.”

Como puede advertirse, la norma constitucional postula de manera incuestionable el derecho de la persona indígena a contar con un intérprete.

8.1. ¿Qué ha dicho la jurisprudencia de la SCJN, respecto al traductor e intérprete?

La SCJN ha indicado en reiteradas ocasiones que la ausencia del intérprete indígena constituye violación al derecho humano al debido proceso. En una tesis paradigmática sostuvo que el derecho al traductor constituye parte del derecho al debido proceso:

“DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del

Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "Formalidades Esenciales Del Procedimiento. Son Las Que Garantizan Una Adecuada Y Oportuna Defensa Previa Al Acto Privativo.", sostuvo que las

formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la

primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a

quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.”¹³

8.2. El incumplimiento del derecho humano a la interpretación.

Para evitar cumplir con el derecho del indígena a contar con un traductor o intérprete algunas autoridades judiciales se valieron de la siguiente estratagema: preguntaban al indígena su nombre y apellido, lugar de origen y si las personas indígenas procesadas les respondían en castellano, la autoridad judicial consideraba que no era necesario asignarle un indígena traductor o intérprete, porque a su consideración, hablaban y entendían el castellano.

¹³ SCJN. Tesis de jurisprudencia 11/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil catorce.

Ignoraban que algunas personas indígenas han tenido que aprender lo básico del castellano para sobrevivir en la ciudad, es decir, hablan el castellano de manera funcional, Pero de ahí a que ese conocimiento les baste para entender nociones complejas como Ministerio Público, acusación, procedimiento abreviado, ejercicio de la acción penal, tipo penal, etcétera, es una aseveración errónea.

El Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para Indígenas en México, estudio de caso en Oaxaca (2007), así lo indica:

“Esta deficiente implementación del derecho a traductor o intérprete se debe, en gran parte, a que no siempre se identifica la necesidad de la presencia de un traductor o intérprete, ya que no se distingue entre los grados de dominio,

expresión o comprensión del español por parte de los indígenas bilingües.”¹

Los jueces y agentes del Ministerio Público también se valieron de policías de la comunidad y familiares de los imputados para traducir. No importaba que el traductor no entendiera la lengua de la persona indígena por pertenecer a una variante diferente, las autoridades para cumplir el requisito, tomaban a la persona indígena más próxima para que les auxiliara a traducir ante la complacencia de defensores.

Sin ninguna capacitación, sin la certeza de que el traductor o intérprete conociera plenamente la lengua y costumbres del justiciable, las autoridades ministeriales y judiciales pretendieron cumplir el derecho con

14

https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/InformeDiagnosticoJusticia.pdf

lo que tuvieron a la mano pero ello fue en muchas ocasiones una simulación.

Al tratar de cumplir el derecho de la persona indígena a tener traductor o intérprete las autoridades judiciales echaron mano de los policías que efectuaron la detención, de otros presos indígenas hablantes de la lengua, de los maestros bilingües, de los familiares de los procesados, en el mejor de los casos; en otros casos, indicaron que la persona indígena “hablaba perfectamente el español” por lo que no era necesario nombrarle intérprete.

9. Segunda subgarantía. El derecho de la persona indígena a que sea tomada en cuenta su especificidad cultural.

Este derecho puede ser explicado como el derecho subjetivo público que tiene la persona indígena a que en los juicios de cualquier naturaleza en que sea parte se tomen en consideración sus tradiciones, costumbres culturales, sistemas de gobierno, las

manifestaciones pasadas y presentes de sus culturas, lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas; expresiones religiosas, mágicas y espirituales; alimentación, expresiones artísticas, historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistema de escritura, cosmovisión, medicinas tradicionales, prácticas de salud, animales y minerales de interés vital, la relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y todas aquellas circunstancias que la caracterizan como diferente del sector mayoritario de la población.

¿Qué son los usos y costumbres?

La Guía de Asistencia Legal para los Pueblos Indígenas conceptualiza los *usos y costumbres* (Ávila, A. (coord.), 2000, p. 135):

“Usos Y Costumbres. En una comunidad o grupo indígena, los UC

tienen que ver con todas las actividades que desarrollan sus miembros en el plano festivo-religioso, agrícola, económico, social y político. Es decir, con todos los ámbitos de la vida. La mayoría de estas actividades las han venido practicando desde tiempos inmemoriales, aunque adaptándolas en mayor o menor grado a los cambios políticos y económicos del país o la región donde habitan.

En particular, una comunidad indígena posee y ejerce: a) un sistema político (gobierno indígena, sistema de cargos y elección de autoridades); b) un sistema jurídico (usos y costumbres), sistema de resolución de conflictos); c) un sistema religioso-ceremonial (ciclo o calendario festivo, mayordomías); d) un sistema colectivo de trabajo (el tequio, por ejemplo, y las reglas de uso y apropiación de espacios y recursos comunes). Ninguno de estos sistemas se

entiende sin los otros porque todos se complementan entre sí. Es decir, son normas generales para mantener la cohesión y el orden interno de la comunidad; representan sobre todo una estrategia de sobrevivencia (sic).

En ocasiones se dice, por desconocimiento o mala fe, que los usos y costumbres indígenas son sinónimo de atraso o barbarie, sobre todo en lo que respecta a la impartición de justicia. Ante esto, baste mencionar que las autoridades tradicionales buscan primero que nada la reconciliación de las partes de un conflicto y la reparación del daño, antes que el castigo o la cárcel para el infractor.”

Recientemente se ha considerado inadecuada la utilización del término “usos y costumbres” y se considera que el término correcto es el de “sistemas normativos indígenas”.

¿Quién tiene el deber jurídico de indagar la especificidad cultural de la persona indígena?

La Primera Sala de la SCJN al resolver el Caso Jorge Santiago Santiago, generó la tesis aislada CCXI/2009, en la que explicó que corresponde al juez del proceso investigar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula el imputado: no corresponde a la defensa aportar la prueba de la especificidad cultural sino que es la propia autoridad judicial quien debe investigar esa especificidad¹⁵:

¹⁵ Algunos jueces de Distrito del Estado de Oaxaca dan cumplimiento a este mandato delegando en la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas el deber de investigar la especificidad cultural del indígena sometido al proceso penal. Los servidores públicos emiten un informe de investigación y no un peritaje cultural, lo que representa un cambio de enfoque: mientras que la prueba pericial cultural era una prueba de la defensa sometida a la regla de la prueba pericial, el informe de investigación es una prueba generada por la propia autoridad judicial.

“Personas Indígenas. Acceso Pleno A La Jurisdicción Del Estado. En Los Juicios Y Procedimientos De Que Sean Parte, Los Órganos Jurisdiccionales Deben Tomar En Cuenta Tanto Las Normas De Fuente Estatal Aplicables Como Sus Costumbres Y Especificidades Culturales. La fracción VIII del apartado A del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al pleno acceso a la jurisdicción del Estado y que, para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos de que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución. Ello no los excluye del ámbito de cobertura de las normas penales, pues los jueces penales deben

determinar si las personas indígenas procesadas merecen ser castigadas por haber incurrido en las conductas típicas y punibles consignadas en la legislación penal aplicable —determinar hasta qué punto pueden imputárseles conductas típicas, en qué modalidad (dolosa o no dolosa), o bajo qué condiciones de exigibilidad, por ejemplo—. Sin embargo, el órgano jurisdiccional deberá aplicar estas normas de modo congruente con lo establecido en el citado artículo 2o. Por ello, cuando quedan satisfechos los requisitos para que al inculpado se le reconozca la condición de persona indígena dentro del procedimiento, **el juzgador debe indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula que han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, la materialización de los elementos objetivos o**

subjetivos del tipo, los aspectos de los que depende la culpabilidad del acusado, etcétera. Deberá tomar en cuenta, en otras palabras, tanto las diferentes normas de fuente estatal aplicables como las específicas que puedan existir en la comunidad cultural del procesado con relevancia en el caso. Además, durante el proceso deberá desplegar su función jurisdiccional tomando en consideración que la Constitución obliga a los órganos jurisdiccionales estatales a garantizar el pleno acceso a la jurisdicción y el pleno disfrute de los derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos aquellos que, por pertenecer a categorías tradicionalmente desaventajadas, son objeto de especial mención en el texto constitucional.” (Énfasis añadido).

9.1. La especificidad cultural como causa de exclusión de delito.

Posteriormente la Primera Sala de la SCJN estableció con toda claridad que la especificidad cultural si puede ser causa de exclusión de delito:

“Personas, Pueblos Y Comunidades Indígenas. Exigencias Para El Acceso A La Justicia Penal Desde Una Perspectiva Intercultural. Para otorgar eficacia al derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado en el que sean consideradas las costumbres y especificidades culturales de las personas indígenas, en el ámbito del proceso penal, se debe determinar cuatro cuestiones: i. Verificar la existencia y vigencia de la costumbre en los términos alegados por la persona imputada; esto es, si la conducta de que se trata se refiere a una práctica de la comunidad de

la que proviene la persona inculpada. Para ello, las autoridades judiciales pueden allegarse periciales antropológicas u otros medios de prueba lícitos, como actas de la comunidad o consejos de ancianos; ii. Considerar las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho y el contexto cultural en que éste se desarrolla y ocurre la conducta, esto es: a) tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural al momento de interpretar los derechos que les asisten; b) garantizar la presencia de un defensor y de un intérprete de la lengua y de la cultura indígena a la que pertenece la persona, pueblo o la comunidad en cuestión, y c) facilitar la defensa adecuada y promover la participación de la persona, pueblo o

comunidad indígena dotándole de información, en su lengua y de conformidad con su cultura, sobre el estado del proceso judicial en que intervienen; iii. Determinar si la costumbre documentada, resulta válida; es decir, no contraviene las prohibiciones absolutas en materia de derechos humanos, ni ocasiona una restricción ilegítima que no pueda justificarse como necesaria en una sociedad multicultural, y iv. Precisar qué papel tiene la costumbre en el proceso judicial. Así, en el proceso penal, se debe determinar en qué elemento del delito debe ponderarse la costumbre o especificidad indígena, esto es, decidir si constituye una excluyente de responsabilidad, una atenuante o si debe evaluarse para efectos del

establecimiento de la pena.”¹ (Énfasis añadido).

10. Tercera subgarantía. El defensor anfibio o defensor con conocimiento de lengua y cultura.

Las primeras alusiones al defensor con conocimiento de la lengua, cultura y sistema jurídico indígenas que aparecen en los Acuerdos de san Andrés hacen referencia a la defensoría de oficio con conocimiento de lengua, cultura y el sistema jurídico indígena:

“193. Que el defensor de oficio a que tiene derecho, conozca la lengua, la cultura y el sistema jurídico indígenas.”

En otro apartado, se estableció el deber del Gobierno del Estado de crear la defensoría de oficio indígena con defensores que conocieran la lengua y cultura indígena:

¹⁶ SCJN. Amparo directo en revisión 5465/2014. 26 de abril de 2017. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

“224 Creación de la Defensoría de Oficio indígena con abogados y traductores que presenten un servicio de asesoría y representación legal a los indígenas que lo requieran. A diferencia de lo que establece la actual Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chiapas (artículos 64 a 69), los salarios u honorarios de los defensores de oficio deberán ser cubiertos por el presupuesto estatal y canalizados de manera que se garantice su actuación honesta e independiente. Los traductores y defensores de oficio no sólo deben conocer las lenguas indígenas, sino también conocer y comprender las culturas indígenas, para que conociéndolas y respetándolas, cumplan con mayor sentido su función.”

¿Por qué razón los pueblos exigieron un defensor con estas calidades?

En la aplicación de la justicia penal occidentalizada a los indígenas no había un trato igualitario. Los jueces y Ministerios Públicos postularon siempre la vigencia de un derecho único y la prevalencia del principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y a nadie aprovecha. Por eso era necesario que los defensores de personas indígenas ante la jurisdicción del Estado fueran anfibios: que se movieran en dos mundos. En el del sistema de derecho positivo y el de los sistemas normativos indígenas y con el agregado de que conocieran la lengua.

Así, con estos conocimientos, el defensor podría argumentar estrategia de defensa desde la visión del pueblo indígena. Si tomamos en consideración que las personas indígenas son procesadas por delitos relacionados contra la salud, posesión de peyotes, hongos alucinógenos, caza ritual del venado, iguanas, etcétera, podremos comprender entonces que es necesaria la presencia de un defensor con

conocimiento de la cultura para articular ese conocimiento cultural como estrategia de defensa.

Pero además se requiere el conocimiento de la lengua para que el defensor escuche sin intermediarios las razones de la persona indígena.

Existieron dos casos en la historia judicial de México que propiciaron la revitalización y la muerte del defensor con conocimiento de lengua y cultura. El caso de Sebastiana Gómez y Marcos Hernández Shilon.

La señora Sebastiana Gómez Gómez, indígena tzotzil, fue procesada por un delito contra la salud en la modalidad de transporte de marihuana. No tuvo defensor con conocimiento en lengua y cultura tzotzil y el tiempo de su juzgamiento rebasó los plazos constitucionales. El Estado Mexicano no le proporcionó el defensor con conocimiento de lengua y cultura.

Ante tal escenario, la señora Gómez Gómez, promovió el amparo en revisión 619/2008 que conoció la Primera Sala de la SCJN argumentando, *inter alia*, la violación a su derecho humano a contar con un defensor con conocimiento de lengua y cultura tzotzil.

La resolución emitida bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero, definió entre otros aspectos que el derecho al defensor con conocimiento de lengua y cultura forma parte del derecho al acceso pleno a la jurisdicción del Estado y que la ausencia de este defensor y el transcurrir del plazo establecido constitucionalmente para juzgar a las personas procesadas traería como consecuencia la libertad de la persona.

En esa resolución, la Primera Sala de la SCJN resolvió que la falta de defensor con conocimiento de lengua y cultura, y el rebasamiento del tiempo del juzgamiento implicaría la libertad de la quejosa:

“Por otro lado, tampoco resulta procedente poner a la quejosa en libertad mientras se le sigue el proceso de que se trata, atendiendo a los hechos de este caso particular y sobre todo a las constancias de autos que fueron agregadas al toca de amparo en atención a lo ordenado por esta Primera Sala, pues ello, en realidad implicaría que tal libertad sería sólo momentánea, debido a que, en el juicio natural, ya fue ordenado el cierre de la instrucción. Pero más aún, contrariaría los efectos restitutorios del juicio de amparo, al dejar sin consecuencia alguna y sin posibilidad de restitución efectiva, el no haber tenido, en todo tiempo, la posibilidad de contar con una defensa adecuada, contando con la oportunidad de la defensa, con el tiempo suficiente para prepararla, entendiendo la acusación, determinando, en concordancia con su defensor, las

posibilidades de esta, etc. En síntesis, que debido a esa actitud omisa del Estado se haya retrasado su procedimiento y no se le haya juzgado en los plazos y términos que dispone el artículo 20 de nuestra Constitución.”

Posteriormente, la propia Primera Sala hizo la Aclaración de la sentencia del Amparo en Revisión 619/2008, y explicó:

“En la sentencia de esta Primera Sala se establece, de manera determinante, que los efectos restitutorios de la sentencia no podrían consistir en otro que no fuera la inmediata libertad de la procesada por las razones que a continuación se citan, todas ellas tomadas de la sentencia de marras.

[...]

a) En ese tenor, se concluyó, que resultaba manifiesto que, si en la fracción VIII del apartado A, del artículo segundo constitucional, se consagra como derecho

fundamental de las personas indígenas el acceso pleno a la jurisdicción estatal, a la vez que se establece, para respaldar tal derecho, que en todo tiempo tienen el derecho a ser asistidas por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, en las circunstancias del caso que nos concierne, fue deber inexcusable del Estado Mexicano, por conducto de las autoridades competentes, haber proporcionado una defensa idónea con dichos alcances. Ello con el fin de dar debido cumplimiento a los derechos contenidos en el artículo 17 constitucional de acceso a la impartición de justicia y tutela jurisdiccional efectiva, en las vertientes apuntadas de contar con una defensa adecuada, así como las de acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso

en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa.

[...]

En ese sentido, la mayoría de ministros de esta Sala consideramos que los efectos restitutorios del juicio debían traducirse en declarar, de inmediato, su libertad, lisa y llanamente.” (Énfasis añadido).

Sin embargo, en el año 2013, la SCJN cerró la puerta al ejercicio efectivo del derecho al defensor con conocimiento de lengua y cultura con base en una interpretación desafortunada de la naturaleza del defensor intercultural. En la tesis siguiente, la Primera Sala causó la muerte del defensor con conocimiento de lengua y cultura.

“Personas Indígenas. Modalidades Para Ejercer El Derecho Fundamental De Defensa Adecuada Consagrado En El Artículo 2o., Apartado A, Fracción VIII, De

La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Las figuras del intérprete con conocimiento de una determinada lengua y cultura, así como del defensor, constituyen parte del derecho fundamental a la defensa adecuada de las personas indígenas, en términos del artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el Poder Reformador plasmó para tutelar sus derechos, eliminar las barreras lingüísticas existentes y dar certeza al contenido de la interpretación. Así, el defensor junto con el intérprete con conocimientos de su lengua y cultura son quienes acercan al órgano jurisdiccional con la especificidad cultural del indígena; de ahí que deben señalarse las modalidades para ejercer dicho derecho fundamental. En cuanto al intérprete: 1) La asistencia por intérprete es disponible,

pero únicamente por el imputado, lo que le permitiría rechazarla; sin embargo, sólo sería aceptable el rechazo cuando la autoridad ministerial o judicial advierta que el imputado, evidentemente, tiene un desenvolvimiento aceptable sobre el entendimiento en idioma español del procedimiento al que está sujeto y sus consecuencias. La autoridad que conozca del caso deberá asentar constancia de ello en la que tenga intervención un perito intérprete que conozca la lengua y cultura del imputado, que sirva para corroborar su voluntad y lo innecesario de su intervención, apercibido de las consecuencias legales aplicables por la probable generación de un estado de indefensión en contra de aquél. 2) En caso de que no exista renuncia al intérprete, la autoridad ministerial o judicial que conozca del caso deberá constatar que el intérprete efectivamente

conoce la lengua y cultura del imputado. Podrá tratarse de un intérprete práctico respaldado por la comunidad indígena o certificado por las instituciones correspondientes; o bien, mediante el uso de tecnologías, se podría implementar la asistencia de intérprete por medio de videoconferencia. En cuanto al defensor:

- 1) La asistencia por abogado defensor es irrenunciable y podrá ser prestada por instituciones oficiales o a cargo de particulares, a elección del imputado. Esta figura puede reunir, además, la calidad constitucional de que conozca la lengua y cultura del imputado, mas no es un requisito de validez del proceso, ya que también a elección de éste puede ser prescindible esta última calidad. En caso de que el defensor sí cuente con dichos conocimientos, deberá exhibir la constancia que lo avale, cuya autoridad competente para expedir dicha

certificación puede ser la Defensoría Pública Federal o estatal, o el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. 2) En los casos en que el ejercicio del derecho de defensa sea ejercido por defensor oficial o particular que desconozca la lengua y cultura del imputado, la figura del intérprete que sí conoce ambos es insustituible, pues a través de ella se garantiza el pleno conocimiento del imputado sobre la naturaleza y las consecuencias de la acusación; los derechos que le asisten y la comunicación efectiva con su defensor, entre otros.”¹⁷

En la sentencia que da origen a la tesis, la Primera Sala, haciendo una interpretación oracional del artículo 2, apartado, A, fracción VIII, de la CPEUM, se apartó del criterio

¹⁷ SCJN. Amparo directo 50/2012. 28 de noviembre de 2012. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

sostenido en los Casos de la persona indígena tzotzil y del señor Hernández Shilon, y sostuvo que no es necesario que el defensor de la persona indígena conozca la lengua y la cultura pues bastará con que el intérprete conozca la lengua y la cultura. De esta manera, la SCJN dio muerte al derecho a contar con defensor con conocimiento de lengua y cultura que fue una petición contenida en los Acuerdos de San Andrés.

11. Conclusiones

Primera. El derecho de las personas indígenas, la jurisdicción del estado tiene como origen un suceso bélico: el alzamiento zapatista de 1994.

Segunda. Las demandas planteadas por lo rebeldes en los acuerdos de San Andrés fueron constitucionalizados, en el artículo 2° de la CPEUM.

Tercera. El derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado, está integrado por los siguientes elementos:

- a) Tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes que conozcan su lengua y su cultura,
- b) Tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por defensores que conozcan su lengua y su cultura;
- c) Tienen derecho a que en todos los juicios y procedimientos en que formen parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. si una autoridad judicial no respeta estos tres derechos se configuraría una violación al derecho humano de acceso pleno a la jurisdicción del estado.

Cuarta. Las autoridades judiciales del estado mexicano tienen el deber de respetar tales derechos como parte de la interculturalidad. La violación al derecho al defensor anfibio y al intérprete traerá como consecuencia la reposición del procedimiento. La especificidad cultural puede dar lugar a una causa de exclusión de delito. Es necesario que

los defensores exijamos el cumplimiento de este derecho, para que sea tomado en serio.

La Homosexualidad.

Gerardo A. Herrera Pérez*

Resumen: El tema de la sexualidad, continúa siendo un tema tabú; socialmente, se privilegia la norma sexual que aprueba la heterosexualidad, es decir, sexos contrarios y complementarios que permiten la reproducción constituyen la aprobación social. Cuando nos encontramos frente a situaciones donde la heteronorma no justifica su funcionalidad incluso la politicidad, como es el caso de la homosexualidad, se generan mecanismos de opresión en contra de dichas personas que asumen esas expresiones, y que van desde la invisibilidad, el prejuicio, estigma, la exclusión,

* Doctor en Ecoeducación, Preside la organización Grupo de Facto Diversidad Sexual en Michoacán.

la violencia, discriminación y en ocasiones la muerte por no someterse a la norma.

Explicar el porqué de la opresión y sus mecanismos para someter, controlar y disciplinar los cuerpos de personas que tienen una orientación sexual diferente a la heterosexual, no puede ser explicada de manera simplista, solo por cuestiones de que se nació, o bien porque se hizo en el devenir del día a día.

En general las personas se preguntan sobre la existencia de identidades homosexuales, y si estos nacen o se hacen; aun cuando es simplista esta forma de iniciar la revisión de un tema en complejidad, pareciera ser que es el fundamento que han utilizados diferentes teóricos para llevar a cabo el trabajo de investigación que posicione si es son aspectos esencialistas o sociales, los que generan las identidades homosexuales.

De esta manera, teorías biologicistas, constructivistas y eclécticas avanzan en la

posición de expresar y confirmar sobre si una persona homosexual nació, se construyó o a través de un conjunto de expresiones biológicas, sociales, psicológicas y ambientales permitieron la construcción de una identidad homosexual.

Sumario: Teorías de la homosexualidad. Teorías biológicas o esencialistas: Teoría hormonal; Teoría neuroanatómica; Teoría Psicológica Constructivista; Teoría Conductual. Teorías constructivistas: Teoría del Constructivismo Social Evolutivo; Otras teorías. Conclusiones.

Palabras clave: Teoría, homosexualidad, biologicista, esencialista, constructivista.

1.- Teorías de la homosexualidad

No es simple abordar el tema de la homosexualidad, toda vez de la complejidad, por el estigma y el prejuicio con que se analiza un tópico sexual, pero además por la posición

ideológica con que lo pueda abordar el investigador; adicionalmente a las cuestiones ideológicas, cuando se le confronta a la homosexualidad con la heterosexualidad o lo heterosexual, concepto que está legitimado por la sociedad a partir de su reconocimiento como lo normal y natural para el pleno ejercicio del cumplimiento de la norma sexual (pareja heterosexual, matrimonio monogámico, patriarcal, falocrático y religioso, que se reproduce socialmente) que legitima la reproducción social.

Los aportes teóricos a la comprensión de la homosexualidad nos deben de orientar a definir si se nace con una sexualidad homoerótica, o se construye una sexualidad homoerótica y desde luego sí esta visión también constituye un reconocimiento normal y natural del ejercicio de la sexualidad, o si por el contrario se plantea como la depravación al estar en contra de la norma sexual (Guerrero, 2013); es decir se nace o se hace, es innato o adquirido

(Mondimore, 1998), en este sentido, es una posición esencialista, biologicista o constructivista, o bien desde la complejidad.

Al parecer es simple plantearnos el dilema; no obstante, para la población es complejo resolverlo: ¿nacemos? o bien, ¿nos hacemos?, ¿qué pensamos?, ¿qué aceptamos?, ¿qué asumimos sobre dicho dilema?

Más allá del debate sobre la homosexualidad y sus posicionamientos nos preguntamos: se nace (biológico) o se hace (constructivista-social) tendrán siempre un componente ideológico que cambia según el contexto, y según quien habla y el discurso que pronuncia, las palabras tienen un significado y un poder como lo expresa Foucault y Bourdieu, no es lo mismo expresar en el discurso y referirse a un homosexual que a un heterosexual, que de entrada el primero no está legitimado y se le considera como depravado; como tampoco será igual hablar de lo homoerótico en los Pueblos Antiguos:

Antigua Grecia; la Edad Media; en la época victoriana, o del Siglo XIX; o bien, en la edad Contemporánea o Posmoderna, es decir, el discurso y los conceptos se construyen en el tiempo y el espacio de que se hable, a partir de una análisis genealógico y arqueológico.

Las respuestas al dilema de nacer? o hacerse? las encontramos en teorías biologicista o esencialistas, o bien, en teorías constructivistas; también las encontramos, en posicionamientos y respuestas de científicos sociales jóvenes, como Guerrero McManus, quien en su texto *“¿Naces o te haces?, La ciencia detrás de la homosexualidad”* (Guerrero, 2013), nos plantea un pronunciamiento ecléctico; su propuesta va más allá de resolver dichas preguntas a partir de posicionamientos biológicos o simplemente sociales, plantea una tercera vía en su interpretación para la comprensión de lo homoerótico, el Constructivismo social evolutivo (CSE), pero también existen otras

propuestas para resolver este dilema, como el tercer sexo, o bien la homosexualidad revolucionaria (Guerrero, 2013; Nicolas, 1989 y Foucault).

Guerrero McManus (2013) expresa que,

“la pregunta que en cierto sentido motiva todo este libro, es saber, si los homosexuales nacemos o nos hacemos, no ha sido contestada. Espero.....queden claras dos cosas. Primero, que no va a ser contestada porque la pregunta presupone una distinción radical fuerte entre lo biológico y lo social, entre la naturaleza y la crianza, entre nuestro ser animal y la cultura..... Esto nos lleva al segundo punto que espero que quede claro. La biología puede todavía aportar algo, incluso si rechazamos aquellas explicaciones que buscan simplemente pasar por alto las

dimensiones históricas, culturales y contextuales dentro de las cuales se desenvuelven nuestras prácticas eróticas.....El Constructivismo social evolutivo (CSE) busca justamente ser una salida al conflicto que hemos descrito al analizar las Guerras de las Ciencias.

Por otro lado, la Dra. Soriano Rubio (Soriano, 2002), expresa que “prácticamente hasta mediados del siglo XX, excepto en algunas contadas excepciones, la mayor parte de las explicaciones sobre las causas de la homosexualidad no tienen una base científica. Partían del presupuesto fundamental de que la heterosexualidad, como destino divino, era lo único natural y bueno (San Agustín y Santo Tomás ideólogos del cristianismos). Las demás orientaciones, entonces consideradas desviaciones, eran debidas a la actuación de fuerzas malignas, o bien como algo que se daba en personas pecadoras que libremente

elegían ser malas o perversas. No obstante, hay que considerar las posiciones de Alemania de 1869, con el cual se introduce el concepto de homosexualidad, como una enfermedad, pero no una enfermedad divina, y que fue retirado el término por la Organización Mundial de la Salud de los diagnósticos de enfermedades mentales en 1990.

Desde los años cincuenta y sesenta del siglo XX se ha considerado la heterosexualidad como algo dado, se nace con ello, es cuando los científicos han tratado de buscar una explicación a la existencia de homosexuales.

Por otro lado, en cuanto a las diferentes explicaciones teóricas descriptivas, se diferencian las posiciones científicas biológicas y psicológicas. Las primeras ubican sus estudios y reflexiones científicas y teóricas sobre “variables genéricas, fisiológicas y neuroanatómicas. Los pronunciamientos segundos ponen énfasis en variables sociales como agentes causales de la homosexualidad.

La doctora Sonia Soriano Rubio (2002) nos comparte la matriz de las diferentes propuestas teóricas y el estudio más representativo de cada uno de ellos, y en el afán de complementarlo anexamos algunos posicionamientos teóricos, que pueden ser de interés al momento de la interpretación de: ¿se nace? o ¿se construye?:

Matriz No. 1 Teorías de la homosexualidad.

Modelo	Causa	Estudio representativo
Biológico	Hormonal prenatal Hormonal postnatal Neuroanatomica	Kallman (1952) Dorner (1976) Kolodny y cols (1971) Le Vay (1991)

Interaccionista	Hormonal prenatal y sociocultural	Money cols (1972) Felman y McCulloch (1971)
Conductual	Aprendizaje	Bandura (1969)
psicoanalítico	Intrapsíquico	Freud (1905-1915)
Tercer sexo Homosexualidad revolucionaria	Ideología de la identidad homosexual	Nicolas Jean (1978)
Constructivismo social evolutivo	Posicionamiento ecléctico, que incluye lo biológico, social y la evolución.	Guerrero Mcmamus (2013)

(De diseño propio).

Así, el esquema nos da luz para la revisión de las distintas teorías tanto las biológicas esencialistas, o las sociales o constructivistas o bien aquellas que se construyen a partir del prejuicio y el estigma, o el último aporte el Constructivismo social evolutivo.

En este sentido Castañeda Marina (2006, p. 51) plantea que un enfoque esencialista afirma que la homosexualidad es biológica, congénita y natural; por otro lado, el construccionista sostiene que es adquirida y se desarrolla en el individuo en función de su entorno familiar y social.

En esta perspectiva, Castañeda Marina (2006, p. 52) plantea que según la "posición esencialista, la homosexualidad es un rasgo biológico que aparece en todas las sociedad y en todas las épocas....uno no escoge ser homosexual, y no debe ser considerado responsable ni castigado por ello; no obstante, aún existen en el mundo diversas legislaciones que reprimen el ejercicio de la sexualidad en

personas del mismo sexo, como es el caso de Sudan, Somalia y Mauritania en África, Arabia Saudita o los Emiratos Árabes Unidos en Oriente Medio, Vietnam y Nepal en Asia, Rusia en Europa y en los cuales se pronuncia en sus estudios e informes anuales la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA).

En este enfoque, durante el siglo XX, la homosexualidad es una condición o una enfermedad, incluso una enfermedad congénita; el homosexual no es responsable de su orientación, está enfermo, merece por lo tanto tratamiento médico, y no encarcelamiento. A la luz de este pronunciamiento, Michel Foucault, a finales de los años setenta y principios de los ochenta, expresa la existencia de los mecanismos de opresión en contra de las identidades sexuales (homosexuales) y la manera en que podría ser atendida la homosexualidad como patología.

No obstante, la Organización Mundial de la Salud, considero a la homosexualidad hasta

1990 como enfermedad o una patología y a partir de esa fecha, se retiró la palabra homosexual de las enfermedades mentales.

1.1.-Teorías biológicas o esencialistas

De acuerdo a los aportes que presenta la doctora Soriano Rubio, expresan que las teorías biológicas explican el origen de la homosexualidad a partir de factores etiológicos de naturaleza orgánica.

De conformidad con esta revisión teórica, existen tres grupos; primero los que ponen énfasis en factores genéticos, los relacionados con las hormonas como un elemento fundamental para la futura orientación sexual y aquellos que pretenden mostrar la existencia de una diferencia estructural en el cerebro de homosexuales y personas heterosexuales.

Teoría genética

“De una forma general la teoría genética postula que la homosexualidad es innata” (Soriano, 2002, p. 73) esto es, se nace siendo ya homosexual. Plantea que el origen de la

homosexualidad se localiza en los genes, siendo el factor fundamental, de la presencia de determinadas características asociadas al cromosoma X transmitido en una relación heterosexual por la mujer.

Existe un documento de investigación serio realizado a gemelos idénticos por Kallman (Citado en Soriano, 2002) médico alemán, el documento plantea una relación causal entre factores genéticos y la homosexualidad, y con ello aporó bases para el estudio genético de la sexualidad de la humanidad.

El estudio consistió en estudiar a 95 parejas de gemelos varones (44 monocigóticos y 51 dicigóticos). Kallman encontró una concordancia del 100% para la orientación homosexual en el caso de los monocigóticos y del 25% en dicigóticos. Con estos resultados había elementos para afirmar que la homosexualidad tenía un componente genético. No obstante, diversos

cuestionamientos a la metodología hicieron dudar de los resultados.

Entre los cuestionamientos estuvieron que utilizó gemelos educados en un mismo ambiente. Los resultados presentados por Kallman (Citado en Soriano, 2002, p. 73), a partir de sus declaraciones fueron tomados con cierta prudencia.

En este sentido la Dra. Sonia Soriano Rubio (2002) menciona en su artículo que se han realizado otros estudios más recientes como el desarrollado por Bailey y Pillard, (1991); Bailey, Pillard, Neale y Agyei, (1993); Hamer et. al. (1994) y Pillar y Bailey, (1995), los cuales no han podido a partir de sus hallazgos confirmar que es genético la homosexualidad. No obstante, las investigaciones señalan que existe influencia genética importante en la homosexualidad tanto en hombres como en mujeres.

Le Vay y Hamer (Citado en Lacadena, citado por Soriano, 2002, p. 73), presenta los

resultados de las distintas investigaciones realizadas a gemelos, mismos que compartimos para su análisis:

Primero: entre los datos referentes a la homosexualidad en hombres se observa que en gemelos monocigóticos la probabilidad de que ambos sean homosexuales es del 57 por ciento, mientras que en dicigóticos es del 24 por ciento y del 13.5 por ciento entre hermanos no gemelos.

Segundo: Entre mujeres los porcentajes son del 50 por cientos para gemelas monocigóticas, 16 por ciento para dicigóticas y 13 por ciento para no gemelas.

“Estas concordancias, aunque menos sorprendentes que las de los estudios iniciales, vendrían a confirmar el peso que los factores genéticos podrían tener en el origen de la homosexualidad, sin embargo, se sigue estando lejos de poder afirmar que éste es el origen de la homosexualidad. No se puede olvidar que un porcentaje importante de

gemelos monocigóticos, aunque comparten las mismas características genéticas y el mismo ambiente prenatal y familia, tienen diferentes orientaciones sexuales, pero adicionalmente y por otra parte, en aquellos que si comparten la misma orientación sexual, a partir de los estudios realizados no es posible separar y cuantificar el peso real de los factores genéticos y de los ambientales” (Soriano, 2002, p. 74).

Existen otras investigaciones, como las que realiza Hamer, Hu, Magnuson y Pattatucci (citados en Soriano, 2002, p. 74). La investigación plantea a partir de que los caracteres están influidos por los genes tienen a presentarse en una misma familia, por lo que la investigación avanza a confirmar que los hombres homosexuales tienen una alta probabilidad de tener parientes también homosexuales en la línea materna de la familia.

Los resultados alcanzados prescriben que la tasa de homosexualidad de la población

general (se estima en un 2% a 3%), entre hermanos se da un porcentaje casi 7 veces mayor. Igualmente, en los tíos maternos y primos (hijos de hermanas de la madre). Presentan probabilidades más altas de ser homosexuales que el conjunto de la población.

Adicionalmente de determinar la tasa de homosexualidad en familias se plantaron hacer un análisis genético del ligamiento del cromosoma X. Tras estudiar a 40 pares de hermanos homosexuales determinaron que había 5 marcadores moleculares pertenecientes a la región Xq 28 que en 33 de los 40 pares de hermanos segregaban conjuntamente con la orientación homosexual. Con esto tendríamos una nueva evidencia del origen genético de la homosexualidad, pero hasta el momento solo de la masculina, ya que estos resultados no se confirmaron en mujeres.

Vale la pena señalar que los estudios e investigaciones no son concluyentes y que además aun con estos resultados no ha sido

posible aislar ningún gen homosexual. Por ello, se considera incorrecto el expresar desde el aspecto científico que la homosexualidad tiene un origen genético, ni es tampoco adecuado y cierto que se haya encontrado o aislado como ya se expresó un gen homosexual. Aún faltan más análisis e investigaciones, para que la ciencia pueda generar posicionamientos concluyentes sobre que la homosexualidad es esencialista.

1.1.1.- Teoría hormonal

Otra explicación que ofrece la evidencia científica es la naturaleza biológica de la homosexualidad a partir de los niveles de hormonas en el cuerpo de un hombre o una mujer, como agentes responsables de la orientación sexual, a mayor hormona de macho o hembra en un cuerpo sexuado, se genera esta posibilidad de la homosexualidad.

La investigación parte de un fundamento básico, hombres y mujeres estamos dotados

de hormonas sexuales andrógenos y estrógenos, en diferente proporción según el sexo de que se trate, las notas básicas de la investigación son que una descompensación en el nivel de hormonas causa la homosexualidad, tanto en hombres como en mujeres.

La investigación partió de comparar hombres con diferentes orientaciones sexuales, los homosexuales deberían tener mayor nivel de estrógenos y menos niveles de andrógenos que sus pares heterosexuales. Pasa lo mismo para las mujeres, las lesbianas comparadas con sus pares heterosexuales, tendrían mayores cantidades de andrógenos y menores de estrógenos. Pese al interés mostrado por Koldny, Hendryx, Masters y Toro (1971); Pillard y Wwinrich en (1986); Starka (1975) (Citados en Soriano, 2002, p. 74), los resultados son parciales; los estudios comparados entre homosexuales y heterosexuales fueron contradictorios, con ello,

desde luego que se confirma que los hombres homosexuales tienen menores niveles de testosterona y mayores de hormona luteinizante en sangre que hombres heterosexuales, y además el volumen de esperma en su eyaculación era deficiente.

Sin embargo, en otros, no se han encontrado diferencias significativas como los estudios realizados por Meyer en el año de 1981, Sander, Bain y Langevin de 1984 (Soriano, 2002, p. 74).

Un tercer grupo Brodie (1974); Tournay y Hatfield (1973) (Citados en Soriano, 2002, p. 75), quienes en sus resultados expresan que los homosexuales tienen un nivel por encima de la media de los heterosexuales.

Por otro lado, en el caso de las mujeres, no han sido concluyentes los estudios para determinar que existe una relación entre el nivel de andrógenos y el lesbianismo, investigación en la cual ha insistido Meyer-Bahlburg (Citado en Soriano, p. 75).

Existe otro grupo de investigadores, que ha orientado el proyecto de investigación, ahora centrándose en el papel que juegan las hormonas durante el proceso de desarrollo cerebral y sexual prenatal, destacan en estos compromisos Damer, Rhode, Stahk, Krell y Masiu; así como Glaude, Gree y Hellman; Money y Ehrhanrdt; Money. Todos ellos han planteado como hipótesis central que la heterosexualidad en el varón y la homosexualidad en la mujer serían la consecuencia de una exposición elevada a los andrógenos prenatales que daría como resultado un patrón de organización cerebral masculino (Soriano, p. 75).

Pero en sentido contrario, la homosexualidad de los hombres y la heterosexualidad en la mujer resultarían de una baja exposición a los andrógenos prenatales, desarrollándose así un patrón de organización cerebral femenino.

Como se puede observar, fue contundente el número de investigaciones en la línea de estudios realizados, fue igualmente proporcional a las críticas que se le dieron, así, otros estudios pusieron en duda estas investigaciones, como es el caso de Gooren 1986 (Citado en Herrero, 1997), que ponen de relieve que un grupo de hombres y mujeres transexuales la respuesta ante la administración de estrógenos era la misma que en las personas con su mismo sexo genético, mientras que tras la intervención de cambio de sexo y la terapia hormonal, la respuesta era consistente con su nuevo sexo. Una vez más los datos empíricos en cuanto a la correlación entre niveles hormonales y la homosexualidad no apoyaron la evidencia hipotética y por tanto no se puede fundamentar la posición de que las hormonas determinan biológicamente la orientación sexual homosexual de un individuo.

Con ello, se considera que no hay que desestimar las hipótesis biológicas, y

concretamente hormonales, como posibles factores predisponentes, pero, no deben ser tomadas como el único o principal factor responsable. Al igual que sucedía con los genéticos.

1.1.2.-Teoría neuroanatómica.

Respecto de la teoría neuroanatómica se fundamenta en comprobar algunas características específicas en determinadas estructuras del cerebro, en concreto en el tamaño de un área del hipotálamo.

En este sentido Le Va (médico neuropatólogo de la Universidad de California, en los Estados Unidos) (Citado en Soriano, 2002, p. 75), ha impulsado algunas investigaciones en establecer la comparación del hipotálamo de 19 hombres homosexuales, 16 hombres heterosexuales, y 6 mujeres cuya orientación sexual era desconocida. Le Va afirmó que derivado de sus investigaciones el tamaño del núcleo intersticial del hipotálamo anterior (INAH-3) en los hombres

heterosexuales era más del doble que en las mujeres y los hombres homosexuales, mientras que entre estos dos últimos grupos no había diferencias.

Le Va, persistía en que la estructura INAH-3 es más pequeña en aquellas personas que sienten atracción sexual hacia hombres.

Pese a ello, las conclusiones y sus elementos de investigación han sido criticados, algunas de las críticas van desde no poder asegurar que los heterosexuales estudiados realmente lo eran, o bien, que los homosexuales estudiados hayan tenido VIH/Sida, lo cual incluso podría haber afectado el tamaño de los núcleos hipotalámicos son entre otras las razones para tomar con mesura este posicionamiento como verdadero; en tanto que como expresa Breedlove (Citado en Soriano, 2002, p. 75), no podemos dejar de pensar que quizá las diferencias encontradas por Le Va y podrían ser una consecuencia, y no la causa de la orientación sexual.

Concluimos desde este enfoque que las teorías biologicistas o esencialistas no pueden determinar que los factores genéticos de la orientación sexual sean causados por cuestiones genéticas, hormonales o neuroanatómicas exclusivamente. Por lo que es posible, eso sí, que alguno o quizá más de uno pueda predisponer, para que en interacción con factores de otro tipo, muy posiblemente de naturaleza psicosocial, la orientación sexual se especifique en uno u otro sentido, o bien, desde la complejidad en el entendimiento de todos estos elementos más otros sociales y otros del contexto.

1.1.3.-Teoría psicológica o constructivista

Es la contraparte de las teorías biologicistas; la teoría psicológica postula que no se nace con homosexualidad, sino que son procesos que se adquieren y en los cuales participan factores del entorno de la persona o en el propio aprendizaje que se realiza en la

interacción con otros sujetos sociales, tales como los padres, hermanos, tíos, amigos, vecinos, entre otros.

Al parecer hay dos posicionamientos en las teorías psicológicas; por un lado las teorías psicodinámicas, que ponen el énfasis en variables intrapsíquicas (el máximo promotor S. Freud) y por el otro lado, están las teorías conductuales o aquellas que destacan el papel de variables experienciales o sociales como agentes causales de la homosexualidad, reflexiones vertidas por Bandura, así como Saghir y Robins durante en el año de 1973 (Citados en Soriano, 2002, p. 78).

1.1.4.- Teoría psicoanalítica

Diversos investigadores han tratado de explicar la homosexualidad a partir del psicoanálisis tales como Bergler, Rado, Leavy y Friedman (Citados en Soriano, 2002, p. 76), no obstante, en esta revisión nos centraremos en la revisión de las tesis freudianas ya que además de ser de las más conocidas son las

que han servido para el análisis de otras investigaciones en esta área del conocimiento.

Freud explica la homosexualidad a partir del planteamiento fundamental del psicoanálisis clásico sobre la sexualidad humana. Según éste, en todo ser humano existe una disposición bisexual congénita que a través de distintas etapas: la oral, anal, fálica y genital, se va orientando hacia una única sexualidad, o hetero u homosexual.

Freud explica que, si las condiciones psicosociales son adecuadas, las fuentes y objetos de satisfacción sexual siguen un orden, una cronología y una topología corporal preprogramada biológicamente que culmina en la adolescencia con la elección de objeto sexual heterosexual.

Si, por el contrario, las condiciones no son las adecuadas, se produce una alteración o retraso en el desarrollo del individuo y el resultado es que la elección del sujeto será homosexual.

Con relación a las causas específicas de la homosexualidad, y con relación a la de los hombres, ya que de las mujeres poco se estudia y se habla, se pondera que no existe un único factor, sino que al menos tres momentos o factores especialmente importantes en que ésta podría empezar a generarse.

Primer momento: fase anal, el niño se siente atraído por su propio cuerpo, se toma como un objeto sexual, la fuente de satisfacción está en la zona anal, el placer en auto erótico. Según Freud, la fijación o detención del desarrollo en esta etapa llevaría, a una elección narcisista de objeto sexual en la pubertad, siendo el resultado la atracción por personas que tengan genitales idénticos a los de uno mismo.

Segundo momento: al llegar a la etapa fálica alrededor de los 3 ó 4 años, el niño cambia su centro de atención de la zona anal a la genital y lo propio del desarrollo es que tome conciencia de su pene en cuanto fuente de

satisfacción, y de que las niñas no lo tienen. Aparece entonces el miedo a perder este órgano, miedo universal denominado complejo de castración. La no superación adecuada de éste puede llevar al miedo a los genitales femeninos y desear a otro hombre como compañero sexual.

Pero, sin duda, la explicación más conocida de las que dio Freud acerca de la homosexualidad masculina, y que todavía es frecuente plantearla, es que es consecuencia de un complejo de Edipo no superado o bien invertido.

Durante la etapa fálica, todos los instintos sexuales, hasta entonces dispersos, se concentran y se dirigen hacia una única persona que se convierte en objeto de deseo y satisfacción, la madre.

Freud explica que todos los niños sienten impulsos hostiles hacia el padre al que se ve como un rival que impide alcanzar el objeto deseado, es decir, el deseo de la madre. De

este modo se establece una relación triangular y aparece el complejo de Edipo.

Para solucionar de forma positiva esta situación, el niño debe reprimir su deseo incestuoso, y tras identificarse con el padre, orientar sus deseos sexuales hacia otras mujeres cuando llega a la pubertad. Así finaliza el desarrollo sexual.

Freud también expresa que el joven que ha permanecido fijado a su madre durante más tiempo y de forma más intensa de lo que sería habitual no renuncia a ella, sino que se identifica con ella, “quiere ser como ella”, y toma a ésta como modelo sexual, por eso buscará objetos eróticos semejantes a él mismo, a los que cuidar y amar como su madre lo ha amado y cuidado a él (Citado en Soriano, 2002, pp. 76-77).

Otra forma en que puede aparecer la homosexualidad masculina es cuando el niño, tras adoptar una actitud femenina y en contra de lo que cabría esperar, dirige sus deseos

hacia el padre y no hacia la madre. De este modo, aparece el complejo de Edipo invertido y el padre se convierte en el objeto del cual esperan su satisfacción los instintos libidinosos, así en este caso el padre es lo que se quisiera tener (Soriano, 2002, p. 77).

No obstante, surge la pregunta ¿Cuáles serían las posibles causas que podrían determinar que el desarrollo se detenga o se altere en el sentido expuesto?

Precisemos, la inversión en la elección del objeto sexual, con lo que define la homosexualidad Freud, no es algo que la persona traiga consigo al nacer, aunque no niega la influencia de posibles factores derivados de dicho proceso.

A su juicio, más aceptable parece entenderla como algo adquirido como consecuencia de las influencias ambientales, concretamente del sistema de relaciones maternofiliales y paternofiliales durante la infancia.

El modelo familiar que conduciría a la homosexualidad sería aquel en que la madre está muy unida al hijo, es extremadamente tierna y cariñosa llegando a alimentar sus deseos incestuosos. Por su parte el padre es frío, distante y poco enérgico, o bien muestra una actitud abiertamente hostil, lo que de un modo u otro dificulta que el niño se identifique con él.

En el caso de las niñas, destaca igualmente una relación difícil o inadecuada con el padre, pero a diferencia del caso masculino, parece que también en ellas las relaciones con la madre son hostiles durante la infancia.

La teoría de Freud ha sido muy criticada por su carácter de especulación, pero en lo que a las afirmaciones de la homosexualidad se refiere se ha puesto además en tela de juicio su validez, ya que estas procedían de muestras clínicas, lo que las convierte en muy dudosas para confirmar cualquier hipótesis.

La tesis de Freud ha sido rechazada y aceptada, a partir de considerar la importancia de los padres en el desarrollo de estudios posteriores.

En concreto, destaca el estudio de Bell y Cols (1981) (Citados en Soriano, 2002, p. 77), como uno de los de mayor impacto que se tenga conocimiento se haya realizado en este campo, tanto por la muestra que es amplia 686 hombres y 293 mujeres homosexuales, y 337 hombres y 140 mujeres heterosexuales, como por la metodología utilizada con un enfoque de análisis de la trayectoria. Los resultados que impactan sobre el tema son los siguientes:

Primero: Los chicos que crecieron con madres dominantes y padres débiles tienen la misma probabilidad de llegar a ser homosexuales que si hubieran crecido en un ambiente familiar ideal.

Segundo: no se puede afirmar que hay asociación entre las relaciones de los chicos con sus madres y el hecho de que después

éstos lleguen a ser homosexuales o heterosexuales. Si parece que las relaciones pobres con el padre tanto en hombres como en mujeres, tienen un papel más importante que las relaciones con la madre.

Tercero: Hombres y mujeres homosexuales suelen dar cuenta de haber tenido relaciones negativas con su padre, pero teniendo en cuenta que desde tempranamente ya existen indicadores de la futura homosexualidad, cabe pensar que la actitud (cariños u hostil) de los padres de homosexuales y lesbianas sea una consecuencia más que causa de la homosexualidad, Bell y Cols (Citados en Soriano, 2002, p. 77).

El propio Freud señalaba que se dan casos de personas que habiendo estado expuestas a las mismas influencias ambientales (familiares) nunca llegan a desarrollar la homosexualidad. De aquí que él mismo nunca negara el rol de posibles factores biológicos, explicitando, en

diferentes ocasiones la necesidad de tenerlos en cuenta y reconociendo así el análisis de la homosexualidad no es tan sencillo como suele afirmarse tendenciosamente (Soriano, 2002, p. 77).

1.1.5.-Teoría conductual

Los investigadores conductistas aseguran que la sexualidad es al nacer un impulso neutro que se va modelando a partir de diversas experiencias de aprendizaje en la vida cotidiana. Por tanto, la homosexualidad, al igual que la heterosexualidad o la bisexualidad, es una cuestión de socialización mediatizada por experiencias específicas de aprendizaje que tienen su origen en la imitación y en las contingencias del esfuerzo de la propia conducta, que se desarrolla en el día a día.

Las investigaciones conductistas tienden a determinar en qué momento, y en qué relación, qué factores o experiencias específicas se producen en el aprendizaje de la homosexualidad.

De esta manera, encontramos el planteamiento de que la homosexualidad tiene su origen en los procesos de identificación sexual durante la infancia, destacando en este sentido el papel de los progenitores, en esto Bandura y Kohlberg han hecho sus contribuciones. Por otro lado, Feldam y McCulloch, Gagnon y Simón, así como Master y Johnson plantean que las primeras experiencias, pensamientos y sentimientos sexuales, durante la preadolescencia y adolescencia como los determinantes primordiales para el desarrollo de la homosexualidad (Soriano, 2002, pp. 77-78).

Desde el primero de los planteamientos se afirma que la homosexualidad es el resultado de una inadecuada identificación con los modelos del mismo sexo durante la infancia (grupo de pares y de adultos), o bien si esta ha sido correcta, las recompensas no han sido las adecuadas. En cualquiera de los casos, la homosexualidad sería el resultado de una

inversión de género como consecuencia de un aprendizaje inadecuado del rol de género.

En este sentido, muchos han sido los estudios en que se ha puesto de relieve que los hombres y mujeres homosexuales durante su infancia muestran conductas atípicas de género, los homosexuales masculinos, de niños, eran chicos afeminados y las lesbianas eran masculinas.

Así se describían indicadores concretos de inversión de género y se postulaba que cuantos más de ellos se dieran en un niño o en una niña, más intensa sería su homosexualidad.

Los indicadores que más destacan, de conformidad con el género y las funciones asignadas por el sexo están, el interés en juegos, juguetes y ropas propios del otro sexo y ser considerado como afeminado o masculino por los de la misma edad.

Esta explicación simplista, que además es inadmisibile, toda vez que sabemos que la orientación sexual no está en relación con la

identidad de género, esto es con el hecho mismo de manifestar características propias del sexo opuesto.

Por otro lado, Bailey y Zucker, plantean en sus investigaciones un análisis de la asociación entre el comportamiento de género y la homosexualidad, ellos indican que, la mayoría de los hombres y mujeres homosexuales no han mostrado características propias del otro género durante la infancia. Según Bailey y Zucker, concluyen que, entre las personas homosexuales, al igual que entre los heterosexuales, existe una notable heterogeneidad en relación con las conductas ajustadas a la identidad de género (Soriano, 2002, p. 78).

Otros planteamientos que se han referenciado sobre los factores que pueden determinar la homosexualidad, especialmente en el caso de los chicos, son las primeras experiencias sexuales; unas veces por ser tempranas y otras por el grado de satisfacción

que se han vivido, estas reflexiones las expresan investigadores señalados por la Doctora Sonia Soriano Rubio (2002) y por Feldman, MacCulloich, Saghir y Robins.

Por otro lado, Saghir y Robins expresan que las manifestaciones de la sexualidad aparecen durante la preadolescencia, etapa en la que tiene lugar la identificación con los valores masculinos y en la que el grupo de pares del mismo sexo juegan un papel destacado con respecto a la vinculación emocional, se dan las condiciones adecuadas para que se produzca la erotización de la masculinidad. En este sentido Ganon y Simón, así como Farré y Martí, expresan que los genitales masculinos se asocian con sensaciones placenteras y agradables, como el practicar la masturbación, convirtiéndose en estímulos sexuales, y tras generalizarlos en las fantasías se desarrollará la homosexualidad. Este planteamiento lleva a la afirmación que las primeras experiencias sexuales pueden

encauzar hacia la homosexualidad cuando se han tenido relaciones con personas del mismo sexo y las mismas han sido satisfactorias y placenteras; por el contrario, si han sido con personas del otro sexo y las mismas han resultado desagradable o no satisfactorias (Soriano, 2002, pp. 76-78).

Esta conclusión desde luego parece por sí misma sostenerse, es difícil mantener una asociación entre causa-efecto entre ellos. Y es que habría que preguntarse sin los contactos sexuales placenteros con el mismo sexo, o en su caso los desagradables con el sexo opuesto, son la causa o son consecuencia de que se está confirmando la homosexualidad.

Por otro lado, es importante precisar que generalmente la toma de conciencia de la propia homosexualidad tiende a ser previa al inicio de conductas sexuales con otras personas, por tanto, la especificación de la homosexualidad debe responder a otros factores diferentes y no a las primeras

experiencias sexuales. Existen estudios sobre sexualidad en adolescentes que expresan que no siempre ni necesariamente hay relación entre las primeras experiencias sexuales y la orientación sexual.

Expresar que la homosexualidad sea algo aprendido genera implicaciones sociales, pero también clínicas. Así, junto que la homosexualidad sea aprendida se suma que puede ser modificable o se puede desaprender, y con ello se sientan las bases de terapias aversivas de la homosexualidad.

Vistos los elementos biológicos como psicológicos sobre la homosexualidad, es importante advertir que no sólo se desconoce el agente o agentes causales de la homosexualidad, sino que tan siquiera se está en condiciones de afirmar cuál es su naturaleza.

Frente a este paradigma de la investigación, tanto biológico, como social, está surgiendo una propuesta para explicar el origen

de la orientación sexual y es planteando un modelo interaccionista en el que se incluyan factores tanto biológicos como psicológicos y socio-culturales que puedan incluir de muy diversas formas y en distinto grado.

Comparto la postura de la doctora Sonia Soriano Rubio, quien defiende la hipótesis de la homosexualidad no tiene una única causa o conjunto de causas que invariablemente la determine en todos los casos. Seguramente se puede ser homosexual, al igual que hetero o bisexual, por distintas razones, y el que incluyan unas y otras, o en mayor o menor medida, dependerá de las características particulares de cada persona; es decir, se podría avanzar en posicionar las cuestiones de la homosexualidad desde una perspectiva de complejidad.

1.2.- Teorías constructivistas

1.2.1.-Teoría del Constructivismo Social Evolutivo.

David Sloan Wilson, es uno de los tres científicos más importantes a la hora de

explicar y comprender el fenómeno de la vida a través de la evolución (Charles Darwin y Edwar Osborne Wilson) es él el sustentante de la teoría de la Selección Multinivel “la selección a cada nivel de la jerarquía biológica favorece distintas adaptaciones. La selección entre individuos dentro de cada grupo favorece el egoísmo, la selección entre grupos dentro de la población total favorece el altruismo dentro de cada grupo y así sucesivamente. En la evolución cultural, los rasgos son transmitidos socialmente en vez de genéticamente. Los rasgos culturales pueden evolucionar a cada nivel de la jerarquía cultural, lo mismo que los rasgos genéticos. Por ejemplo, el egoísmo adquirido culturalmente puede expandirse a costa del altruismo dentro del mismo grupo, no menos que si estos rasgos fueran transmitidos genéticamente. Además, existe la interesante posibilidad de que los rasgos culturales puedan evolucionar para ser organismos parásitos,

mejorando su propia transmisión sin beneficiar a los individuos ni los grupos”.

Sin lugar a dudas en el tema de la evolución, el primero es “Charles Darwin, y le sigue, Edwar Osborne Wilson, que con su libro Sociobiología encajo las piezas dispersas del Neodarwinismo para explicar fenómenos sociales en los animales y el ser humano. En cuanto al primero, llego a establecer predicciones sobre la existencia de especies que han sido posteriormente descubiertas. En lo segundo, la recibió la parte amarga de la ciencia, que ocurre siempre que uno se enfrenta con lo establecido, demostrando que la ciencia real, como el socialismo real, no tienen nada que ver con esa idealización de la que hace gala respectivos fanáticos” (Sloan, 2008).

Basándome en el texto de Guerrero McManus (2013, p. 164), él expresa que el primer biólogo que empezó a revisar el proyecto de Constructivismo Social Evolutivo

(CSE) fue David Sloan Wilson; Wilson es filósofo de la biología y es también el más conocido y respetado en el mundo por sus aportes, pero también es un biólogo teórico que conoce de las entrañas de la teoría de la evolución y que, por ello, podemos apreciar sus reflexiones sobre el CSE.

Guerrero McManus nos ofrece una revisión sobre los ejes y origen del CSE. “Su propuesta se puede resumir básicamente en tres ejes de análisis. Primero, Wilson llama la atención ante un hecho trivial: los seres humanos no solo habitamos un ambiente ecológicamente dado, sino que lo moldeamos activamente. Algunos ecólogos han analizado este proceso y lo han denominado *construcción de nicho*. La idea central de este punto es que nosotros modificamos activamente las condiciones medioambientales en las que habitamos. Lo hacemos, por ejemplo, al construir ciudades, presas, al modificar la vegetación de una región para introducir agricultura y ganadería,

tenemos medicinas y ciencias médicas y para lidiar con parásitos, y de muchas otras y variadas formas” (Guerrero, 2013, p.164)

Estas transformaciones al medio ambiente han producido impactos catastróficos a la naturaleza, pero también a la sociedad que han perjudicado a amplios sectores de la sociedad, pero también a los animales que en ella habitan; así se visibilizan cambios climáticos como los fenómenos del niño y la niña; desertificación por la ausencia de un sistema de lluvias natural (sequias prolongadas); extinción de especies por los cambios en las fronteras agrícolas y ganaderas ganadas a las zonas boscosas. No obstante, continuamos siendo una sociedad adelantada que transformamos y que podemos habitar cualquier espacio por más inhóspito que este sea hoy en la tierra y que escalamos para habitar otros espacios como la luna.

Esta situación para Wilson es importante, porque no solamente esta forma de vida

depende de un acervo genético y de la biología del cuerpo, sino del aparato cultural que se ha desarrollado socialmente. Wilson precisa que en términos evolutivos esto implica que en la actualidad la selección natural está constreñida por la civilización. Gracias a este avance de la sociedad, personas que hubieran tenido enfermedades y sin medicamentos hubieran muerto, hoy las cosas son diferentes y pueden atenderse y vivir.

Guerrero McManus (2013), expresa que nuestra cultura nos permite en cierto sentido expandir los alcances y potencialidades de nuestros cuerpos. A la luz de esto podemos afirmar que en la actualidad somos una fuerza que activamente afecta y modela nuestra evolución. En este sentido es que se puede afirmar que los factores sociales son hoy un elemento que construye nuestra evolución. Esta evolución cultural es, pues, el primer elemento del CSE”

El segundo elemento que aporta Wilson al análisis del CSE, es que el hombre en sociedad (mujeres y hombres) se relaciona a través del lenguaje que manejamos como humanidad y de las narrativas que del podemos hacer. “Por medio de la narración es que hemos podido inaugurar un tipo de herencia no genética que es fundamental para comprender la historia del ser humano; hablo por supuesto de esta herencia cultural que se instala en la trasmisión de relatos. Estos relatos han sido transmitidos en forma de fábulas, alegoría, mitos, leyendas cuentos, etc. Que han forjado etnicidades, culturales, nacionales, folklores....Gracias a ellas tenemos acceso a conocimientos acerca de fenómenos que nunca experimentaremos de manera directa. Gracias a ellas tenemos conocimientos que nos evitan cometer una y otra vez los mismos errores que nuestros ancestros cometieron. Estas narrativas son así la posibilidad de un testimonio en el cual aquello que conocemos le pertenece al grupo y

no ya al individuo aislado”, precisa Guerrero McManus. En una evolución no solamente biológica, sino en una evolución social.

De esta manera la teoría del CSE plantea que, es a través de la palabra y de las narrativas la trasmisión de valores como la justicia, la bondad, pero también el reconocimiento de la belleza. Es también a través de las narrativas que se han ido construyendo normas que distinguen la visión dicotómica en la que se vive, lo bueno y lo malo, lo bello de lo feo, lo justo de lo injusto, entre otros pares.

“En este segundo elemento nos concentramos en aquello que el lenguaje hizo posible: los órdenes de lo simbólico que caracterizan la cultura y las producciones artísticas, las instituciones y las normas morales. Aquí nuevamente encontramos, expresa Guerrero McManus (2013) a lo social desempeñando el papel de un elemento que

activamente construye nuestra historia evolutiva”.

El tercer elemento que aporta Wilson, está ligado a los otros dos elementos, este elemento se refiere a “la plasticidad cognitiva y conductual del ser humano.....Wilson señala que no solo tenemos una evolución cultural y una producción narrativa que nos afectan en términos históricos a lo largo de la evolución de las civilizaciones, sino que nos afectan a lo largo de la vida.....A lo largo de la vida vamos cambiando de creencias y de formas de actuar; somos plásticos y eso hace que nuestras capacidades cognitivas puedan expandirse gracias al aprendizaje continuo. Y merced a esto último es que también podemos obrar de manera cambiante”, expresa Guerrero McManus (2013).

Finaliza Guerrero McManus, expresando que: “Wilson dice que es menester reconocer en cualquier aproximación biológica la evolución humana a estos tres ejes centrales:

la construcción de nicho y la evolución cultural; la edificación de narrativas y, por último, la plasticidad cognitiva y conductual que nos permite precisamente interiorizar la cultura y hacerla el eje de nuestra forma de ser”. Es importante destacar que Wilson nunca se refirió al tema de la homosexualidad.

Por otro lado, Aldo Poiani fue quien hizo las primeras aproximaciones por construir un CES capaz de dar cuenta de la existencia de la homosexualidad.

1.3.- Otras teorías

Jean Nicolas, describe en el libro *La cuestión homosexual*, “a los ojos de la clase dominante, la homosexualidad aparece como uno de estos factores de no integración social. Aquella, pues, perpetuará el tabú de la homosexualidad, herencia del judeo-cristianismo, e instaurará la homosexualidad como una categoría aparte, instituirá una naturaleza, una identidad homosexual”. “Así pues, el tabú anti-homosexual se manifiesta

bajo dos formas combinadas: la negación del componente homosexual del deseo y una discriminación con respecto a los homosexuales que los arroja fuera del cuerpo social como desviados, anormales o enfermos” (Nicolas, 1978).

No se puede hacer una separación tajante entre heterosexuales y homosexuales, hacerlo es discriminatorio y arbitrario y oculta las diversas expresiones de la sexualidad y por otro lado niega el carácter diferenciado del deseo en relación con el otro sexo. Bajo este enfoque se plantean dos teorías sobre la homosexualidad.

Nicolas Jean plantea dos teorías sobre la homosexualidad, pero que rechaza porque las mismas arrancan del rechazo social y de la opresión con respecto a los homosexuales. “La primera, que sirvió de fundamento teórico del primer movimiento homosexual de finales de siglo XIX, considera a los homosexuales como un “tercer sexo” (Nicolas, 1978).

Así mismo, Nicolas (1978) expresa que dicha teoría es carente de todo sustento científico, toda vez que elimina del “componente homosexual del deseo y de la homosexualidad latente, por teorizar la situación de exclusión de los homosexuales de esta sociedad por limitar, de hecho, su combate a la defensa de los derechos democráticos de una minoría oprimida”. Explica que esta teoría está abandonada bajo su forma primitiva, de una identidad homosexual.

Existe para Nicolas Jean (1978) una segunda Teoría, ligada a la oleada de radicalización de los movimientos de mayo de 1968 en Francia, “postula que la homosexualidad es, por naturaleza, revolucionaria, subversiva de todo el orden social existente. Esta concepción, teorizada en Francia por Hocquenghen y recogida de una manera más o menos confusa por la corriente interesada, hace abstracción de la acomodación social del deseo y de la barrera

de clase que cierra el pazo a los homosexuales, y tienden a desviar la lucha de los homosexuales contra su opresión hacia una lucha contra los heterosexuales, teñida a menudo de falocratismo y de misoginia”.

Jean Nicolas (1978) también señala que esta teoría de homosexualidad revolucionaria, rechaza la mayoría de las veces, toda vinculación con el movimiento obrero, por pensar que bajo el pretexto de la traición de sus directrices burocráticas para llegar a la consecuencia del carácter reaccionario de la clase obrera”.

No obstante, para Nicolas Jean tanto la teoría del Tercer sexo, como la teoría de la homosexualidad revolucionaria tienen en común que admiten y refuerzan la división entre homosexualidad y heterosexualidad, sin criticar su génesis histórica. De esta manera expresa Nicolas Jean cada teoría perpetua la ideología de la identidad homosexual.

Para Nicolas Jean la ideología de la identidad homosexual consiste en hacer pensar que a los homosexuales solo los une el deseo de su sexualidad; al pensar que es solo la sexualidad lo único que los une se alinean y buscan a sus pares para conformar los llamados guetos, una vez en los guetos se aplican la condición impuesta de opresión de los homosexuales ante el sistema capitalista y la ideología dominante. De tal suerte que si un adolescente acepta esta sexualidad del deseo frente a un par, identificándose con el modelo que tienen preparado el sistema burgués, y en todo caso adoptan su comportamiento a la función social mutiladora y reductora que se les ofrece reduciéndolo a el gueto que está reservado a los de su misma especie, o bien, si rechazan este modelo y sin encontrar otro con el cual poder identificarse, tratan de sofocar su deseo, de negarlo, lo cual, diversos casos los puede conducir a la locura o al suicidio.

En otros términos, es pertinente expresar que hacer una separación tajante entre heterosexuales y homosexuales, plantea un acto de discriminación, que es arbitrario y que oculta las diversas expresiones de la sexualidad y niega el carácter diferenciado del deseo en relación con el otro sexo. En este sentido Sigmund Freud, expresa que el atractivo hacia el sexo contrario no es más natural ni espontáneo que el atractivo hacia el propio sexo.

Nicolas Jean (1978) posiciona su pensamiento expresando que “nosotros nos oponemos, por consiguiente, tanto a la imposición de esta norma heterosexual como a cualquier intento de proponer una anti-norma homosexual que apuntase o a presentar tales categorías como conflictivas”.con ello, la homosexualidad está siendo desvalorizada de manera permanente, con lo que se aplican los mecanismos de opresión en contra de este segmento de población.

La teoría del Psicoanalítica, estructurada por Sigmund Freud (1856-1939), domino las ciencias de la conducta durante ochenta años y preparó el trabajo de base teórico para la práctica de la psicoterapia; incluso hoy su enfoque profundamente perspicaz y revolucionario para comprender la conducta humana sigue teniendo una tremenda influencia. Por consiguiente, ningún intento de comprensión de la homosexualidad puede ser completo sin explorar las ideas del padre del Psicoanálisis, Sigmund Freud (Citado en Mondimore, 1998, p. 63).

Para 1903, Freud concedió una entrevista al diario Die Seit, en donde dio su opinión acerca de la homosexualidad “definiendo la postura de que el homosexual no es propiedad de un tribunal. Además, tengo la firme convicción de que los homosexuales no deben ser tratados como enfermos, ya que una orientación perversa está lejos de ser una enfermedad. ¿Eso acaso no nos obligaría a

caracterizar como enfermos a grandes pensadores e intelectuales? (Citado en Rosales, 2013, p. 31).

Esta posición de Freud debió tener consecuencias no positivas para su teoría, sólo así se explica cómo transformo su posición en sus posteriores documentos científicos a favor de la homosexualidad; en 1905 Freud se sirvió del caso de la señora Dora, que tenía un hijo homosexual, para lanzar su crítica a las ciencias sexuales, a la vez que publicaba tres ensayos sobre la teoría sexual, en los cuales cito y se apoyó de autoridades médicas para sustentar sus descubrimientos.

Arnol Davisón (Citado en Rosales, 2013, p. 31), señalo que fue el razonamiento médico psiquiátrico el que definió que la sexualidad era una expresión intuitiva, que se podría clasificar por el comportamiento sexual en los campos de la sexualidad normal y patológica. Davisón señaló tres escenarios:

1. Enfermedad ocasionada por una anomalía anatómica de los órganos sexuales
2. Alteración del instinto sexual, provocada por la neurofisiología y la neuroanatomía del cerebro, y la herencia podría ser otra causa.
3. Consecuencia de experiencias vividas y factores anímicos.

Para comprender este balance, es conveniente reflexionar sobre la posición que tiene Michel Foucault (2005), quien expresa que el poder disciplinario en el siglo XIX emergió cuando el modelo económico se convirtió en principio organizador de la práctica gubernamental del Estado, en virtud del cual las normas fueron el perfecto pretexto para sujetar al individuo a las necesidades del Estado a través de la disciplinabilidad.

La función de la psique, agrupo las disciplinas que ejercen un poder disciplinario en clínica psíquica, tales como la psiquiatría,

psicología, y psicoanálisis. Disciplinario en el sentido de que son estas disciplinas quienes se encargan de normar la cuestión de la sexualidad tanto en su ejercicio positivo como en su anormalidad representado por tres figuras: lo monstruoso, lo perverso, y lo bestial. Estas posiciones disciplinarias fueron las que determinaron la supuesta normalidad y la anormalidad, dichas anormalidades fueron recluidas para disciplinarlas en asilos, hospitales, cárceles, educación especial, además que esto convenía económicamente al Estado, el discurso de la familia permitió vigilar a todos los miembros de la familia incluidos los infantes.

Freud, en 1905, - según Rosales Alvares (2013)- fue él quien apoyo la reflexiones de que era posible educar a los niños en el ejercicio de la sexualidad y con ello, orientar el desarrollo de la libido, incluso escribió un apartado titulado “Prevención de la inversión”, en donde se le daba un peso importante al seso

del educador, a la cercanía y a la presencia de los padres, y Freud sostuvo que “el amedrentamiento, la rivalidad y la competencia con el progenitor del mismo sexo eran factores que podrían contribuir a la inversión”. Fue hasta principios del siglo XX, que les fue recomendado a los padres y también a los docentes llevar a cabo reflexiones en el marco de las mallas curriculares sobre el ejercicio de la sexualidad, sin que se contaminara con cuestiones de dogmas, prejuicios, o estigmas que no se recibiera adecuadamente el mensaje por parte de los jóvenes.

Pocas temáticas causan polémica y generan división social; una de esas temáticas, por ser una cuestión sexual estigmatizada, es la homosexualidad. Desde las instituciones del Estado: la familia, la iglesia y la escuela, pasando por los padres, educadores, religiosos, pero también por los científicos, los legisladores y los tomadores de decisiones de Estado, no se han puesto de acuerdo en la

unificación de un criterio, por el contrario, alrededor del tema se ha fomentado la tolerancia a la diversidad de opiniones, estrategia única para enfrentar el problema, esto es asumir tolerancia (reconociendo las diferencia entre unos y otros, pero aceptando que las personas tienen los mismos derechos) y después respeto; de lo contrario observaríamos actos de intolerancia, como ya se ha generan por parte de grupos conservadores que se pronuncian en contra de la homosexualidad y los temas más significativos, matrimonio, adopción, corrección de actas por identidad de género, concubinato, entre otros.

Por homosexualidad debe comprenderse, el conjunto de acciones y conductas sexuales asumidas entre personas del mismo sexo, que pueden realizarse tanto entre hombres como mujeres, y que tienen como raíz común, el vivir una experiencia de una atracción sexual predominante o exclusiva, hacia el propio sexo,

la cual puede acompañarse o no de acciones sexuales específicas (pansexualidad, asexualidad, demisexualidad, expresiones del ejercicio de la sexualidad).

En esta aproximación de definición, podemos precisar que existe una diferencia entre una tendencia sexual y un acto sexual, mientras una tendencia es algo que puede ser voluntario o bien involuntario, un acto es una cuestión voluntaria, por ello, los actos sexuales de homosexuales desde el análisis de esta perspectiva permiten, realizar el análisis ético sobre el tema de la homosexualidad.

La homosexualidad ha sido objeto de numerosos estudios científicos, y por décadas se han obtenido datos y resultados, mismos que han generado polémica social. Los científicos han abordado en sus investigaciones causas físicas como trastornos biológicos representados principalmente en exceso o deficiencias hormonales, las neuronas, o bien el gen. Otros científicos

sociales, han investigado desde la perspectiva de la psicología, planteando problemáticas relacionadas con traumas sexuales, como el abuso sexual, exceso de severidad en el trato del infante, la ausencia del padre, entre otras causas. Otras causas han sido tratadas por otros investigadores sociales como el reconocer que las cuestiones sexuales son asuntos de una construcción social que tiene mucho más de cultural, que de asuntos de carácter biológico, orientado su posicionamiento científico a una propuesta de apertura a la tolerancia de la diversidad en el ejercicio de la sexualidad.

Por lo que tiene que ver en las causas que originan la homosexualidad existen distintas teorías que pretenden justificar el origen tanto en posiciones biológicas o bien en posiciones constructivistas, principalmente las psicoanalíticas. La teoría Freudiana tradicional, junto con numerosos representantes de su tradición, consideran que la homosexualidad es

el resultado de un trauma psicológico de la infancia, que, generando un conflicto particular inconsciente, altera el desarrollo psicosexual del sujeto. Este punto de vista es compartido por un número considerable de psicoanalistas, otros, en tanto consideran que es una posición la homosexualidad con la que se nace, es innata, arguyendo que su causa está justificada en diferentes factores biológicos, vinculados con la etapa prenatal.

Desde la perspectiva de lo innato, no existe un acuerdo, la mayoría de los psicoanalistas considera que la homosexualidad es una conducta de inadaptación, reconocida por muchos como enfermedad. Pero no todos los investigadores consideran que la homosexualidad es una enfermedad, algunos manifiestan que se trata de una conducta que corresponde a una variación normal del ejercicio de la sexualidad, para esta alteración se sostienen argumentos que influyen cuestiones biológicas, los cuales en interacción

con el medio ambiente pueden explicar el fenómeno.

Otros científicos más, aluden a que existen razones biológicas sólidas para justificar el origen y presencia en el ser humano y su conducta homosexual.

Desde esta perspectiva y aunque la historia de la humanidad alberga el fenómeno de la homosexualidad como un hecho, aceptado en algunos momentos, repudiado en otros, el siglo XX nos plantea en los años sesenta un nuevo paradigma de gran confusión en materia sexual. Las repercusiones de estos actos que se vivieron como agitación social, dieron paso a la revisión de ausencias en el discurso público, en cuyas emergencias existían sexualidad emergentes, como lo aborda Boaventura de Sousa Santos en las sociologías de las ausencias y las emergencias que requerían de la comprensión de las conductas y problemas sexuales.

Justo con esta posición, el problema en este momento está inscrito en el modo como la sociedad percibe el papel de la ciencia, así como lo que la ciencia afirma sobre la conducta sexual; tanto la comprensión contemporánea sobre sexualidad humana, como sobre el problema de la homosexualidad, se ha visto interferido por una dinámica social compleja, donde hoy convergen tantos factores de orden psicológico, biológico, científico, social y cultural.

Se ha venido insistiendo sobre si la homosexualidad es una cuestión de base biológica y de ser así, no se podría reclamar derecho alguno a ser homosexual, por lo tanto, la homosexualidad quedaría incluida dentro de los condicionamientos biológicos de una conducta que nada tendría que ver con los derechos.

Desde mi punto de vista y derivado de la investigación y trabajo por muchos años con personas homosexuales, puedo advertir que el

proceso de una identidad homosexual, se genera a partir de una interacción compleja de factores biológicos, sociales, psicosociales, culturales, y es que personas que aún no han aceptado su homosexualidad, una vez que identifican a su grupo referencial y convive con éstos, reafirman su conducta en dicho grupo, a pesar de ser señalado e incluso estigmatizados por la sociedad.

El otro asunto es que la homosexualidad, también ha sido considerada como una enfermedad, como una patología; desde los años setenta la Asociación Americana de Psiquiatría calificó sin discusión alguna a la homosexualidad como un trastorno psicológico, al que atribuyó sin duda alguna el carácter de enfermedad mental, según este documentado en el DSM-II de 1973, Manual de Enfermedades Mentales.

Para 1987, la relación de homosexualidad-enfermedad, fue eliminada definitivamente del DSM III-R y luego del SDM IV; sin embargo, los

vestigios de su sentido de enfermedad aún permanecen al clasificarse en todos como un desorden sexual inespecífico. Al retirarse la homosexualidad como patología de enfermedad mental, con ello, también se retira de la discusión científica, para pasar a un plano de lo social, político y cultural, recordemos que el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud retira de la relación de enfermedades mentales la homosexualidad (OMS).

Por eso la ciencia, no puede aducir cuestiones esencialistas o biológicas como las relacionadas con la genética, las hormonales y neuronales, así como aducir a las enfermedades psíquicas.

Pero desde el punto de vista de la bioética, hay una luz que permite analizar la situación de la homosexualidad desde la propia homosexualidad y la persona homosexual. “Sí la homosexualidad es una conducta, en la que todavía existe discusión sobre su condición o

no de enfermedad, es necesario que el juicio de la ciencia intente dirimir la controversia, teniendo en cuenta el subyacente debate sobre si es considerada normal y lo patológico, especialmente en lo que tiene que ver con las conductas sexuales”, “pero si al contrario, la homosexualidad es simplemente una conducta entre otras, que aspira a ser reconocida y respetada, entonces se ingresa en el plano humano, en los cuales los actos libres del hombre pueden evaluarse en sí mismo y en relación con la sociedad en que se realizan”.

La segunda posición del problema radica en la condición personal del homosexual; el homosexual como persona tiene derechos que le da la Declaración Interamericana de los Derechos y deberes del Hombre, la cual en su artículo primero define que es persona. La persona goza de derechos y obligaciones, pero el dilema está en que dichos derechos y obligaciones son de la persona de cualquier persona con independencia de su género,

edad, condición socioeconómica, de salud, etc.; el punto es que el sujeto homosexual demandará el derecho a ser homosexual o de asumir conductas homosexuales.

En este sentido si la homosexualidad es un trastorno de la conducta verificable y constatable en el plano de lo biológico, no podemos hablar de derechos, salvo de los derechos de los pacientes médicos; pero como no existen investigaciones concluyentes sobre las temáticas. Lo que sí sabemos es que la homosexualidad de vive y se sufre por parte de la persona homosexual a partir de un reconocimiento voluntario de querer hacerlo.

Es decir, la homosexualidad se maneja en el plano de la voluntariedad, de una homosexualidad consentida, de generar conductas voluntarias, no involuntarias. Por ello, consideramos que el sujeto teniendo la tendencia voluntaria o involuntaria, consiente de en modo libre la ejecución de actos o vida homosexual, es responsable desde el punto de

vista ético, tal responsabilidad obedece a la responsabilidad ética que naturalmente se tiene de los actos humanos libres.

Desde esta perspectiva vincularemos a la homosexualidad consentida, que al generar sus conductas son voluntarias, desde el respeto a los derechos humanos, desde la perspectiva al libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación, la dignidad humana, la igualdad, derecho a la identidad personal.

Conclusiones:

Desde la teoría, existen diversas formas de comprender la existencia de la homosexualidad, ya como un hecho biológico, ya como un acto cultural o social que construye la sexualidad, no obstante, parece que ninguna posición por si sola explica el comportamiento de la orientación sexual de una parte de la humanidad, por ello, la explicación de una teoría ecléctica que permita comprender a partir de un modelo Constructivista social

evolutivo la orientación sexual de los homosexuales.

Es importante precisar que es importante avanzar en el conocimiento desde el pensamiento de la complejidad, es decir, desde la instauración de la teoría de la complejidad para la comprensión de la orientación sexual homosexual; dicha teoría permitiría, acceder a la revisión del objeto de estudio, desde un modelo transdisciplinario, que permita no solo el conocimiento desde el conocimiento científico de la suma de todas las disciplinas relacionadas con el tópico de estudio, sino aunado a los saberes de quienes viven con dicha condición humana, ello haría complementariedad de los estudios y generaría una revisión holística, sistémica, interdependiente, para conocer de sus impactos, y llegar a responder de manera contundente, no solo si es que se nace, o se hace, sino en una revisión dimensional bio-psico-social-ambiental, que es la sexualidad homosexual y cuáles son sus antecedentes.

Bibliografía.

1. Castañeda, M. (2006). *La nueva homosexualidad*, México: Paidós.
2. Foucault, M. (2005). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el college de france 1978/1979*, Madrid: Akal.
3. Guerrero Mcmanus, F. (2013). *¿Naces o te haces? La ciencia detrás de la homosexualidad*, México: Paidós.
4. Mark Mondimore, F. (1998). *Una historia natural de la homosexualidad*, España: Paidós Contextos.
5. Nicolas, Jean, *La cuestión homosexual*, México, Fontamara, 1989.
6. Rosales Álvarez, F. J. (2013). *La homosexualidad. Un punto problemático en Sigmund Freud que se deslizó hacia su obra*, México: Fontamara.
7. Sarmiento M, P. J. (2010). “Aproximaciones a la homosexualidad como un asunto bioético” en García, Consuelo María (coord.), *Homosexualidad. Del miedo a la esperanza*, México: Trillas.
8. Silva Meza, J. N. y Valls Hernández, S. A. (2014). *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la suprema corte de justicia de la nación*, México: Porrúa.

Cuando El Derecho Es Usado Para Vulnerar La Autonomía

Isabel Lovrincevich

Resumen

Análisis del caso “Cohan de Kohen Natalia s/Insania” Exp. 46075/05

Conforme los ejes temáticos de Salud Mental y Personas Mayores se procedieron al análisis comparativo de un caso legal de Argentina evaluando las consecuencias que tuvo en el momento de producirse los hechos y las que habría tenido en vigencia del nuevo marco normativo que incluye la perspectiva de derechos humanos con relación a la salud mental.

Se trata de un caso interseccional de una mujer mayor, artista plástica de 87 años que vivía en su domicilio particular y pudo ser internada por iniciativa de sus hijas, en una clínica

neuropsiquiátrica por orden judicial con la sola presentación del certificado de un médico siquiatra.

El trabajo analiza en forma comparativa la aplicación de la legislación vigente al momento de los procesos civil y penales llevados a cabo con la legislación vigente al tiempo de los hechos y el resultado que hubiera tenido con la aplicación de la legislación vigente.

Palabras clave: Vejez, Salud Mental, Derechos Humanos, Discriminación, Enfoque de derechos.

1. Reseña del Caso:

A lo largo de la investigación se relata como terminó el caso y como hubiera transitado en el marco de la actual legislación que incorpora la perspectiva de DDHH al marco normativo argentino con relación a la salud mental.

La señora Natalia Cohan de Kohen es una artista plástica y mecenas de artistas, que por el año 2005 contaba con 87 años de edad y vivía en su domicilio particular.

Al fallecer su marido, una de sus hijas se encargó de vender el laboratorio familiar por una suma millonaria en dólares, ante lo cual la señora Cohan reclamaba el 50% que le correspondía. A partir de su reclamo, por algunos comentarios de sus hijas, la Sra. Cohen comenzó a sospechar que intentarían declararla insana para desapoderarla de su patrimonio, dudas que le comentó a su letrado quien le sugirió hacer una consulta con su siquiatra de confianza a fin de que le suministre un informe sobre su estado de salud mental. Así lo hizo y el Dr. Lipovetzky emitió su dictamen afirmando que no padecía patología alguna.

Sin perjuicio de esto y por iniciativa de sus hijas, Nora y Claudia Kohen, la artista plástica Natalia Cohan de Kohen realizó una consulta en el Instituto FLENI. La familia llegó al Dr. Facundo Manes, que trabajaba en esa institución, por recomendación de quien era entonces rector de la Universidad de Buenos Aires (UBA), el médico Guillermo Jaim Etcheverry.

En el diagnóstico intervinieron Manes y la neuróloga cognitiva Griselda Russo, quienes determinaron que la paciente padecía una demencia frontotemporal, una patología que afecta la personalidad, la conducta y el lenguaje de las personas.

Con los certificados firmados por ambos especialistas, se inició el juicio por insania en la Justicia civil y, el 13 de junio

de 2005, Cohan de Kohen fue internada en el Instituto de Neurociencias de Buenos Aires (INEBA).

En paralelo, Norma Galve, abogada de Cohan de Kohen, presentó una denuncia penal por presunta privación ilegítima de la libertad. La abogada sostuvo que su cliente había consultado previamente a 2 especialistas (un psiquiatra y un psicólogo) que le aseguraron que se encontraba en perfecto estado de salud. Es por eso que denunció que su internación era una maniobra de las hijas, ya que 10 años atrás Cohan de Kohen y su fallecido esposo habían vendido el Laboratorio Argentina SA, del que eran dueños, y ahora sus hijas, no le daban acceso a la parte del dinero que le correspondía.

2. Primera causa penal

En el fuero penal -por la denuncia de la artista plástica por supuesta privación ilegítima de la libertad- intervino en primera instancia la fiscal Elsa Areu Franco, quien dictaminó que *“no se comprobó que al decidirse la internación de la Sra. Kohan de Cohen se haya infringido alguna norma penal”*¹. Circunstancia que no resulta llamativa atento el carácter estricto del tipo penal. El informe de los forenses establecía que la paciente *“presenta un trastorno psíquico bajo la forma clínica de síndrome psicoorgánico cerebral”*²; *“debe permanecer internada para su*

¹ Causa N° 34.455/05, Dictamen de la Fiscal Areu Franco (Fiscalía Nacional en lo Criminal N° 6), 14 de julio del 2005, p. 6.

² Expediente N° 46.075/05, *in re “Cohan de Kohen Natalia S/ Insania”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 77, Dictamen de los médicos Esteban Toro Martínez y Marcelo Rudelir, 30 de junio del 2005, p. 2.

*mayor protección y adecuado tratamiento*¹ y “*presenta peligrosidad por indefensión*”². Es decir, emiten un informe no coincidente con el de los médicos que propiciaron la internación.

Para ese momento, la paciente ya había sido externada del INEBA. Al día siguiente, el juez de la causa, Julio Corvalán de la Colina, adhirió a lo dictaminado por Areu Franco y sobreseyó a Nora y Claudia Cohen, las hijas de la paciente³.

3. Segunda causa penal

Cerrada la causa contra las hijas, la defensa de Kohan de Cohen impulsó un

² Ídem.

³ Ídem.

⁴ Causa N° 34.455/05, Sentencia del Juez de Instrucción en lo Criminal y Correccional n° 46 Dr. Corvalán De la Colina, 15 de julio del 2005.

nuevo juicio penal, en este caso contra los médicos intervinientes Manes y Russo. Los acusó de emitir certificados falsos para dar inicio al proceso de insania.

Según la denuncia, el médico le habría solicitado a Russo que confeccionara un nuevo certificado por la confianza que existía entre ambos. **Sin embargo, el certificado de Manes señalaba que la paciente padecía lo que se conoce como la enfermedad de “Pick”, y el de Russo menciona bipolaridad, además en el certificado de Russo se hacía alusión a haber examinado a la paciente cuando en realidad nunca la vio.**

En febrero de 2007, Areu de Franco¹ y Corvalán de la Colina volvieron a señalar

⁵ Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 2 de febrero del 2007.

lo mismo: no había delito en esta acción. Por eso, sobreseyeron a Manes y a Russo. El juez señaló: **“No medió dolo en dicha conducta, por más que pu¹⁶dieran existir dudas en cuanto a lo certero del diagnóstico¹²”**. **Nuevamente haciendo alusión a los componentes de un delito.**

La Sala VII de la llamada Cámara del Crimen requirió nuevas medidas probatorias antes de confirmar lo dispuesto en primera instancia. En junio de 2007, Areu de Franco volvió a solicitar el sobreseimiento³ y en noviembre Corvalán de la Colina sobreseyó a los 2

⁶ Causa N° 66.741/05, Sentencia del Juez Corvalán de Molina, 14 de febrero del 2007.

⁷ Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 19 de junio del 2007.

imputados¹. **Para entonces ya existían nuevos informes periciales originados en el fuero civil, que no eran coincidentes, pero no contradecían de manera explícita la postura de Manes.**

En abril de 2008, la Cámara confirmó el sobreseimiento de ambos médicos. “A pesar de las divergencias en torno al estado de salud mental de la paciente, (...) para la época de la emisión de los certificados padecía un trastorno de conducta y costumbres que (...) dio margen a la necesidad de protegerla”², señaló la Cámara.

⁸ Causa N° 66.741/05, Sentencia absolutoria del Juez Corvalán de Molina, 23 de noviembre del 2007.

⁹ Causa N° 33.157, Sentencia de sobreseimiento, Cámara del Crimen (Sala VII), 16 de abril del 2008.

4. El juicio de insania

Además del informe elaborado por Rudelir y Toro Martínez al inicio del juicio, se elaboraron otros informes. La Justicia civil sorteó 3 peritos para elaborar un nuevo dictamen. Fueron sorteados Fabiana Zylber, Carlos Díaz y Ricardo Beres. **El informe fue elaborado durante los últimos meses de 2005 y arrojó un diagnóstico de “síndrome psicoorgánico”, con la necesidad de un tratamiento psicoterapéutico y psicofarmacológico, pero sin necesidad de internación¹.**

La defensa de la paciente solicitó una nueva intervención del Cuerpo Médico Forense. La nueva Junta Médica fue

¹⁰ Expediente N° 46.075/05, *in re “Cohan de Kohen Natalia S/ Insania”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 77, Dictamen pericial de los médicos Fabiana Zylber, Carlos Díaz y Ricardo Beres.

integrada por Toro Martínez y Rudelir, como en el primer dictamen, y se sumó el perito Ricardo Risso. **Los expertos señalaron que no encontraron “un cuadro compatible con demencia médica”**, pero aclararon: *“Ahora no tiene autonomía psíquica suficiente para tener bajo jurisdicción y control lo que posee, y en alguna medida, incluso a su propia persona”*.

El artículo 141 del Código Civil entonces vigente en Argentina, habilitaba a un juez a declarar “incapaz por demencia” a una persona. Pero, en este caso, tanto los peritos de oficio como los peritos del Cuerpo Médico Forense optaron por la recomendación del artículo 152 bis, inciso 2, que habilitaba la posibilidad de declarar inhábil a *“los disminuidos en sus facultades cuando (...) el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad*

pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio”.

Con los 2 peritajes oficiales en sus manos (sumadas a los peritajes de parte), la jueza Carminati resolvió en diciembre de 2006 declarar inhábil a Cohan de Kohen y nombró un “curador” definitivo, es decir, alguien que cuida a la persona y a sus bienes. **La Sala J de la Cámara Civil confirmó esta resolución, aunque con modificaciones: revocó, por ejemplo, el fragmento que le imponía a la paciente un límite de gastos mensuales.**

Cohan de Kohen actualmente tiene 103 años vive en su domicilio y nunca requirió internación, cuenta con el apoyo de un curador.

5. La reforma del Código Civil y el cambio de paradigma

La primera pregunta de investigación que debemos hacernos es, hubiera podido internar a Natalia Cohan de Kohen si los hechos hubieran sucedido estando vigente la Convención para la protección de las Personas con Discapacidad, la ley nueva de Salud Mental y nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Y la respuesta es no, dado que la reforma ha representado un fundamental cambio de paradigma respecto de la salud mental, articulándose con la Ley de Salud Mental 26.657 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sobre todo, los cambios se evidencian en mejorar la vida de las personas ante una presunta afección a su salud mental que siempre representaron la más amplia fuente de vulneración de sus derechos, sobre todo en casos como el que estamos analizando,

cuando se trata de una mujer mayor. Este nuevo ordenamiento jurídico significa un camino a mejorar sus condiciones de vida.

Las modificaciones realizadas buscan dar respuesta a las diferentes problemáticas que han existido en este ámbito, sobre todo a la cuestión de la capacidad y, luego, a la internación como ocurrió en el caso en análisis.

Antes de las normativas mencionadas, las personas con afecciones en su salud mental eran declaradas incapaces absolutas, perdiendo la disponibilidad de la mayoría de sus actos civiles. Ahora, la capacidad de la persona es presumida, pudiendo sólo restringirse determinados actos.

En el Código Civil de Argentina vigente al momento de los hechos, una persona con una afección mental, como la que le diagnosticaron a la Sra. Cohan de Kohen podía fácilmente caer en la incapacidad absoluta, sin que se atiende a sus condiciones particulares, perdiendo la disponibilidad de todos sus actos civiles, y la

administración de su patrimonio, tal como pretendían sus hijas.

El código redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield estaba basado en un modelo tutelar de incapacitación, por medio del cual se sustituía la voluntad de la persona con discapacidad en la toma de decisiones, privándosela de su capacidad legal y confinándola a un estado de pasividad, y tal como pretendía la familia de la Sra. Cohan de Kohen protegerla de “sí misma”.

Como en el Código Civil vigente al momento en que se desarrolló el caso en análisis se distinguía exclusivamente entre personas capaces e incapaces absolutos; los dementes declarados, tal lo que pretendían las hijas de Cohan, integraban esta última categoría. Es decir que, dictada la sentencia de interdicción por demencia, el sujeto quedaba incluido en la categoría de incapaz absoluto y sujeto a curatela para todos los actos de la vida

civil, y lógicamente de la administración y disposición de su patrimonio.

Que hubiera sucedido si este caso se hubiera planteado en vigencia de nuestro nuevo Código Civil y Comercial, en primer lugar, al presumirse la capacidad, esta solo puede ser limitada para determinados actos.

En tal sentido dice el artículo 31, inciso a): *“la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”*. Además, establece límites a la capacidad para actos específicos delimitados judicialmente, según se expresa el artículo 32: *“(...) El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”*.

Es decir se trata de un cambio notable con la nueva normativa, las personas con afecciones mentales pueden encontrar alguna reducción en sus actos jurídicos disponibles, pero no se los incapacita completamente, en el presente caso no hubiera prosperado la declaración de incapacidad y mucho menos la internación dado que además nuestro nuevo Código presenta una comprensión más amplia e interdisciplinaria de las personas y su capacidad, no bastando solamente el certificado de psiquiatras sino también requiere la intervención de otros profesionales de la salud (psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y cualquier otro profesional pertinente) es decir un equipo interdisciplinario.

Cuáles son los antecedentes de la reforma al Código Civil, por un lado, recepta a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que tiene el mérito de afirmarse como el primer tratado de

consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos, adoptando el modelo social de la discapacidad.

Además, en el año 2010, el Congreso Nacional de Argentina sancionó la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, que rige las intervenciones estatales y sociales, públicas y privadas, en materia de derecho a la salud en dicha área. El objetivo de la ley es el aseguramiento del "*(...) derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan*

establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”

Este cambio trascendental que recepta el código sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad lo aporta el art. 12 de la CDPD, así como los arts. 3 y 5 de la ley 26.657 sobre Salud Mental. Conforme el primero se reconoce el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no siendo posible dictar sentencias que declaren la condición de "incapacidad" de las personas por su sola condición de salud mental, debiendo por el contrario los Estados diseñar modelos de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica del involucrado. En tal sentido dice el art. 12: *"Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen*

capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de

una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria."

Aplicando la legislación vigente, los arts. 3 y 5 de la ley 26.657, hubieran impedido que se determinara la internación de la Sra. Cohan de Kohen con la sola presentación del certificado del médico neurólogo Manes, ya que la

capacidad de la persona es presumida, no pudiendo efectuarse calificaciones jurídicas ni sanitarias fundadas exclusivamente en diagnóstico y/o antecedentes de salud mental. Al respecto dice el art. 3: *"En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas*

prevalcientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización." Y agrega el art. 5: "La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado."

Queda claro que estando en vigencia la actual legislación no hubiera podido internarse a la sra. Natalia Cohan de Kohen, ni limitar la disposición de su patrimonio del modo en que se lo hizo.

6. Análisis comparativo de la evolución del ordenamiento jurídico:

6.1. La Salud Mental en el Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha enmarcado en un cambio de paradigma respecto de la salud mental, articulándose como dijimos con la Ley de Salud Mental 26.657 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las personas con afecciones en su salud mental sufren y sufrieron en la historia una amplia vulneración de sus derechos, esta vulneración se veía notablemente agravada si se daba el supuesto interseccional de que la persona además de presunta insana mental era una persona mayor, principalmente en las instituciones psiquiátricas, el nuevo ordenamiento jurídico se inserta en un camino para mejorar sus condiciones de vida.

Las modificaciones realizadas buscan dar respuesta a las diferentes problemáticas que han existido en este ámbito, entre las cuales, particularmente, haré un análisis comparativo sobre dos situaciones la capacidad y la internación involuntaria

En la normativa vigente a la época en la cual fue internada la señora Natalia Kohan de Cohen, las personas con afecciones en su salud mental eran declaradas incapaces absolutas, perdiendo la disponibilidad de la mayoría de sus actos civiles. Ahora, la capacidad de la persona es presumida, pudiendo sólo restringirse determinados actos.

La capacidad en el paradigma anterior, es decir en el Código Civil de Vélez Sarsfield, una persona con una afección mental podía fácilmente caer en la incapacidad absoluta, sin que se atendiera a sus condiciones particulares, perdiendo la disponibilidad de todos sus actos civiles. Con referencia al tema, los autores (Kraut & Diana, 2011) mencionan:

“El diseño normativo se afincaba en el antiguo modelo tutelar de incapacitación, por medio del cual se sustituye a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, privándosela de su capacidad legal y confinándola a un estado de pasividad, negando su voluntad, a efectos de protegerla de los ‘peligros de la vida en sociedad’”. Respecto del mismo tema, Rivera expresa: “El código civil distinguía exclusivamente entre personas capaces e incapaces absolutos; los dementes declarados integran esta última categoría. Es decir que, dictada la sentencia de interdicción por demencia, el sujeto quedaba incluido en la categoría de incapaz absoluto y sujeto a curatela para todos los actos de la vida civil”. (Puig, 2017)

6.2. Diferencias entre la nueva ley de salud mental y la anterior

La ley de salud mental derogó la anterior normativa en la materia (Ley 22.914), de 1983. La vieja reglamentación establecía las normas para regular la internación en establecimientos de salud mental. También se modificó el texto del artículo 482 del Código Civil, para impedir así las internaciones de individuos por su peligrosidad.

Los cambios en concepciones y aspectos clave de la salud mental son mayúsculos. El término “demente” de la vieja ley fue reemplazado por “declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones”.

El requisito de “riesgo cierto e inminente para sí o para terceros” en internaciones involuntarias también es nuevo. Este reemplaza al anterior “daño para sí o para terceros o afectación de la tranquilidad pública”.

Otra modificación central está en la evaluación por equipo interdisciplinario y posterior control judicial actual. Este viene a ocupar el lugar del antiguo requisito de “internación con autorización judicial”.

La intervención de “autoridades policiales” para la internación también fue dejada de lado. La ley vigente establece que “autoridades públicas” dispongan el traslado y la evaluación de la persona.

Del mismo modo, en la anterior Ley de Salud Mental, en caso de una afección mental que pudiera colocar a la persona en la categoría de “demente” se presumía la incapacidad absoluta. En su artículo 54, el Código establecía “Tienen incapacidad absoluta: (...) 3º los dementes”. Y, para ser considerado demente, debía tenerse una enfermedad mental que impidiera “dirigir su persona y administrar sus bienes” (artículo 141). Esta declaración de incapacidad debía cumplir con ciertos requisitos: no ser declarada

de oficio (artículo 142 y 144), contar con un examen de facultativos (artículo 142) y ser verificada por el juez competente (artículo 140). La capacidad en el nuevo paradigma: 1 Por principio, en el nuevo Código Civil y Comercial se presume la capacidad, pudiendo limitarse sólo para determinados actos. Dicha presunción se explicita en su artículo 31, inciso a): “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”. Por otro lado, se explicita que los límites a la capacidad se dan en actos específicos delimitados judicialmente, según se expresa el artículo 32: “(...) El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. El cambio es

notable: con la nueva normativa, las personas con afecciones mentales pueden encontrar alguna reducción en sus actos jurídicos disponibles, pero no se los incapacita completamente, encontrando más derechos y posibilidades a su disposición.

Capacidad:

Por otro lado, el nuevo Código presenta una comprensión más amplia e interdisciplinaria de las personas y su capacidad, permitiendo no sólo a los psiquiatras sino también a otros profesionales de la salud (psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y cualquier otro profesional pertinente) comprender sobre las mismas. De este modo, se incluye la necesidad de un equipo interdisciplinario que emita dictamen para realizar una sentencia de discapacidad, además de su actualización frecuente, ya que la capacidad sólo puede ser limitada durante 3 años (y puede pedirse

revisión en cualquier momento, si lo solicita el interesado). Este requisito de reevaluación e interdisciplinariedad representa una mejoría en la calidad de vida de las personas, ya que evitan el etiquetamiento y la perpetuidad de una persona en un diagnóstico y su consecuente institucionalización. De este modo, otros profesionales de la salud, con otros enfoques y metodologías científicas, pueden incluirse para discernir sobre la capacidad de la persona. Al ampliar el enfoque de la salud mental, se incluyen ámbitos de su vida como su capacidad para trabajar, relaciones familiares, aptitudes para la vida cotidiana, más allá de una etiqueta que lo califique o no como “*demente*”. Este nuevo enfoque ya estaba siendo receptado por el Poder Judicial previamente al nuevo Código. Por ejemplo, en los fallos “Z., A. M. sobre Insania” y “E., E. R. sobre Insania y Curatela” de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, resolvieron en pos de la reevaluación de

personas con capacidad restringida, fundándose en esta perspectiva. En conclusión, el Código Civil y Comercial se enmarca en una nueva perspectiva de la salud mental, que reconoce una mayor capacidad y, por ende, derechos a las personas.

El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial toma la perspectiva de derechos humanos en materia de salud mental. Hace hincapié en las capacidades, más que en las imposibilidades.

El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial recoge el nuevo paradigma de derechos humanos en materia de salud mental, que Argentina adoptó hace ya más de un año con la Ley 26.657.

Ya no se habla de “*idiotas*” o “*dementes*”, solo se habla de personas con capacidades o incapacidades. La capacidad jurídica de la persona se presume aun cuando se encuentre internada en un psiquiátrico. La capacidad solo puede limitarse por causas que siempre son

excepcionales y en beneficio de las personas. Otra de las diferencias fundamentales en el nuevo ordenamiento está dada por el carácter de la intervención estatal que siempre es interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial. También se establece un sistema de “apoyos” en los casos excepcionales en que las personas sean declaradas incapaces.

El capítulo del Código Civil y Comercial destinado a la salud mental llega luego de un proceso de debate mundial que llevó décadas en la búsqueda de una consideración más humana de las personas con padecimientos mentales, que colocó al país en la vanguardia de la región al aprobar la Ley 26.657 de Salud Mental en 2010.

Cuales son entonces las reglas generales para restringir la capacidad que establece la nueva legislación:

- a) Por regla general se presume la capacidad de ejercicio de la persona

- humana aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones son excepcionales y se imponen siempre en beneficio de la persona;
 - c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
 - d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
 - e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
 - f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

En resumen, la *“regla es la capacidad jurídica del sujeto y la excepción es la incapacidad y se mantiene ese régimen de la incapacidad para supuestos excepcionales donde la persona necesite una mayor protección”* (Santoro, 2012), explica Ángeles Baliero de Burundarena, que es docente de derecho de familia de las universidades de Palermo y de Buenos Aires y asesora general tutelar adjunta de Menores de la Ciudad.

El artículo 32 habla de los conceptos de “persona con capacidad restringida y con incapacidad”. Establece que el juez puede restringir la capacidad en las personas con adicciones, “alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad” si “puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”, así como por causa de “enfermedad mental”. En esos casos el juez “debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios”.

La capacidad solo se restringe para determinados actos. Resulta oportuno citar el ejemplo con el que lo explica Baliero, *“había personas que estaban declaradas incapaces absolutas de hecho y sin embargo con la pensión que recibían hacían todos los mandados que necesitaba la familia, iban a la panadería, a la verdulería...”*¹ Es decir, no necesitaban al curador que fuera a comprar por ellas. *“Entonces era inhumano que esa persona no pudiera tener decisión propia o que su voluntad expresada no tuviera efecto jurídico porque estaba en ese régimen rígido de hace 130 años. Hoy en día esa persona estaría con capacidad restringida para determinados actos, a lo mejor por ejemplo para que no pueda vender la casa donde vive”* (Santoro, 2012), dijo la experta, este ejemplo resulta aplicable al caso en análisis dado que es posible que Natalia Cohan necesitara apoyos

para algunas actividades, pero en modo alguno se justificaba su internación.

Sistema de apoyos

Ya hablamos de la capacidad y el cambio de paradigma al respecto, ahora hablaremos del “sistema de apoyos” que es la segunda y fundamental novedad introducida por este nuevo marco legal.

El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina introduce el concepto de “apoyo”, y lo define como *“cualquier medida”* que *“facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”*. *“Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”*,. Y otra innovación muy importante: *“El interesado puede proponer al juez la*

designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”.

Leonardo Gorbacz, ex diputado, autor de la Ley Nacional de Salud Mental expreso al respecto: *“Es decir, que le deja al juez la opción de no incapacitar a la persona sino designarle, en acuerdo con ella, personas que la ayuden a tomar decisiones en los terrenos donde más tiene dificultad”* (Santoro, 2012).

Internaciones

El tercer punto más importante en este cambio radical en materia de salud mental en Argentina está dado por el tema de las internaciones involuntarias. En primer lugar, las define como último recurso. Cambia el paradigma basado en grandes centros asistenciales, los llamados manicomios y asilos. Dado que estaba comprobado que la mayor violación a los derechos humanos de las personas con problemas de salud mental se daba en las

internaciones forzadas que en muchos casos eran innecesarias agravaban la condición clínica y se prolongaban eternamente en el tiempo. Eso significa el derecho a un abogado y a un control periódico efectivo por parte de la Justicia, para que ese tipo de situaciones, que a veces son inevitables, no se prolongue en el tiempo.

También tiende a desjudicializar la salud mental y dejar las decisiones en manos de los equipos de salud. El rol de la Justicia pasa a ser exclusivamente el de garante de derechos de las personas, y no el de decisor de políticas o de tratamientos,

El artículo 40 de la ley establece la revisión periódica de la sentencia cada tres años o cuando el interesado lo requiera.

La marco legal vigente en el año 2005, época en la cual tramitó el presente caso, la determinación de la capacidad/incapacidad de una persona se basaba fundamentalmente en un certificado médico, y ante una disidencia en

el enfoque y diagnóstico de parte de la persona cuya capacidad se pretendía limitar, como ocurrió con Natalia Cohan, se apelaba solamente a una nueva opinión de un médico de idéntica especialidad al tratante, lo que producía cuestiones éticas entre los profesionales, como se evidencia en la declaración como testigo en el expediente del perito médico Esteban Arnaldo Toro Martínez, que examina a la paciente internada en INEBA y si bien no coincide absolutamente con el dictamen médico del Dr. Manes al referirse a que debe mantenerse la internación por lo menos hasta que definan si puede volver a su domicilio, agrega en la última parte de su declaración: *“Al ver la historia clínica afirma que la internación fue ordenada por el Dr. Facundo Manes, reconocido especialista en neurociencias del Fleni a nivel nacional e internacional”*¹

¹ Expediente N° 46.075/05, *in re “Cohan de Kohen Natalia S/ Insania”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil

De la lectura de los hechos relatados por la fiscal interviniente en la causa penal que por privación ilegítima de la libertad le iniciara la Sra. Cohan de Kohen a sus hijas surge entre otros hechos relevantes el relato del médico siquiatra Dr. Lipovetsky al que concurrió la nombrada con antelación a la intervención del médico Manes, ante sus fundadas sospechas de que las hijas intentarían declararla incapaz para impedirle el manejo de sus bienes. Especialmente su hija Nora Kohen quien conforme sus dichos se encargaron de la venta del laboratorio familiar y se negaba a entregarle a su madre el 50% que le correspondía. El mencionado profesional emitió dictamen médico por el que establecía que la Sra. Natalia Cohan de Kohen no padecía patología siquiátrica alguna¹.

En la mencionada denuncia penal y sin perjuicio de no haberse podido probar la

¹ No 77, Dictamen de los médicos estaban Toro Martínez y Marcelo Ruderlir, 30 de junio del 2005.

comisión del ilícito penal, se relatan hechos de singular importancia que, si bien no demuestran la comisión de un delito, evidencian las zonas oscuras de una legislación que era imprescindible modificar, situación que afortunadamente zanjó la reforma al Código Civil y Comercial en el año 2015.

A título de ejemplo en la sentencia que se dictara en sede civil y que versara sobre la declaración de incapacidad, al hacer mérito su Señoría sobre las probanzas agregadas, manifiesta sobre el informe médico: *5) De los informes médicos, cabe realizar algunas consideraciones sobre el valor probatorio de la pericia, teniendo en cuenta que el examen médico, no solo resulta imprescindible sino que adquiere fundamental relevancia atento la índole de los conocimientos requeridos y debe*

*ser meritado en función de sus conclusiones.*¹

Poniendo de manifiesto el carácter eminentemente medicalizado para determinar la capacidad y autonomía de una persona.

Sin perjuicio de lo cual la letrada de la Sra. de Kohen pide una nueva pericia forense que da como resultado entre otros conceptos en el punto 2) *“ahora no encontramos un cuadro compatible con demencia médica”*

En el dictamen del fiscal en la causa penal contra los médicos Russo y Manes se vuelca la declaración de la Dra. Griselda Nora Russo con respecto a la discrepancia en el diagnóstico, dado que Manes refiere Síndrome de Pick y ella bipolaridad, a lo que manifiesta: ... *“que emitió a requerimiento expreso del Jefe de la Sección Neurología Cognitiva y Neuropsiquiatría del Fleni, Doctor Facundo Manes y exclusivamente*

¹¹ Expediente N° 46.075/05, *in re “Cohan de Kohen Natalia S/ Insania”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 77.

sobre la base de manifestaciones cónicas y diagnósticas que el facultativo le refirió verbalmente, luego de haber atendido a la paciente y al no haber verificado estas referencias, limitó su opinión a la compatibilidad de un cuadro clínico descripto y a las imágenes complementarias que le facilitó su colega”¹² Es decir emitió un certificado sin examinar a la paciente por los dichos de otro colega y conforme la legislación vigente ese solo elemento resultó suficiente para determinar la internación de la Sra. Cohan.

Más adelante refiere el informe de la fiscalía a las consideraciones del cuerpo médico forense que efectuó una segunda revisión médica refiriendo: *“Aclaran que en el ahora, no encuentran un cuadro compatible con demencia médica y explican que la demencia es un cuadro de deterioro global de*

¹² Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 2 de febrero del 2007.

las facultades mentales, de causa orgánica y que cursa en forma crónica y progresiva, que en este caso no pudieron verificar esa progresividad, incluso aquellos que en la oportunidad de su internación así lo opinaron, ahora la observan muy mejorada respecto del estado mental de entonces.”¹³ ¿Es posible que una enfermedad que es crónica y progresiva, sin ningún tratamiento novedoso retrotraiga, o en realidad la Sra. Cohan de Kohen no padecía trastorno alguno?

Al no encontrar patología los médicos intervinientes apelan a una serie de apreciaciones viejistas tales como “afectos otoñales” para referirse a una relación amorosa que presuntamente habría tenido la Sra. Cohen y que lo más apropiado atento la edad de la señora sería calificar su estado actual como *“el de una anciana en involución, con elementos*

¹³ Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 2 de febrero del 2007.

moderados de senilidad, entre los que cabe destacar la inicial alteración del estado de ánimo abarcativo de un cuadro denominado síndrome psicoorgánico cerebral”¹⁴.

7. Conclusiones:

Del análisis del presente caso surgen las siguientes consideraciones:

- La normativa vigente al tiempo de su desarrollo y tramitación (años 2005/2008) no garantizaba el derecho de autonomía e independencia en la vejez.
- Solo el contexto socio económico que rodeaba a la Sra. Natalia Cohan de Kohen, que la constituía en una persona empoderada, con recursos y una importante red de relaciones pudo evitar que terminara esta etapa de su vida

¹⁴ Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 2 de febrero del 2007.

internada con un equívoco diagnóstico de demencia. Esto nos demuestra que en materia de Derechos Humanos resulta fundamental el plano social.

- Los conceptos vertidos por la casi totalidad de profesionales intervinientes tanto en las actuaciones radicadas en sede civil como penal, evidencian la visión viejista y plagada de estereotipos negativos hacia la vejez, hasta colocar a las personas mayores en una cuasi condición de objeto carente de los atributos de la personalidad.
- Al colocar el mismo caso a la luz de la normativa vigente se observa con toda claridad la evolución legal en la materia, dado que actualmente no hubiera podido determinarse la capacidad de la Señora Cohan con un solo certificado médico de una profesional que nunca la examinó personalmente y que además declara haberlo realizado “a pedido” de

su colega Facundo Manes, por entonces además su jefe en el instituto Fleni.

- Al momento de tramitarse el presente caso la Señora Natalia Cohan de Cohen cuenta apoyo del curador que le designaron durante este injusto proceso del que resultó inhabilitada en los términos del art. 152 bis segunda parte del anterior Código Civil, figura reservada en el nuevo Código solamente para los pródigos y conforme los extremos descriptos en los arts.48 a 50.
- Al receptar el nuevo Código Civil los conceptos emanados de los instrumentos internacionales vinculados a la capacidad y las reglas ya vigentes en los subsistemas de leyes complementarias al Código Civil, ha adoptado el paradigma de autonomía personal y capacidad progresiva, presente en las legislaciones más

modernas de los ordenamientos jurídicos occidentales en cuyo marco este proceso no hubiera tenido cabida.

- Casos como el presente ponen de manifiesto la importancia creciente de contar: con una Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, con un Derecho de la Vejez como rama específica, y continuar luchando por una Convención Internacional para proteger los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Porque a pesar de lo que afirme la Organización Mundial de la Salud la vejez no es una enfermedad.

8. Referencias:

- **Normas:**
 - Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- Código Civil de Argentina, sancionado de conformidad con la Ley Nacional N° 340 del 25 de Septiembre de 1869 (B.O. 26 de Abril de 1968), con las reformas introducidas en lo pertinente por la Ley Nacional N° 17.711 del 22 de Abril de 1968 (B.O. 26 de Abril de 1968).
- Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado de conformidad con la Ley Nacional 26.994 del 1 de octubre del 2014 (B.O. 8 de octubre del 2014).
- Ley de Salud Mental 22914
- Ley de Nacional de Salud Mental 26657

- **Expedientes Judiciales:**
 - Cohan de Kohen Natalia S/Insania Expediente N° 46.075/05

- Causa penal sobre privación ilegítima de la libertad N°34.455/05
 - Causa penal sobre Falsificación de certificado médico N° 66.741/06
 - Causa penal “Russo, Griselda y otro”, Cámara del Crimen (Sala VII), N° 33.157
-
- **Trabajos citados:**
 - Kraut, A. J., & Diana, N. (2011). *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*. La Ley, C, 1039.
 - Puig, M. (2017). "La salud mental en el Código Civil y Comercial". de *Derecho para Innovar - DPI Cuántico*: Disponible en: https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-civil-y-obligaciones-nro-100-13-02-2017/

- Santoro, S. (26 de agosto de 2012). Un cambio de locura. Recuperado el mayo de 2022, de Página 12: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-201867-2012-08-26.html> [mayo de 2022]

Sistema Interamericano De Derechos Humanos, Propuestas Para Mejorar Su Funcionamiento.

José Refugio Rodríguez Nuñez* y

Jesús Guillermo Belman Leal*

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, PROPUESTAS PARA MEJORAR SU FUNCIONAMIENTO.

José Refugio Rodríguez Nuñez¹ y

Jesús Guillermo Belman Leal²

Resumen:

* Maestro en Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional por el Instituto de Estudios Superiores en Derecho Penal.

* Doctor en Políticas Públicas por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

¹ Abogado penalista. Maestro en Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional por el Instituto de Estudios Superiores en Derecho Penal.

² Académico universitario. Doctor en Políticas Públicas por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha convertido en un referente jurídico e impulsor de cambios positivos en el campo de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos sociales y culturales en la región de Latinoamérica. No obstante, al día de hoy sigue afrontando numerosos retos tanto en los planos político y administrativo como en su actividad jurisdiccional que es necesario analizar y atender para mejorar con ello su funcionamiento.

Introducción

Implementar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha sido una tarea fácil. Desde sus inicios, numerosas voces se opusieron a ello y a lo largo de su puesta en marcha, diversos detractores han hecho todo lo que ha estado en sus manos para dañar la imagen de sus instituciones. Sin embargo, pese a lo antes expuesto tanto la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido una participación sobresaliente en el progreso de la cultura de protección a la dignidad humana en Latinoamérica.

Los avances han sido significativos, pero el trabajo pendiente sigue siendo extenso y es por ello que resulta conveniente efectuar un análisis de los principales retos que se precisan atender, a efecto de trazar un camino que pueda servir de solución para las problemáticas que aún aquejan al sistema regional.

Con el propósito de concientizar sobre las posibles soluciones a algunas de las áreas de oportunidad más apremiantes del Sistema Interamericano, hemos desarrollado el presente escrito, el cual pretende dar sustento a algunas propuestas de mejora que consideramos especialmente relevantes a tomar en consideración.

Es necesario incrementar el presupuesto a la Corte Interamericana.

De acuerdo con la Coalición por la Corte Penal Internacional, en el 2016 dicho tribunal contó con un presupuesto de 140 millones de euros el cual fue señalado por tal Organismo no Gubernamental (ONG) como insuficiente para garantizar la justicia internacional e inclusive vergonzosa si se compara con la cifra promedio que el planeta gasta en defensa, la cual de acuerdo con el Instituto Internacional de Investigación para la Paz de Estocolmo (SIPRI) se ubicaba en los 1,981 billones de dólares en el 2020 (DW, 2021).

La ONG en comento efectuó una dura crítica a la falta de recursos con los que el máximo tribunal internacional en materia penal opera por considerarla preocupante, pero el escenario a nivel de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos resulta aún más desolador como veremos a continuación.

Quizá sorprenda a más de uno pero de los tres sistemas regionales de protección de los

derechos humanos que existen en el mundo, el interamericano es el que menos recursos tiene para cumplir con su cometido. Si tomamos en cuenta que el Producto Interno Bruto (PIB) del continente americano es superior al de Europa y África, es preocupante notar que el sistema interamericano de protección dispone de una pequeña fracción de lo que sus homólogos utilizan para dar cumplimiento a sus funciones.

En el año 2020, última fecha con que se cuenta de información pública al respecto (Corte IDH, 2020), el máximo tribunal del continente americano dispuso para tal ejercicio de un total de \$7,203,132.12 dólares estadounidenses, de los cuales la mayor parte provenían del Fondo Regular de la Organización de los Estados Americanos suma que ascendió a \$5,163,697.50; donde por cierto, recientemente la Secretaría General había autorizado un incremento a dicha aportación puesto que antes de ello se destinaba para tal fin la mitad de dicho recurso.

Pese al compromiso institucional que diversas democracias suelen externar en su discurso público respecto al tema de los derechos humanos, únicamente tres países de todo el continente (México, Costa Rica y Perú) optaron por presentar aportaciones voluntarias (\$514,416.13 en total, de los cuales \$400,000.00 fueron mexicanos), las cuales resultan ser insuficientes para solucionar las necesidades de la Corte.

Sorprendentemente, las aportaciones provenientes de gobiernos europeos que decidieron ayudar a la Corte Interamericana superaron a lo aportado por los países de la región siendo el caso que por citar un ejemplo Suecia aportó más que todos los países americanos juntos (\$589,368.96).

La Corte Europea, quien dispone de menos atribuciones toda vez que no supervisan ni ejecutan sentencia (para eso existe un Comité de Ministros), pero una estructura institucional más robusta (46 jueces a tiempo completo

frente a los 7 americanos) que le permite atender más asuntos que la Corte Interamericana, tiene autorizado para el año 2022 un presupuesto de 74.5 millones de euros, equivalentes a 77.5 millones de dólares (Committee of Ministers, 2021).

En el 2017 mientras que la Corte Europea resolvía 1068 asuntos vinculados con una vulneración a la Convención Europea de Derechos Humanos (Expansión, 2018), la Corte Interamericana sólo atendió 18 (Corte IDH, 2018). Información que nos permite inferir con facilidad que de disponer de un mayor presupuesto y liberándosele de algunas funciones que podría delegar a otras instituciones surgidas para tal efecto, la Corte Interamericana dispondría de la capacidad de atender una mayor cantidad de asuntos que se le sometieren a su conocimiento y disminuir la espera procesal que los involucrados suelen sufrir previamente.

No ha sido posible recabar información actualizada sobre el presupuesto de la Corte Africana de Derechos Humanos y los Pueblos, toda vez que la Unión Africana es opaca en relación a muchas de sus estadísticas públicas, pero de las cifras de que se dispone, es sabido que desde sus orígenes y pese a atender una cantidad significativamente inferior de asuntos cada año, ha recibido una mayor inversión que el tribunal americano. Por citar un ejemplo histórico, en el año 2010 la Corte Americana disponía de un presupuesto de \$1,998,100.00, a la par que la Corte Africana disponía de \$7,642,269.00 (Corte IDH, 2010).

Incrementar el presupuesto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un paso indispensable que se precisa dar previo a reconfigurar su organización e implementar reformas que permitan mejorar su funcionamiento. Nuestra propuesta concreta en éste rubro es que el presupuesto de la Corte IDH se homologue al de la Corte Europea, en

vez de que se fije sobre porcentaje de los ingresos generales de la Organización de los Estados Americanos (OEA) como hasta ahora se ha establecido, obligando a cada país miembro de la OEA a que aporte en forma proporcional a su producto interno bruto recursos suficientes para tal cometido.

Reformar el sistema de trabajo de la Comisión y Corte Interamericanas

La falta de dedicación a tiempo completo de los comisionados de la Comisión y de los jueces de la Corte, será resuelta una vez que los países que integran la OEA brinden al sistema los fondos necesarios para llevar a cabo tal transformación, lo cual a su vez permitirá reducir los tiempos de espera procesal para la resolución de los asuntos de que tiene conocimiento el Sistema, gestando las condiciones idóneas para que un mayor número de asuntos puedan ser sometidos al conocimiento de la Corte IDH, quien hasta el momento ha utilizado el filtro de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para reducir su carga procesal, aunque esto haya conllevado a que muchos asuntos sobre los hubiera valido la pena sentar jurisprudencia no hayan llegado jamás a su conocimiento.

La CIDH ha sido una pieza fundamental del Sistema Interamericano que ha efectuado una labor encomiable en el plano de la promoción de los derechos humanos en nuestra región, pero en forma por demás lamentable, ha utilizado criterios altamente discrecionales para evitar que numerosos asuntos lleguen a la Corte Interamericana, lo que significa en todo caso la denegación de la justicia internacional a los peticionarios que los han promovido sin resultado alguno.

Para lograr entender cómo es esto ha sido posible resulta necesario entrar al análisis de la Convención Americana que establece lo siguiente:

Art. 61.2 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que

sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

El artículo 48 hace alusión al procedimiento de admisibilidad y sienta las bases de lo que se comprende como “una solución amistosa”. En tales escenarios acontecen los primeros dos filtros en los que interviene la Comisión, primeramente desechando cualquier asunto que resulte incompatible con los requisitos de admisibilidad que exige la Convención Americana y en segundo lugar, invitando tanto al Estado como a las presuntas víctimas a llegar a un acuerdo conciliatorio con el que puedan solucionar el conflicto motivo de estudio.

El artículo 49 se aboca a la protocolización de la solución amistosa. Evidentemente, para evitar que la Corte se sature de trabajo, la Comisión procura ser muy minuciosa en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad establecidos y tiene un especial interés en que se formulen soluciones amistosas. En principio

tales acciones no son negativas, puesto que esto reduce el trabajo jurisdiccional, sin embargo indirectamente restringe la discusión judicial de numerosos temas que podrían servir para sentar jurisprudencia que a su vez podría ser relevante para la vida nacional de aquellas naciones que en su derecho interno han decidido introducir el bloque de constitucionalidad.

Para el caso mexicano, existe la obligación de acatar la totalidad de las jurisprudencias emitidas por la Corte Interamericana aun cuando no hayan sido producto de un asunto en el que el Estado Mexicano haya sido parte, esto en virtud de la Jurisprudencia generada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR
LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS. ES
VINCULANTE PARA LOS JUECES

MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este

mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.¹

Numerosos asuntos se resuelven sin que la Corte haya tenido conocimiento alguno de ellos, lo que limita significativamente el número

¹ Tesis P./J. 21/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204.

de jurisprudencias que ésta emite y por tanto las interpretaciones que de la Convención Americana de Derechos Humanos disponemos para incorporar a nuestro derecho interno.

Reitero: no es inherentemente malo que los asuntos se resuelvan por solución amistosa, ya que en la misma también se suelen establecer garantías de no repetición que benefician no sólo a las víctimas directas de la vulneración de derechos humanos sino a la población en general del país sancionado, sin embargo la presión institucional que recae en la Comisión para que muchos asuntos se resuelvan de ésta manera podría generar una respuesta laxa por parte del Sistema en lo que respecta al potencial protector de los derechos humanos de los ciudadanos estableciendo alternativas menos benéficas para el solicitante de protección, al mismo tiempo que como ya se ha hecho referencia, se deja fuera de la discusión judicial asuntos que podrían enriquecer los

razonamientos emitidos por el máximo tribunal americano.

El artículo 50 finalmente, establece las bases sobre las que descansa la emisión de los informes de la Comisión, mismos que establecen una serie de recomendaciones que se espera que los Estados cumplan para evitar que los asuntos sean sometidos a la Corte. La Convención Americana es omisa en éste punto puesto que no establece directamente la obligación de que la Comisión someta a la Corte la totalidad de los asuntos que llegan a éste punto procesal, lo cual hace que tal decisión se convierta en discrecional, lo cual es posible corroborarlo de la lectura del artículo 45 del reglamento de la Comisión:

Artículo 45. Sometimiento del caso a la Corte

1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el

artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:

- a. la posición del peticionario;
- b. la naturaleza y gravedad de la violación;
- c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y
- d. el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Si bien es cierto que la negativa a someter un caso a la Corte debe sustentarse en decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión, resulta preocupante que tal facultad exista, sobre todo partiendo del hecho de que a diferencia de los sistemas de justicia locales, el sistema interamericano no dispone de una doble instancia, por lo que no es posible impugnar la decisión de la Comisión Interamericana de no someter el asunto a la Corte IDH ante un tribunal de alzada que resuelva sobre tal negativa.

Evidentemente es necesario coartar a la Comisión la facultad de restringir el acceso a la Corte modificando la Convención Americana a efecto de que no sea necesario subsanar sus deficiencias con reglamentos restrictivos de derechos, pero aunado a ello es indispensable también dotarle tanto a la Comisión como a la Corte de mayores herramientas para cumplir con su cometido de tal suerte que no existan pretextos para no realizar la tarea

encomendada a ambas instituciones supranacionales.

El primer paso en dicho camino es proveer tanto de jueces como de comisionados a tiempo completo al sistema. Logrado lo anterior, resultaría conveniente de igual forma aumentar en número y especialización las subdependencias a cargo tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana, así como el número de comisionados y jueces de tal suerte que existan más personas que puedan entrar al estudio de los casos que ingresan al sistema.

En el sistema de protección europeo existen 46 jueces, uno por cada país miembro del Consejo de Europa, institución homologa a la Organización de los Estados Americanos y de quien depende la Corte Europea de Derechos Humanos. Nuestra propuesta es que se amplié el número de jueces de la Corte Interamericana a 35, de tal suerte que exista un juez y un comisionado por cada país miembro de la OEA. Asimismo proponemos la

ampliación del Comité Jurídico Interamericano de 11 a 35 miembros, para que aunado a las funciones que ya tiene en términos de los numerales 99, 100 y 103 de la Carta de la OEA, también se encargue de la supervisión de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de manera similar a como realiza tal función el Comité de ministros del Sistema Europeo de protección.

Una vez ampliado el número de jueces de la Corte Interamericana, proponemos que se especialicen sus funciones de tal suerte que puedan trabajar tanto en salas como en pleno, atendiendo en una u otra modalidad diversos asuntos según se requiriese.

Tratándose del trabajo a realizar en salas consideramos prudente que se dividan en cinco con siete jueces cada una, dos destinadas al conocimiento de vulneraciones a derechos humanos de primera generación, dos a derechos humanos de segunda generación y una a cargo del conocimiento de derechos

humanos difusos. Tal división atendería tanto lo relativo a casos sometidos como a la emisión de opiniones consultivas sobre los derechos humanos en referencia.

El pleno podría conocer de asuntos que por su relevancia precisen una respuesta conjunta de la totalidad de la Corte Interamericana ya sea tomándolo directamente desde el inicio por recomendación de la Comisión Interamericana o ejercitando una facultad de atracción frente a una sala de cualquier asunto que ésta conozca a petición de cualquiera de los jueces que la integren. Otras decisiones que se deberán tomar en pleno son las relativas a la elección de presidente y vicepresidente de la corte, así como la distribución de los jueces en cada sala, la aprobación de los reglamentos de la Corte y los secretarios adjuntos del máximo tribunal americano.

En lo que respecta al funcionamiento de la Comisión, podría seguirse el esquema de relatorías temáticas que ha venido empleando

desde 1990 para atender las necesidades especiales de grupos vulnerables, con la diferencia de que podrá designar para las mismas un mayor número de comisionados que efectuaran funciones de relatores en cada una de ellas pudiendo incluso abrir más según las necesidades que la Comisión tenga.

Modificar la Carta de la OEA.

Aunado a las correspondientes modificaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, así como los reglamentos tanto de la Corte como de la Comisión, se precisará modificar la Carta de la OEA para dar cumplimiento cabal a las sugerencias emitidas.

Proponemos reformar el artículo segundo a efecto de introducir la obligación de los estados de proteger, garantizar, respetar y promover los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como parte de los objetivos esenciales de la OEA, generando con ello el deber de prevenir, investigar, sancionar

y reparar las violaciones a los derechos humanos a la totalidad de los países integrantes.

Ésta idea no es nueva, en realidad ya ha sido propuesta en su momento por el ex secretario adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Ariel Dulitzky (2007) quien ha invitado a actuar con congruencia a los países miembros de la OEA que suelen ostentarse como garantes de los derechos humanos, pero no están dispuestos a efectuar los cambios mínimos que precisan realizarse para cumplir con dicha garantía a nivel continental.

Es necesario reformar el artículo 53 con la finalidad de introducir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano de la OEA, haciendo obligatorio con ello a todos los países miembros la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos y reconocimiento de la competencia contenciosa su Corte como requisito de

permanencia, otorgando un periodo de gracia de diez años para que se incorporen la totalidad de los Estados que deseen hacerlo bajo éstas condiciones, tiempo durante el cual en tanto no hayan ratificado la Convención se encontrarían obligados a proporcionar información periódica respecto al estado de guardan los derechos humanos en sus respectivas latitudes.

Es evidente que ésta propuesta es la que más reticencia generará y muy probablemente Estados Unidos haga todo lo que esté en sus manos para mantenerse fuera de la OEA o comprar la voluntad de las naciones menos favorecidas, pero es un paso obligatorio que precisamos dar como región para conseguir mejorar en forma significativa la salvaguarda de la dignidad humana de nuestros habitantes. Este sólo acto permitirá que nos acerquemos al nivel de protección con que el Sistema Europeo opera.

Presionar políticamente a Estados Unidos para ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos

La ausencia de Estados Unidos en la Convención Americana de Derechos Humanos le resta credibilidad y abona a que otras naciones decidan no obligarse a la misma, por lo que es indispensable que ésta nación se sume al tratado si verdaderamente se desea avanzar en la mejora del Sistema Interamericano de Protección. Para lograr lo anterior es necesario cuáles son los obstáculos que dicha nación interpone.

Estados Unidos se enorgullece de ser un paladín de los derechos humanos, toda vez que desde su fundación, ha esgrimido a menudo su creencia en la defensa de los derechos inalienables de su población como un rasgo diferenciador frente a otros países (Wilken, 2017).

Durante la redacción de la Carta de la ONU y de la Declaración Universal, Estados Unidos

tomó la iniciativa de dar forma a los programas y políticas internacionales de derechos humanos (Buergethal, 1973). Siendo una de las naciones más diligentes en la promoción de los esfuerzos de la ONU hacia la protección de los derechos humanos a lo largo de los últimos años de la década de 1940; atribuyéndosele incluso a tal país el ser pionero en la legislación internacional sobre derechos humanos cuando Eleanor Roosevelt presidió el comité que redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento internacional que sirvió de inspiración y base para muchos tratados internacionales de derechos humanos que se gestaron subsecuente tanto en el ámbito universal como regionales de protección.

Hay algunos factores que motivan la aversión de Estados Unidos a los tratados internacionales de derechos humanos. Wilken (2017) señala que el contexto histórico de la época en que se elaboraron la mayoría de los

tratados de la materia, a finales de la década de 1940 y principios de la de 1950, no fue el más apropiado ya que la Guerra Fría fomentó el temor a la expansión del comunismo y el totalitarismo, y estos temores se vincularon al proyecto internacional de derechos humanos.

Para la Unión Americana el reconocimiento de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituía una aproximación peligrosa a los ideales de las economías centralizadas que por congruencia no se podía permitir adoptar, por lo que con el afán de defender su visión económica consideró apropiado no comprometerse con el respeto de los derechos humanos de segunda generación de sus habitantes y la forma más sencilla de hacerlo era negarse en lo general a ratificar tratados internacionales de protección de la dignidad humana, especialmente aquellos que versaran sobre tales derechos humanos.

Aunado a lo anterior, según el dicho de la académica estadounidense, numerosos

políticos conservadores también se opusieron a estos tratados porque los veían como un esfuerzo del gobierno federal para hacer frente a la segregación y la discriminación racial en el Sur.

Dicho de otra manera, el racismo de sus dirigentes ha sido uno de los principales motores que ha impulsado la falta de compromiso de los Estados Unidos de América en el campo de la ratificación de instrumentos jurídicos supranacionales que pudieran servir para contener las injusticias cometidas por dicho motivo al interior de su territorio nacional. Esto puede parecernos una actitud aberrante en la mayor parte del mundo occidental pero hace sentido a la sociedad estadounidense, si se piensa que en Estados Unidos fue necesario librarse una terrible guerra civil para poder abolir la esclavitud en una época en que ésta ya había sido erradicada en la mayoría de las grandes economías del mundo (Ros, 2020) y que hubo que pasar más de un siglo después

de ello para que se reconocieran algunas libertades y derechos civiles a los afroamericanos.

Lamentablemente hasta la actualidad el racismo es un problema medular que caracteriza a la sociedad estadounidense, la cual no efectúa suficientes esfuerzos para mitigarlo y esto se ve reflejado en todos los aspectos de la vida pública, especialmente en el campo de la justicia criminal.

El sistema de justicia penal de Estados Unidos es el mayor del mundo convirtiendo a tal nación en el líder mundial en su tasa de encarcelamiento (International Centre for Prison Studies, 2018). A finales de 2015, más de 6,7 millones de personas (U.S. Bureau of Justice Statistics, 2016) estaban bajo algún tipo de control penitenciario en Estados Unidos, incluidos 2,2 millones encarcelados en prisiones y cárceles federales, estatales o locales (U.S. Bureau of Justice Statistics, 2018a).

Estas estadísticas tan amplias enmascaran la disparidad racial que impregna el sistema de justicia penal de Estados Unidos, y para los afroamericanos en particular, quienes tienen más probabilidades de ser detenidos que los blancos; una vez detenidos, tienen más probabilidades de ser condenados; y una vez condenados, tienen más probabilidades de sufrir largas penas de prisión (The Sentencing Project, 2018).

De acuerdo con las estadísticas oficiales, los adultos afroamericanos tienen 5.9 veces más probabilidades de ser encarcelados que los blancos y los hispanos tienen 3.1 veces más probabilidades (U.S. Bureau of Justice Statistics, 2018b). En 2001, uno de cada tres niños negros nacidos en ese año podía esperar ir a la cárcel a lo largo de su vida, al igual que uno de cada seis latinos, en comparación con uno de cada diecisiete niños blancos (Mauer, 2011).

En palabras del antiguo profesor de Derecho de Georgetown, David Cole:

La retórica del sistema de justicia penal envía el mensaje de que nuestra sociedad protege cuidadosamente los derechos constitucionales de todos, pero en la práctica las normas aseguran que las prerrogativas de las fuerzas del orden prevalecerán generalmente sobre los derechos de las minorías y los pobres. Al conceder a los sospechosos de delitos derechos constitucionales sustanciales en teoría, el Tribunal Supremo valida los resultados del sistema de justicia penal como justos. Esa equidad formal oculta las preocupaciones sistémicas que debería suscitar el hecho de que la población penitenciaria sea abrumadoramente pobre y desproporcionadamente negra (Cole, 1999).

Estados Unidos ratificó la Carta de la OEA, lo que le hace miembro de éste organismo pero ha hecho caso omiso al principio fijado en la fracción I del artículo 3 de la misma que nos indica que:

1) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Mientras que naciones como Alemania, Francia o Italia se han decidido unir no sólo al esfuerzo de proteger la dignidad de sus habitantes sino a la creación un bloque económico que busca el progreso económico del cúmulo de las naciones de la región. Estados Unidos es el único de los países occidentales industrializados que se muestra reticente a comprometerse internacionalmente con la protección de los derechos humanos de su propia población y procura aislarse del resto de los países de su continente levantando barreras físicas e institucionales a su

integración, a la par que promueve acciones militares por todo el mundo coaccionando la voluntad de numerosas naciones mediante el empleo de la violencia, la promoción de gobiernos despóticos títeres de sus intereses regionales y el robo descarado de sus recursos naturales, por medio de distintos acuerdos comerciales en extremo desventajosos para tales naciones. El racismo y las ideas supremacistas que trae aparejado, es el elefante blanco de dicha ecuación que se ha decidido ignorar en forma histórica y la única manera de poder afrontarlo es mostrándolo como el principal enemigo a vencer. El racismo dicta buena parte de las políticas internas pero también parte de la política internacional de la Unión Americana e ignorar tal hecho es cerrar los ojos ante lo evidente.

Cuando Estados Unidos ratifica los tratados, utiliza un proceso único que disminuye en forma tramposa los efectos previstos de los mismos. Empezando por el

hecho de que no ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados lo que le libera de la obligación de adecuar su derecho interno para que sea congruente con el contenido de los mismos y comprometerse a cumplirlos de buena fe sin poder utilizar a su derecho interno como justificación para el incumplimiento de los mismos.

De acuerdo con Wilken (2017), antes de que se vote el tratado, los abogados del Departamento de Justicia buscan en los documentos protecciones de los derechos humanos que sean más estrictas que la legislación estadounidense y que, por tanto, se añadan a ella. Cuando se encuentran, Estados Unidos limita el alcance del tratado redactando una reserva o una declaración interpretativa para combatirlo y envía el tratado, con los adjuntos, al Senado para su ratificación.

Para despojar aún más al tratado de su poder, Estados Unidos declara que los tratados "no son autoejecutables". Lo que implica que,

sin una legislación de aplicación (ley nacional que garantice las mismas protecciones), el tratado es inaplicable en los tribunales nacionales. El gobierno suele argumentar que la legislación de aplicación es innecesaria porque todos los derechos del tratado ya están protegidos por la legislación estadounidense, dejando a los ciudadanos sin la posibilidad de invocar el tratado ante los tribunales supranacionales que pudiesen protegerles.

Además, como Estados Unidos no ha ratificado el primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los ciudadanos no pueden apelar a los comités de revisión de la ONU, dejando a sus ciudadanos a merced de protecciones nacionales no exhaustivas.

No cansado con vulnerar gravemente la dignidad de sus propios ciudadanos, el gobierno de los Estados Unidos activamente han decidido actuar en contra de los intereses de la comunidad internacional en general.

Estados Unidos no hace parte de los convenios de Ginebra, por lo que no se obliga a respetar límites en el campo del derecho internacional humanitario (Carmona y Gómez, 2021). Tampoco reconoce el Estatuto de Roma que consolidó la Corte Penal Internacional, el tribunal internacional de más alto nivel que existe, para enjuiciar y condenar a personas por crímenes de guerra, genocidios, además de los reconocidos como crímenes de lesa humanidad, mismo que en su momento ayudo a crear.

A partir del 6 de mayo de 2002 Estados Unidos en plena “guerra preventiva contra el terrorismo” anunció su falta de obligación para con dicho Tratado advirtiendo que este Tribunal podría enjuiciar a ciudadanos estadounidenses por cargos que denominaron “frívolos” (De la Cruz, 2017).

Ésta decisión no es menor puesto que en diversas investigaciones de la Corte Penal Internacional se ha descubierto de que

ciudadanos estadounidenses han estado involucrados en crímenes de guerra y de lesa humanidad, tal como ocurrió en el 2020, donde investigaciones efectuadas a Afganistán rebelaron tales ilícitos internacionales en territorio afgano cometidos por estadounidenses, a lo cual el gobierno de Donald Trump respondió retirando las visas del Fiscal General Fatou Bensouda y otros funcionarios de dicha institución para entorpecer con ello la investigación (Calle, 2020).

En los informes anuales sobre derechos humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos., éste juzga el historial de derechos humanos de otros países. Sin embargo, es difícil tomarse en serio el compromiso de Estados Unidos con los derechos humanos cuando regularmente favorece las preocupaciones políticas internas por encima de la comunidad internacional de derechos humanos y demuestra

continuamente una singular reticencia a ratificar los tratados internacionales sobre la materia.

En una época en la que existían dos superpotencias era entendible la posición tibia de los demás países respecto a la actitud imperialista de los Estados Unidos de América, pero estamos transitando fuertemente en dirección a la creación de un mundo multipolar donde bloques económicos como la Unión Europea y naciones como China se han convertido en un contrapeso global digno, lo que abre las posibilidades a todas las demás naciones de la región a limitar su dependencia política y económica de los Estados Unidos, buscando nuevas alianzas comerciales, para poder con ello renegociar los términos con los que se gestan sus respectivas relaciones internacionales.

Así como Estados Unidos juzga a otras naciones aludiendo temas de derechos humanos, es preciso comenzar a juzgarlo a

nivel local por el terrible trato que da a sus minorías étnicas, generando con ello la presión política necesaria para que su propia población ponga el foco de su interés en atender dicha problemática con el apoyo de la comunidad internacional mediante la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la suscripción de sus protocolos adicionales.

Al interior de Estados Unidos ya existen muchas voces que luchan por cambiar la actitud belicista, racista e imperialista de su gobierno. En un ejercicio de congruencia institucional es necesario identificar a tales grupos políticos y respaldar su discurso público sin violentar con ello el principio previsto por la fracción e) del artículo 3 de la Carta de la OEA que prohíbe las injerencias externas en los asuntos de otros estados, que tantas veces ha violado y sigue violando impunemente Estados Unidos a lo largo y ancho no sólo del continente sino del mundo entero.

La mayor parte de las naciones del continente han decidido ver en otra dirección cada vez que los Estados Unidos han incumplido con sus obligaciones internacionales o han impuesto en forma arbitraria condiciones que resultan abusivas para el adecuado entendimiento de sus respectivas economías. Todo ello es incongruente con los propósitos esenciales que se marcan en la Carta de la OEA, creando un doble estándar que no puede seguir tolerándose si de verdad se tiene la voluntad política de avanzar como continente en la construcción de acuerdos que beneficien a todos.

Estados Unidos debe elegir entre respetar a la OEA o separarse definitivamente de ella. El que la ONU tome la cuestionable decisión de no establecer la misma disyuntiva no debe detenernos en la búsqueda de crear un entorno seguro y congruente para la adecuada convivencia internacional en un marco de

respeto y reconocimiento de la igualdad de todas las naciones frente a la justicia trasnacional en todas sus manifestaciones.

Conclusión

La única forma de corregir las deficiencias del Sistema Interamericano es atacar sus problemas de raíz. No es una solución sencilla pero resulta necesaria. De nada sirve atender en forma superficial sus problemáticas y atender uno pocos casos emblemáticos al año cuando las grandes conflictivas sociales que padece el continente siguen sin solución.

Sólo a través de un verdadero compromiso continental en la materia podremos consolidar la protección de la dignidad humana de la población. Hacer modificaciones superficiales en el tema que nos ocupa es igual a simular que se resuelve y nuestro continente merece instituciones reales para problemas igualmente reales, todo lo demás es demagogia y la demagogia jamás ha logrado beneficiar a los ciudadanos de ningún lugar del mundo.

Referencias

- Buergenthal, Thomas. Hearings Before the Subcommittee on International Organizations and Movements of the House Committee on Foreign Affairs. p. 188.
- Calle Aguirre, María Clara. “Este El Caso Por El Que Estados Unidos Sancionó a La Fiscal de La CPI.” France 24. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20200902-estados-unidos-sanciona-fatou-bensouda-caso-afganistan-corte-penal-internacional> [Consultado 03-09-20]
- Carmona Tamayo, Ana Margarita, and Juan José Gómez Betancur. “Estados Unidos y El Cumplimiento de Los Tratados de Derechos Humanos y DIH.” *Ratio Juris*, vol. 16, no. 32, May 2021, pp. 223–48, doi:10.24142/raju.v16n32a9

- Cole, David. (1999) *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*: New Press
- Committee of Ministers. (2021) *Programme and Budget 2022- 2025*: Council of Europe.
- Corte IDH. (2018). *40 Años Protegiendo Derechos*: Corte IDH.
- ---. Informe Anual 2020. OEA, 2020.
- ---. Necesidades Financieras (Corto, Mediano y Largo Plazo). Corte IDH, 2010.
- De la Cruz, V. “La Doble Moral de EEUU y Su Falso Discurso En Defensa de Los Valores Humanos y Del Orden Mundial.” *La República*, 10 May 2017, <https://www.larepublica.net/noticia/la-doble-moral-de-ee-uu-y-su-falso-discurso-en-defensa-de-los-valores-humanos-y-del-orden-mundial>
[Consultado 04-10-22]

- Dulitzky, A. (2007) “50 Años Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una Propuesta de Reflexión Sobre Cambios Estratégicos Necesarios.” *Revista IIDH*, vol. 46, pp. 33–42.
- DW. (2021) SIPRI: Gasto Militar Mundial Aumentó En 2020 Pese a La Pandemia. Disponible en: <https://www.dw.com/es/sipri-gasto-militar-mundial-aumentó-en-2020-pese-a-la-pandemia/a-57331722#:~:text=Los gastos militares siguieron aumentando> [Consultado el 04-10-22]
- Expansión (2018). El Tribunal de Estrasburgo Dictó 1.068 Sentencias En 2017, Seis Sobre Casos Españoles. Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2018/01/25/5a6a13c2468aeba5028b457a.html> [Consultado 04-10-22]

- International Centre for Prison Studies. World Prison Brief. 2018.
- Mauer, M. (2011) “Addressing Racial Disparities in Incarceration.” *The Prison Journal*, vol. 91, no. 3, pp. 87–88.
- Ros, Laia (2020). Historia de La Esclavitud En Los Estados Unidos. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20200612/481705162985/estados-unidos-esclavitud-historia.html#:~:text=La esclavitud en el país, esclavo trabajan en el cultivo.&text=El pasado esclavista de Estados> [Consulta 04-10-22]
- The Sentencing Project. Report of The Sentencing Project to the United Nations Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and Related Intolerance. Regarding Racial Disparities in the

United States Criminal Justice System.
The Sentencing Project, 2018.

- U.S. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations in the United States, 2015. 2016.
- ---. Jail Inmates in 2016. 2018.
- ---. Prisoners in 2016. 2018.
- Wilken, Marie (2017). Aversion to International Human Rights Treaties. Disponible en: <https://globaljusticecenter.net/blog/773-u-s-aversion-to-international-human-rights-treaties> [Consultado 04-10-22]

El derecho a la autonomía en las personas mayores

Doris Domínguez Zermeño*

“sería una grave ironía que extraordinario incremento en la esperanza de vida que se ha conseguido en el pasado siglo simplemente nos aportara para éste una amplia cohorte de gente desprotegida y vulnerable frente al abuso”

* Maestra en Desarrollo Humano por la Universidad Iberoamericana, cuenta con un Máster en Gerontología Social por la Universidad de Barcelona, master en gestión del Conocimiento por la EOI de España, Especialidad en Dirección de Recursos Humanos por la UNAM. Egresada de la Licenciatura en Administración por la UNAM. Es académica de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y es miembro del Seminario Universitario Interdisciplinario sobre Envejecimiento y Vejez (SUIEV) de la UNAM. Ha participado en la publicación de artículos sobre temas de vejez y envejecimiento, ha organizado e impartido talleres sobre autoestima y autocuidado para personas mayores, asimismo brinda acompañamiento emocional a personas mayores y sus familias.

Gerry Bennet

Resumen

El artículo presenta una reflexión en torno al derecho a la autonomía de las personas mayores, para lo cual aborda el concepto de la autonomía desde la perspectiva de la bioética, la relación entre la capacidad y el cuidado de la persona mayor con el ejercicio de su autonomía, y lo que establecen instrumentos internacionales con relación a su protección como derecho humano.

Sumario: I. Introducción, II. El contexto de la pandemia para las personas mayores, III. Capacidad en la vejez: hechos y estereotipos, IV. La autonomía desde la ética del cuidado, V. Derecho humano a la autonomía, VI. Coartar la autonomía de la persona mayor: forma de maltrato, VII. Conclusiones

Palabras clave: derechos humanos, personas mayores, derecho a la autonomía, ética, cuidado personas mayores.

I. Introducción

La llegada de la pandemia por COVID puso de manifiesto las desigualdades que viven las personas en el mundo, pero particularmente en el caso de las personas mayores por las muchas problemáticas que enfrentan en el ejercicio de sus derechos humanos, Isolina Davobe señala como los puntos más críticos el derecho al respeto por la autonomía personal, al autocuidado y el derecho a la asistencia sanitaria acorde a su condición (Dabove, 2020, p. 6).

El presente texto tiene por objetivo abordar el derecho a la autonomía en las personas mayores con el fin de llevar al lector a la reflexión sobre cómo se piensa y se ejerce el respeto a la autonomía de la persona mayor,

para ello en primer lugar se expone parte del contexto vivido durante la pandemia y posteriormente se presentan una serie de conceptos y reflexiones que parten de la gerontología social, la bioética y lo establecido en la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, con la intención de ofrecer al lector puntos para analizar las propias acciones en el ámbito familiar, social y profesional.

I. El contexto de la pandemia para las personas mayores: El derecho a ser viejo y ser persona en tiempos de pandemia

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (2019) declaró la epidemia de COVID-19 como pandemia y en el caso México, como en otras partes del mundo, se

estableció a las personas mayores como grupo de riesgo ante esta enfermedad.

En este contexto, algunos gobiernos del mundo prohibieron a las personas mayores salir a la calle y/o su ingreso a establecimientos comerciales como tiendas de abastecimiento de alimentos y de otros productos de consumo primario; fue necesario que organizaciones, asociaciones y grupos de personas mayores hicieran movilizaciones y hasta establecieran demandas legales para poder transitar libremente y en igualdad de circunstancias que otros grupos etarios durante la pandemia.

Un ejemplo de ello es el caso de la República de Colombia, en el que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló, en segunda instancia, a favor de la sentencia de tutela 061 del 02 de julio de 2020 (Anaya, 2020, pp. 6-7), donde el grupo de personas demandante solicitaba inaplicar las

resoluciones de aislamiento y cuarentena para personas mayores de 70 años que les impedían salir a la calle en condiciones iguales al resto de la población, la sentencia fue la siguiente:

“se extiende a todos los adultos mayores de 70 años para que haciendo uso de su independencia y autodeterminación puedan decidir, al igual que las personas entre 18 y 69 años, las veces que consideran prudente o adecuado salir a desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre observando las medidas de autocuidado, en los mismos términos que fue autorizado para este último grupo de la población”

Parte de las afirmaciones del grupo demandante fueron:

"al restringir su derecho a la libertad de locomoción en forma mucho más severa que al resto de la ciudadanía, el Estado está actuando en forma discriminatoria pues usa un paternalismo inaceptable frente a los adultos mayores que no emplea con el conjunto de la población". Así, dicen, en lugar de imponer estas medidas de aislamiento obligatorio, el Gobierno debería acudir a la "persuasión" mediante medidas como el autocuidado, "que nosotros estaríamos en capacidad de entender, evaluar y coger por nuestra propia voluntad".

En el caso de México comercios y tiendas de autoservicio impedían el acceso de personas mayores a establecimientos de autoservicios y otros sitios de abasto, posteriormente a las quejas establecidas ante el Consejo Nacional para Prevenir la

Discriminación (CONAPRED) la Secretaría de Gobernación (2019) emitió un comunicado que decía lo siguiente:

“Discriminatorio limitar acceso a personas con necesidades particulares a supermercados y establecimientos de alimentos y productos: Durante la actual emergencia sanitaria, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación ha tenido conocimiento de prácticas implementadas en establecimientos comerciales que, en principio, buscan proteger a grupos específicos de población, pero que en realidad resultan discriminatorias y excluyentes”

Sirvan los casos anteriores como ejemplo de situaciones en las que el Estado o la sociedad coartan la autonomía y el libre tránsito de las personas mayores en favor de “su cuidado” sin mayor justificación que su edad y

en las que fue necesario señalar la violación a sus derechos.

En estos casos fue muy claro el establecer estas acciones hacia las personas mayores como una violación a sus derechos humanos de igualdad, autonomía y de libre tránsito, pero en el día a día son muchos los casos donde profesionales de la salud, familiares o cuidadores de personas mayores, les prohíben realizar actos de la vida cotidiana como salir a la calle, ir de compras, cocinar, salir con amistades, ir a trabajar, o bien, los confrontan continuamente para que “entiendan” que ya no pueden seguir haciendo las mismas cosas que antes porque ahora son ancianos, todo ellos bajo la justificación de “su cuidado” y de que se han vuelto “frágiles con la edad”.

Estas situaciones se agravaron con la pandemia por COVID -19 y muchas personas se vieron sin la posibilidad de salir por

indicaciones de sus propios familiares y cuidadores, siendo una práctica que parecía “normal” ante la situación sanitaria. Pero, ¿es correcto prohibir o pedir a las personas mayores que no realicen actividades de la vida cotidiana?, ¿Qué establece la ley y la ética en el cuidado a este respecto?

II. Capacidad en la vejez: hechos y estereotipos

A continuación, se presentan algunos hechos que es importante conocer respecto de la capacidad y la dependencia de las personas durante la vejez.

- Existen una serie de factores que conllevan a que en la vejez las personas presenten una limitación progresiva de sus actividades físicas, mentales y/o sociales, en algunos casos - no en todos - estas limitaciones llevan a la persona a presentar dependencia para llevar a

cabo actividades de la vida diaria (Carles y Rivero, 2019, p. 44).

- Según un informe realizado por la Organización Mundial de la Salud (2021, p. 11), la capacidad intrínseca de las personas mayores (conjunto de capacidades físicas y mentales) es muy diversa a cualquier edad, algunas personas con edades más avanzadas (más de 90 años) tienen la misma capacidad que las de edades más bajas (60-64 años). Este análisis de referencia documenta que las personas mayores no son un grupo homogéneo.
- Sólo un porcentaje de las personas mayores presentan discapacidad total o parcial para llevar a cabo las actividades básicas o instrumentales de la vida diaria, las primeras refieren a actividades necesarias para el

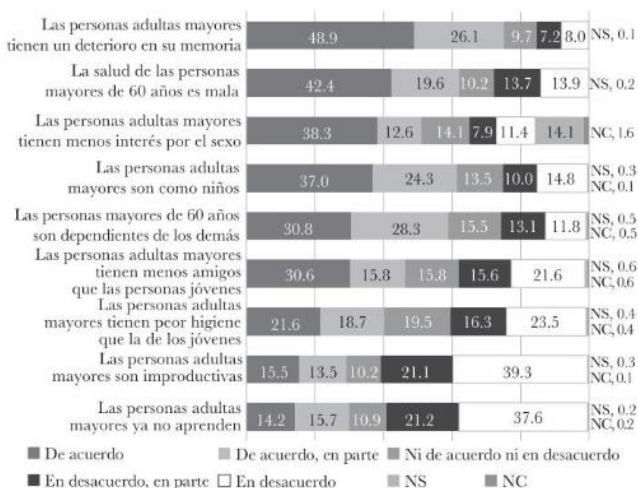
autocuidado como bañarse, vestirse, comer, desplazarse, ir al baño, y las actividades un poco más complejas y que permiten al individuo una vida independiente: ir de compras, cocinar, trasladarse de un punto geográfico a otro, retirar dinero).

No obstante que las personas mayores presentan diversidad en cuanto a su capacidad, existen una serie de estereotipos negativos sobre la vejez que están presentes en toda la población, y que se introyectan por varios medios desde la niñez, que hacen que se considere de forma generalizada que todas las personas mayores pierden poder y control sobre sus vidas con la edad, y se percibe a las personas ancianas como seres frágiles, débiles y dependientes (Carles y Rivero, 2019, p. 48). Este pensamiento conlleva a que otras personas los invisibilicen y/o discriminen y a que no se tome en cuenta su voz.

En el caso de México, en 2019 como parte del estudio “Inventario de la Ciudad de México: presente y futuro de su gente” se realizó una encuesta sobre la percepción de la población respecto del tema del envejecimiento (Flores citada en Domínguez, 2019, pp. 238-243), la cual arrojó entre otros datos, los siguientes:

- Más de la mitad de los encuestados están de acuerdo o parcialmente de acuerdo con la afirmación de algún estereotipo sobre la vejez.

GRÁFICA 20. DÍGAME POR FAVOR, ¿QUÉ TAN DE ACUERDO O EN DESACUERDO ESTÁ USTED CON LAS SIGUIENTES AFIRMACIONES? (PORCENTAJES)

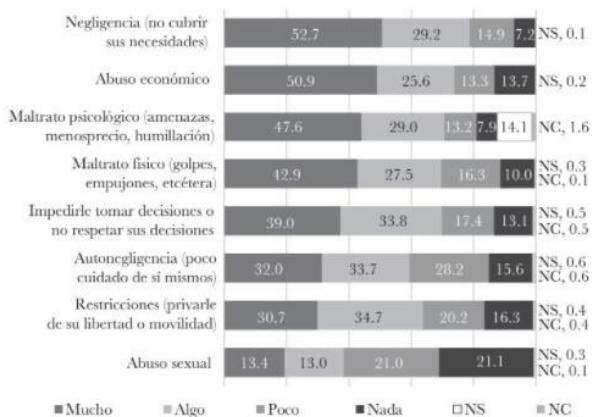


Fuente: Encuesta de Envejecimiento, *Inventario CDMX. Presente y futuro de su gente* SECTEI, Departamento de Investigación Aplicada y Opinión del IIJ-UNAM, 2019.

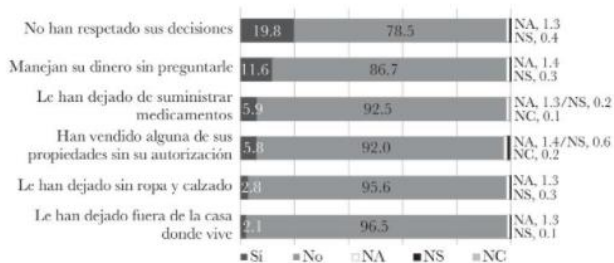
- 73% de los encuestados percibe que a las personas mayores se les impide tomar decisiones o

bien no le son respetadas, pero de esos mismos encuestados sólo el 19.8% consideró que tal situación ha sucedido al interior de su entorno familiar. Se puede observar que esta categoría está incluida con otras situaciones de maltrato:

GRÁFICA 22. EN SU OPINIÓN, ¿QUÉ TANTO LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES SE ENFRENTAN A...? (PORCENTAJES)



GRÁFICA 24. EN SU FAMILIA, ¿ALGUNA PERSONA ADULTA MAYOR HA SUFRIDO ALGUNA DE LAS SIGUIENTES SITUACIONES? (PORCENTAJES)



Fuente: Encuesta de Envejecimiento, *Inventario CDMX. Presente y futuro de su gente* SECTEI, Departamento de Investigación Aplicada y Opinión del IIJ-UNAM, 2019.

En temas de envejecimiento es común que cuando se le pregunta a una persona de su propia situación se perciban como la excepción dentro de la situación general, esto refiriéndose a la dificultad de que las personas reconozcan que al interior de su familia se ejerce maltrato o discriminación hacia las personas mayores. A veces la propia persona mayor puede negarlo por desconocimiento, culpa o por vergüenza (Flores citada en Domínguez, 2019, p. 239).

En la referida encuesta también se preguntó en qué medida se toman en cuenta las opiniones de las personas mayores, las respuestas fueron las siguientes:

GRÁFICA 21. ¿QUÉ TANTO PIENSA USTED QUE SE TOMAN EN CUENTA LAS OPINIONES DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN LOS SIGUIENTES TEMAS...? (PORCENTAJES)

	Mucho	Algo	Poco	Nada	Depende	NS	NC
Cómo maneja su dinero	25.3	30.1	27.6	15.8	0.4	0.3	0.5
Decisiones médicas	22.4	34.1	27.2	14.6	1.0	0.3	0.4
Dónde o con quién vivir	21.0	27.2	35.4	15.5	0.3	0.1	0.5
Quién los cuide	19.3	30.0	30.5	19.1	0.4	0.1	0.6
Qué actividades realizar	15.9	35.1	29.5	17.8	1.0	0.1	0.6

FUENTE: Encuesta de Envejecimiento. Inventario CDMX. Presente y futuro de su gente..., *cit.*

Fuente: Encuesta de Envejecimiento, *Inventario CDMX. Presente y futuro de su gente* SECTEI, Departamento de Investigación Aplicada y Opinión del IIJ-UNAM, (Flores, 2019)

Como se puede apreciar no se considera que una persona mayor pueda tomar decisiones por sí sola (Flores citada en Domínguez, 2019, p. 239). En la vejez, a diferencia de otras situaciones que son consideradas de vulnerabilidad, las personas son despojadas de la posibilidad de decidir por sí mismas a medida que su edad avanza (Huenchuan, 2018, p. 88).

III. La autonomía mirada desde la ética del cuidado

El principio de autonomía en el marco de la bioética nos obliga a considerar que todas las personas son, por principio y mientras no se

demuestre lo contrario, capaces de tomar decisiones respecto a la aceptación o el rechazo de todo aquello que afecte a su proyecto vital (Moya y Barbero, 2003, p. 181).

Se considera que la autonomía de una persona es respetada cuando se le reconoce el derecho a mantener puntos de vista, a hacer elecciones y a realizar acciones basadas en valores y creencias personales (Siurana, 2010, p. 123).

No obstante de lo lógico y totalmente razonables que nos parezca la aplicabilidad de las afirmaciones anteriores a todas las personas, en la realidad de la vida diaria se observa que la gran mayoría de las personas mayores en un mayor o menor grado se encuentran “más tuteladas que respetadas, más dirigidas que orientadas y más sometidas a los intereses de sus allegados que estimuladas por quienes los cuidan (Moya y

Barbero, 2003, p. 181), lo cual repercute en el bienestar emocional de la persona mayor. Enuncio algunos ejemplos encontrados en las actividades de formación y acompañamiento emocional en que participo:

Declaraciones de personas mayores:

- *“me caí y ahora mis hijas no me dejan salir, me siento muerta”*
- *“mi hijo dice que no puedo salir por la pandemia, me siento muy sola, tampoco entra a la casa porque dice que puede contagiarme”*
- *“diles a mis hijos que dejen de estar al pendiente de todo lo que hago”*
- *“mis hijos no me dejan tener novio, que ya no está bien a mi edad y me salgo a escondidas al mercado para verlo”*
- *“mis hijos dicen que es mejor que ya no salga y que ellos manejen los gastos de la casa”*

- *“mi hijo vendió el auto de mi esposo sin avisarme, dice que ya no lo necesito porque manejar es peligroso para mí”*
- *“no quiero usar el pañal y me obligan, mejor que me dejen sólo”*

De parte de los familiares o cuidadores:

- *“creo que mi papá ya tiene demencia y no entiende que ya no puede ir a trabajar”*
- *“mi papá quiere hacer todo él, no entiende que ya no puede, que ya está viejo”*
- *“explícale a mi papá que es peligroso que salga sólo”*
- *“es muy difícil cuidar a los padres mayores cuando no quieren ayuda”*
- *“Qué hacer cuando los padres envejecen y no escuchan razones”*
- *“Tenemos muchas discusiones con mi mamá ya le hemos dicho que no puede”*

hacer labores en la casa, pero es muy necia”

- *“Mi papá debe entender que no puede salir porque si se sale y se cae... él no considera lo que eso implica en tiempo y gastos para sus hijos”*
- *“Mi papá no me habla y está molesto conmigo porque lo acusé con el doctor sobre lo que come”*
- *“mi mamá cree que se puede seguir haciendo lo que ella diga”*
- *“tiene que usar el pañal, aunque no lo necesite porque es política de la institución”*

Además de estos ejemplos, todos podemos imaginar las visitas de las personas mayores a una consulta o servicio donde quien atiende se dirige a su acompañante como si éste fuera el intérprete designado de su voluntad.

Cabe precisar que en mucho de estos casos el otro busca evitarle molestias y preocupaciones a la persona mayor en atención a su “vejez” y/o fragilidad, y en otros casos evitárselas a sí mismo, pero no es posible hacer el bien a una persona sin respetar su autonomía. Cualquier persona adulta, incluyendo las mayores, se sentirán agredidas al verse privadas de la posibilidad de tomar decisiones y no sentirse respetadas.

Antes de caer en la tentación o necesidad de decirle a una persona mayor cómo hacer o decidir, en aras de cuidado, se debe considerar que ante todo es una persona adulta y que:

- El hecho de que la persona mayor pueda tener algunas capacidades disminuidas como baja audición, desplazamiento lento, tiempo de respuesta prolongado, dificultades de habla

o una más lenta comprensión de la información, no le incapacita para tomar decisiones sobre sus cuidados o su vida.

- Aun cuando la persona dependa de otra para realizar actividades de la vida diaria, eso no le incapacita para decidir.
- Una persona mayor tiene capacidad de tomar decisiones hasta que no se demuestre lo contrario, y siempre y cuando exista una valoración profesional que constate la ausencia de las habilidades cognitivas y afectivas, y aun así se debe tener en cuenta que una persona mayor puede no ser capaz de tomar una decisión arriesgada (un movimiento financiero, por ejemplo) pero sí para tomar una decisión sobre su higiene o

alimentación (Moya y Barbero, 2003, p. 183).

IV. El derecho humano a la autonomía

La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos de las personas mayores (CIPDPM, 2015), establece entre otros como derechos humanos de las personas mayores los siguientes:

Derecho a la independencia y a la autonomía (Artículo 7 CIPDPM)

“Derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

...

a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.

b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta.

...”

Derecho a la libertad personal (Artículo 13 CISPDPM)

“La persona mayor tiene derecho a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva.

Los Estados deben asegurar que la persona mayor disfrute del derecho a la libertad y seguridad personal y que la edad en ningún caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad.

...”

Derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal (Artículo 7 CIPDPM)

“La persona mayor tiene derecho a la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, así como su movilidad personal.

... asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de

condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso...”

La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos de las personas mayores, entró en vigor en enero de 2015, actualmente es el único estándar normativo en la esfera internacional de alcance regional para las personas mayores (Huenchuan, 2022, p.53).

En el caso de México la Ley de Derechos Humanos de las personas mayores que entró

en vigor en el 2002¹, considera entre sus principios enunciados en el artículo 4° los siguientes:

“

I. Autonomía y autorrealización.

Todas las acciones que se realicen en beneficio de las personas adultas mayores orientadas a fortalecer su independencia, su capacidad de decisión y su desarrollo personal y comunitario;

...

III. Equidad. Es el trato justo y proporcional en las condiciones de acceso y disfrute de los satisfactores necesarios para el bienestar de las personas adultas mayores, sin distinción por sexo, situación económica, identidad étnica, fenotipo,

¹ Ley de las personas mayores, México, fecha de publicación 15 de junio de 2002

credo, religión o cualquier otra circunstancia;

...

V. Atención preferente. Es aquella que obliga a las instituciones federales, estatales y municipales de gobierno, así como a los sectores social y privado a implementar programas acordes a las diferentes etapas, características y circunstancias de las personas adultas mayores, y

VI. Igualdad Sustantiva. Es el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

“

Podemos concluir que ante la Ley que el coartar la autonomía y toma de decisiones de una persona mayor es una violación a sus derechos humanos, al igual que el hecho de que no se proporcionen las condiciones

adecuadas para el ejercicio de este derecho: comunidades y ciudades amigables con la persona mayor, políticas públicas adecuadas, sensibilización de la población, atención preferente, enfoque diferencial en los servicios, entre otros.

V. Coartar la autonomía de la persona mayor: forma de maltrato

En 2013, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos realizó una consulta sobre la promoción y la protección de los derechos de las personas mayores en las que participaron gobiernos, instituciones nacionales de derechos humanos, académicas y organizaciones de la sociedad civil de 34 países miembros de las Naciones Unidas de todo el mundo, incluido México, en este estudio

se identificó al maltrato como uno de los principales problemas relacionado a las personas mayores (Huenchuan, 2018, p. 93).

La Organización Mundial de Salud atribuye el maltrato a las siguientes dimensiones: física, psicológico-emocional, financiero-material, sexual y finalmente la negligencia (rechazo intencional o no intencional o incumplimiento de una obligación de cuidado). La OMS y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores definen el maltrato como la “acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza”¹.

² Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. 15 de junio de 2015.

Bajo esta definición, se puede establecer que el coartar la autonomía y toma de decisiones de una persona mayor y causarle con ello daño o aflicción en su integridad psíquica o física constituye una forma de maltrato.

Ahora bien, decirle a familiares o cuidadores que con su actitud pueden estar cometiendo algún tipo de maltrato, podría sorprenderlos e incluso ofenderlos, y es que antes de arremeter contra ellos se debe considerar que hay una fuerte carga de trabajo físico y emocional en el cuidado de una persona mayor, los familiares y cuidadores realizan esta actividad de la mejor forma posible bajo los pocos o suficientes conocimientos que pueden tener al respecto, sin contar necesariamente con una preparación

formal, por lo que culpar a los familiares sin valorar el esfuerzo que realizan ni aportarles preparación y apoyo técnico y emocional, supone estar quebrantando el principio de no maleficencia (Carles y Rivero, 2019, pp. 44-46).

Moya y Barbero (Moya y Berbero, 2003, pp. 177-185) consideran que hay dos razones que fundamentan el escaso interés de la sociedad sobre el maltrato a las personas mayores:

- 1) Gerontofobia pasiva, que refiere a lo ya expuesto respecto de que nuestra sociedad no valora los aspectos positivos de la vejez y explican que “cuando no valoramos algo como positivo, tampoco tenemos la conciencia (cognitiva) y sensibilidad (emocional) para percatarnos de que los derechos en esa realidad puedan estar siendo vulnerados”, es cuando se refiere que las personas mayores están

invisibilizadas detrás de estos estereotipos.

- 2) Dificultad para detectar y denunciar el maltrato, los autores argumentan que sólo se puede diagnosticar lo que se sabe posible, muchas de las acciones que constituyen maltrato, sobre todo en el ámbito emocional, son difíciles de identificar y muchas veces las personas mayores sienten culpa de hacer juicio o denunciar la actuación de aquel que lo cuida.

Por lo anterior, resultan necesarios estudios que apoyen a las personas mayores y a sus familiares a encontrar puntos de convivencia e integración en los que sus derechos sean respetados y prevalezca el procurar el bienestar y el entendimiento entre los involucrados, no debemos perder de vista que el cuidado de las personas mayores es una responsabilidad de la sociedad y no sólo de la

familia, por lo que como sociedad debemos generar apoyos para todas las dimensiones incluida las que apoyen generar entornos familiares y comunitarios sanos.

No se puede reducir al maltrato o en específico a la privación de la autonomía a un tema de dinámica familiar, porque es un problema que atañe a la sociedad y al estado, por ser este último el responsable de crear y salvaguardar la existencia de espacios amigables hacia las personas mayores, que den confianza a mayores, familiares y cuidadores del tránsito del mayor por los espacios públicos, hospitales, parques, mercados, centros de servicio en general, por mencionar algunos; no debe ser la persona mayor quien debe aceptar y resignarse a que ya no puede hacer todo porque se pone en peligro y de lastimarse causa “inconvenientes”, es la sociedad la que debe cambiar y

adecuarse para asegurar los derechos de las personas hasta el final de sus vidas.

Asimismo, como integrantes de la sociedad debemos revisar nuestras actitudes hacia los mayores, la vejez y el envejecimiento; ¿qué principios y valores nos guían?, ¿podemos bajar el ritmo de nuestra vida para integrar a la persona mayor, para normalizar su tránsito en todas las esferas de la vida y con ello preparar el camino hacia la propia vejez?

La ONU en su plan para la Década del Envejecimiento Saludable (2021 – 2030) invita a la sociedad al cumplimiento de estos dos objetivos, entre otros:

- 1) Cambiar la forma en que pensamos, sentimos y actuamos hacia la edad y el envejecimiento.
- 2) Fomentar las capacidades de las personas mayores: a) satisfacer las

necesidades básicas, b) de movimiento, c) de establecer y mantener relaciones, d) de aprender, creer y tomar decisiones, y e) de contribuir a la sociedad.

El logro de estos objetivos se puede ver fortalecido u obstaculizado en razón de la creación de espacios y comunidades que promuevan y respeten la autonomía de la persona mayor. Para crear estos espacios seguros se debe proporcionar información y promover colaboraciones interdisciplinarias.

VI. Conclusiones

- La autonomía es un derecho humano reconocido en instrumentos internacionales y leyes federales que tienen por objetivo la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

- Los estereotipos negativos sobre la vejez y el envejecimiento que conllevan a que la población en general considere a las personas mayores como frágiles, vulneradas y sin capacidad de decisión, deriva en acciones y actitudes por parte de sus familiares, cuidadores, profesionales de servicios y la sociedad en general, que vulneran sus derechos, entre ellos, el derecho a tomar decisiones sobre su salud y actividades de su vida diaria.
- Si bien las capacidades de las personas mayores se pueden ver disminuidas, ello no se traduce en que pierdan su capacidad para tomar decisiones sobre su salud o su propia vida. Aun cuando algunas personas mayores presentaran diferentes grados de dependencia para realizar actividades cotidianas, estas no los incapacita para tomar decisiones o ejercer su autonomía.

- Una persona mayor tiene capacidad de tomar decisiones y de ejercer su autonomía hasta que no se demuestre lo contrario, y siempre y cuando exista una valoración profesional que constate la ausencia de las habilidades para ello.
- Coartar la autonomía y no respetar las decisiones de las personas mayores constituye un tipo de maltrato, en razón de que vulnera un derecho protegido por la ley y porque genera un daño emocional concurrente en la persona mayor.
- Familiares, cuidadores y profesionales que manejan servicios para las personas mayores pueden por desconocimiento, falta de preparación y/o cansancio (por las cargas que implica el cuidado), caer en actitudes de maltrato hacia la persona mayor, por lo que se requieren de acciones de sensibilización, apoyo estructural y

emocional a quienes interactúan con ellos.

- El no respeto a la autonomía de las personas mayores no puede sólo tratarse como un problema de dinámica familiar. La sociedad y en especial el Estado deben tomar acciones y responsabilizarse para que existan las condiciones sociales y estructurales para que las personas mayores puedan ejercer sus derechos hasta el final de su vida.

Por supuesto lo anterior, requiere disposición de profesionistas, cuidadores y familiares para poder llevarse a cabo. La persona mayor debe percibir esa disposición, de lo contrario la condenamos a aislarse y a no poder integrarse, y por supuesto a no poder ejercer sus derechos como el resto. Al disminuirlos en su decisión, los disminuimos en su capacidad de conectarse con la vida y la

sociedad, porque vulneramos su psique, su valor y su presencia como personas.

Una persona mayor que se siente escuchada, respaldada y apoyada tendrá más oportunidades de una vejez digna, que lo impulse en sus capacidades de autocuidado.

Bibliografía

- Anaya Huerta, A. (2020) “Reporte sobre la magistratura del Mundo”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Año XVII, no. 3773, pp. 6-7. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/reporte_magistratura_mundo/documento/2020-08/12%20DE%20AGOSTO%20DE%202020.pdf [Consultado 04-10-22]
- Carles Rovira, J. y Rivero, A. (2019). “Envejecimiento, dependencia y cuidados informales”, España: Fundación IL3 Universidad de Barcelona
- CEPAL. (2015) “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilateral_es_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp [Consultado 04-10-22]
- Dabove, M. I. (2020) “Derecho a la vejez en tiempos de pandemia”, *Revista de la Facultad de Derecho*, (49) jul-dic, 2020, p.6. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.22187/rfd2020n49a10> [Consultado 04-10-22]
- Domínguez, D. *et al.* (2019) “Envejecer en la CDMX: perspectivas y retos.”, en Flores Julia (coord.) *Inventario de la Ciudad de México: presente y futuro de su gente*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t.II, pp. 238-243. Disponible en: <https://inventariocdmx.juridicas.unam.mx/sites/all/t>

hemes/base/Tomo_II/html5forpc.html?page=0
[Consultado 04-10-22]

Huenchuan, S. (ed.), (018). “*Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos, Libros de la CEPAL*”, N° 154 (LC/PUB.2018/24-P), Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44369/1/S1800629_es.pdf [Consultado 04-10-22]

Huenchuan, Sandra (ed). (2022). “*Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores*”, Costa Rica: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores (cepal.org)

Moya, A. y Barbero, J. (2008) “*Malos tratos en personas mayores: marco ético*”. *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, Volumen 38, Número 3, pp. 177 -185. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-geriatria-gerontologia-124-articulo-malos-tratos-personas-mayores-marco-S0211139X03748793> [Consultado 04-10-22]

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2020). *Comunicado de la nueva enfermedad por el coronavirus 2019 (COVID-19)*: Disponible en: <https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia> [Consultado 04-10-22]

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2021). “*Década del Envejecimiento Saludable. Informe de*

Referencia. Resumen”. Disponible en: 9789240039759-spa.pdf (who.int) [Consultado 04-10-22]

Secretaría de Gobernación México (SEGOB). (2019) *Comunicado 2020-019*, Disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/discriminatorio-limitar-acceso-a-personas-con-necesidades-particulares-a-supermercados-y-establecimientos-de-alimentos-y-productos?idiom=es-MX> [Consultado 04-10-22]

Siurana Aparisi, J. C. (2010). “Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural”. *Revista Veritas*, (22). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006> [Consultado 04-10-22]

Directorio:

Dr. Marco Antonio Tinoco Álvarez
Presidente

Dra. Sonia Zavala López
Lic. Carlos Eduardo Rangel Otero
Lic. Brenda Ilayali Navarrete Vásquez
Lic. Juan Rivera Sánchez
Consejo Ciudadano

M. en D. Ángel Botello Ortíz
Secretario Ejecutivo

Dra. Irma Nora Valencia Vargas
Secretaría Técnica

Lic. Magda Lilia Renero Sifuentes
*Coordinación de Estudios,
Capacitación y Divulgación*

Lic. María Teresa Cardona Ramírez
Unidad de Comunicación Social

**Derechos Humanos en
Perspectiva**

SE TERMINO DE IMPRIMIR
EN OCTUBRE DEL 2022
EN LOS TALLERES DE
IMPRESION LINEALES
EL TIRAJE ES DE 10
EJEMPLARES.

Derechos Humanos en Perspectiva

Obra Colectiva



Derechos Humanos en Perspectiva

Derechos Humanos en Perspectiva

© José Miguel Cabrales Lucio, Alma Delia Gámez Huerta, Elda Ruth De Los Reyes Villarreal, Anna-Emilia Hietanen, Carlos Morales Sánchez Mariana Yáñez Unda, Gerardo A. Herrera Pérez, Isabel Lovrinkevich, Jesús Guillermo Belman Leal, José Refugio Rodríguez Nuñez, Doris Domínguez Zermeño. [2022]

ISBN: [número de ISBN]

Impreso por [nombre de la imprenta]

Impreso en México-Printed in Mexico

Coordinación Editorial: Sonia Zavala Lopez

Diseño de Portada: Manlio S. Rivadeneyra Peña R.

Formación Editorial: Julio Cesar Bermúdez Paz. Alejandro Sandoval Rocha. Manlio S. Rivadeneyra Peña R.

La edición de esta obra estuvo al cuidado de la Coordinación de Estudios, Divulgación y Capacitación de los Derechos Humanos de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán de Ocampo-

Las opiniones vertidas en este libro son responsabilidad del autor, y no reflejan necesariamente la opinión de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán de Ocampo

La Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán de Ocampo conforme al derecho al acceso a la información per se al conocimiento; Queda permitida y abierta la reproducción total o parcial de los textos publicados, en cualquier formato, salvo por explícita voluntad de la autora o del autor y solo en caso de las ediciones con ánimo de lucro.

Derechos Humanos en Perspectiva

*“...Un Derecho no es algo que
alguien te da; es algo que nadie te
puede quitar.”*

Ramsey Clark -.

Derechos Humanos en Perspectiva

Contenido

Prologo: Derechos Humanos en Perspectiva 1

Manuel Vidaurri Aréchiga

Capítulo I

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: el caso del amparo en revisión 307/2016. Laguna del carpintero en Tampico,

Tamaulipas.....09

José Miguel Cabrales Lucio, Alma Delia Gámez Huerta, Elda Ruth De
Los Reyes Villarreal

Capitulo II

Derecho a la educacion inclusiva y libre de

violencia.....63

Anna-Emilia Hietanen

Capitulo III

Ley para la prevencion y atencion socioeconomica de las violencias del estado de Tamapulipas. Analisis jurídico con perspectiva de Derechos Humanos 95

José Miguel Cabrales Lucio, Alma Delia Gámez Huerta, Elda Ruth De
Los Reyes Villarreal

Capítulo IV

El derecho de la persona indígena al acceso pleno a la jurisdicción del Estado.....	137
--------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Carlos Morales Sánchez, Mariana Yáñez Unda.

Capítulo V

La Homosexualidad.....	219
-------------------------------	------------

Gerardo A. Herrera Pérez

Capítulo VI

Cuando el derecho es usado para vulnerar la autonomía.....	295
-------------------------------------------------------------------	------------

Isabel Lovrincevich

Capítulo VII

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Propuestas para mejorar su funcionamiento.....	349
---------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Jesús Guillermo Belman Leal, José Refugio Rodríguez Nuñez.

Capítulo VIII

El derecho a la autonomía en las personas mayores.....	395
---------------------------------------------------------------	------------

Doris Domínguez Zermeño.

Prólogo:

Los Derechos Humanos o La Promesa De Una Vida Con Dignidad

El eventual lector tiene en sus manos un documento que quiere contribuir a la construcción de una cultura social vinculada con el respeto a la dignidad, entendida ésta no tanto como valor jurídico (que lo es), sino como una forma de vida en comunión con quienes nos rodean, sin importar su condición o circunstancia. Vivir con dignidad nos enseña que ofender la dignidad de alguien es igual a quebrantar la propia. Por desgracia, la realidad indica que ese *desiderátum* por la dignidad dista mucho de alcanzar el elevado plano ideal en el que siempre le colocamos.

Pensar en los derechos humanos, especialmente en la complejidad de su concreción y, sobre todo, su efectiva materialización, nos remite al conocido mito

griego de Sísifo. Esta metáfora nos ilustra acerca de la importancia de encontrar el sentido de las cosas, de aquello que hacemos con tenacidad, constancia y concentración, tal cual sucede con la defensa y promoción de los derechos humanos.

La historia de Sísifo -sujeto ambicioso y violento- ha trascendido por el especial castigo que recibió debido a la caída de infamias en las que incurrió en su afán de mantener el poder. Como muchos saben, la penitencia consistía en empujar diariamente una pesada roca desde la base hasta la cima de una enorme montaña. Tan redonda era la piedra que al llegar a la cima rodaba nuevamente hasta la falda de la montaña, desde donde debía iniciar de nuevo la rutina, en un infinito hacer y volver a hacer.

La tarea de quienes defienden y estudian los derechos humanos, sin que tal sea

propriadamente un castigo, se asemeja (toda distancia guardada) a la perpetua y mecánica labor de Sísifo de llevar la piedra a la cima, de donde irremediadamente caerá para empezar tantas veces como días tiene el año. Dejando las metáforas a un lado, tal vez habría sido más sencillo decir que el triunfalismo está francamente reñido con la causa *derechohumanista*, donde lo permanente se traduce en insistir, reiterar, refrendar, en suma, volver a empezar cada día, aunque a veces el desencanto asome por la rendija.

Como si fuera una desesperante banda sin fin, la jornada cotidiana por los derechos humanos nos lleva a confrontar la inequidad, el abuso de poder, la discriminación, la intolerancia o las faltas de solidaridad, tristes y enojosas formas de vulnerar esas facultades, prerrogativas o libertades que pretenden el desarrollo multidimensional de la persona humana. Por fortuna, en la procuración de la

dignidad humana, no son pocas las voluntades que se asocian vigorosas, firmes y entusiastas.

Prueba de lo dicho es este libro que lleva por título **Derechos Humanos en Perspectiva**, en directa sintonía con la poliédrica mirada desde la que observa, practica y garantizan aquellos. En las páginas que componen el opúsculo se da cuenta detallada de ciertos rubros donde se requiere poner mayor énfasis, o desarrollar mejor su comprensión y alcances, pero también se enfatizan aquellos otros que temas que reclaman puntual atención.

Quien decida leer -estudiar- los capítulos que componen el volumen, podrá conocer el análisis que realizan José Miguel Cabrales Lucio, Alma Delia Gámez Huerta, Elda Ruth De Los Reyes Villarreal en dos ensayos, uno sobre los *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, a partir del amparo en revisión 307/2016*, y otro sobre que contiene un *análisis*

jurídico con perspectiva de derechos humanos sobre la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias del Estado de Tamaulipas.

En otro apartado, Anna-Amilia Hietanen ofrece sus consideraciones sobre el *Derecho a la educación inclusiva y libre de violencia*; mientras que Carlos Morales Sánchez y Mariana Yáñez Unda se ocupan de *El derecho de la persona indígena al acceso pleno a la jurisdicción del Estado*; Gerardo A. Herrera Pérez propone reflexionar acerca de la homosexualidad; y Doris Domínguez Zermeño revisa *El derecho a la autonomía en las personas mayores*.

De Isabel Lovrinevich se agrega su texto denominado *Cuando el derecho es usado para vulnerar la autonomía*; y cierra el libro el escrito de Jesús Guillermo Belman Leal y José Refugio Rodríguez Nuñez sobre el Sistema

Interamericano de Derechos Humanos, realizando propuestas para mejorar su funcionamiento.

Es pertinente señalar que, en buena hora, esta obra colectiva fue impulsada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Michoacán y cuidadosamente coordinada por la Doctora Sonia Zavala López, Consejera del referido organismo y a quien aplaudimos su valiosa iniciativa.

Estoy convencido de que quienes han dedicado su tiempo y aplicado su talento, conocimiento y sensibilidad en la redacción de los capítulos enunciados han tenido en mente que los derechos humanos, en su conjunto, se dirigen al rescatar la dignidad de la barbarie. Creo firmemente que quienes los estudian, invocan, garantizan y hacen valer son, en definitiva, auténticos garantes de ese supremo valor humano. Todas y todos quieren cumplir la

promesa que subyace en la filosofía de los derechos humanos: poner las condiciones mínimas para vivir la vida con dignidad.

Después de leer esta obra, el lector podrá comprobar que aún queda mucho por avanzar. Pero siendo bueno empezar, mejor será no abandonar e insistir.

Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga

Profesor investigador en la Universidad De La Salle Bajío
Ex Procurador de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato
Miembro del Instituto Latinoamericano del Ombudsman

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: el caso del amparo en revisión 307/2016. Laguna del carpintero en Tampico, Tamaulipas*

Dr. José Miguel Cabrales Lucio*

Dra. Alma Delia Gámez Huerta*

* Parte de esta investigación se presentó de manera virtual, en el Segundo Congreso Internacional en Derechos Humanos celebrado los días 19, 20 y 21 de mayo de 2022, en el que participaron como Organizadoras, diversas instituciones entre las que se encuentra la Universidad Autónoma de Tamaulipas por medio de la Clínica de Derechos Humanos (que en su área de investigación científica se profundizó en el contenido de este trabajo de investigación, siendo fundamental para su final presentación) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico). Además cabe destacar que posterior al Congreso y las re de ideas se fortaleció este documento.

* Doctor Internacional en Derechos Fundamentales y libertades públicas por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Fundador y Coordinador de la Clínica Multidisciplinaria de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UAT-Campus Tampico - Madero. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT) Nivel 1. jmcabrales@docentes.uat.edu.mx.

* Doctora en Ciencias Sociales por el Colegio de Tamaulipas. Profesora de las asignaturas de Metodología de la Investigación y Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tampico. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Secretaria Académica y Responsable de la Unidad de estudios de Género de la Clínica

Maestra Elda Ruth De Los Reyes Villarreal*

Palabras clave: Derechos Humanos, DESCAs, medio ambiente sano, interpretación constitucional, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Resumen

Para lograr promover una amplia difusión y protección de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCAs), es prioritario que estos sean de conocimiento, dominio público y cotidiano de la sociedad, de las instituciones gubernamentales y privadas. Por otra parte, y al margen de lo anterior, el

Multidisciplinaria de Derechos Humanos
alma.gamez@docentes.uat.edu.mx.

* Licenciada en Derecho. Maestra en Docencia en Educación Superior. Profesora en las maestrías en Derecho y Ciencia Política y Administración Pública. Investigadora doctoral en Derecho Constitucional y electoral. Actualmente Directora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico) de la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

análisis e interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) revisa y evalúa diversos casos de casos en torno a la violación de los DESCAs. Uno de los ejemplos más emblemáticos ha sido el relativo al Amparo en Revisión 307/2016, proyecto del Parque Temático-Ecológico en la Laguna del Carpintero en Tampico Tamaulipas. En este caso estaba involucrado el proyecto de la preparación del sitio y construcción del Parque Ecológico, lo que según la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación violaba el derecho humano a un medio ambiente sano y digno.

Dicho caso refleja importantes argumentos para continuar con la acción profunda y la creación de conciencia social de una cultura de los derechos humanos en materia ambiental específicamente. Lo anterior, debido a que en el caso concreto, las acciones de construcción afectaron a un área

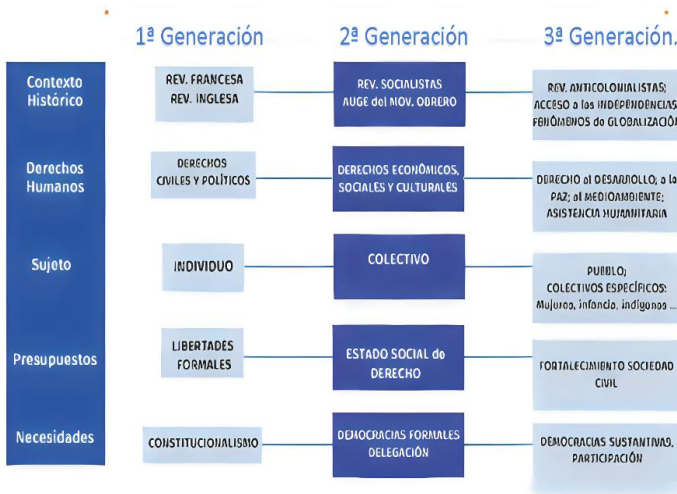
protegida a nivel mundial, las zonas de manglares. Se procedió a recurrir a las instancias de la justicia federal, la SCJN para resolver este caso y señalar la necesidad de protección de los DESCAs, en especial los ambientales, siendo este un caso seguido desde el 2014 y con sentencia aprobada el 14 de noviembre de 2018, año en que se resolvió a favor de la preservación de la zona de manglares protegidos. En el 2022 el área protegida por el ARV ya no existe debido a la tala y reforestación enfocada para la promoción del cambio del suelo para la construcción de proyectos urbanos. Lo anterior, evidencia la necesidad del fomento y desarrollo conceptual de los DESCAs y su reconocimiento expreso en las diferentes esferas tanto jurídicas como sociales.

1. Una introducción. Los derechos humanos y los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

Los derechos humanos son inherentes al ser humano, por su simple condición, y encuentran su esencia misma en la dignidad humana; la realización de todos los derechos humanos resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona, su reconocimiento como derechos subjetivos surge a partir de que se integran en normas jurídicas que tienen el carácter de supremas; erigiéndose así como verdaderos apoderamientos jurídicos exigibles a los Estados, para finalmente constituirse como condiciones *sine qua non* para la legitimación de un Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos humanos ha sido de manera gradual, iniciando

por medio de diversos movimientos históricos desde la revolución francesa, la independencia de los Estados Unidos de América, el auge del movimiento obrero, entre otros movimientos, como se ilustra en la imagen 1.

Imagen 1. Generaciones de los derechos humanos



Fuente: Creación propia.

La fundamentalidad de los derechos humanos y su reconocimiento jurídico.

De los derechos humanos a los derechos fundamentales. En la doctrina y en la teoría existe una gran confusión sobre la terminología aquí utilizada. Sin entrar a explicar con todo detalle, por ahora diremos que los derechos humanos tienen un alcance superior, que no admite límites ordinarios ni siquiera con motivo de las fronteras nacionales, políticas y jurídicas. Los derechos humanos son más amplios que los derechos fundamentales que dependen en buena medida del reconocimiento y protección que al nivel más alto (pero nacional) se les otorgue en el marco normativo interno de cada país, por ejemplo en las constituciones. Es precisamente esta distinción teórica y dogmática la que también cobra especial relevancia a la hora de hablar de DESCAs, ya que la fundamentalidad (en términos jurídicos como aquí lo mencionamos), es precisamente lo que está en constante

debate, puesto que la seguridad y respaldo jurídico al más alto nivel es lo que es variable según el país del que hablemos, cuando se trata de los DESCAs. La historia y la tradición en buena medida se ha visto reconfigurada debido a factores jurídicos y políticos. Pensemos por lo pronto en el pasaje histórico en el que pasamos del antiguo régimen al nuevo régimen, también llamado Estado de Derecho posterior a la Revolución Francesa de 1789 en el que podemos afirmar el Imperio del Derecho o imperio de la Ley. A partir de esa fecha podemos hablar del surgimiento de los Estado nación en el que se fortalece el orden jurídico nacional y por lo tanto, el poder de los instrumentos jurídicos más importantes de cada país.

Para desarrollar y comprender esta evolución de la teoría de los derechos es fundamental acudir a las aportaciones de Jhon Rawls sobre la justicia y el velo de la ignorancia (que ha servido para muchos desarrollos tales

como el sistema acusatorio y oral en México). Así mismo, es crucial revisar las aportaciones de Luigi Ferrajoli y su postura del garantismo en la que los derechos humanos se visualizan como una manifestación de la protección más amplia a las personas. No obstante, desde otro punto de vista Norberto Bobbio afirma que no existe un fundamento universal absoluto para los derechos, es decir, tiene una propuesta de diversidad de fundamentos (enfoque contextual temporal). Esta es una postura minoritaria pero probablemente efectiva. Esto nos permite entender el proceso en el que algunos países llevan los derechos fundamentales a los derechos constitucionales y sobre todo en el caso de México, a las garantías individuales que por lo menos en el Siglo XX fueron protagonistas en nuestra Constitución y por lo tanto, en el imaginario jurídico global.

Así para entender y sobre todo para poder llevar a la práctica los derechos humanos

en general y sobre todo los DESCAs, es necesario tener presente su protección jurisdiccional. Es decir, el grado de positividad, el grado de vinculación y el grado de efectividad que esperamos de estos derechos. Para ello, desde la tradición jurídica italiana las aportaciones de Mauro Cappelletti con la Jurisdicción de la Libertad son muy útiles. Ahí, se refleja desde el procesalismo científico del Siglo XX en Italia el impulso que a la libertad se le puede dar desde el ámbito judicial. En el marco de un iuspositivismo, en el que hay primero un reconocimiento jurídico y a la par una protección judicial. Algo que según Luigi Ferrajoli es crucial al grado de vincular ineludiblemente al derecho con su garantía jurisdiccional, llegando a afirmar que sin garantía no hay derecho realmente. Con estas ideas, se abandona paulatinamente la vieja y clásica tradición jurídica de considerar exclusivamente a los derechos como limitaciones al poder público. En esta visión

subyace y significaría solo encontrar violaciones a derechos en las acciones del Poder y autoridad típica y tradicional. Sería una visión objetiva de los derechos humanos, en la que no cabrían los DESCAs. El enfoque en esta visión clásica es al Estado, es a limitarlo y no al ser humano. Hay que decir que es y sobre todo fue, una concepción útil, en términos pragmáticos, es decir, sí funcionó para lograr una limitación del poder, que era lo que finalmente se quería en la época del Siglo XIX, aunque no suficiente ni adecuada a los DESCAs, ya que al no tener como eje central de importancia al ser humano, las necesidades básicas para subsistir de este, no estarían en primer plano como implican los DESCAs.

Desde el punto de vista conceptual, algunos autores definen a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) a través de una descripción de los derechos que componen estas categorías. No

obstante se crean debates conceptuales respecto a la relación de ciertos derechos con otros, por ejemplo, al integrar una definición de los derechos ambientales dentro de la categoría de la DESC, se lleva a relacionar al derecho humano al medio ambiente con el término “derechos ambientales”, los cuales tendrían que abarcar una definición más amplia. El mismo caso ocurre con los derechos culturales, ya que con este término se engloban las diversas esferas, en cambio el derecho a la cultura es un área específica. Para esta investigación, se retomarán los conceptos que se han utilizado por teóricos en temas de derechos humanos, no obstante se hace la aclaración del debate que pueda surgir.

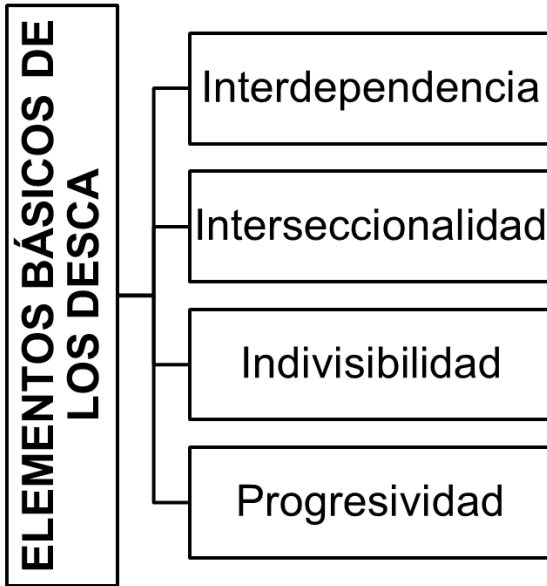
Algunos de los análisis desde un punto de vista conceptual, recuperados son los que se detallan a continuación y que se consideran importantes para su entendimiento; por ejemplo los **derechos económicos**, para

Francisco Puy (1998) se relacionan con las implicaciones socioeconómicas, entendiéndose, desde la expresión doctrinal, como una subclase de los “derechos humanos”. Pues de este derecho económico derivan otros como son la alimentación, el vestido, a la vivienda, la salud, a la medicación, la propiedad, a la autotutela, entre otros más. Mientras que los **derechos sociales**, se podrían definir como prestaciones y prerrogativas sobre bienes materiales, por ejemplo, el derecho a un mínimo ingreso, a la vivienda, a la educación o a la salud, entre otros. Son configurados como derechos positivos.

Por otro lado, los **derechos culturales**, son definidos como el acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. Como obligación del Estado constituye la necesidad de las

autoridades de promover los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, en sus manifestaciones tangibles e intangibles, con pleno respeto a la diversidad cultural, así como la obligación de las autoridades de establecer mecanismos para garantizar el acceso de la población a cualquier manifestación cultural (Hernández, 2015) y por último los **derechos ambientales**, permiten disfrutar de un ambiente que tenga las condiciones de vida adecuadas de calidad tal que permita llevar una vida digna y gozar de bienestar; asimismo, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras, no sólo en beneficio de los mexicanos sino de toda la humanidad (Hernández, 2015).

Imagen 2. Elementos de los DESC.



Fuente: Elaboración propia.

La imagen anterior, ilustra los cuatro elementos que componen a los derechos y que por tanto también están adheridos a los DESC. Uno de ellos es el de interdependencia, el cual según Gialdino

refiere a que “los derechos humanos deben concebirse sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (Gialdino, 2016, p.18). El segundo elemento que contempla los DESCAs, y los derechos en general, es la interseccionalidad. Esta categoría abarca los modelos clásicos de opresión que existen dentro de la sociedad tales como la raza, el género, la nacionalidad, orientación sexual y clase. Todos estos elementos, al no funcionar interdependientemente, crean un sistema de opresiones que se representan con la discriminación y las formas de poder y privilegios (Chirix, E. y Sajbin, V. 2019).

Aunado a esto es importante el elemento de la indivisibilidad ya que, según Favela (2016), los derechos humanos no deben ser considerados en forma aislada, sino como parte del conjunto de todos los derechos

humanos. Además de que tienen la característica de la progresividad, es decir que, los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al sólo poder aumentar, progresan gradualmente. La naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique (Mancilla, R. 2015, p.83).

En el imaginario social y jurídico de México o Latinoamérica, cuando hablamos de DESCAs hay una natural identificación con los derechos sociales, con lo cual es necesario un desarrollo teórico de los derechos sociales tal como se conciben en Latinoamérica y México

2. Los derechos sociales: una comprensión jurídica y teórica tradicional en evolución.

Los derechos sociales, son derechos iguales a niveles mínimos de subsistencia, dirigidos a reducir las desigualdades. Estos

derechos, guardan especial relación con el principio de igualdad, no solo desde un aspecto meramente formal, pues precisamente esta clasificación de los derechos fundamentales, tiene como fin esencial, establecer condiciones materiales, fácticamente posibles para que todas las personas, en igualdad de circunstancias, accedan, al goce de todos los derechos humanos, principalmente, a aquellas personas que se encuentran en una mayor desventaja social-económica que otros. Además, tal como lo menciona Ruiz (1994), se debe hacer la aclaración de que los derechos humanos no se reducen a los derechos civiles y políticos, sino que comprenden también a los derechos económicos, sociales y culturales básicos, que admite diversificaciones y distinciones.

El gran tratadista en derecho Robert Alexy, prescinde de las tradicionales distinciones entre derechos individuales

(primera generación) y sociales (segunda generación) y ofrece una clasificación de los derechos fundamentales desde su estructura deóntica. Alexy (2007) nomina a los derechos como derecho a algo, así los clasifica en derechos a la defensa; como acciones negativas, al no impedimento de acciones, no afectación de propiedades, en esta clasificación, recaen los derechos civiles y políticos; a diferencia de los derechos sociales, que bajo esta mismo esquema se sitúan como derechos a acciones positivas del Estado o prestaciones en sentido amplio.

Esta visión de los derechos fundamentales nos permite identificar claramente la expectativa, el tipo de comportamiento que exige el derecho-subjetivo. Veámoslo de la siguiente manera, el derecho a la vida es un derecho subjetivo, que se encuentra positivizado-tutelado en una Constitución y/o Tratado Internacional en

materia de derechos fundamentales, es universal en cuanto a la titularidad de los sujetos que son titulares, reconoce una expectativa que exige una conducta de no lesión (negativa) en el ejercicio de ese derecho, pero a su vez también impone un deber, verbigracia, la obligación de respetar la vida de otra persona, y su ámbito imperativo se hace visible al establecer la prohibición de matar, quitar la vida a otro de la misma especie. Bajo esta premisa es plausible establecer que los derechos subjetivos fundamentales contienen garantías consistentes, en prohibiciones y deberes, traducidas estas últimas en obligaciones a cargo de otros sujetos, para su pleno y cabal ejercicio.

Ahora pensemos en un derecho social, el derecho a la salud, es universal para todas las personas, independientemente de su calidad de ciudadano, es un derecho a prestaciones en sentido estricto, expectativa positiva, los

sujetos obligados son el Estado, quien tiene la obligación de destinar recursos económicos del erario público, para la creación de instituciones sociales, que hagan factible el goce del derecho positivo. Los sujetos particulares también se encuentran obligados, pero no primordialmente a destinar recursos económicos, sino, exige una conducta de no lesión, y su garantía es la prohibición de una conducta hipotéticamente establecida en una norma, que ante su violación, trae como consecuencia una sanción.

Todas las personas son titulares universales de este derecho; sin embargo podríamos establecer que en el caso de los derechos sociales, su cabal ejercicio está condicionado al otorgamiento de prestaciones-económicas por parte del Estado, como lo es la creación de instituciones sociales, entre muchas otras de carácter social que implican necesariamente destinar grandes cantidades

de dinero; por lo que, si no se destinan los recursos económicos necesarios y suficientes, se corre el riesgo de que solo sea un mero derecho enunciativo, y en consecuencia su “universalidad” depende de otras circunstancias que son ajenas al derecho social. En consecuencia no todos las personas en todos los países, tendrían la posibilidad de gozarlo, de la misma manera y en igualdad de circunstancias; particularmente en aquellas naciones con altos índices de pobreza y marginación.

Veámoslo de la siguiente forma, un particular almacena en su propiedad residuos tóxicos que son altamente dañinos para la salud pública, y existe una norma que expresamente prohíbe esa conducta a los particulares, entonces al no ser respetada, el particular se hace acreedor a una sanción. O por ejemplo, subsiste que por decreto presidencial todas las clínicas y hospitales ya

sean públicas o privadas; en caso de emergencia deberán brindar la atención médica necesaria para la persona que así lo requiera y cuya vida esté en inminente peligro; estableciéndose en la propia norma una sanción al particular ante la falta de cumplir con su deber-obligación. Podemos establecer que los derechos sociales son derechos a prestaciones en sentido estricto, conductas positivas, cuyo deber, es la obligación a cargo del Estado de destinar recursos económicos, y exige de los particulares una conducta negativa, de no lesión, garantizada mediante prohibiciones establecidas en una norma.

El Estado no solo tiene la obligación de destinar recursos económicos, sino también de crear las normas jurídicas que establezcan las prohibiciones y desarrollen la estructura sustancial del derecho positivo, (el contenido del derecho). Pensemos pues que una norma jurídica establece el derecho a la salud como

un derecho público, accesible a todas las personas, pero no establece la obligación del Estado a destinar recursos económicos; lo cual resulta verdaderamente alarmante. Por qué entonces estamos ante una “laguna” normativa, que no establece el deber de obligar al Estado a destinar prestaciones económicas, que es la expectativa primordial que exigen los derechos sociales. Por ello los derechos sociales son también considerados derechos programáticos, porque dependen de los programas “sociales” que establezca cada gobierno, están sometidos a la voluntad política.

Estas dos visiones la imperativista y programática de los derechos sociales, sustentada primordialmente en prohibiciones, y sanciones, podría destruirlos, porque al no estar garantizado su cumplimiento en una norma que obliga al obligado y garantiza su cumplimiento, entonces el derecho es

meramente enunciativo, nunca podrá materializarse. Los derechos fundamentales son también normas jurídicas, esencialmente por que están tutelados en ordenamientos legales, lo que los dota de positividad, y porque todos ellos, exigen obligaciones a cargo de otros sujetos, en el caso de los derechos sociales, el Estado es el obligado principal, pero también los particulares en una modalidad de no intervención, no lesión.

En este sentido si los derechos humanos consisten en expectativas negativas a las que corresponden prohibiciones de lesión, y en expectativas positivas a las que corresponden obligaciones de prestación, estas obligaciones y prohibiciones se constituyen en sus garantías primarias, y cuando las mismas son vulneradas la obligación de sancionar judicialmente y reparar sus violaciones, se constituye en la garantía secundaria (Ferrajoli, citado en Mejia, R., 2012). Digamos que la norma establece que

pedro (A) tiene derecho a la salud, pero no se identifica la identidad del sujeto obligado, ni en qué consiste su obligación (que es el contenido del derecho), desde una visión normativista, se está en presencia de una laguna normativa, y no de un derecho meramente ficticio. El derecho subjetivo se origina con la norma que lo constituye y a partir del acto de producción de esta, existirá ya, normativamente como tal (Mejía, R., 2012).

Luego entonces el derecho como norma obliga al sujeto obligado a crear las leyes que den contenido y sustancia al derecho subjetivo positivizado en un ordenamiento legal, verbigracia, constitución política o un tratado internacional y a garantizar su cumplimiento. En un estado de derecho democrático los sujetos legitimados para crear normas jurídicas, lo son fundamentalmente, el órgano legislativo, pero también lo puede hacer el poder ejecutivo, otorgándoles la propia

Constitución las facultades para legislar a cada uno en sus respectivos ámbitos de competencia. Bajo este principio de democracia formal y sustancial, podemos establecer que el Estado, a través de sus órganos, tiene la obligación de crear las normas jurídicas que reconozcan los derechos fundamentales, y no solo ello, también garantizar su cumplimiento mediante la imposición de prohibiciones o de crear otras normas jurídicas para darles contenido sustancial y establecer sanciones a sus violaciones.

Veámoslo de la siguiente manera, como aquí ya se expuso, el derecho a la vida es un derecho reconocido en las constituciones y en los tratados internacionales, y que aun y cuando no esté nominalmente expresado, implícitamente si existe, pues es la base de todos los demás derechos fundamentales, este derecho subjetivo, exige en esencia la no

lesión, la no intervención, conducta negativa. El estado creó ese derecho en una norma, y garantiza su cumplimiento mediante la obligación de respetarlo y el establecimiento de prohibiciones; para lo cual el órgano legislativo dio vida a las normas de carácter penal, que establecen hipotéticamente las conductas que son sancionadas al violar un derecho fundamental, en el presente caso, la prohibición expresa a no quitar la vida, a no matar. Los sujetos obligados a realizar conductas son tanto los particulares como el propio Estado cuando se materializa a través de sus Instituciones.

En este ejemplo está claramente establecido cuál es el derecho subjetivo tutelado, la conducta (expectativa que exige), los sujetos obligados, y sus garantías mediante prohibiciones y sanciones. Sin embargo no obliga al Estado a destinar los recursos económicos para la protección del derecho a la

vida, la expectativa de ese derecho, no redundan en prestaciones de carácter económico; pero sucede que el Estado crea órganos de seguridad como las policías, el ejército para salvaguardar la integridad de las personas, mantener un orden y no regresar a un estado salvaje, ello implica, destinar recursos económicos para el establecimiento del orden social, sin que el derecho a la vida “per se”, exija como conducta, una prestación en sentido estricto. Inclusive el Estado tiene la prohibición de dictar leyes que atenten contra los derechos fundamentales (deber de respetar), porque bajo esa hipótesis, estamos ante una antinomia que debe ser anulada por vía jurisdiccional (obligación de garantizar).

Lo mismo sucede con los derechos sociales, son derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en una norma jurídica, que obliga al estado, exigen, el otorgamiento de prestaciones económicas, y también

conductas negativas de no intromisión, y también imponen el deber a los órganos que configuran las leyes, de respetarlos mediante la no creación de normas que violen los derechos fundamentales sociales, y/o mediante la expedición de ordenamientos legales que determinen el contenido, la sustancia de los derechos sociales y garanticen su cumplimiento, ya sea mediante prohibiciones (violaciones) u obligaciones de obligar (destinar recursos económicos).

De esta forma cuando se reconoce un derecho mediante una norma, que no especifica al sujeto obligado ni la obligación o prohibición que le incumbe, dicha norma contiene una obligación dirigida al legislador para que introduzca las garantías primarias y secundarias que faltan, en otros términos para que imponga al sujeto obligado, mediante la previsión de sanciones, la satisfacción de aquel derecho, o sea, de instruir específicas

garantías para el mismo, ya que la introducción de un derecho en un ordenamiento jurídico no puede tener otro sentido sino el que el propio ordenamiento asume la obligación, imponiéndose a los poderes públicos (Ferrajoli, citado en Mejía, R., 2012). Retomando el ejemplo del derecho a la salud, se puede decir que su garantía consiste en la obligación de satisfacerlo, lo cual supone e incluye a la vez, el deber de producir una legislación social que determine y de vida a los órganos obligados a ofrecer las respectivas prestaciones.

Los derechos sociales son derechos fundamentales sólo si el constituyente los configura y organiza con las características y garantías propias de la fundamentalidad de la norma constitucional (Ferrajoli, 2009). El cumplimiento de todos los derechos humanos (los civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales) supone la aplicación de diversos recursos de todo tipo y el diseño

institucional para el cumplimiento de todos los derechos fundamentales. Los derechos existen si y sólo si están normativamente establecidos, así como las garantías constituidas para sus obligaciones y las prohibiciones correspondientes existen si y solo también ellas se encuentran normativamente establecidas.

3. Marco Normativo

Considerando las reflexiones teóricas en el epígrafe anterior de los DESCAs, es necesario, desde un punto de vista mucho más profundo, describir y mencionar un conjunto de documentos e instrumentos que constituyen el marco normativo de referencia para encuadrar las investigaciones, acciones y desarrollo de los DESCAs en México. Se le llamará Marco Normativo ya que incluirá el Marco Jurídico y el Marco Político de referencia.

Marco Jurídico Internacional

El Marco jurídico se compondrá por el nombre jurídico del documento, así como la decisión de los órganos jurídicos encargados de aplicar estos instrumentos.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Americana sobre Derecho Humanos.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales : “Protocolo de San Salvador”

Marco Político Internacional

- Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Marco Normativo Nacional

El país de México se encuentra vinculado por el marco normativo el cual contiene un marco jurídico y político, ambos globales que incluyen tratados, convenciones, agendas y declaraciones internacionales firmados, ratificados y aceptados por el Estado Mexicano. Así mismo, el Marco Político contiene distintos documentos que en la actualidad tienen más poder e impacto, mientras que otros pueden no tener tanto poder, pero que de igual manera son relevantes para la investigación en curso y por lo tanto, se señalarán de manera coyuntural aquí.

Marco Jurídico Nacional.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Primera constitución en el mundo en contener derechos sociales).

Derechos Sociales en la Constitución.

- Artículo 2o. Derecho de grupos sociales
- Artículo 3o. Derecho a la Educación
- Artículo 4to Derecho a la salud, Derecho a la alimentación, Derecho a la vivienda, Derecho al medio ambiente sano, Derecho al Agua, Derecho a la cultura, Derecho al Deporte.
- Artículo 5o. Derecho al Trabajo
- Artículo 27. Derecho al agua
- Artículo 123. Derecho al trabajo, seguridad social

Leyes Federales y Generales.

- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Ley General de Salud.
- Ley General de Educación.
- Ley General de Educación Superior.
- Ley Reglamentaria del Artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Mejora Continua de la Educación.
- Ley de Vivienda.
- Ley Federal del Trabajo
- Ley General de Cultura y Derechos Culturales.
- Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.
- Ley General de Cultura Física y Deporte
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
- Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al

Medio Ambiente del Sector
Hidrocarburos.

- Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

Marco Político Nacional.

Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

4. Incorporación de los DESCAs en México: el caso de la Laguna del carpintero AR 307/2016 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los DESCAs han pasado por un proceso de integración constitucional que aún no culmina en el país, según la Comisión Nacional de las Naciones Unidas (2019), se

establecieron en la Constitución Política desde su promulgación en 1917 en donde se contemplaban varios de ellos y además fue de las primeras constituciones en el mundo en consagrarlos. Se estima que hay una incorporación paulatina de los DESCAs en el imaginario jurídico y social, derivado de un impulso progresivo y muy importante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por consiguiente, el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales es prioritario, pues estos propician los espacios de libertad del ser humano en forma individual o como parte de una comunidad que promueven el pleno goce y disfrute de lo que a su propia naturaleza le pertenece, derivadas de una serie de movimientos sociales, económicos, políticos y culturales provocados por la desigualdad social que se ha dado en el mundo entero y que se manifiesta en la mala distribución de la riqueza;

en la dificultad para acceder a algún trabajo; a capacitación profesional, o a la educación y, en general, a la satisfacción de las necesidades básicas como son la alimentación y la vivienda, entre otras (Hernández, 2015).

Por lo que respecta al caso particular de indudable relevancia para nuestros propósitos en esta investigación, relativo al AR 307/2016 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es necesario recordar el contexto que permite identificar las circunstancias que justifican su inclusión en esta recopilación. En el año 2014, la Laguna del Carpintero, ubicada en el centro de Tampico, Tamaulipas se vio amenazada por la construcción del proyecto denominado “Parque Temático-Ecológico Laguna del Carpintero” (Parque Ecológico), consistente en la preparación del sitio y construcción del “Parque Temático Ecológico Centenario”, en el cual se contemplaba el desarrollo de una superficie de

aproximadamente 16 hectáreas colindantes al humedal “Laguna del Carpintero” de un parque ecológico.

Las zonas de manglar, protegidas por la legislación ambiental, y áreas inundables, que son hábitat de especies migratorias, se vieron en riesgo. Durante el transcurso de las obras de construcción del “Parque Temático Ecológico Laguna del Carpintero” (Parque Ecológico) se realizó una tala ilegal de mangles y se destruyó el ecosistema del área destinada a preservación y esparcimiento cultural, lo que causó un daño irreparable al ecosistema de humedales, manglares y especies terrestres y acuáticas, en perjuicio de los habitantes de la ciudad de Tampico, Tamaulipas. Asimismo, manifestaron que el proyecto se había procedido sin la existencia de un informe de impacto ambiental emitido por la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT). La destrucción de humedales y manglares que se actuó para la referida

construcción vulneró el derecho humano a un medio ambiente sano.

Evolución del ecosistema de la Laguna del Carpintero (2012-2022)



Imagen 3. Zona de Manglares antes de la tala ilegal al 2007

Fuente: Google Maps, 2007



Imagen 4. Laguna del Carpintero al 2012

Imagen 5. Laguna del Carpintero 2014

Fuente: Google earth pro, 2022.

Fuente: Google earth pro, 2022.



Imagen 6. Laguna del Carpintero al 2016

Imagen 7. Laguna del Carpintero al 2017

Fuente: Google earth pro, 2022

Fuente: Google earth pro, 2022



Imagen 8. Laguna del Carpintero 2022

Fuente: Google earth pro, 2022

Las imágenes anteriores demuestran la evolución del ecosistema de la Laguna del Carpintero al pasar por las diversas etapas de construcción. En la imagen 4, se evidencia la vegetación que existía y el territorio ocupado por ella. Con el inicio del proyecto del Parque Ecológico en el 2014, se demuestra, en la imagen 5, la tala de la vegetación y la destrucción casi total en la zona. Posterior a la aplicación del amparo, comienza una reconstrucción del área dañada y se comienza a restaurar el territorio (figura 6). No obstante, en el periodo 2017-2022, con la construcción del Parque Metropolitano de Tampico, la vegetación se dañó nuevamente y las áreas verdes son casi nulas.

De este importante caso derivan principios de interpretación de la mayor relevancia y que marcarán en nuestro tiempo la forma en la que debe interpretarse el derecho humano a un medio ambiente sano y digno. Por ejemplo, dentro de estos principios estarían;

El principio de precaución que consiste en que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente" (Declaración de Río).

El Principio de no regresión. Se limitan las posibilidades de disminuir o modificar injustificadamente cualquier nivel de protección alcanzado con la declaración especial de protección. En este sentido, el concepto de nivel de protección alcanzado es fundamental para la aplicación de este principio.

El Principio de Participación Ciudadana. Implica el de iniciativa pública, pues es necesario reconocer un rol proactivo del Estado en la protección al medio ambiente en términos del orden constitucional y convencional.

El Principio de *in dubio pro natura*. Ante la duda sobre la certeza o exactitud científica

de los riesgos ambientales, se debe resolver a favor de la naturaleza.

Interés legítimo sobre el Amparo 307/2016. El Caso de la Laguna del Carpintero en Tamaulipas.

Uno de los aspectos más importantes desde el punto de vista del Derecho Procesal Constitucional es la ampliación del alcance del interés legítimo en el juicio de amparo para lograr la defensa más amplia del derecho humano a un medio ambiente sano y digno. Considerando la regulación y protección constitucional contenida en el artículo 4to y sobre todo la relación de estos derechos con su previsión en el artículo 1ero. la Suprema Corte de Justicia de la Nación menciona el concepto de “entorno adyacente”. Este concepto comprende todo el espacio físico de influencia de un determinado ecosistema en las que brinda sus servicios ambientales, es decir, en todo el espacio físico que se ve impactado por

el recurso natural del que pueden disfrutar y gozar las personas de manera directa y sobre todo de manera indirecta. Bajo este concepto el interés con el que pueden acudir en amparo las personas es difuso, y hasta cierto punto (desde la perspectiva teórica tradicional), incierto. Sin embargo, desde la actual postura teórica y global del acceso universal a la justicia y sobre todo del espíritu de la reforma Constitucional de 6 de Junio de 2011 y de abril de 2013 a la Ley de amparo, así como de la determinada interpretación que de este marco jurídico hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

5. Algunas conclusiones

Existe un debate aún abierto en muchos aspectos de los DESCAs en el mundo, en México y en cada una de las Entidades Federativas. El debate incluye en un primer momento, el problema conceptual, y la falta de argumentos sólidos para concluir la pertinencia

o no de la división conceptual entre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Tal parece que la comunidad académica ha consensuado tácita y en algunas ocasiones, expresamente, que es mejor incluir y no dividir los derechos que entrarían en la categoría de DESCAs. Por lo anterior, se hace la recomendación de realizar aclaraciones conceptuales y fortalecimiento de la teoría de los DESCAs. Para lograr la justiciabilidad de los derechos sociales, estos deben ser protegidos y aplicados por las instituciones gubernamentales a través de programas e infraestructura de calidad, con el fin de que las personas gocen de ellos de manera uniforme. Además, se hace énfasis en las obligaciones que el Estado tiene en la aplicación de los derechos sociales con el fin de asegurar el acceso de las personas a tales derechos y que no estén condicionados por sus posibilidades económicas.

6. Bibliografía y fuentes de información.

1. Cabrales Lucio, José Miguel. “Los derechos sociales. Una propuesta de interpretación conforme en el control constitucional de la ley” [en línea]. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid*, núm. 16, julio 2012, pp. 3-22. <http://universitas.idhbc.es/n16/16-02.pdf>. [Consultado: 9 de septiembre de 2014].
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*, San José: CIDH.
3. Desca Equipo Pueblo (2006). *Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Exigibilidad y justiciabilidad de los DESCAs en la Ciudad de México*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
4. Ferrajoli, L. (2009). *Garantismo*. 2da Ed. España: Trotta.

5. Gómez Gómez, H. M. (2021). "Derecho a un ambiente sano. El caso del Manglar de la Laguna del Carpintero". *Revista IUS Acceso a La Justicia Ambiental en la Vía Jurisdiccional*, vol. 16, pp: 65-108. Disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/articulo/view/714/808> [Consultado 06-10-22]
6. Gutiérrez Ortíz Mena, A. "La justiciabilidad del Derecho a la salud en México". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5. pp. 325-363.
7. Hernández, A. (2015). *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el nuevo Modelo Constitucional de Derechos Humanos en México*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/reflexiones-teoricas-sobre-el-papel-de-los-tribunales-constitucionales-frente-los-derechos> [Consultado 06-10-22]
8. Bovero, M. (2001) *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*: Editorial Trotta.
9. México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma: 28/05/2021. Disponible en:

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> [Consultado 06-10-22]

10. México. Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma: 21/02/2021.
11. México. Comisión Municipal de Agua Potable. Recomendación NÚM: 038/2015. Disponible en: <https://desca.cndh.org.mx/Content/reco/TAM/Agua/38-2015.pdf>.
12. México. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión: 307/2016.
13. Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/relaciones-institucionales/documentos/principiosMedioambiente.pdf>
14. Rawls, John (2022). Teoría de la Justicia. España: Fondo de Cultura Económica de España.

15. Salgado Cipriano, Giovanni Alexander (2021). *Reflexiones teóricas sobre el papel de los tribunales constitucionales frente a los derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales. Una deuda vigente para la interdependencia.*
16. Suprema Corte De Justicia De La Nación (2021). *Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.* México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/capacitaciones/archivos/2021-06/Temario%20DESCA%20VF%20Micrositio.pdf>. [Consultado 06-10-22]
17. Suprema Corte De Justicia De La Nación (2022). “Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano”. *Cuadernos De Jurisprudencia.* núm. 3. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
18. Suprema Corte De Justicia De La Nación. Portal de Sentencias de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Disponible en: <https://desc.scjn.gob.mx>. [Consultado 06-10-22]

19. Suprema Corte De Justicia De La Nación. Reseña del Amparo en Revisión 307/2016. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-08/res-NLPH-0307-16.pdf [Consultado 06-10-22]

Derecho A La Educación Inclusiva Y Libre De Violencia

Dra. Anna-Emilia Hietanen

Resumen

El artículo analiza el concepto del derecho a la educación inclusiva y libre de violencia desde los instrumentos internacionales y los retos que tiene América Latina en la materia. Además, se comentarán algunas recomendaciones sobre cómo garantizar este derecho.

Muchas veces se piensa que la educación inclusiva refiere exclusivamente al derecho de las personas con discapacidades a la educación. Sin embargo, en los instrumentos internacionales la educación inclusiva también refiere a otros grupos vulnerables, tales como los pueblos indígenas, niñas, niños y jóvenes migrantes y personas cuya situación socioeconómica las pone en desventaja.

En América Latina y el Caribe, a pesar de avances en las materias de legislación y financiamiento, aún hay muchos retos para que se pueda garantizar el derecho a la educación inclusiva y libre de violencia. Por ejemplo, la segregación por cuestiones económicas, origen étnico y discapacidad es aún un desafío grande. Los niños, niñas y jóvenes indígenas y afrodescendientes o migrantes y personas con discapacidad tienen mayores dificultades para tener acceso y permanecer en la educación de calidad. Los currículos en la región tampoco son muy inclusivos y en varios países no promueven en el alumnado las habilidades necesarias para la participación política, algo que es fundamental para la construcción de sociedades más inclusivas en el futuro. La educación inclusiva se debe también tomar mejor en cuenta en la formación docente, y las escuelas necesitan tener mayores recursos para garantizar accesibilidad.

Palabras clave: educación inclusiva; educación libre de violencia; derecho a la educación

Introducción

El derecho a la educación es considerado como un derecho humano fundamental y es mencionado ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Es algo que se debe garantizar a todas las personas, independientemente de su raza, género, nacionalidad, orientación sexual, religión, salud u otras características. En los últimos años se ha empezado a enfatizar el derecho a la educación inclusiva, cuyo ideal es que todas y todos se pueden estudiar juntos y juntas, celebrando la diversidad y no viéndola como un problema.

Cuando se habla de la educación inclusiva, a veces se piensa solamente en el derecho de las personas con discapacidad a la educación

en escuelas convencionales. La educación inclusiva, sin embargo, es un concepto más amplio. En este artículo, vamos a revisar el concepto del derecho a la educación inclusiva y libre de violencia, el marco normativo internacional que lo sustenta y los retos que hay en América Latina y Caribe en el cumplimiento de este derecho. Además, se presentan algunas ideas sobre lo que se requiere para que los países de la región puedan garantizar este derecho a su ciudadanía.

Marco normativo

En el nivel de las Naciones Unidas, hay múltiples iniciativas e instrumentos que hablan del derecho a la educación, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Otros instrumentos que mencionan características específicas del derecho a la educación son por ejemplo Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Además de estos instrumentos, ha habido también otras iniciativas internacionales que hablan del derecho a la educación y especialmente a la educación inclusiva. Entre ellas, podemos mencionar la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de Jomtien, Tailandia en 1990, que señaló la importancia de dar oportunidades de aprendizaje a todas las personas; la Declaración y Marco de Acción de Salamanca de 1994, en que se habla de la integración de las personas con necesidades educativas especiales en escuelas para todos; y el Foro

Mundial de Educación de Dakar del 2000.
(Morales y Sandoval, 2017)

La Agenda 2030 también refiere a la educación inclusiva. El cuarto Objetivo para el Desarrollo Sostenible es “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos.”

Educación inclusiva

¿Qué entonces es la educación inclusiva? Existen muchas definiciones y no siempre significa lo mismo para todas las instancias y actores involucrados. En términos generales, se puede señalar que refiere a una enseñanza que atienda la diversidad y satisface las necesidades de aprendizaje de todas y todos, lo que implica también identificar y eliminar las barreras para el aprendizaje y participación de todas las personas en los contextos escolares.
(Morales y Sandoval, 2017)

UNESCO citado en Aguerro (2008, p. 19) define la inclusión como:

(...) proceso de abordar y responder a la diversidad de necesidades de todos los alumnos y alumnas mediante una mayor participación en el aprendizaje, las culturas y las comunidades, y la reducción de la exclusión dentro y desde la educación. Esto implica cambios y modificaciones en el contenido, los enfoques, las estructuras y las estrategias, con una visión común que incluye a todos y a todas (...) y la convicción de que es responsabilidad del sistema regular educar a todos y a todas.

Lo interesante en esta definición es que se considera la inclusión en la educación como proceso, no solamente como una meta o

resultado. Este proceso implica todo tipo de cambios desde cómo y qué se enseña hasta cambios físicos para garantizar la accesibilidad.

Muchas veces se asocia la inclusión educativa con el derecho a la educación de las personas discapacitadas. Sin embargo, para UNESCO, no se trata de un solo grupo de personas, sino a través de la inclusión, se da atención a diferentes grupos de estudiantes que están en riesgo de ser marginados o excluidos o tener bajo rendimiento escolar. Por lo tanto, se entiende que la inclusión atiende a varias problemáticas ligados a temas como género, origen étnico y condiciones sociales. (Aguerrondo, 2008) Además de las personas con discapacidad, la inclusión debe abordar por ejemplo los pueblos indígenas, minorías étnicas, culturales, religiosas y lingüísticas, niñas, niños y jóvenes migrantes y personas LGTBI.

Como la inclusión conlleva la idea de que son los sistemas educativos regulares que tienen la responsabilidad de educar a todos y todas, se ha debatido sobre si la inclusión significa que las y los estudiantes con diferentes necesidades o con discapacidades deben estudiar en las escuelas regulares. Se ha discutido si es más importante que las alumnas y los alumnos con discapacidad estudien con todos los demás, para que haya la máxima interacción, o si se debe dar más énfasis en el ambiente en que puedan aprender mejor, aun si éste no es un salón convencional. Para atender esta ambigüedad, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad publicó en 2016 una observación general sobre el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señalando que la inclusión de los alumnos y las alumnas con discapacidad en las clases regulares requiere cambios

estructurales, de planes de estudios y metodologías de enseñanza y aprendizaje, y si no se hacen estos cambios necesarios, no se puede hablar de la inclusión. Comentó también: “Además, la integración no garantiza automáticamente la transición de la segregación a la inclusión” (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, citado en UNESCO, 2020, p. 17). De este modo, es importante que todas y todos los estudiantes tienen un ambiente educativo adecuado que celebra la diversidad y permite a cada persona desarrollarse de acuerdo con sus necesidades y preferencias.

Educación libre de violencia

Veamos ahora qué significa la educación libre de violencia. Las niñas, niños y jóvenes tienen derecho a una educación en un ambiente seguro, sano y libre de violencia dentro de las instituciones educativas.

Cárdenas citado en Del Tronco y Madrigal (2013, p. 26), basándose en otros autores, definen la violencia escolar como:

(...) “toda acción, situación o relación que suceda dentro de los límites físicos del establecimiento o en el marco de una relación social gestada en la escuela (Ajenjo y Bas, 2005), que atente contra la integridad física, moral, psicológica o social de algún miembro de la comunidad escolar, contra las reglas y normas de la escuela, de la ley, o aquellas que el mismo grupo ha consentido” (Varela et al., 2010, p.12), y cuyo impacto cause “dolor o lesiones físicas o psíquicas a las personas que actúan en el ámbito escolar, o [...] dañar los objetos que se encuentran en dicho ámbito”,

afectando la buena convivencia en los centros escolares”.

La violencia en los entornos escolares puede presentarse de múltiples formas. Puede ser perpetuado por el alumnado, por docentes, el personal de la institución educativa o las direcciones. Puede incluir acoso escolar, violencia física, sexual, psicoemocional, cibernética o diferentes formas de discriminación y/o exclusión.

Pero puede también haber violencias aún más difíciles de detectar: violencia institucional, estructural y curricular. La violencia institucional en la educación refiere a las normas, conductas y/o prácticas por parte de las autoridades escolares, sean docentes o directivos, que “estructuran un ‘orden escolar’ que lesiona la integridad de los alumnos en tanto sujetos de derechos” (Del Tronco y Madrigal, 2013, p. 27). Para Fernández (1995),

la violencia estructural son diferentes tipos de violencia que promueven y mantienen las estructuras sociales injustas y desiguales, legitimando y justificándolas. La violencia curricular, por su parte, puede ser definida como un tipo de programación académica que compromete el bienestar psicológico o intelectual del estudiantado (Ighodaro y Wiggan citado en Jones, 2020). Puede incluir por ejemplo la exclusión de saberes y conocimientos de grupos minoritarios, su representación de una forma estereotipada o su exclusión de los contenidos curriculares (Jones, 2020; Sepúlveda, Becerra y Merino, 2014), aunque Giuvedi (2014) incluye más ampliamente también otras prácticas que impiden a los sujetos dentro del sistema escolar desarrollar sus vidas “de manera humana, digna y en comunidad”.

Otro tipo de violencia puede ser también la violencia social que no es propiamente tal

violencia escolar, sino violencia de los entornos sociales cercanos a la escuela que también invade a la escuela en forma de problemas no escolares. (Del Tronco y Madrigal, 2013; Trucco y Inostroza, 2017).

Muchas veces los programas para prevenir la violencia en los entornos escolares se enfocan en la prevención o manejo de violencia física, verbal, sexual o emocional. Los otros tipos de violencia, sobre todo la violencia estructural y curricular se invisibilizan más fácilmente y son a veces percibidas como parte del desarrollo “normal” de la escuela (Giovedi, 2013). Es importante que las intervenciones que buscan prevenir la violencia en las escuelas tomen en cuenta sus múltiples formas, ya que requieren diferentes tipos de soluciones.

Retos en América Latina y el Caribe

América Latina y el Caribe forman la región más desigual en el mundo, y esto se refleja en el derecho a la educación. Si bien la mayoría de los países en la región incluye el derecho a la educación en su legislación, las grandes desigualdades sociales implican también grandes retos para que todas las personas puedan tener educación de calidad. A pesar de que el acceso a la educación ha aumentado en la región, no significa que la calidad de la educación es la misma para todas y todos (Blanco y Duk, 2010).

En cuanto a la legislación y políticas públicas sobre la educación inclusiva, América Latina y el Caribe es una región relativamente avanzada. En esta región, se encuentran 10 países de los 19 países en el mundo que han adoptado la inclusión educativa como parte de su legislación, y siete de los 32 países en el

mundo que tienen una política de educación inclusiva. Sin embargo, estas leyes y políticas públicas no siempre se ponen en práctica. (UNESCO, 2020)

Un reto para la educación inclusiva que señala el *Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2020* es la alta segregación socioeconómica y étnica: “Esto perjudica la cohesión social, ya que los distintos grupos sociales no tienen oportunidades suficientes de vivir una experiencia común en la que se reconozcan, valoren y aprovechen las diferencias” (UNESCO, 2020, p.7). Además, acentúa la desigualdad: las niñas, niños y jóvenes que vienen de los sectores con un nivel socioeconómico bajo, tienen mucho menor probabilidad de terminar su escolaridad que quienes tienen un nivel socioeconómico alto.

Además de la población con pocos recursos económicos y/o población rural, hay otros grupos vulnerables. El origen étnico influye negativamente en las posibilidades de tener acceso a una educación de calidad y permanecer en ella: pueblos indígenas y las personas afrodescendientes sufren de una mayor desigualdad en la región. Niñas, niños y jóvenes en movimiento, sea por la migración o por el desplazamiento forzado, tienen muchas veces dificultades para acceder a la educación. En el caso de estudiantes LGBTI, la discriminación, violencia y el miedo a la violencia puede llevar a la deserción escolar. La población juvenil carcelaria también suele tener menor acceso a la educación adecuada que la población que está en libertad; los programas educativos dentro de las cárceles, por ejemplo, pueden ser dirigidos para personas adultas y no para adolescentes. Un reto particular también es la baja escolarización de niñas, niños y jóvenes con discapacidad. No

solo eso; incluso en los países de la región que hay leyes y políticas sobre la inclusión, las y los estudiantes con discapacidad muchas veces estudian en escuelas especiales, no dentro del sistema regular. (UNESCO, 2020).

Asimismo, la falta de atención a la interseccionalidad es un problema. Por sí el derecho de los grupos vulnerables a una educación inclusiva y libre de violencia no se cumple adecuadamente en muchos países de la región, pero la situación es aún más compleja en la intersección de la pobreza, el género, el origen étnico y la discapacidad. Las desventajas que tiene por ejemplo una niña indígena con discapacidad para el acceso y la permanencia de educación de calidad suelen ser muy grandes (UNESCO, 2020).

Además de retos que enfrentan los grupos vulnerables, hay otros desafíos para la educación inclusiva en América Latina y el

Caribe. A pesar de que la región prioriza el gasto público más que otras regiones del mundo, es importante analizar cómo se usa este gasto. De acuerdo a UNESCO (2020), si los gobiernos centrales descentralizan los recursos a las regiones, se debe hacer mayor hincapié a la equidad, compensando las desventajas de los grupos y regiones vulnerables.

Un desafío para la inclusión es la segregación de la población. En las escuelas latinoamericanas y caribeñas hay segregación por el nivel socioeconómico, el origen étnico y por la discapacidad. La segregación puede tener que ver con leyes y políticas públicas – como en el caso de las personas con discapacidad – pero agravarse por ejemplo por cuestiones que tienen que ver con las mismas escuelas, como la falta de infraestructura accesible. La legislación puede afectar también el acceso de las poblaciones migrantes a la

educación regular. Barreras lingüísticas y culturales pueden afectar el derecho a la educación de las niñas, niños y jóvenes indígenas (UNESCO, 2020). Sobre este último punto, UNESCO (2020, p. 18) sin embargo, recuerda que las formas erróneas de inclusión pueden también tener consecuencias negativas, reforzando “involuntariamente la presión para amoldarse al modelo dominante”, amenazando o desvalorizando las identidades, lenguas, creencias y prácticas propias de un grupo minoritario.

Algo que puede agravar la segregación y socavar la inclusión y equidad, es la privatización en el campo educativo. En América Latina, hay un alto nivel de privatización en la educación básica. Esto tiende a excluir a los grupos desfavorecidos, que tienen poca representación en las escuelas privadas o semi-privadas. (UNESCO, 2020; Murillo y Martínez Garrido, 2017) La tendencia

a segregación es especialmente clara en Chile, donde no solamente sucede por cuestiones socioeconómicas y por la residencia, sino que las escuelas tienen un método de selección de alumnos discriminatoria y excluyente (UNESCO, 2020).

El currículo también puede ser un reto la inclusión. Se necesita amplia participación política para construir sociedades inclusivas, y muchas veces las escuelas no preparan al alumnado para participar en los procesos políticos democráticos. Si los currículos no aportan los conocimientos y actitudes necesarios para que el estudiantado participe en actividades políticas, es difícil luchar contra la exclusión y promover una sociedad más inclusiva (UNESCO, 2020). La promoción de la pasividad y obediencia y pocas capacidades de crítica en el estudiantado que no permiten generar procesos democratizadores han sido incluso señalados como parte de la violencia

curricular (Villalba, 2016 y Fernández, 1995). Los contenidos de los currículos y libros de textos también pueden ser poco inclusivos, al excluir saberes, tradiciones y poblaciones no europeas o presentándolos de una forma escasa y estereotipada. Hay algunas excepciones: por ejemplo, en el currículo de Bolivia hay un reconocimiento positivo de los pueblos indígenas. Las cuestiones de género en general son poco representadas en los currículos y libros de texto en la región y a veces se refuerzan estereotipos tradicionales de género. Las personas LGBTI tampoco suelen tener mucha presencia en los currículos o materiales educativos (UNESCO, 2020).

La formación de docentes, las condiciones laborales y la falta de diversidad en el personal docente han sido señaladas también como un posible obstáculo para la inclusión. Los y las docentes no siempre tienen una adecuada formación y muchas veces no están

preparados para trabajar con alumnas y alumnos de diferentes orígenes, capacidades e identidades. Se requiere más capacitación en temas de inclusión, diversidad y necesidades especiales del alumnado. También sería importante que hubiera mayor diversidad en la composición del cuerpo docente, ya que personas de origen indígena o personas afrodescendientes están poco representados en la docencia (UNESCO, 2020).

Si por sí en América Latina y el Caribe existen muchos desafíos para la educación inclusiva, la pandemia de COVID-19 ha significado aún mayores retrocesos en la educación de muchos grupos vulnerables. Cuando muchos países tuvieron que acudir a la educación a distancia, quienes estaban en desventaja desde antes, estaban en ahora mayor peligro de deserción escolar o rezago educacional. Los desiguales resultados de aprendizaje estaban evidentes en la región

desde antes de la pandemia, y el cierre de las escuelas y la crisis económica solo agravaron estas deficiencias (Banco Mundial, 2021).

Recomendaciones para garantizar el derecho a la educación inclusiva y libre de violencia

La educación inclusiva tiene muchas ventajas, como señala UNESCO (2020, p. 20):

La inclusión en la esfera de la educación es importante. Una educación inclusiva cuidadosamente planificada e impartida puede mejorar los logros académicos, el desarrollo social y emocional, la autoestima y la aceptación entre pares (Hehir et al., 2016). La inclusión del alumnado diverso en aulas y escuelas convencionales puede prevenir la estigmatización, los estereotipos, la

discriminación y la alienación (Forlin, 2012).

Para que garantizar que las niñas, niños y jóvenes en América Latina y el Caribe puedan disfrutar de su derecho a la educación inclusiva y libre de violencia, hay que tomar acciones para superar los retos en la materia.

Aunque la región ha tomado pasos importantes en cuanto a la normatividad, todavía se requiere mejorar las legislaciones y políticas públicas, para que promuevan una perspectiva inclusiva en la educación. Esto también debe reflejarse en el financiamiento y en el gasto público (UNESCO, 2022 y Banco Mundial, 2021). Es importante que se tome en cuenta las preparaciones y cambios necesarios en el nivel de las escuelas para que por ejemplo personas con discapacidad puedan realmente tener condiciones adecuadas para estudiar, y para que la inclusión mal realizada no lleve a la

pérdida de identidad o idioma de las minorías étnicas o culturales. Para tener políticas públicas eficientes y dirigir la financiación de una manera que beneficie a los grupos más desfavorecidos, es necesario contar con datos pertinentes y suficientemente detallados sobre los educandos (UNESCO, 2022).

Los currículos, planes de estudios y los libros de texto deben elaborarse desde la perspectiva inclusiva y es necesario capacitar al cuerpo docente para que pueda promover la inclusión y la diversidad y enfrentar los retos que puede haber por las diferentes necesidades que presenta el alumnado. Es importante que se cambien las actitudes, tanto dentro y fuera de las escuelas. El lenguaje usado en y sobre los entornos educativos y la comunicación dentro, sobre y alrededor de la educación debería reflejar este cambio hacia actitudes más positivas. Fomentar una mayor participación de las familias y comunidades en

la educación puede también ayudar la inclusión (UNESCO, 2022).

Desde luego, es importante que se tomen en cuenta las diversas necesidades físicas y haya acceso a recursos y tecnologías de asistencia para quienes los necesiten. Es importante que en los planteles escolares y en los materiales o tecnologías usados se promueve la accesibilidad. También organizar un transporte adecuado es necesario para evitar la exclusión de personas con discapacidad o personas que viven en entornos rurales marginados.

Como se vio al principio, la inclusión es tanto un proceso como una meta. Es fundamental que se entienda que los sistemas educativos son los que se deben a adecuar a las necesidades de los individuos, no al revés. Es esencial cambiar las actitudes, para que las personas de diversos orígenes

socioeconómicos, étnicos y culturales, la discapacidad y la diversidad de sexualidad e identificación de género no sean vistas como un problema, sino que se celebre la diversidad.

Referencias:

Aguerrondo, Inés, 2008, “Políticas de educación inclusiva”, en UNESCO, *La educación inclusiva: El camino hacia el futuro. Una breve mirada a los temas de educación inclusiva. Aportes a las discusiones de los talleres. ED/BIE/CONFINTED 48/Inf.2*, Disponible en: http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Policy_Dialogue/48th_ICE/CONFINTED_48_Inf_2_Spanish.pdf.

Banco Mundial, 2021, *Actuemos ya para proteger el capital humano de nuestros niños. Los costos y la respuesta ante el impacto de la pandemia de COVID-19 en el sector educativo de América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Mundial. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35276?locale-attribute=es>

Blanco Guijarro, Rosa y Duk Homad, Cynthia, 2011, “Educación inclusiva en América Latina y el Caribe”, *Aula*, núm. 17, 37-55. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/120844/Educacion_inclusiva_en_America_Latina_y_.pdf;jsessionid=8E8FAA44B4D66347FE291C66C169067E?sequence=1

Del Tronco Paganelli, José y Madrigal Ramírez, Abby, 2013, “Violencia escolar en México: una exploración de sus dimensiones y consecuencias”, *Trabajo Social UNAM, Revista de la Escuela Nacional de Trabajo Social*, Núm. 4, 9-27.

Fernández Herrería, Alfonso, 1995, “Violencia estructural y currículo orientado a la Educación para la Paz”, *RIFOP: Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, Núm. 22, pp. 21-38.

Giovedi, Valter Martins, 2013, “Violência curricular na escola pública: conceito e manifestações”, *Revista Teias*, núm. 14 (33).

Morales Sandoval, Miguel Ángel y Sandoval Sánchez, Angélica, 2017, “El derecho a la inclusión e igualdad dentro del salón de clase”, *Hechos y Derechos*, núm. 39. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/issue/view/560>

Murillo, F. Javier y Martínez Garrido, Cynthia, 2017, “Segregación social en las escuelas públicas y

privadas en América Latina”, *Educação & Sociedade*, vol. 38, núm. 140, pp. 727-750.

Jones, Stephanie P. 2020, “Ending Curriculum Violence”, *Learning for Justice Magazine*, núm. 64. Disponible en: <https://www.learningforjustice.org/magazine/spring-2020/ending-curriculum-violence>

Mansilla Sepulveda, Juan, Becerra Pena, Sandra y Merino, Maria Eugenia, 2015, “Curriculum Violence: Occidental knowledge hegemony in relation to indigenous knowledge”, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, Núm. 190, 434 – 439.

Trucco, Daniela y Inostroza, Pamela, 2017, *Las violencias en el espacio escolar, Publicación de las Naciones Unidas LC/TS.2017/15*, Santiago, CEPAL – UNICEF. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41068/4/S1700122_es.pdf

UNESCO, 2020, *Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo 2020. América Latina y el Caribe – Inclusión y educación: todos y todas sin excepción*, Paris, UNESCO. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374615/PDF/374615spa.pdf.multi>

UNESCO, 2022, “Qué debe saber acerca de la inclusión en la educación”, Disponible en:

<https://www.unesco.org/es/education/inclusion/need-know>

Villalba Cano, Janner, 2016, “Prácticas curriculares para una convivencia y cultura de paz”, *Itinerario Educativo*, núm. 68, julio-diciembre, 131-146

Ley Para La Prevención Y Atención Socioeconómica De Las Violencias Del Estado De Tamaulipas. Análisis Jurídico Con Perspectiva De Derechos Humanos.

Dr. José Miguel Cabrales Lucio*

Dra. Alma Delia Gámez Huerta*

Maestra Elda Ruth De Los Reyes Villarreal*

* Doctor Internacional en Derechos Fundamentales y libertades públicas por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Fundador y Coordinador de la Clínica Multidisciplinaria de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UAT-Campus Tampico - Madero. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT) Nivel 1. jmcabrales@docentes.uat.edu.mx.

* Doctora en Ciencias Sociales por el Colegio de Tamaulipas. Profesora de las asignaturas de Metodología de la Investigación y Teoría Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tampico. Universidad Autónoma de Tamaulipas. Secretaria Académica y Responsable de la Unidad de estudios de Género de la Clínica Multidisciplinaria de Derechos Humanos alma.gamez@docentes.uat.edu.mx.

* Licenciada en Derecho. Maestra en Docencia en Educación Superior. Profesora en las maestrías en Derecho y Ciencia Política y Administración Pública. Investigadora doctoral en Derecho Constitucional y electoral. Actualmente Directora de

1. Introducción

Tamaulipas vive una situación de extrema inseguridad y crisis de derechos humanos de dimensiones internacionales¹. El gran reto de la Entidad Federativa es tratar de eliminar y cambiar esta situación. Por tal motivo, el Poder Legislativo cumple su función de legislar hacia este cometido. En esta tarea se encuadra la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias² en Tamaulipas (en adelante, la Ley).

la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Tampico) de la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

¹ Ver sobre la inseguridad en Tamaulipas con detalle: GÁMEZ HUERTA, Alma Delia; CABRALES LUCIO, José Miguel. “La (in)seguridad ciudadana en Tamaulipas: Análisis antropológico y estadístico en el marco de los conceptos de ciudad, comunidad, Estado y Sociedad como pilares fundamentales”. En Karla Lorena Andrade Rubio, Simón Pedro Izcara Palacios y Guillermo Flores Miller (coordinadores). *Sociedad y seguridad: ética y valores*. Ciudad de México: Colofón; Universidad Autónoma de Tamaulipas, 2021 pp. 107 - 118 ISBN: 978-607-635-238-0 y 978-607-8750-61-0.

² Decreto LXIII-2355. Fecha de expedición. 13 de septiembre de 2017. Fecha de promulgación 14 de

Por tal motivo, aquí se pretende exponer un análisis de lo más descriptivo posible, dado que al ser una ley de reciente creación muchos de sus aspectos, al menos para esta entidad Federativa, son nuevos. Los puntos abordados en esta ley pueden sugerir innumerables investigaciones de carácter crítico o descriptivo. También, se pueden estudiar muchas partes concretas de esta ley, lo que supondría un trabajo extenso, largo y amplio que requiere mucho más tiempo de reflexión.

Como ya se ha mencionado, la Ley al ser de reciente creación incorporará elementos y expresiones que necesiten de explicación detallada. Es por ello, que en este trabajo se

septiembre de 2017. Fecha de publicación Periódico Oficial Anexo al número 111 de fecha 14 de septiembre de 2017. Expedido por la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas, en uso de las facultades que le confieren los artículos 58 fracción I de la Constitución Política y 119 de la Ley Sobre la Organización y Funcionamiento Internos del Congreso del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas.

hace una primera aproximación a la interpretación académica, teórica y científica de las partes que consideramos más relevantes de la ley. Es evidente, que en nuestro desarrollo en el ámbito jurídico y por la propia dinámica de este en las sociedades actuales, será necesario esperar que esta ley se aplique para conocer la intervención del Poder Judicial, tanto estatal como Federal, para conocer también su alcance vinculante, pudiendo constituir jurisprudencia, según sea el caso.

2. Breve radiografía general del origen y contenido de la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias en Tamaulipas.

La ley que se analiza emana de los compromisos que ha adquirido el gobierno mexicano para cumplir con la Agenda para el Desarrollo Sostenible. Dicha agenda, fue adoptada por los 193 Estados Miembros de las

Naciones Unidas y establece 17 objetivos entre los cuales sobresalen para fines de este trabajo; el objetivo 16: Paz, justicia e instituciones fuertes (ONU, 2015) el cual está correlacionado con los Ejes Estratégicos Seguridad Ciudadana, Bienestar Social necesario que hizo apremiante la promulgación de la ley en estudio.

Es necesario mencionar, que el gobernador constitucional del Estado de Tamaulipas el ciudadano Francisco Javier García Cabeza de Vaca convocó por medio de diversos medios de comunicación a una consulta ciudadana para participar en la conformación del *Plan Estatal de Desarrollo 2016-2022: En Tamaulipas decidimos todos* (Gobierno del Estado de Tamaulipas, 2017). En el documento final se establecieron un total de tres ejes. Entre los cuales se destaca el *Eje Bienestar social*. Dicho eje propone la creación de una política de bienestar social con el

objetivo de reestablecer la paz mediante la atención y prevención de los factores de riesgo y proporcionar las oportunidades para alcanzar una vida plena (Gobierno del Estado de Tamaulipas, 2017).

En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, hay que mencionar que el eje de bienestar social contempla ocho temas de atención, entre los cuales mencionaremos el relativo a la *atención y prevención social de las violencias* (Gobierno del Estado de Tamaulipas, 2017). Este tema, establece como estrategia de acción la creación de una política transversal de atención y prevención social de las distintas formas de violencia, con la participación de los sectores público, social y privado e intergubernamental (Gobierno del Estado de Tamaulipas, 2017). Por lo tanto, surge la necesidad de que el aparato legislativo diera vida a la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias en

Tamaulipas. Este nuevo ordenamiento local se puede ver de manera general en la tabla 1.

Tabla 1: Radiografía temática de la Ley para la prevención y atención socioeconómica de las violencias del Estado de Tamaulipas.

Ley para la prevención y atención socioeconómica de las violencias del Estado de Tamaulipas	
Artículos del 1 al 5	Capítulo primero: disposiciones generales
Artículos del 6 al 13	Capítulo segundo: de la prevención y atención socioeconómica de las violencias
Artículo del 14 al 22	Capítulo tercero: del sistema estatal de prevención y atención

	<p>socioeconómica de las violencias</p> <ul style="list-style-type: none">- sección primera del comité coordinador;- sección segunda de la secretaría ejecutiva;- sección tercera de los comités municipales de prevención y atención socioeconómica de las violencias.
<p>Artículo del 23 al 30</p>	<p>Capítulo cuarto: del programa estatal para la prevención y atención socioeconómica de las violencias.</p> <ul style="list-style-type: none">- sección primera de la evaluación;- sección segunda de la participación

	ciudadana y comunitaria.
Artículo del 31 al 32	Capítulo quinto: del financiamiento
Artículo 33	Capítulo sexto de las sanciones
Primero al séptimo	Transitorios

Elaboración propia con información de (Congreso del Estado del Estado de Tamaulipas, 2017).

Como se puede observar, la ley en estudio tiene un total de seis capítulos con 33 artículos. Además, cuenta con un apartado de transitorios.

3. Descripción crítica general de la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias del Estado de Tamaulipas

La presente descripción abordará los artículos más significativos de la Ley y que a consideración de los autores son de mayor relevancia para su debida adecuación y correcta interpretación. En la primera parte relativa al Capítulo I, específicamente en el artículo 1 encontramos varias características:

Como en la mayoría de las leyes, siempre en sus primeros artículos se establece la leyenda sobre la naturaleza de la ley como de orden público, en esta se hace lo mismo. Al hablar de que la ley es de orden público indica la necesaria y debida atención y cumplimiento por toda la sociedad sin distinción. Se presenta la generalidad que caracteriza a las leyes. Al hablar de que la ley es de *interés social* y establecer su alcance y significado podemos

basarnos en las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito quienes han establecido el concepto de interés social desde su origen etimológico, en los siguientes términos: *el vocablo "interés" implica nociones como bien, beneficio, utilidad, valor de algo, importancia, conveniencia y trascendencia. Cuando se ubica en el ámbito social, debe tratarse de un beneficio, utilidad, valor, importancia, conveniencia o trascendencia o bien para la comunidad o sociedad* (Suspensión en el amparo. Alcance y valoración de los conceptos, 2005). Por lo tanto, es necesario resaltar que el interés social es aquel beneficio que se traduce en un bien para la comunidad y en consecuencia la ley que se analiza debe de crear y generar las condiciones para prevenir y atender las violencias en el Estado. En este orden de ideas, se deben de efectuar las acciones necesarias en cualquier sociedad para el sano y eficaz desarrollo de los mecanismos que generen las condiciones de

bienestar social. Estas acciones son encomendadas generalmente al Estado y en específico al Poder Ejecutivo. Quien desempeña esta labor generalmente a través de políticas públicas que se diseñan con objetivos estratégicos. En el caso de Tamaulipas, de acuerdo con el marco jurídico vigente, la prevención de la violencia y el bienestar social son obligaciones del Poder Ejecutivo.

Respecto al artículo 2_De la redacción de este artículo se desprende entre otras cosas que pudieran ser analizadas detalladamente, un carácter pretensioso, pero a la vez necesario desde un punto de vista ideal, al establecer: “...*mismas que se coordinarán con las estrategias para el desarrollo social, económico, político y cultural*”. En relación con este artículo es importante destacar el elemento de seguridad como obligación del

Estado y particularmente de la Entidad Federativa (Tamaulipas).

Además, con la introducción en esta ley, de elementos de carácter psicológico, se intenta ir más allá de la regulación externa típica y tradicional de las leyes. En este caso concreto, encontramos los siguientes aspectos que forman parte de otras áreas de las ciencias, donde se han desarrollado con mucho mayor realce:

1. Resiliencia individual
2. Resiliencia comunitaria.

No se pretende hacer aquí un estudio pormenorizado y científico de cada uno de estos conceptos (que haremos en un trabajo posterior) por ahora diremos que tanto la Psicología como las relaciones laborales hacen uso mucho más repetidamente de estos enfoques, catalogados en general como; la

capacidad humana para afrontar problemas y canalizar los efectos de estos problemas a situaciones que se pueden sobrellevar tanto de manera individual, como colectiva en una determinada sociedad, región, ciudad, o cualquier grupo social que de alguna manera están interrelacionados. Aspecto que se entiende perfectamente en la medida en que se pide por la Ley en comento, que se utilicen todos los esfuerzos para que desde la Entidad Federativa y en estrecha coordinación con la Federación y los municipios se fortalezcan las capacidades de los individuos y las sociedades para afrontar los problemas sociales. Estos problemas evidentemente cubren los de la delincuencia organizada, la violencia en general en la Entidad Federativa. Hay, en definitiva, sobre el papel una meta bastante amplia para la Entidad que de cumplirse a cabalidad, evidentemente augura un progreso, bienestar y desarrollo social (económico,

político y cultural, agrega la ley) deseable en Tamaulipas.

Más adelante en el **Artículo 3** se expresa de manera no restrictiva (“enunciativa y no limitativa”) un catálogo de áreas estrechamente vinculadas y que de manera obligatoria por ley estarán integradas a la “política de prevención y atención socioeconómica de las violencias y la delincuencia”, esto no signifique que sea un listado cerrado. En otras palabras, la lista es flexible y orientativa, lo que significa que podrían eventualmente integrarse otras áreas no mencionadas expresamente pero que, por su actuación u otras características establecidas o no, podría integrárseles.

Por último, es necesario explicar o aclarar los conceptos: grupos vulnerables y en situación de riesgo. Para este efecto podríamos acudir a lo establecido por la Fracción VI del

artículo 5º. De la Ley General de Desarrollo Social que nos indica:

“VI. Grupos sociales en situación de vulnerabilidad: Aquellos núcleos de población y personas que por diferentes factores o la combinación de ellos, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación que les impiden alcanzar mejores niveles de vida y, por lo tanto, requieren de la atención e inversión del Gobierno para lograr su bienestar”;

Aunque evidentemente no existe en México y quizá en ninguna parte del mundo una regulación tan detallada que explicita qué grupos concretamente deben ser considerados como vulnerables, vulnerados o en situación de riesgo, si podemos decir, que por ahora existe un parámetro legal bajo el cual, al situar un grupo de personas en estas características, podríamos calificar la persona como integrante

de un grupo o al propio grupo social *en situación de vulnerabilidad*.

En la Ley en repetidas ocasiones se hace referencia al respeto de los derechos humanos. Particularmente en el artículo 4to. Además, se incluye la serie de principios sobre los cuales se basará este respeto consistente en integralidad, interdisciplinariedad, diversidad, pertinencia, proximidad, efectividad, sostenibilidad, transparencia y rendición de cuentas, cada uno de los cuales por su novedad y utilidad definidos en la propia ley que por su extensión no transcribimos aquí.

En suma, hay un reconocimiento primario del deber que en la acción el Gobierno deberá respetar los derechos humanos, confirmándose una suerte de Ética pública. La expresión respetar los derechos humanos de manera *irrestriccta* debe interpretarse como esa guía de actuación sobre la que se basará el

fomento y protección, así como la promoción de los derechos humanos involucrados en la actividad concreta de una manera en que se busque siempre su maximización y se evite su restricción en el actuar del Estado y sus obligaciones para las personas. Además, debe interpretarse la expresión *irrestriccta* también como la enérgica vinculación total de la actuación del Estado en todas sus actividades al respecto a los derechos humanos, a pesar de procedimientos, burocratismos, formalidades que establecidas en leyes y reglamentos, podrían llevar como consecuencias, una vulneración o limitación a derechos humanos.

Otro de los aspectos a destacar de la Ley es la inclusión de conceptos novedosos en el marco del desarrollo teórico de los derechos humanos, atípicos en la legislación en Tamaulipas, como son, por ejemplo:

- I. Conductas de riesgo: Son acciones u omisiones que involucran peligro para el desarrollo personal, ya que traen consecuencias negativas que comprometen el plan de vida;*
- II. Conductas protectoras: Son acciones disuasivas provocadas por la condición biopsicosocial de las personas que permiten generar percepciones del ambiente físico, social que van unidas a una amplia posibilidad de autocuidado y autopercepción del riesgo;*
- III. Cultura de la legalidad: Conjunto de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que promueven el cumplimiento de la ley y el respeto del estado de derecho como condición para*

- lograr mejores niveles de convivencia social;*
- IV. *Cultura de la paz: Conjunto de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que rechazan la violencia y previenen los conflictos atacando a sus raíces a través del diálogo y la negociación entre los individuos y los grupos;*
- V. *Delincuencia: Fenómeno social, que obedece a diversas causas y tiene múltiples dimensiones, y que se expresa mediante una conducta que quebranta un orden social o legal determinado;*
- VI. *Factor detonador: Acontecimiento de tipo macrosocial que acelera procesos de violencia en un territorio específico y contribuyen a una ruptura de tendencias*

históricas de convivencia social pacífica. Por ejemplo, catástrofes ambientales o humanas, crisis económicas, cierre de fronteras, cambio repentino de controles o de políticas gubernamentales, aceleración en los precios o escasez de productos esenciales;

VII. Factor precursor: Aquel que contribuye a la generación de ambientes sociales violentos como: situaciones de profunda desigualdad, abandono o deterioro urbano, discriminación o exclusión, conflictos étnicos, religiosos o políticos, despojo de tierras y recursos, construcción de grandes conjuntos habitacionales con malas condiciones de habitabilidad, corrupción generalizada e impunidad;

- VIII. *Factor de protección: Capacidades individuales, grupales o institucionales y formas de relaciones sociales que generan respeto, tolerancia y reconocimiento de los derechos de terceros y de sus necesidades, así como los mecanismos de sanción social a las conductas consideradas como ilícitas, generalmente aceptados y que permiten procesar adecuadamente los conflictos, como lo son: hábitos y prácticas de gobernabilidad democrática, cultura de la paz y diálogo, modelos de crianza democráticos y gestión participativa de empresas;*
- IX. *Factor de riesgo: Aquellas circunstancias socioculturales y características individuales, que,*

en conjunto, en un momento determinado, incrementan la vulnerabilidad de las personas y desembocan en conductas violentas y antisociales tales como: la violencia familiar, el maltrato infantil, el hacinamiento, la deserción escolar, el desempleo, el alcoholismo, el incremento de las adicciones, el aumento de bares, cantinas, antros, lugares de juego y el acoso escolar;

- X. **Memoria histórica:** *El conjunto de acciones para la reflexión colectiva respecto de hechos que implican violaciones graves a los derechos humanos derivados de las violencias y la delincuencia, procurando identificar sus causas, conocer la verdad y evitar su repetición, con la finalidad de*

promover una cultura de la paz y contribuir a la dignidad de las víctimas;

XI. *Participación ciudadana y comunitaria: La participación de los diferentes sectores y grupos de la sociedad civil, organizada y no organizada, **así como de la comunidad académica;***

XII. *Programa Estatal: El Programa Estatal para la Prevención y Atención Socioeconómica de las Violencias;*

XIII. *Violencia: El uso deliberado del poder o de la fuerza física, agresión física o verbal, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del*

desarrollo o privaciones. Quedan incluidas las diversas manifestaciones que tiene la violencia como la de género, la juvenil, la delictiva, la institucional y la social, entre otras; y

En la Ley se definen los marcos de intervención, así como el campo de actuación e incidencia en la sociedad tamaulipeca: según la ley se incidirá en el ámbito *socioeconómico, comunitario, situacional y psicosocial* (art. 6 de la Ley). Este aspecto es un intento por tratar, desde muchas perspectivas, la violencia en Tamaulipas con un enfoque integral, considerando que estos 4 aspectos son los más críticos y relacionados con el origen y desarrollo de las violencias. Se continúa en esta Ley en el enfoque que sale de lo típico, al regular y prescribir aspectos no eminentemente jurídicos. Entre estos aspectos encontramos por ejemplo un componente eminentemente

preventivo, social, atendiendo u obligando por ley a que el Gobierno y las políticas públicas tengan como eje central entre otros, la atención a los factores de riesgo (art. 7 de la Ley). En el mismo sentido y como contraposición a esa atención, el fortalecimiento de los factores positivos llamados “conductas protectoras” (Art. 7 de la Ley). Que tengan por objetivos entre otros:

- I. Generación de bienestar social y desarrollo económico, incluyendo salud, educación, deporte, recreación, vivienda y empleo;*
- II. Atender a las familias, mujeres, jóvenes, niños y niñas y comunidades en situación de riesgo;*
- III. Promover actividades que eliminen la marginación y la exclusión;*

- IV. *Prevenir adicciones entre niños y niñas, jóvenes y adultos;*
- V. *Proteger a las familias y promoción de una convivencia pacífica y democrática;*
- VI. *Fomentar la solución pacífica de conflictos; y*
- VII. *Educar y sensibilizar a la población para promover la cultura de la legalidad, de la tolerancia y de la paz, respetando al mismo tiempo las diversas identidades culturales.*

La Ley en comento establece lineamientos como la realización de diagnósticos con base en estándares bajo la atención psicosocial, terapéutica y pedagogías para la interrupción del ciclo de la violencia (art. 8 Fr. I de la Ley). En general se orienta la acción del Gobierno a exigencias de transparencia y colaboración entre diversos

sectores de manera muy inclusiva. Particularmente llama la atención el llamado a que tanto la sociedad, la comunidad, y **particularmente las universidades** se involucren en la sistematización y sobre todo en la evaluación de las políticas implementadas con estos objetivos (art. 8 fr. VII y VII de la Ley).

Hay, de manera estructural, una exigencia de transformación del espacio público con participación preponderante de la comunidad, encaminado a la prevención y atención de la violencia. Fomento de la videovigilancia con respeto a dos de los derechos humanos más importantes: intimidad y privacidad (art. 9 de la Ley), entre otras acciones.

Con esta ley, el Gobierno de Tamaulipas busca incidir en la prevención psicosocial en el interior del individuo buscando atender, desde adentro, las situaciones de violencia en

cualquiera de sus modalidades. Se puede decir que se pretende incidir de manera original y estructural en las causas de la violencia. Además, hay un reconocimiento, sin precedentes o algunos pocos, en algo que va más allá del simple respeto a los derechos humanos de los presentes y vivos. Como se afirma en la Ley se pretende: “Adoptar medidas para el reconocimiento y respeto de la memoria histórica en materia de las violencias y el fenómeno de la delincuencia” (art. 10, fr. IV de la Ley).

En cuanto a la implementación de la ley, se diseña el **sistema estatal de prevención y atención socioeconómica de las violencias cuya función primordial es:** “la coordinación interinstitucional e intergubernamental de las políticas de prevención y atención socioeconómica de las violencias” (art. 14 de la Ley). Cuya regulación detallada puede verse desde el capítulo tercero. Se establece por

ejemplo un Comité Coordinador encabezado por el Gobernador Constitucional y conformado por otras autoridades entre las que destacan algunas secretarías que de acuerdo con sus competencias y funciones tienen importante incidencia en la comunidad de la Entidad Federativa (art. 15 de la Ley). En este Comité se prevé que el presidente de la Comisión de derechos humanos pueda participar, aunque sin voto, solo con voz. Llama la atención que incluso en la propia redacción de la ley no se prevea la posibilidad de que sea una presidenta de la Comisión, quizá en un futuro no muy lejano tendrá que reformarse con un sentido más igualitario o en todo caso neutro. Las reglas de funcionamiento se pueden observar en el artículo 16 de la Ley. Destaca también que dentro de estas reglas se posibilita la opción de que la sociedad civil participe de las actividades del Comité coordinador incluso académicos invitados que solo tendrán derecho de voz pero que sin duda es un paso

importante ya que en buena medida los académicos habían estado fuera de la toma de decisiones y sobre todo de la posibilidad de ser escuchados para que su labor científica pueda ser llevada o ser utilizada como insumos en la toma racional de decisiones en la política pública en temas tan sensibles como es la prevención socioeconómica de las violencias. El Comité Coordinador tendrá dentro de sus funciones también la realización o fomento de estudios relativos a los factores de la prevención de la violencia, así como el fomento de la memoria histórica en materia de las violencias y delincuencia (art. 17 de la Ley).

Dentro de la gran meta de la prevención socioeconómica de las violencias rol importante y crucial juega el Programa estatal para tal fin. Este deberá ser adecuado para *“proveer a las personas protección en las áreas de libertad, seguridad y justicia, con base en objetivos precisos, claros y medibles...”* (Art.

23 de la Ley). Esta es una buena noticia para Tamaulipas para efectos de utilidad en una política pública donde uno de los elementos más importantes debe ser la posibilidad de medir de manera objetiva los resultados de la implementación de tal política.

Uno de los ejes en los que se desarrollará este Programa es en el fomento e impulso de *“...la investigación científica en forma permanente, encaminada a la prevención de las violencias en cada uno de sus ámbitos y niveles, así como a la protección de los grupos de atención prioritaria, a efecto de estar en capacidad de anticipar las causas de los conflictos antes de que se manifiesten”* (art. 23, fr. III); hemos transcrito esta fracción por ser de indudable importancia e innovación en la legislación estatal a nivel general y sobre todo en Tamaulipas. La posibilidad del fomento y vinculación de la investigación científica en tareas sociales de indudable relevancia como

es la prevención socioeconómica de las violencias.

Uno de los grandes avances en esta ley es la preponderancia de la participación social y comunitaria. En la sección segunda a partir del artículo 26 se regula con detalle esta participación. Entre las novedades y cuestiones a resaltar esta la vinculación entre la sociedad y acciones que tradicionalmente estaban en las funciones típicas de las autoridades administrativas de Gobierno como son: *“...la planeación, diseño, evaluación, ejecución y seguimiento de las políticas públicas, estrategias, líneas de acción, programas y proyectos vinculadas con la prevención socioeconómica de las violencias, la cultura de la legalidad y la solución de conflictos a través de la comunicación y la tolerancia, realizando actividades que se vinculen con la seguridad pública y la procuración de justicia, con la finalidad de que*

se coordinen los esfuerzos para mantener el orden público y se fortalezca el tejido social” (art. 27 de la Ley). En este artículo como en el espíritu de toda la Ley se visualiza una intención de compartir las responsabilidades en una sociedad, sin embargo, es evidente que esta postura implica, al menos en la redacción de la ley, una invitación a la sociedad para trabajar de manera más inclusiva y, por tanto, ser corresponsables también del éxito o fracaso en la construcción social.

Hay que resaltar que, de acuerdo a la Ley, la colaboración y la estrecha relación que se busca entre sociedad civil y Gobierno no lleva implícita ni mucho menos explícita la cuestión de que sea la sociedad la que tenga que invertir o que tenga que gastar en alguna acción o proyecto para contrarrestar las violencias. Será siempre y en todo momento el Gobierno y las autoridades administrativas dentro del marco de sus respectivos

presupuestos y competencias, las que deberán asumir el costo de cualquier iniciativa que se presente para tal efecto (arts. 31, 32 de la Ley). Con esta disposición se deja claro la responsabilidad financiera a cargo del Estado. Este mismo aspecto conlleva evidentemente el control por parte del mismo Estado de cualquier iniciativa que pueda producirse desde la sociedad civil respecto a la función de la prevención socioeconómica de las Violencias, a pesar de que no esté establecido expresamente este control.

Para el cumplimiento de todos los ideales que establece la Ley y como se hace en la mayoría de ellas, la cuestión que se suscita inmediatamente entre otras sería ¿Qué pasa si no se cumple esta ley? En México tenemos un serio problema de incumplimiento de la ley en general en parte causado por una cultura de la legalidad y del Estado de Derecho que necesita fortalecerse. Esta cultura permea en mayor

medida a las entidades federativas. El caso de Tamaulipas no es la excepción y, por tanto, el valor de la Ley que ahora analizamos es muy alto. En ese sentido es necesario también establecer un mecanismo de cumplimiento obligatorio y en su caso sancionatorio. La Ley establece, aunque de manera muy amplia este mecanismo en el art. 33. La remisión es automática a la legislación en materia de responsabilidades administrativas del Estado de Tamaulipas. Lo que queda revisar con minucioso detalle es ver la modalidad de sanciones, la calificación de los actos ya sea en faltas administrativas graves o no graves, así como los mecanismos y procedimientos para poder sancionar estos actos de acuerdo al a legislación antes mencionada.

4. Reflexiones finales y cuestiones de agenda

En conjunto, la expedición de la Ley para la Prevención y Atención Socioeconómica de las violencias en Tamaulipas ha sido un gran paso hacia la lucha contra la violencia y delincuencia que tanto aqueja a la Entidad Federativa.

Es una ley ambiciosa y con objetivos ideales perfectamente compatibles con la búsqueda constante de una cultura de la legalidad y el fortalecimiento del Estado de Derecho. Particularmente la instauración, y consagración de una cultura de los derechos humanos. Es un intento por medio del Poder Legislativo de establecer un vínculo entre la ley y las políticas públicas de alcance humanista y social en el más amplio sentido de las palabras. El reto estaría hasta este punto, en lograr la aplicación de la ley que no es otra cosa que el

cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Federativa.

Lo que falta ver es la expedición de acuerdo con los artículos transitorios del reglamento que detallará seguramente estas cuestiones que hemos dejado señaladas en los comentarios. Será necesario igualmente la instalación oportuna del Comité Coordinador que exige la Ley, así como los comités municipales para que pueda aplicarse y llevarse a cabo lo estipulado por la misma ley. Al Comité coordinador estatal le estará encomendado la elaboración del respectivo plan para poder desarrollar su actividad y deberá realizarse oportunamente. Además, se prevé de manera taxativa en el apartado de artículos transitorios, la necesidad de que el marco jurídico local y sobre todo el presupuestal deberá realizar las adecuaciones necesarias para que se pueda implementar la Ley. Cabe mencionar que esta no es una carta

abierta ni un cheque en blanco, cualquier adaptación presupuestal que es fundamental para la debida realización deberá estar sujeta a la legislación sobre responsabilidad hacendaria. Esta cuestión es de indudable relevancia, ya que posibilita que no exista impedimento económico para la realización de lo estipulado por la ley.

Por último, queda ver los primeros meses de vigencia de esta Ley y de su posible impacto que deberá ser medido en los términos que estipula la propia norma para ver si Tamaulipas previene, atiende y reduce la violencia y la delincuencia en el marco del irrestricto y necesario respeto a los derechos humanos que tanto hace falta en México, y sobre todo en nuestra Entidad.

Por estas razones consideramos además, que en un ejercicio de perspectiva comparada local en México todo este análisis resulta

también relevante para las demás entidades Federativas en cuanto a las experiencias legislativas encaminadas a la prevención de la violencia que lacera y afecta de manera grave y sistemática los derechos humanos de todas las personas en la mayor parte de las Entidades Federativas.

Referencias

Congreso del Estado del Estado de Tamaulipas. (14 de septiembre de 2017). Ley para la prevención y atención socioeconómica de las violencias del estado de Tamaulipas. Cd. Victpria, Tamaulipas, México: Priodico Oficial del Estado de Tamaulipas. Recuperado el 14 de febrero de 2018, Disponible en: http://po.tamaulipas.gob.mx/wp-content/uploads/2017/09/Ley_Atencion_Socioeconomica.pdf.

Gobierno del Estado de Tamaulipas. (31 de marzo de 2017). Plan Estatal de Desarrollo 2016-2022. En Tamaulipas decidimos todos. (*TOMO CXLII. Extraordinario número 3*), 122. Cd. victoria, Tamaulipas, México: Periodico Oficial del Estado de Tamaulipas.

Recuperado el 2018 de abril de 14,
Disponible en:
<http://po.tamaulipas.gob.mx/wp-content/uploads/2017/03/cxlii-Ext.03-310317F.pdf>.

Organización de las Naciones Unidas (25 de septiembre de 2015). Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Nueva York, Estado Unidos de Norteb America : ONU. Recuperado el mayo de 10 de 2018, Disponible en: <http://www.onu.org.mx/agenda-2030/>.

SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. ALCANCE Y VALORACIÓN DE LOS CONCEPTOS, Queja 8/2005. Manuel López López. 20 de enero de 2005. (PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. 20 de enero de 2005). Recuperado el mayo de 1 de 2018, Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/178/178594.pdf>.

El derecho de la persona indígena al acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Carlos Morales Sánchez*

Mariana Yáñez Unda*

1. El origen del artículo 2º constitucional.

El artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) tuvo su origen en un conflicto armado relativamente reciente: el alzamiento zapatista de 1994. El primero de enero de ese año, el EZLN, con las armas en las manos, irrumpió en los Altos de Chiapas, reclamando al gobierno tenerlos en el olvido. El reclamo de los zapatistas estaba justificado: los pueblos indígenas, despojados de sus tierras durante 500 años de

* Abogado zapoteco del Istmo de Tehuantepec, es presidente del Litigio Estratégico Indígena A.C. postula casos paradigmáticos ante el Poder Judicial de la Federación y ante el SIDH.

* Abogada integrante de Litigio Estratégico Indígena A.C. Maestra en Ciencias Penales por la UABJO.

colonialismo, no tenían derechos ni eran beneficiarios de políticas públicas. A tanto había llegado el menosprecio por los habitantes de los pueblos originarios que habían sido invisibilizados en las Constituciones del 1824, 1857 y 1917. Sin tierras, trabajo ni agua, los indígenas chiapanecos morían de enfermedades curables.

Las demandas del EZLN están resumidas en los 11 puntos de La Declaración de la Selva Lacandona: trabajo, tierra, techo, alimentación, salud, educación, independencia, libertad, democracia, justicia y paz.¹ Al mismo tiempo, el subcomandante Marcos, líder visible de los alzados, sostenía un diálogo epistolar con la ciudadanía:

¹ Enlace zapatista. Carta Subcomandante Marcos *¿De qué tenemos que pedir perdón?* consultable en <https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/06/10/replica-a-las-propuestas-del-gobierno/>

“¿De qué tenemos que pedir perdón?
¿De qué nos van a perdonar? ¿De no
morirnos de hambre? ¿De no callarnos en
nuestra miseria? ¿De no haber aceptado
humildemente la gigantesca carga
histórica de desprecio y abandono? ¿De
habernos levantado en armas cuando
encontramos todos los otros caminos
cerrados? ¿De no habernos atendido al
Código Penal de Chiapas, el más absurdo
y represivo del que se tenga memoria?
¿De haber demostrado al resto del país y
al mundo entero que la dignidad humana
vive aún y está en sus habitantes más
empobrecidos? ¿De habernos preparado
bien y a conciencia antes de iniciar? ¿De
haber llevado fusiles al combate, en lugar
de arcos y flechas? ¿De haber aprendido
a pelear antes de hacerlo? ¿De ser
mexicanos todos? ¿De ser
mayoritariamente indígenas? ¿De llamar
al pueblo mexicano todo a luchar, de

todas las formas posibles, por lo que les pertenece? ¿De luchar por libertad, democracia y justicia? ¿De no seguir los patrones de las guerrillas anteriores? ¿De no rendirnos? ¿De no vendernos? ¿De no traicionarnos?

¿Quién tiene que pedir perdón y quién puede otorgarlo? ¿Los que durante años se sentaron ante una mesa llena y se saciaron mientras con nosotros se sentaba la muerte, tan cotidiana, tan nuestra que acabamos por dejar de tenerle miedo? ¿Los que nos llenaron las bolsas y el alma de declaraciones y promesas? ¿Los muertos, nuestros muertos, tan mortalmente muertos de muerte "natural," es decir, de sarampión, tos ferina, dengue, cólera, tifoidea, mononucleosis, tétanos, pulmonía, paludismo y otras lindezas gastrointestinales y pulmonares? ¿Nuestros muertos, tan mayoritariamente

muertos, tan democráticamente muertos de pena porque nadie hacía nada, porque todos los muertos, nuestros muertos, se iban así nomás, sin que nadie llevara la cuenta, sin que nadie dijera, por fin, el "¡YA BASTA!" que devolviera a esas muertes su sentido, sin que nadie pidiera a los muertos de siempre, nuestros muertos, que regresaran a morir otra vez pero ahora para vivir? ¿Los que nos negaron el derecho y don de nuestras gentes de gobernar y gobernarnos? ¿Los que negaron el respeto a nuestra costumbre, a nuestro color, a nuestra lengua? ¿Los que nos tratan como extranjeros en nuestra propia tierra y nos piden papeles y obediencia a una ley cuya existencia y justeza ignoramos? ¿Los que nos torturaron, apresaron, asesinaron y desaparecieron por el grave "delito" de querer un pedazo de tierra, no un pedazo grande, no un pedazo chico, sólo un

pedazo al que se pudiera sacar algo para completar el estómago.”

2. El derecho al acceso pleno a la jurisdicción del Estado en los Acuerdos de San Andrés.

La guerra intestina duró 11 días y fue frenada por las manifestaciones de la incipiente sociedad civil. Los alzados entablaron el diálogo con el gobierno bajo los auspicios de la Comisión de Concordia y Pacificación. Los diálogos en la Catedral de San Cristóbal con la intermediación del obispo Samuel Ruiz fueron álgidos y difíciles.²

² “La intervención de las comisiones Nacional de Intermediación (Conai) y de legisladores, a través de la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa), permitió restablecer el diálogo y avanzar en la construcción de varios acuerdos hacia el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. En febrero de 1996, los representantes del gobierno de Zedillo y el **Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)**, firmaron los Acuerdos de **San Andrés Larráinzar** sobre “Derechos y Cultura Indígena”, primer y único documento firmado entre las partes. Con estos acuerdos se buscó garantizar una nueva relación entre **los pueblos indígenas del país, la sociedad y el Estado.**” Redacción AN,

Dos años, después, el 16 de febrero de 1996, en San Andrés Sak'amchén de los Pobres, municipio tzotzil de Los Altos de Chiapas, el EZLN y el Gobierno Federal firmaron el acuerdo de la primera mesa de diálogo referida al papel irremplazable de los pueblos indios en la nación mexicana.³ En estos acuerdos, muy generosos en el papel, los pueblos indígenas exigieron incorporar sus reclamos de justicia y un derecho nuevo: el derecho acceso pleno a la justicia para los pueblos indígenas, que después sería constitucionalizado como el “acceso pleno a la jurisdicción del Estado”:

“5 Acerca de las garantías de acceso pleno a la justicia, la delegación del EZLN

Acuerdos de San Andrés Larraínzar entre gobierno y zapatistas, Aristegui Noticias. Consultable en <https://aristeguinioticias.com/3012/mexico/los-acuerdos-de-san-andres-larrazainzar/>

³ Gobierno del Estado de Chiapas, *Los acuerdos de San Andrés, edición bilingüe español-tsotsil*, Centro Estatal de Lenguas, Arte y Literatura Indígenas, 2003. Disponible en https://komanilel.org/BIBLIOTECA_VIRTUAL/Los_acuerdos_de_San_Andres.pdf

considera que no puede pasarse por alto la necesidad del nombramiento de intérpretes en todos los juicios y procesos que se sigan a los indígenas, asegurando que dichos intérpretes cuenten con la aceptación expresa del procesado y conozcan tanto el idioma como la cultura y el sistema jurídico indígena. (Documento 2: "Propuestas conjuntas que el Gobierno Federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, correspondiente al punto 1.4 de las Reglas de Procedimiento), subtítulo: "Garantías de acceso pleno a la justicia")."

En el apartado correspondiente a los Compromisos del Gobierno Federal con los Pueblos Indígenas, se estableció el deber del Estado Mexicano de garantizar el acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

“3 Garantizar acceso pleno a la justicia. El Estado debe garantizar el

acceso pleno de los pueblos a la jurisdicción del Estado mexicano, con reconocimiento y respeto a especificidades culturales y a sus sistemas normativos internos, garantizando el pleno respeto a los derechos humanos. Promoverá que el derecho positivo mexicano reconozca las autoridades, normas y procedimientos de resolución de conflictos internos a los pueblos y comunidades indígenas, para aplicar justicia sobre la base de sus sistemas normativos internos y que mediante procedimientos simples sus juicios y decisiones sean convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.”

Actualmente, el artículo 2º, apartado A, fracción VIII, de la CPEUM, establece que las personas indígenas que se encuentran frente a la jurisdicción del Estado, es decir, frente a las autoridades de derecho positivo (jueces,

fiscales, magistrados, ministros, etcétera) tienen un derecho especial y exclusivo el derecho del acceso pleno a la jurisdicción del Estado:

“Art. 2o.- La Nación Mexicana es única e indivisible.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

[...]

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos

por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.”

3. El artículo 2º, apartado A, fracción VIII, constitucional: una norma con destinatarios exclusivos.

El artículo 2º de la CPEUM en su integralidad, es una norma para destinatarios exclusivos: establece un conjunto de derechos que son exclusivamente para las personas integrantes de los pueblos indígenas. Recientemente, fueron incluidos como destinatarios de estos derechos, a los integrantes de la comunidad afroamericana en México.

Ni mestizos, ni criollos, ni peninsulares pueden ser beneficiarios de los derechos establecidos en el artículo 2º constitucional. Ninguna persona no indígena (y no afroamericana) puede solicitar la aplicación en su favor de alguno de los derechos. El costo de derechos indígenas es exclusivo para las

personas indígenas. Los no indígenas no tienen derecho a los derechos del artículo 2º constitucional.

El artículo 2º constitucional establece en este aspecto una regla de aplicación: establece los lineamientos para saber a quién se le aplicarán las normas de derecho indígena: solo a las personas indígenas y afromexicanas serán beneficiarias de tales derechos. Y para evitar que las autoridades estatales, las de derecho positivo, sean las que digan quien es o no es indígena, la propia Constitución estableció un criterio de operatividad: es persona indígena quien se identifique, quien se autoadscriba, como tal. El reconocimiento de que se es persona indígena debe provenir de la propia persona indígena.

En la sentencia del Caso Jorge Santiago Santiago, emitida en el amparo directo en revisión 1624/2008, promovido por el autor del presente trabajo, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

(SCJN) bajo la ponencia del ministro Cossío, el máximo tribunal del país, empezó a definir el concepto constitucional de la autoadscripción:

Personas Indígenas. Ámbito Subjetivo De Aplicación Del Artículo 2o. De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Autoadscripción. El artículo 2o. de la Constitución Federal, reformado el catorce de agosto de dos mil uno, ofrece una respuesta normativa a aspectos determinantes de nuestra historia y de nuestra identidad como sociedad que están en el núcleo de muchos de los vectores de desventaja e injusticia que afectan a los ciudadanos. Sin embargo, como esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de subrayar al resolver los amparos directos en revisión 28/2007 y 1851/2007, las dificultades que enfrenta una corte de justicia al intentar determinar

quiénes son las "personas indígenas" o los "pueblos y comunidades indígenas" a quienes aplican las previsiones constitucionales anteriores son notables; dichos conceptos, de sustrato originalmente antropológico y sociológico, deben adquirir un significado específicamente jurídico, cuya concreción viene dificultada por la intensa carga emotiva -tradicionalmente negativa y sólo recientemente transformada en algún grado- que gravita sobre ellos. La arquitectura del artículo 2o. de la Constitución Federal prevé que exista un desarrollo normativo mediante el cual el legislador ordinario concrete los conceptos, derechos y directrices que contiene, pero mientras este desarrollo no exista, o exista sólo parcialmente, los tribunales de justicia se ven a menudo confrontados directamente con la tarea de delimitar esas categorías de destinatarios

en cumplimiento de su deber de atenerse a la fuerza vinculante y a la aplicabilidad directa de muchas de ellas. En el desarrollo de esa tarea deben tomar en consideración que el texto constitucional reconoce, en primer lugar, la importancia de la articulación (total o parcial) de las personas en torno a instituciones sociales, económicas, culturales y políticas (en el caso de los pueblos indígenas), así como de la identificabilidad de algún tipo de unidad social, económica y cultural en torno a un territorio y a ciertos usos y costumbres (en el caso de las comunidades indígenas). Asimismo, la Constitución -siguiendo en este punto al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo- no encierra ambigüedad alguna en torno al imperativo de tomar la autoconciencia o la autoadscripción como criterio determinante al señalar que "la

conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas". Por tanto, en ausencia de previsiones específicas que regulen el modo en que debe manifestarse esta conciencia, será indígena y sujeto de los derechos motivo de la reforma constitucional, aquella persona que se autoadscriba y autoreconozca como indígena, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de los pueblos indígenas. La apreciación de si existe o no existe una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una consideración completa del caso, basada en constancias y actuaciones, y debe realizarse con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos

penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados.¹

4. Los ingredientes del derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Las personas indígenas que se encuentran frente a la jurisdicción del Estado (es decir, ante los jueces, fiscales, magistrados, ministros, etcétera) tienen un derecho especial que no tiene el resto de las personas no indígenas en México: el derecho del acceso pleno a la jurisdicción del Estado. Este derecho se desglosa en las siguientes subgarantías:

a) Tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes que conozcan su lengua y su cultura,

⁴ SCJN. Amparo directo en revisión 1624/2008. 5 de noviembre de 2008.

b) Tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por defensores que conozcan su lengua y su cultura, y

c) El derecho de la persona indígena a que en todos los juicios y procedimientos en que sea parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales.

Es importante señalar que el derecho humano de acceso pleno a la jurisdicción del Estado, es diferente de otro derecho parecido: el derecho del acceso a la justicia que tienen tanto las personas indígenas como las personas no indígenas.

5. Diferencias entre el derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a la justicia.

Mientras que el derecho del acceso pleno a la jurisdicción del Estado, está regulado por el artículo 2º constitucional y es aplicable solamente para las personas indígenas, el derecho al acceso a la justicia está dirigido

tanto a las personas indígenas como a las personas no indígenas y está regulado esencialmente en el artículo 17 constitucional:

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

La jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN, refiere que el derecho de acceso a la justicia está integrado por los siguientes principios:

“ 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver

las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes;

2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado;

3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y,

4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores

públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.”¹

Es importante indicar que de conformidad con el parámetro de control de regularidad constitucional también integran el derecho general de acceso a la justicia, los derechos derivados de las normas de fuente convencional, por ejemplo el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, invocados por Carlos Pérez Vázquez, al definir la voz “Acceso a la justicia” explica que:

⁵ SCJN. Tesis de jurisprudencia 192/2007. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diez de octubre de dos mil siete. Bajo el rubro “Acceso A La Impartición De Justicia. El Artículo 17 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos Establece Diversos Principios Que Integran La Garantía Individual Relativa, A Cuya Observancia Están Obligadas Las Autoridades Que Realizan Actos Materialmente Jurisdiccionales.”

“Es un derecho fundamental derivado, primordialmente, del contenido de los arts. 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Se trata de un concepto que ha atravesado múltiples transformaciones, primordialmente desde el siglo XVIII hasta nuestros días. En pleno auge liberal, el concepto se hallaba limitado al acceso a la jurisdicción, por lo que solo concernía a aquellas personas que se encontraban en un litigio. Se entendía que era un derecho natural y, como tal, no necesitaba ser reglamentado expresamente por el Estado, sino que solo debía impedirse su violación. Para Sánchez Gil, este derecho fundamental consiste en la facultad de los gobernados a recurrir a los órganos jurisdiccionales para obtener de ellos la tutela de sus derechos, y no quedar

indefensos ante su violación, a la cual es correlativa la obligación del Estado a realizar determinados actos positivos, tendientes a la protección de los derechos que pretende la persona que acude a ellos y, en tal virtud, el acceso a la justicia puede clasificarse como un derecho fundamental de prestación. Puede decirse —añade Sánchez Gil— que al derecho de acceso a la justicia es inherente el principio general y abstracto de no indefensión, que determinarían la interpretación y aplicación de las normas procesales, de modo que, en máxima medida, las demandas de las personas ante órganos jurisdiccionales sean atendidas y resueltas, pues la falta de atención a ellas podría implicar la firmeza de alguna violación a sus derechos y la imposibilidad de reestablecer el orden jurídico. Por su parte, Américo Robles define al acceso a la justicia como un

acceso a las condiciones —sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas— que posibiliten el reconocimiento y ejercicio efectivo de derechos por parte de los ciudadanos, ya sea dentro de las organizaciones jurídicas formales como alternativas de acuerdo con el interés de quien procura acceder. Prácticamente desde sus orígenes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido pronunciamientos sobre el contenido y alcance de los arts. 8 y 25 de la CADH, pero fue hasta 1999, en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, cuando se utilizó por primera vez la expresión “acceso a la justicia” (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú sentencia del 30 de mayo de 1999. Fondo, reparaciones y costas, párr. 128). En el caso Cantos vs. Argentina, la Corte IDH sostiene que el art. 8.1 de la CADH (toda persona tiene derecho a ser oída

con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter) “...consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado art. 8.1

de la Convención” (sentencia del 28 de noviembre de 2002 fondo, reparaciones y costas, párr. 50).”¹

Es oportuno indicar que al derecho de acceso a la justicia, la Primera Sala de la SCJN, le ha llamado también “derecho de acceso efectivo a la justicia”. En la jurisprudencia que a continuación se cita se alude a las etapas y derechos que lo conforman:

“Derecho De Acceso Efectivo A La Justicia. Etapas Y Derechos Que Le Corresponden. De los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deriva el derecho de acceso efectivo a la justicia, el cual

⁶ Voz “Acceso a la justicia” Pérez Vázquez, Carlos, Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, consultable en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>

comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. Ahora bien, en la jurisprudencia 1a./J. 42/2007, de rubro: "Garantía A La Tutela Jurisdiccional Prevista En El Artículo 17 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Sus Alcances.", la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el acceso a la tutela jurisdiccional como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso

en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Ahora, los derechos mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante Jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos

aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.”¹

6. El acceso pleno a la jurisdicción del Estado como derecho de las y los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas.

Una vez que han quedado establecidas las diferencias entre el derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado y el de acceso a la justicia, es necesario explicar las razones de la incorporación del derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado en la norma constitucional.

Es importante recordar que la persona indígena cuando está frente a la jurisdicción del

¹ SCJN. Amparo en revisión 352/2012. Braskem, S.A. 10 de octubre de 2012. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

estado está en desventaja: no habla la lengua, no tiene defensa y el juez desconoce sus costumbres.

En muchas ocasiones, las personas indígenas son detenidas en sus comunidades por delitos relacionados con el medio ambiente, la caza, portación de armas de fuego y explosivos, entre otros, y son llevados a los distritos judiciales. Ahí, son “puestos a disposición” del Ministerio Público quien judicializa el caso y los lleva ante el juez.

En muchas ocasiones, la persona indígena no entiende porque razón lo llevan preso por cortar un árbol, hacer carbón, cazar conejos, pescar en sus arroyos. Generalmente, las autoridades de derecho positivo, formados en la visión del monismo jurídico postulan el principio de que la norma debe ser aplicada de manera igual para todos y que la ignorancia de la ley a nadie beneficia.

Lo que tratamos de visibilizar es que en la mayoría de las veces, las personas indígenas

actuando de manera natural, de acuerdo a las costumbres de sus pueblos o comunidades, realizan actos que para el Estado son reprochables, y por esta razón son sometidas a procesos autoritarios establecidos en los ordenamientos jurídicos del derecho positivo que resultan ajenos a su forma de concebir una organización social. Esta situación trae como consecuencia una violación a sus derechos humanos.

Dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas de la Costa de Oaxaca está permitido comer iguanas y tortugas como lo han hecho desde hace mil quinientos años. Pero el Código Penal Federal establece que la captura de las iguanas y tortugas, que son especies protegidas constituye un delito.

El ambiente de los juzgados es completamente ajeno a la persona indígena. Los procedimientos penales y administrativos se desarrollan en una lengua (la castellana) que no conoce o que posiblemente conozca de

manera funcional. La persona indígena es juzgada, acusada y defendida por personas que hablan una lengua que desconoce. Los jueces, agentes del Ministerio Público y defensores no son originarios de su comunidad por lo que no conocen las especificidades culturales ni las costumbres del pueblo. El problema se agrava porque la persona indígena es juzgada mediante leyes que desconoce y por autoridades que lo ven con conmisericación o desprecio.

Una situación que también contribuye al desaventajamiento de la persona indígena es la carencia de recursos económicos para proveerse de defensa. Fueron vencidos en la mal llamada Conquista de México y los pueblos y comunidades indígenas sufrieron la suerte de los perdedores. El vencedor ordenó aplicar su derecho, su lengua, su dominio, condenó a las personas indígenas a escapar hacía las zonas de refugio. El conquistador se apropió de las mejores tierras y sometió a las personas

indígenas a su dominio. Se exterminó al indio rebelde y se educó al indio dócil.

Desde 1917 hasta 1992, la palabra “indígena” no aparecía en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La reforma constitucional de 2001, construida en respuesta al alzamiento zapatista de 1994, pretendió paliar esos desventajas y creó mecanismos para la reducción de estas brechas. No obstante eso, la realidad es otra, el 30 de junio de 2015, Nuvia Mayorga, directora general de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, (hoy Instituto Nacional para los Pueblos Indígenas) informó que:

“Más de 8 mil presos de origen indígena se encuentran en prisión en el país, reveló la **directora general de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), Nuvia Mayorga**, al asegurar que su dependencia trabaja para brindar

atención en el tema de traducción y lograr la liberación de 2 mil 700 personas.”¹

En el mismo sentido, Rodolfo Stavenhagen, quien fuera relator para los pueblos indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, sostiene:

“En uno de mis informes al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas escribí acerca de la “brecha de la implementación” entre las leyes y la práctica real, que he observado en muchos países. Esto significa que hay muchas buenas leyes en el papel (a veces son el resultado de prolongados esfuerzos de cabildeo o de acuerdos políticos cuidadosamente negociados),

⁸ Puebla Noticias, *Hay 8 mil presos de origen indígena en México: Nuvia Mayorga*. Consultable en <http://pueblanoticias.com.mx/noticia/hay-8-mil-presos-de-origen-indigena-en-mexico:-nuvia-mayorga-70753/>

pero luego algo pasa y su implementación no tiene lugar. Muchas personas con las que hablo de esto tienen una respuesta muy simple: “No hay voluntad política”. ¿Pero qué significa eso exactamente? ¿Cómo se puede hacer para que aparezca la voluntad política si no existe? [...]”⁹

7. ¿El derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado es exclusivo de la materia penal?

El derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado no es un derecho exclusivo de las personas indígena en materia penal: en todos los juicios y procedimientos en que las personas indígenas sean parte individual o

⁹ Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”, *Revista IIDH*, San José, volumen 48, 2008. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23714.pdf> [Consultado 07-10-22]

colectivamente tendrán el derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Es decir, si una persona indígena es parte de un juicio familiar, electoral, mercantil, etcétera, tiene derecho a que se le respete el derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado y el juez deberá garantizarle los tres componentes de este derecho.

Es importante indicar que la SCJN, ha establecido que el derecho del acceso pleno a la jurisdicción del Estado, es aplicable en todas las materias, como se lee en la tesis que a continuación se transcribe:

“Personas Indígenas. Condiciones Necesarias Para Determinar Si La Vulneración A Las Prerrogativas Previstas En El Artículo 2o., Apartado A, Fracción Viii Constitucional, Tiene La Fuerza Suficiente Para Ordenar La Reposición Del Procedimiento En Un Juicio Civil. El derecho de las personas indígenas a acceder plenamente a la

jurisdicción del Estado consiste en que en todo tipo de juicio o procedimiento en el que sean parte, individual o colectivamente, deben tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, así como que en todo tiempo sean asistidas por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Ahora bien, a fin de determinar cuándo una vulneración a estas prerrogativas constitucionales tiene la fuerza suficiente para reponer un procedimiento civil, esta Primera Sala estima que no es posible fijar una regla a priori, toda vez que dicha consecuencia jurídica debe estar estrechamente vinculada con el grado de afectación real al derecho de defensa adecuada de la persona indígena durante un proceso específico. Por ende, la orden judicial consistente en la reposición del procedimiento debe basarse en dos ejes

fundamentales: a) el momento procesal en el que la persona adujo su condición de indígena, de tal forma que cobrará más fuerza para efectos de la reposición del procedimiento cuando la autoadscripción se haya manifestado de manera temprana sin haber sido debidamente atendida por la autoridad judicial. Lo anterior, con independencia de que el derecho de las personas indígenas a un intérprete y defensor no puede estar condicionado a limitación temporal alguna; y b) la existencia de una violación manifiesta al derecho de acceso a la justicia derivado de la imposibilidad de la persona indígena de comprender y hacerse comprender durante el juicio. Esta apreciación debe descansar en una consideración basada en constancias, actuaciones y conductas procesales que muestren una evidente falta de comunicación o entendimiento, y a partir

de las que se advierta la necesidad de corregir el proceso a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en la defensa de las partes. A partir de estos dos componentes mínimos, el juez debe fundar y motivar si existió una afectación al derecho de defensa adecuada de la persona indígena que tenga la fuerza suficiente para reponer el procedimiento civil.”¹ (Énfasis añadido).

8. Primera subgarantía. El derecho de las personas indígenas al intérprete como parte del derecho al acceso pleno a la jurisdicción del Estado.

Ya hemos dicho que la Constitución promulgada el cinco de febrero de 1917 no

¹⁰ SCJN. Tesis de jurisprudencia 103/2017 (10a.). Aprobada por la Primera Sala del Alto Tribunal en sesión de quince de noviembre de dos mil diecisiete.

hacía referencia a las personas indígenas sólo hacía una breve referencia tribus, pueblos y congregaciones.

Es curioso señalar que el Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880, anterior a la Constitución de 1917, establecía el derecho de las personas que no hablaban la lengua castellana a tener traductor. El artículo 84 de ese ordenamiento estableció:

“Si la persona que debe ser examinada no entiende el idioma español, el juez nombrará un intérprete, que desempeñará su encargo previa protesta de llenarlo fielmente y, en caso necesario, de guardar secreto. Si se necesitarán de varios intérpretes, todos harán igual protesta.”

El artículo 88 reglamentaba el desempeño de la función de intérprete. La norma establecía que el traductor debería ser mayor de edad, si

podiere ser habido, en caso contrario, podría *servir* el mayor de 14 años. Se prohibía que desempeñaren el encargo las personas que por ley tuviesen que intervenir en la instrucción o fueran partes interesadas.

Ya en la época posrevolucionaria, el Código Federal de Procedimientos Penales estableció:

“Artículo 28.- Cuando el inculpado, el ofendido, los testigos o los peritos no hablen el idioma castellano, se les nombrará de oficio uno o más intérpretes, mayores de edad, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el intérprete haga la traducción. Cuando no podiere ser habido un intérprete mayor de edad, podrá

nombrarse a un menor que haya cumplido catorce años.”

Pero estas normas —que *prima facie* protegían el derecho a la traducción— no fueron construidas pensando en las personas indígenas en conflicto con la ley penal sino fueron elaboradas para los extranjeros o hablantes de lenguas extranjeras sometidas al procedimiento penal mexicano. Fue hasta el año 1991, que el Código Federal de Procedimientos Penales reconoció la existencia de personas indígenas que ante el desconocimiento de la lengua castellana requerían de un traductor. Es importante advertir que en el proceso legislativo se estableció lo siguiente:

“Aunado a todo lo anterior, aparece la oportunidad excelente de proteger debidamente a las personas que no hablen ni entiendan el idioma castellano porque utilizan dialectos re-gionales, así

como la de entender que el medio cultural en donde se conforman ciertas etnias en nuestro país deben ser especialmente consideradas al impartir una justicia equitativa dentro de las normas generales que rigen a todos los habitantes del país.

Son estas cuestiones primordiales las que tienen en cuenta la iniciativa, y la aprobación consiguiente de la Cámara de Diputados, y se aceptan en este dictamen para proponer a la Asamblea su aprobación en los términos precisos que a continuación se detallan.”¹

¹¹ SCJN, Código federal de procedimientos penales, disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=BHGCBWrG7ukiUiW/WEuu/n1r7XqLjI2KnGR/AsIu7N2QjGyJySFR0PPFckVyE8L+d91DpJAQMTVbdbKul/HBcg==> [Consultado 07-10-22]

Como se advierte, fue hasta 1991, que el legislador federal incorporó en el Código Federal de Procedimientos Penales, el derecho de la persona indígena que no hable o entienda suficientemente el castellano a contar con traductor:

“Artículo 128.- Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:

III.- Cuando el detenido fuere un indígena que no hable castellano, se le designará un traductor quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda;”

Por otra parte, los Acuerdos de San Andrés, reflejaron el deseo de las comunidades

indígenas de estar asistidos por defensores y traductores que conocieran su lengua indígena. Este deseo quedó revelado en el siguiente párrafo, en el que los alzados exigieron la creación de la Defensoría de oficio con defensores y traductores indígenas:

“Creación de la Defensoría de Oficio Indígena con abogados y traductores que presten un servicio de asesoría y representación legal a los indígenas que lo requieran. [...] Los traductores y defensores de oficio no sólo deben conocer las lenguas indígenas, sino también conocer y comprender las culturas indígenas, para que conociéndolas y respetándolas, cumplan con mayor sentido su función.”¹

12

<http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/chiapas/docs/sanandres/comprom1.html>

El reclamo de que el acceso a la justicia requiere de intérpretes que trasladen los conceptos jurídicos de ida y vuelta, del imputado al juez y del juez al imputado, quedó confirmado en los Acuerdos de San Andrés:

“5. Acerca de las garantías de acceso pleno a la justicia, la delegación del EZLN considera que no puede pasarse por alto la necesidad del nombramiento de intérpretes en todos los juicios y procesos que se sigan a los indígenas, asegurando que dichos intérpretes cuenten con la aceptación expresa del procesado y conozcan tanto el idioma como la cultura y el sistema jurídico indígenas”

Este derecho, el derecho de la persona de identidad indígena a tener intérpretes que conozcan la lengua y la cultura finalmente fue constitucionalizado en la reforma indígena de

2001. El artículo 2, apartado A, fracción VIII, de nuestra ley fundamental, estableció:

“A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

[...]

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.”

Como puede advertirse, la norma constitucional postula de manera incuestionable el derecho de la persona indígena a contar con un intérprete.

8.1. ¿Qué ha dicho la jurisprudencia de la SCJN, respecto al traductor e intérprete?

La SCJN ha indicado en reiteradas ocasiones que la ausencia del intérprete indígena constituye violación al derecho humano al debido proceso. En una tesis paradigmática sostuvo que el derecho al traductor constituye parte del derecho al debido proceso:

“DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del

Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "Formalidades Esenciales Del Procedimiento. Son Las Que Garantizan Una Adecuada Y Oportuna Defensa Previa Al Acto Privativo.", sostuvo que las

formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la

primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a

quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.”¹³

8.2. El incumplimiento del derecho humano a la interpretación.

Para evitar cumplir con el derecho del indígena a contar con un traductor o intérprete algunas autoridades judiciales se valieron de la siguiente estratagema: preguntaban al indígena su nombre y apellido, lugar de origen y si las personas indígenas procesadas les respondían en castellano, la autoridad judicial consideraba que no era necesario asignarle un indígena traductor o intérprete, porque a su consideración, hablaban y entendían el castellano.

¹³ SCJN. Tesis de jurisprudencia 11/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de febrero de dos mil catorce.

Ignoraban que algunas personas indígenas han tenido que aprender lo básico del castellano para sobrevivir en la ciudad, es decir, hablan el castellano de manera funcional, Pero de ahí a que ese conocimiento les baste para entender nociones complejas como Ministerio Público, acusación, procedimiento abreviado, ejercicio de la acción penal, tipo penal, etcétera, es una aseveración errónea.

El Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para Indígenas en México, estudio de caso en Oaxaca (2007), así lo indica:

“Esta deficiente implementación del derecho a traductor o intérprete se debe, en gran parte, a que no siempre se identifica la necesidad de la presencia de un traductor o intérprete, ya que no se distingue entre los grados de dominio,

expresión o comprensión del español por parte de los indígenas bilingües.”¹

Los jueces y agentes del Ministerio Público también se valieron de policías de la comunidad y familiares de los imputados para traducir. No importaba que el traductor no entendiera la lengua de la persona indígena por pertenecer a una variante diferente, las autoridades para cumplir el requisito, tomaban a la persona indígena más próxima para que les auxiliara a traducir ante la complacencia de defensores.

Sin ninguna capacitación, sin la certeza de que el traductor o intérprete conociera plenamente la lengua y costumbres del justiciable, las autoridades ministeriales y judiciales pretendieron cumplir el derecho con

14

https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/InformeDiagnosticoJusticia.pdf

lo que tuvieron a la mano pero ello fue en muchas ocasiones una simulación.

Al tratar de cumplir el derecho de la persona indígena a tener traductor o intérprete las autoridades judiciales echaron mano de los policías que efectuaron la detención, de otros presos indígenas hablantes de la lengua, de los maestros bilingües, de los familiares de los procesados, en el mejor de los casos; en otros casos, indicaron que la persona indígena “hablaba perfectamente el español” por lo que no era necesario nombrarle intérprete.

9. Segunda subgarantía. El derecho de la persona indígena a que sea tomada en cuenta su especificidad cultural.

Este derecho puede ser explicado como el derecho subjetivo público que tiene la persona indígena a que en los juicios de cualquier naturaleza en que sea parte se tomen en consideración sus tradiciones, costumbres culturales, sistemas de gobierno, las

manifestaciones pasadas y presentes de sus culturas, lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas; expresiones religiosas, mágicas y espirituales; alimentación, expresiones artísticas, historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistema de escritura, cosmovisión, medicinas tradicionales, prácticas de salud, animales y minerales de interés vital, la relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y todas aquellas circunstancias que la caracterizan como diferente del sector mayoritario de la población.

¿Qué son los usos y costumbres?

La Guía de Asistencia Legal para los Pueblos Indígenas conceptualiza los *usos y costumbres* (Ávila, A. (coord.), 2000, p. 135):

“Usos Y Costumbres. En una comunidad o grupo indígena, los UC

tienen que ver con todas las actividades que desarrollan sus miembros en el plano festivo-religioso, agrícola, económico, social y político. Es decir, con todos los ámbitos de la vida. La mayoría de estas actividades las han venido practicando desde tiempos inmemoriales, aunque adaptándolas en mayor o menor grado a los cambios políticos y económicos del país o la región donde habitan.

En particular, una comunidad indígena posee y ejerce: a) un sistema político (gobierno indígena, sistema de cargos y elección de autoridades); b) un sistema jurídico (usos y costumbres), sistema de resolución de conflictos); c) un sistema religioso-ceremonial (ciclo o calendario festivo, mayordomías); d) un sistema colectivo de trabajo (el tequio, por ejemplo, y las reglas de uso y apropiación de espacios y recursos comunes). Ninguno de estos sistemas se

entiende sin los otros porque todos se complementan entre sí. Es decir, son normas generales para mantener la cohesión y el orden interno de la comunidad; representan sobre todo una estrategia de sobrevivencia (sic).

En ocasiones se dice, por desconocimiento o mala fe, que los usos y costumbres indígenas son sinónimo de atraso o barbarie, sobre todo en lo que respecta a la impartición de justicia. Ante esto, baste mencionar que las autoridades tradicionales buscan primero que nada la reconciliación de las partes de un conflicto y la reparación del daño, antes que el castigo o la cárcel para el infractor.”

Recientemente se ha considerado inadecuada la utilización del término “usos y costumbres” y se considera que el término correcto es el de “sistemas normativos indígenas”.

¿Quién tiene el deber jurídico de indagar la especificidad cultural de la persona indígena?

La Primera Sala de la SCJN al resolver el Caso Jorge Santiago Santiago, generó la tesis aislada CCXI/2009, en la que explicó que corresponde al juez del proceso investigar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula el imputado: no corresponde a la defensa aportar la prueba de la especificidad cultural sino que es la propia autoridad judicial quien debe investigar esa especificidad¹⁵:

¹⁵ Algunos jueces de Distrito del Estado de Oaxaca dan cumplimiento a este mandato delegando en la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas el deber de investigar la especificidad cultural del indígena sometido al proceso penal. Los servidores públicos emiten un informe de investigación y no un peritaje cultural, lo que representa un cambio de enfoque: mientras que la prueba pericial cultural era una prueba de la defensa sometida a la regla de la prueba pericial, el informe de investigación es una prueba generada por la propia autoridad judicial.

“Personas Indígenas. Acceso Pleno A La Jurisdicción Del Estado. En Los Juicios Y Procedimientos De Que Sean Parte, Los Órganos Jurisdiccionales Deben Tomar En Cuenta Tanto Las Normas De Fuente Estatal Aplicables Como Sus Costumbres Y Especificidades Culturales. La fracción VIII del apartado A del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los pueblos y las comunidades indígenas tienen derecho al pleno acceso a la jurisdicción del Estado y que, para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos de que sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución. Ello no los excluye del ámbito de cobertura de las normas penales, pues los jueces penales deben

determinar si las personas indígenas procesadas merecen ser castigadas por haber incurrido en las conductas típicas y punibles consignadas en la legislación penal aplicable —determinar hasta qué punto pueden imputárseles conductas típicas, en qué modalidad (dolosa o no dolosa), o bajo qué condiciones de exigibilidad, por ejemplo—. Sin embargo, el órgano jurisdiccional deberá aplicar estas normas de modo congruente con lo establecido en el citado artículo 2o. Por ello, cuando quedan satisfechos los requisitos para que al inculpado se le reconozca la condición de persona indígena dentro del procedimiento, **el juzgador debe indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula que han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, la materialización de los elementos objetivos o**

subjetivos del tipo, los aspectos de los que depende la culpabilidad del acusado, etcétera. Deberá tomar en cuenta, en otras palabras, tanto las diferentes normas de fuente estatal aplicables como las específicas que puedan existir en la comunidad cultural del procesado con relevancia en el caso. Además, durante el proceso deberá desplegar su función jurisdiccional tomando en consideración que la Constitución obliga a los órganos jurisdiccionales estatales a garantizar el pleno acceso a la jurisdicción y el pleno disfrute de los derechos y garantías de todos los ciudadanos, incluidos aquellos que, por pertenecer a categorías tradicionalmente desaventajadas, son objeto de especial mención en el texto constitucional.” (Énfasis añadido).

9.1. La especificidad cultural como causa de exclusión de delito.

Posteriormente la Primera Sala de la SCJN estableció con toda claridad que la especificidad cultural si puede ser causa de exclusión de delito:

“Personas, Pueblos Y Comunidades Indígenas. Exigencias Para El Acceso A La Justicia Penal Desde Una Perspectiva Intercultural. Para otorgar eficacia al derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado en el que sean consideradas las costumbres y especificidades culturales de las personas indígenas, en el ámbito del proceso penal, se debe determinar cuatro cuestiones: i. Verificar la existencia y vigencia de la costumbre en los términos alegados por la persona imputada; esto es, si la conducta de que se trata se refiere a una práctica de la comunidad de

la que proviene la persona inculpada. Para ello, las autoridades judiciales pueden allegarse periciales antropológicas u otros medios de prueba lícitos, como actas de la comunidad o consejos de ancianos; ii. Considerar las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho y el contexto cultural en que éste se desarrolla y ocurre la conducta, esto es: a) tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural al momento de interpretar los derechos que les asisten; b) garantizar la presencia de un defensor y de un intérprete de la lengua y de la cultura indígena a la que pertenece la persona, pueblo o la comunidad en cuestión, y c) facilitar la defensa adecuada y promover la participación de la persona, pueblo o

comunidad indígena dotándole de información, en su lengua y de conformidad con su cultura, sobre el estado del proceso judicial en que intervienen; iii. Determinar si la costumbre documentada, resulta válida; es decir, no contraviene las prohibiciones absolutas en materia de derechos humanos, ni ocasiona una restricción ilegítima que no pueda justificarse como necesaria en una sociedad multicultural, y iv. Precisar qué papel tiene la costumbre en el proceso judicial. Así, en el proceso penal, se debe determinar en qué elemento del delito debe ponderarse la costumbre o especificidad indígena, esto es, decidir si constituye una excluyente de responsabilidad, una atenuante o si debe evaluarse para efectos del

establecimiento de la pena.”¹ (Énfasis añadido).

10. Tercera subgarantía. El defensor anfibio o defensor con conocimiento de lengua y cultura.

Las primeras alusiones al defensor con conocimiento de la lengua, cultura y sistema jurídico indígenas que aparecen en los Acuerdos de san Andrés hacen referencia a la defensoría de oficio con conocimiento de lengua, cultura y el sistema jurídico indígena:

“193. Que el defensor de oficio a que tiene derecho, conozca la lengua, la cultura y el sistema jurídico indígenas.”

En otro apartado, se estableció el deber del Gobierno del Estado de crear la defensoría de oficio indígena con defensores que conocieran la lengua y cultura indígena:

¹⁶ SCJN. Amparo directo en revisión 5465/2014. 26 de abril de 2017. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

“224 Creación de la Defensoría de Oficio indígena con abogados y traductores que presenten un servicio de asesoría y representación legal a los indígenas que lo requieran. A diferencia de lo que establece la actual Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chiapas (artículos 64 a 69), los salarios u honorarios de los defensores de oficio deberán ser cubiertos por el presupuesto estatal y canalizados de manera que se garantice su actuación honesta e independiente. Los traductores y defensores de oficio no sólo deben conocer las lenguas indígenas, sino también conocer y comprender las culturas indígenas, para que conociéndolas y respetándolas, cumplan con mayor sentido su función.”

¿Por qué razón los pueblos exigieron un defensor con estas calidades?

En la aplicación de la justicia penal occidentalizada a los indígenas no había un trato igualitario. Los jueces y Ministerios Públicos postularon siempre la vigencia de un derecho único y la prevalencia del principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y a nadie aprovecha. Por eso era necesario que los defensores de personas indígenas ante la jurisdicción del Estado fueran anfibios: que se movieran en dos mundos. En el del sistema de derecho positivo y el de los sistemas normativos indígenas y con el agregado de que conocieran la lengua.

Así, con estos conocimientos, el defensor podría argumentar estrategia de defensa desde la visión del pueblo indígena. Si tomamos en consideración que las personas indígenas son procesadas por delitos relacionados contra la salud, posesión de peyotes, hongos alucinógenos, caza ritual del venado, iguanas, etcétera, podremos comprender entonces que es necesaria la presencia de un defensor con

conocimiento de la cultura para articular ese conocimiento cultural como estrategia de defensa.

Pero además se requiere el conocimiento de la lengua para que el defensor escuche sin intermediarios las razones de la persona indígena.

Existieron dos casos en la historia judicial de México que propiciaron la revitalización y la muerte del defensor con conocimiento de lengua y cultura. El caso de Sebastiana Gómez y Marcos Hernández Shilon.

La señora Sebastiana Gómez Gómez, indígena tzotzil, fue procesada por un delito contra la salud en la modalidad de transporte de marihuana. No tuvo defensor con conocimiento en lengua y cultura tzotzil y el tiempo de su juzgamiento rebasó los plazos constitucionales. El Estado Mexicano no le proporcionó el defensor con conocimiento de lengua y cultura.

Ante tal escenario, la señora Gómez Gómez, promovió el amparo en revisión 619/2008 que conoció la Primera Sala de la SCJN argumentando, *inter alia*, la violación a su derecho humano a contar con un defensor con conocimiento de lengua y cultura tzotzil.

La resolución emitida bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero, definió entre otros aspectos que el derecho al defensor con conocimiento de lengua y cultura forma parte del derecho al acceso pleno a la jurisdicción del Estado y que la ausencia de este defensor y el transcurrir del plazo establecido constitucionalmente para juzgar a las personas procesadas traería como consecuencia la libertad de la persona.

En esa resolución, la Primera Sala de la SCJN resolvió que la falta de defensor con conocimiento de lengua y cultura, y el rebasamiento del tiempo del juzgamiento implicaría la libertad de la quejosa:

“Por otro lado, tampoco resulta procedente poner a la quejosa en libertad mientras se le sigue el proceso de que se trata, atendiendo a los hechos de este caso particular y sobre todo a las constancias de autos que fueron agregadas al toca de amparo en atención a lo ordenado por esta Primera Sala, pues ello, en realidad implicaría que tal libertad sería sólo momentánea, debido a que, en el juicio natural, ya fue ordenado el cierre de la instrucción. Pero más aún, contrariaría los efectos restitutorios del juicio de amparo, al dejar sin consecuencia alguna y sin posibilidad de restitución efectiva, el no haber tenido, en todo tiempo, la posibilidad de contar con una defensa adecuada, contando con la oportunidad de la defensa, con el tiempo suficiente para prepararla, entendiendo la acusación, determinando, en concordancia con su defensor, las

posibilidades de esta, etc. En síntesis, que debido a esa actitud omisa del Estado se haya retrasado su procedimiento y no se le haya juzgado en los plazos y términos que dispone el artículo 20 de nuestra Constitución.”

Posteriormente, la propia Primera Sala hizo la Aclaración de la sentencia del Amparo en Revisión 619/2008, y explicó:

“En la sentencia de esta Primera Sala se establece, de manera determinante, que los efectos restitutorios de la sentencia no podrían consistir en otro que no fuera la inmediata libertad de la procesada por las razones que a continuación se citan, todas ellas tomadas de la sentencia de marras.

[...]

a) En ese tenor, se concluyó, que resultaba manifiesto que, si en la fracción VIII del apartado A, del artículo segundo constitucional, se consagra como derecho

fundamental de las personas indígenas el acceso pleno a la jurisdicción estatal, a la vez que se establece, para respaldar tal derecho, que en todo tiempo tienen el derecho a ser asistidas por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, en las circunstancias del caso que nos concierne, fue deber inexcusable del Estado Mexicano, por conducto de las autoridades competentes, haber proporcionado una defensa idónea con dichos alcances. Ello con el fin de dar debido cumplimiento a los derechos contenidos en el artículo 17 constitucional de acceso a la impartición de justicia y tutela jurisdiccional efectiva, en las vertientes apuntadas de contar con una defensa adecuada, así como las de acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso

en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa.

[...]

En ese sentido, la mayoría de ministros de esta Sala consideramos que los efectos restitutorios del juicio debían traducirse en declarar, de inmediato, su libertad, lisa y llanamente.” (Énfasis añadido).

Sin embargo, en el año 2013, la SCJN cerró la puerta al ejercicio efectivo del derecho al defensor con conocimiento de lengua y cultura con base en una interpretación desafortunada de la naturaleza del defensor intercultural. En la tesis siguiente, la Primera Sala causó la muerte del defensor con conocimiento de lengua y cultura.

“Personas Indígenas. Modalidades Para Ejercer El Derecho Fundamental De Defensa Adecuada Consagrado En El Artículo 2o., Apartado A, Fracción VIII, De

La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Las figuras del intérprete con conocimiento de una determinada lengua y cultura, así como del defensor, constituyen parte del derecho fundamental a la defensa adecuada de las personas indígenas, en términos del artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que el Poder Reformador plasmó para tutelar sus derechos, eliminar las barreras lingüísticas existentes y dar certeza al contenido de la interpretación. Así, el defensor junto con el intérprete con conocimientos de su lengua y cultura son quienes acercan al órgano jurisdiccional con la especificidad cultural del indígena; de ahí que deben señalarse las modalidades para ejercer dicho derecho fundamental. En cuanto al intérprete: 1) La asistencia por intérprete es disponible,

pero únicamente por el imputado, lo que le permitiría rechazarla; sin embargo, sólo sería aceptable el rechazo cuando la autoridad ministerial o judicial advierta que el imputado, evidentemente, tiene un desenvolvimiento aceptable sobre el entendimiento en idioma español del procedimiento al que está sujeto y sus consecuencias. La autoridad que conozca del caso deberá asentar constancia de ello en la que tenga intervención un perito intérprete que conozca la lengua y cultura del imputado, que sirva para corroborar su voluntad y lo innecesario de su intervención, apercibido de las consecuencias legales aplicables por la probable generación de un estado de indefensión en contra de aquél. 2) En caso de que no exista renuncia al intérprete, la autoridad ministerial o judicial que conozca del caso deberá constatar que el intérprete efectivamente

conoce la lengua y cultura del imputado. Podrá tratarse de un intérprete práctico respaldado por la comunidad indígena o certificado por las instituciones correspondientes; o bien, mediante el uso de tecnologías, se podría implementar la asistencia de intérprete por medio de videoconferencia. En cuanto al defensor:

- 1) La asistencia por abogado defensor es irrenunciable y podrá ser prestada por instituciones oficiales o a cargo de particulares, a elección del imputado. Esta figura puede reunir, además, la calidad constitucional de que conozca la lengua y cultura del imputado, mas no es un requisito de validez del proceso, ya que también a elección de éste puede ser prescindible esta última calidad. En caso de que el defensor sí cuente con dichos conocimientos, deberá exhibir la constancia que lo avale, cuya autoridad competente para expedir dicha

certificación puede ser la Defensoría Pública Federal o estatal, o el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. 2) En los casos en que el ejercicio del derecho de defensa sea ejercido por defensor oficial o particular que desconozca la lengua y cultura del imputado, la figura del intérprete que sí conoce ambos es insustituible, pues a través de ella se garantiza el pleno conocimiento del imputado sobre la naturaleza y las consecuencias de la acusación; los derechos que le asisten y la comunicación efectiva con su defensor, entre otros.”¹⁷

En la sentencia que da origen a la tesis, la Primera Sala, haciendo una interpretación oracional del artículo 2, apartado, A, fracción VIII, de la CPEUM, se apartó del criterio

¹⁷ SCJN. Amparo directo 50/2012. 28 de noviembre de 2012. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

sostenido en los Casos de la persona indígena tzotzil y del señor Hernández Shilon, y sostuvo que no es necesario que el defensor de la persona indígena conozca la lengua y la cultura pues bastará con que el intérprete conozca la lengua y la cultura. De esta manera, la SCJN dio muerte al derecho a contar con defensor con conocimiento de lengua y cultura que fue una petición contenida en los Acuerdos de San Andrés.

11. Conclusiones

Primera. El derecho de las personas indígenas, la jurisdicción del estado tiene como origen un suceso bélico: el alzamiento zapatista de 1994.

Segunda. Las demandas planteadas por lo rebeldes en los acuerdos de San Andrés fueron constitucionalizados, en el artículo 2° de la CPEUM.

Tercera. El derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado, está integrado por los siguientes elementos:

- a) Tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes que conozcan su lengua y su cultura,
- b) Tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por defensores que conozcan su lengua y su cultura;
- c) Tienen derecho a que en todos los juicios y procedimientos en que formen parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales. si una autoridad judicial no respeta estos tres derechos se configuraría una violación al derecho humano de acceso pleno a la jurisdicción del estado.

Cuarta. Las autoridades judiciales del estado mexicano tienen el deber de respetar tales derechos como parte de la interculturalidad. La violación al derecho al defensor anfibio y al intérprete traerá como consecuencia la reposición del procedimiento. La especificidad cultural puede dar lugar a una causa de exclusión de delito. Es necesario que

los defensores exijamos el cumplimiento de este derecho, para que sea tomado en serio.

La Homosexualidad.

Gerardo A. Herrera Pérez*

Resumen: El tema de la sexualidad, continúa siendo un tema tabú; socialmente, se privilegia la norma sexual que aprueba la heterosexualidad, es decir, sexos contrarios y complementarios que permiten la reproducción constituyen la aprobación social. Cuando nos encontramos frente a situaciones donde la heteronorma no justifica su funcionalidad incluso la politicidad, como es el caso de la homosexualidad, se generan mecanismos de opresión en contra de dichas personas que asumen esas expresiones, y que van desde la invisibilidad, el prejuicio, estigma, la exclusión,

* Doctor en Ecoeducación, Preside la organización Grupo de Facto Diversidad Sexual en Michoacán.

la violencia, discriminación y en ocasiones la muerte por no someterse a la norma.

Explicar el porqué de la opresión y sus mecanismos para someter, controlar y disciplinar los cuerpos de personas que tienen una orientación sexual diferente a la heterosexual, no puede ser explicada de manera simplista, solo por cuestiones de que se nació, o bien porque se hizo en el devenir del día a día.

En general las personas se preguntan sobre la existencia de identidades homosexuales, y si estos nacen o se hacen; aun cuando es simplista esta forma de iniciar la revisión de un tema en complejidad, pareciera ser que es el fundamento que han utilizados diferentes teóricos para llevar a cabo el trabajo de investigación que posicione si es son aspectos esencialistas o sociales, los que generan las identidades homosexuales.

De esta manera, teorías biologicistas, constructivistas y eclécticas avanzan en la

posición de expresar y confirmar sobre si una persona homosexual nació, se construyó o a través de un conjunto de expresiones biológicas, sociales, psicológicas y ambientales permitieron la construcción de una identidad homosexual.

Sumario: Teorías de la homosexualidad. Teorías biológicas o esencialistas: Teoría hormonal; Teoría neuroanatómica; Teoría Psicológica Constructivista; Teoría Conductual. Teorías constructivistas: Teoría del Constructivismo Social Evolutivo; Otras teorías. Conclusiones.

Palabras clave: Teoría, homosexualidad, biologicista, esencialista, constructivista.

1.- Teorías de la homosexualidad

No es simple abordar el tema de la homosexualidad, toda vez de la complejidad, por el estigma y el prejuicio con que se analiza un tópico sexual, pero además por la posición

ideológica con que lo pueda abordar el investigador; adicionalmente a las cuestiones ideológicas, cuando se le confronta a la homosexualidad con la heterosexualidad o lo heterosexual, concepto que está legitimado por la sociedad a partir de su reconocimiento como lo normal y natural para el pleno ejercicio del cumplimiento de la norma sexual (pareja heterosexual, matrimonio monogámico, patriarcal, falocrático y religioso, que se reproduce socialmente) que legitima la reproducción social.

Los aportes teóricos a la comprensión de la homosexualidad nos deben de orientar a definir si se nace con una sexualidad homoerótica, o se construye una sexualidad homoerótica y desde luego sí esta visión también constituye un reconocimiento normal y natural del ejercicio de la sexualidad, o si por el contrario se plantea como la depravación al estar en contra de la norma sexual (Guerrero, 2013); es decir se nace o se hace, es innato o adquirido

(Mondimore, 1998), en este sentido, es una posición esencialista, biologicista o constructivista, o bien desde la complejidad.

Al parecer es simple plantearnos el dilema; no obstante, para la población es complejo resolverlo: ¿nacemos? o bien, ¿nos hacemos?, ¿qué pensamos?, ¿qué aceptamos?, ¿qué asumimos sobre dicho dilema?

Más allá del debate sobre la homosexualidad y sus posicionamientos nos preguntamos: se nace (biológico) o se hace (constructivista-social) tendrán siempre un componente ideológico que cambia según el contexto, y según quien habla y el discurso que pronuncia, las palabras tienen un significado y un poder como lo expresa Foucault y Bourdieu, no es lo mismo expresar en el discurso y referirse a un homosexual que a un heterosexual, que de entrada el primero no está legitimado y se le considera como depravado; como tampoco será igual hablar de lo homoerótico en los Pueblos Antiguos:

Antigua Grecia; la Edad Media; en la época victoriana, o del Siglo XIX; o bien, en la edad Contemporánea o Posmoderna, es decir, el discurso y los conceptos se construyen en el tiempo y el espacio de que se hable, a partir de una análisis genealógico y arqueológico.

Las respuestas al dilema de nacer? o hacerse? las encontramos en teorías biologicista o esencialistas, o bien, en teorías constructivistas; también las encontramos, en posicionamientos y respuestas de científicos sociales jóvenes, como Guerrero McManus, quien en su texto *“¿Naces o te haces?, La ciencia detrás de la homosexualidad”* (Guerrero, 2013), nos plantea un pronunciamiento ecléctico; su propuesta va más allá de resolver dichas preguntas a partir de posicionamientos biológicos o simplemente sociales, plantea una tercera vía en su interpretación para la comprensión de lo homoerótico, el Constructivismo social evolutivo (CSE), pero también existen otras

propuestas para resolver este dilema, como el tercer sexo, o bien la homosexualidad revolucionaria (Guerrero, 2013; Nicolas, 1989 y Foucault).

Guerrero McManus (2013) expresa que,

“la pregunta que en cierto sentido motiva todo este libro, es saber, si los homosexuales nacemos o nos hacemos, no ha sido contestada. Espero.....queden claras dos cosas. Primero, que no va a ser contestada porque la pregunta presupone una distinción radical fuerte entre lo biológico y lo social, entre la naturaleza y la crianza, entre nuestro ser animal y la cultura..... Esto nos lleva al segundo punto que espero que quede claro. La biología puede todavía aportar algo, incluso si rechazamos aquellas explicaciones que buscan simplemente pasar por alto las

dimensiones históricas, culturales y contextuales dentro de las cuales se desenvuelven nuestras prácticas eróticas.....El Constructivismo social evolutivo (CSE) busca justamente ser una salida al conflicto que hemos descrito al analizar las Guerras de las Ciencias.

Por otro lado, la Dra. Soriano Rubio (Soriano, 2002), expresa que “prácticamente hasta mediados del siglo XX, excepto en algunas contadas excepciones, la mayor parte de las explicaciones sobre las causas de la homosexualidad no tienen una base científica. Partían del presupuesto fundamental de que la heterosexualidad, como destino divino, era lo único natural y bueno (San Agustín y Santo Tomás ideólogos del cristianismos). Las demás orientaciones, entonces consideradas desviaciones, eran debidas a la actuación de fuerzas malignas, o bien como algo que se daba en personas pecadoras que libremente

elegían ser malas o perversas. No obstante, hay que considerar las posiciones de Alemania de 1869, con el cual se introduce el concepto de homosexualidad, como una enfermedad, pero no una enfermedad divina, y que fue retirado el término por la Organización Mundial de la Salud de los diagnósticos de enfermedades mentales en 1990.

Desde los años cincuenta y sesenta del siglo XX se ha considerado la heterosexualidad como algo dado, se nace con ello, es cuando los científicos han tratado de buscar una explicación a la existencia de homosexuales.

Por otro lado, en cuanto a las diferentes explicaciones teóricas descriptivas, se diferencian las posiciones científicas biológicas y psicológicas. Las primeras ubican sus estudios y reflexiones científicas y teóricas sobre “variables genéricas, fisiológicas y neuroanatómicas. Los pronunciamientos segundos ponen énfasis en variables sociales como agentes causales de la homosexualidad.

La doctora Sonia Soriano Rubio (2002) nos comparte la matriz de las diferentes propuestas teóricas y el estudio más representativo de cada uno de ellos, y en el afán de complementarlo anexamos algunos posicionamientos teóricos, que pueden ser de interés al momento de la interpretación de: ¿se nace? o ¿se construye?:

Matriz No. 1 Teorías de la homosexualidad.

Modelo	Causa	Estudio representativo
Biológico	Hormonal prenatal Hormonal postnatal Neuroanatomica	Kallman (1952) Dorner (1976) Kolodny y cols (1971) Le Vay (1991)

Interaccionista	Hormonal prenatal y sociocultural	Money cols (1972) Felman y McCulloch (1971)
Conductual	Aprendizaje	Bandura (1969)
psicoanalítico	Intrapsíquico	Freud (1905-1915)
Tercer sexo Homosexualidad revolucionaria	Ideología de la identidad homosexual	Nicolas Jean (1978)
Constructivismo social evolutivo	Posicionamiento ecléctico, que incluye lo biológico, social y la evolución.	Guerrero Mcmanus (2013)

(De diseño propio).

Así, el esquema nos da luz para la revisión de las distintas teorías tanto las biológicas esencialistas, o las sociales o constructivistas o bien aquellas que se construyen a partir del prejuicio y el estigma, o el último aporte el Constructivismo social evolutivo.

En este sentido Castañeda Marina (2006, p. 51) plantea que un enfoque esencialista afirma que la homosexualidad es biológica, congénita y natural; por otro lado, el construccionista sostiene que es adquirida y se desarrolla en el individuo en función de su entorno familiar y social.

En esta perspectiva, Castañeda Marina (2006, p. 52) plantea que según la "posición esencialista, la homosexualidad es un rasgo biológico que aparece en todas las sociedad y en todas las épocas....uno no escoge ser homosexual, y no debe ser considerado responsable ni castigado por ello; no obstante, aún existen en el mundo diversas legislaciones que reprimen el ejercicio de la sexualidad en

personas del mismo sexo, como es el caso de Sudan, Somalia y Mauritania en África, Arabia Saudita o los Emiratos Árabes Unidos en Oriente Medio, Vietnam y Nepal en Asia, Rusia en Europa y en los cuales se pronuncia en sus estudios e informes anuales la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA).

En este enfoque, durante el siglo XX, la homosexualidad es una condición o una enfermedad, incluso una enfermedad congénita; el homosexual no es responsable de su orientación, está enfermo, merece por lo tanto tratamiento médico, y no encarcelamiento. A la luz de este pronunciamiento, Michel Foucault, a finales de los años setenta y principios de los ochenta, expresa la existencia de los mecanismos de opresión en contra de las identidades sexuales (homosexuales) y la manera en que podría ser atendida la homosexualidad como patología.

No obstante, la Organización Mundial de la Salud, considero a la homosexualidad hasta

1990 como enfermedad o una patología y a partir de esa fecha, se retiró la palabra homosexual de las enfermedades mentales.

1.1.-Teorías biológicas o esencialistas

De acuerdo a los aportes que presenta la doctora Soriano Rubio, expresan que las teorías biológicas explican el origen de la homosexualidad a partir de factores etiológicos de naturaleza orgánica.

De conformidad con esta revisión teórica, existen tres grupos; primero los que ponen énfasis en factores genéticos, los relacionados con las hormonas como un elemento fundamental para la futura orientación sexual y aquellos que pretenden mostrar la existencia de una diferencia estructural en el cerebro de homosexuales y personas heterosexuales.

Teoría genética

“De una forma general la teoría genética postula que la homosexualidad es innata” (Soriano, 2002, p. 73) esto es, se nace siendo ya homosexual. Plantea que el origen de la

homosexualidad se localiza en los genes, siendo el factor fundamental, de la presencia de determinadas características asociadas al cromosoma X transmitido en una relación heterosexual por la mujer.

Existe un documento de investigación serio realizado a gemelos idénticos por Kallman (Citado en Soriano, 2002) médico alemán, el documento plantea una relación causal entre factores genéticos y la homosexualidad, y con ello aporó bases para el estudio genético de la sexualidad de la humanidad.

El estudio consistió en estudiar a 95 parejas de gemelos varones (44 monocigóticos y 51 dicigóticos). Kallman encontró una concordancia del 100% para la orientación homosexual en el caso de los monocigóticos y del 25% en dicigóticos. Con estos resultados había elementos para afirmar que la homosexualidad tenía un componente genético. No obstante, diversos

cuestionamientos a la metodología hicieron dudar de los resultados.

Entre los cuestionamientos estuvieron que utilizó gemelos educados en un mismo ambiente. Los resultados presentados por Kallman (Citado en Soriano, 2002, p. 73), a partir de sus declaraciones fueron tomados con cierta prudencia.

En este sentido la Dra. Sonia Soriano Rubio (2002) menciona en su artículo que se han realizado otros estudios más recientes como el desarrollado por Bailey y Pillard, (1991); Bailey, Pillard, Neale y Agyei, (1993); Hamer et. al. (1994) y Pillar y Bailey, (1995), los cuales no han podido a partir de sus hallazgos confirmar que es genético la homosexualidad. No obstante, las investigaciones señalan que existe influencia genética importante en la homosexualidad tanto en hombres como en mujeres.

Le Vay y Hamer (Citado en Lacadena, citado por Soriano, 2002, p. 73), presenta los

resultados de las distintas investigaciones realizadas a gemelos, mismos que compartimos para su análisis:

Primero: entre los datos referentes a la homosexualidad en hombres se observa que en gemelos monocigóticos la probabilidad de que ambos sean homosexuales es del 57 por ciento, mientras que en dicigóticos es del 24 por ciento y del 13.5 por ciento entre hermanos no gemelos.

Segundo: Entre mujeres los porcentajes son del 50 por cientos para gemelas monocigóticas, 16 por ciento para dicigóticas y 13 por ciento para no gemelas.

“Estas concordancias, aunque menos sorprendentes que las de los estudios iniciales, vendrían a confirmar el peso que los factores genéticos podrían tener en el origen de la homosexualidad, sin embargo, se sigue estando lejos de poder afirmar que éste es el origen de la homosexualidad. No se puede olvidar que un porcentaje importante de

gemelos monocigóticos, aunque comparten las mismas características genéticas y el mismo ambiente prenatal y familia, tienen diferentes orientaciones sexuales, pero adicionalmente y por otra parte, en aquellos que si comparten la misma orientación sexual, a partir de los estudios realizados no es posible separar y cuantificar el peso real de los factores genéticos y de los ambientales” (Soriano, 2002, p. 74).

Existen otras investigaciones, como las que realiza Hamer, Hu, Magnuson y Pattatucci (citados en Soriano, 2002, p. 74). La investigación plantea a partir de que los caracteres están influidos por los genes tienen a presentarse en una misma familia, por lo que la investigación avanza a confirmar que los hombres homosexuales tienen una alta probabilidad de tener parientes también homosexuales en la línea materna de la familia.

Los resultados alcanzados prescriben que la tasa de homosexualidad de la población

general (se estima en un 2% a 3%), entre hermanos se da un porcentaje casi 7 veces mayor. Igualmente, en los tíos maternos y primos (hijos de hermanas de la madre). Presentan probabilidades más altas de ser homosexuales que el conjunto de la población.

Adicionalmente de determinar la tasa de homosexualidad en familias se plantaron hacer un análisis genético del ligamiento del cromosoma X. Tras estudiar a 40 pares de hermanos homosexuales determinaron que había 5 marcadores moleculares pertenecientes a la región Xq 28 que en 33 de los 40 pares de hermanos segregaban conjuntamente con la orientación homosexual. Con esto tendríamos una nueva evidencia del origen genético de la homosexualidad, pero hasta el momento solo de la masculina, ya que estos resultados no se confirmaron en mujeres.

Vale la pena señalar que los estudios e investigaciones no son concluyentes y que además aun con estos resultados no ha sido

posible aislar ningún gen homosexual. Por ello, se considera incorrecto el expresar desde el aspecto científico que la homosexualidad tiene un origen genético, ni es tampoco adecuado y cierto que se haya encontrado o aislado como ya se expresó un gen homosexual. Aún faltan más análisis e investigaciones, para que la ciencia pueda generar posicionamientos concluyentes sobre que la homosexualidad es esencialista.

1.1.1.- Teoría hormonal

Otra explicación que ofrece la evidencia científica es la naturaleza biológica de la homosexualidad a partir de los niveles de hormonas en el cuerpo de un hombre o una mujer, como agentes responsables de la orientación sexual, a mayor hormona de macho o hembra en un cuerpo sexuado, se genera esta posibilidad de la homosexualidad.

La investigación parte de un fundamento básico, hombres y mujeres estamos dotados

de hormonas sexuales andrógenos y estrógenos, en diferente proporción según el sexo de que se trate, las notas básicas de la investigación son que una descompensación en el nivel de hormonas causa la homosexualidad, tanto en hombres como en mujeres.

La investigación partió de comparar hombres con diferentes orientaciones sexuales, los homosexuales deberían tener mayor nivel de estrógenos y menos niveles de andrógenos que sus pares heterosexuales. Pasa lo mismo para las mujeres, las lesbianas comparadas con sus pares heterosexuales, tendrían mayores cantidades de andrógenos y menores de estrógenos. Pese al interés mostrado por Koldny, Hendryx, Masters y Toro (1971); Pillard y Wwinrich en (1986); Starka (1975) (Citados en Soriano, 2002, p. 74), los resultados son parciales; los estudios comparados entre homosexuales y heterosexuales fueron contradictorios, con ello,

desde luego que se confirma que los hombres homosexuales tienen menores niveles de testosterona y mayores de hormona luteinizante en sangre que hombres heterosexuales, y además el volumen de esperma en su eyaculación era deficiente.

Sin embargo, en otros, no se han encontrado diferencias significativas como los estudios realizados por Meyer en el año de 1981, Sander, Bain y Langevin de 1984 (Soriano, 2002, p. 74).

Un tercer grupo Brodie (1974); Tournay y Hatfield (1973) (Citados en Soriano, 2002, p. 75), quienes en sus resultados expresan que los homosexuales tienen un nivel por encima de la media de los heterosexuales.

Por otro lado, en el caso de las mujeres, no han sido concluyentes los estudios para determinar que existe una relación entre el nivel de andrógenos y el lesbianismo, investigación en la cual ha insistido Meyer-Bahlburg (Citado en Soriano, p. 75).

Existe otro grupo de investigadores, que ha orientado el proyecto de investigación, ahora centrándose en el papel que juegan las hormonas durante el proceso de desarrollo cerebral y sexual prenatal, destacan en estos compromisos Damer, Rhode, Stahk, Krell y Masiu; así como Glaude, Gree y Hellman; Money y Ehrhanrdt; Money. Todos ellos han planteado como hipótesis central que la heterosexualidad en el varón y la homosexualidad en la mujer serían la consecuencia de una exposición elevada a los andrógenos prenatales que daría como resultado un patrón de organización cerebral masculino (Soriano, p. 75).

Pero en sentido contrario, la homosexualidad de los hombres y la heterosexualidad en la mujer resultarían de una baja exposición a los andrógenos prenatales, desarrollándose así un patrón de organización cerebral femenino.

Como se puede observar, fue contundente el número de investigaciones en la línea de estudios realizados, fue igualmente proporcional a las críticas que se le dieron, así, otros estudios pusieron en duda estas investigaciones, como es el caso de Gooren 1986 (Citado en Herrero, 1997), que ponen de relieve que un grupo de hombres y mujeres transexuales la respuesta ante la administración de estrógenos era la misma que en las personas con su mismo sexo genético, mientras que tras la intervención de cambio de sexo y la terapia hormonal, la respuesta era consistente con su nuevo sexo. Una vez más los datos empíricos en cuanto a la correlación entre niveles hormonales y la homosexualidad no apoyaron la evidencia hipotética y por tanto no se puede fundamentar la posición de que las hormonas determinan biológicamente la orientación sexual homosexual de un individuo.

Con ello, se considera que no hay que desestimar las hipótesis biológicas, y

concretamente hormonales, como posibles factores predisponentes, pero, no deben ser tomadas como el único o principal factor responsable. Al igual que sucedía con los genéticos.

1.1.2.-Teoría neuroanatómica.

Respecto de la teoría neuroanatómica se fundamenta en comprobar algunas características específicas en determinadas estructuras del cerebro, en concreto en el tamaño de un área del hipotálamo.

En este sentido Le Va (médico neuropatólogo de la Universidad de California, en los Estados Unidos) (Citado en Soriano, 2002, p. 75), ha impulsado algunas investigaciones en establecer la comparación del hipotálamo de 19 hombres homosexuales, 16 hombres heterosexuales, y 6 mujeres cuya orientación sexual era desconocida. Le Va afirmó que derivado de sus investigaciones el tamaño del núcleo intersticial del hipotálamo anterior (INAH-3) en los hombres

heterosexuales era más del doble que en las mujeres y los hombres homosexuales, mientras que entre estos dos últimos grupos no había diferencias.

Le Va, persistía en que la estructura INAH-3 es más pequeña en aquellas personas que sienten atracción sexual hacia hombres.

Pese a ello, las conclusiones y sus elementos de investigación han sido criticados, algunas de las críticas van desde no poder asegurar que los heterosexuales estudiados realmente lo eran, o bien, que los homosexuales estudiados hayan tenido VIH/Sida, lo cual incluso podría haber afectado el tamaño de los núcleos hipotalámicos son entre otras las razones para tomar con mesura este posicionamiento como verdadero; en tanto que como expresa Breedlove (Citado en Soriano, 2002, p. 75), no podemos dejar de pensar que quizá las diferencias encontradas por Le Va y podrían ser una consecuencia, y no la causa de la orientación sexual.

Concluimos desde este enfoque que las teorías biologicistas o esencialistas no pueden determinar que los factores genéticos de la orientación sexual sean causados por cuestiones genéticas, hormonales o neuroanatómicas exclusivamente. Por lo que es posible, eso sí, que alguno o quizá más de uno pueda predisponer, para que en interacción con factores de otro tipo, muy posiblemente de naturaleza psicosocial, la orientación sexual se especifique en uno u otro sentido, o bien, desde la complejidad en el entendimiento de todos estos elementos más otros sociales y otros del contexto.

1.1.3.-Teoría psicológica o constructivista

Es la contraparte de las teorías biologicistas; la teoría psicológica postula que no se nace con homosexualidad, sino que son procesos que se adquieren y en los cuales participan factores del entorno de la persona o en el propio aprendizaje que se realiza en la

interacción con otros sujetos sociales, tales como los padres, hermanos, tíos, amigos, vecinos, entre otros.

Al parecer hay dos posicionamientos en las teorías psicológicas; por un lado las teorías psicodinámicas, que ponen el énfasis en variables intrapsíquicas (el máximo promotor S. Freud) y por el otro lado, están las teorías conductuales o aquellas que destacan el papel de variables experienciales o sociales como agentes causales de la homosexualidad, reflexiones vertidas por Bandura, así como Saghir y Robins durante en el año de 1973 (Citados en Soriano, 2002, p. 78).

1.1.4.- Teoría psicoanalítica

Diversos investigadores han tratado de explicar la homosexualidad a partir del psicoanálisis tales como Bergler, Rado, Leavy y Friedman (Citados en Soriano, 2002, p. 76), no obstante, en esta revisión nos centraremos en la revisión de las tesis freudianas ya que además de ser de las más conocidas son las

que han servido para el análisis de otras investigaciones en esta área del conocimiento.

Freud explica la homosexualidad a partir del planteamiento fundamental del psicoanálisis clásico sobre la sexualidad humana. Según éste, en todo ser humano existe una disposición bisexual congénita que a través de distintas etapas: la oral, anal, fálica y genital, se va orientando hacia una única sexualidad, o hetero u homosexual.

Freud explica que, si las condiciones psicosociales son adecuadas, las fuentes y objetos de satisfacción sexual siguen un orden, una cronología y una topología corporal preprogramada biológicamente que culmina en la adolescencia con la elección de objeto sexual heterosexual.

Si, por el contrario, las condiciones no son las adecuadas, se produce una alteración o retraso en el desarrollo del individuo y el resultado es que la elección del sujeto será homosexual.

Con relación a las causas específicas de la homosexualidad, y con relación a la de los hombres, ya que de las mujeres poco se estudia y se habla, se pondera que no existe un único factor, sino que al menos tres momentos o factores especialmente importantes en que ésta podría empezar a generarse.

Primer momento: fase anal, el niño se siente atraído por su propio cuerpo, se toma como un objeto sexual, la fuente de satisfacción está en la zona anal, el placer en auto erótico. Según Freud, la fijación o detención del desarrollo en esta etapa llevaría, a una elección narcisista de objeto sexual en la pubertad, siendo el resultado la atracción por personas que tengan genitales idénticos a los de uno mismo.

Segundo momento: al llegar a la etapa fálica alrededor de los 3 ó 4 años, el niño cambia su centro de atención de la zona anal a la genital y lo propio del desarrollo es que tome conciencia de su pene en cuanto fuente de

satisfacción, y de que las niñas no lo tienen. Aparece entonces el miedo a perder este órgano, miedo universal denominado complejo de castración. La no superación adecuada de éste puede llevar al miedo a los genitales femeninos y desear a otro hombre como compañero sexual.

Pero, sin duda, la explicación más conocida de las que dio Freud acerca de la homosexualidad masculina, y que todavía es frecuente plantearla, es que es consecuencia de un complejo de Edipo no superado o bien invertido.

Durante la etapa fálica, todos los instintos sexuales, hasta entonces dispersos, se concentran y se dirigen hacia una única persona que se convierte en objeto de deseo y satisfacción, la madre.

Freud explica que todos los niños sienten impulsos hostiles hacia el padre al que se ve como un rival que impide alcanzar el objeto deseado, es decir, el deseo de la madre. De

este modo se establece una relación triangular y aparece el complejo de Edipo.

Para solucionar de forma positiva esta situación, el niño debe reprimir su deseo incestuoso, y tras identificarse con el padre, orientar sus deseos sexuales hacia otras mujeres cuando llega a la pubertad. Así finaliza el desarrollo sexual.

Freud también expresa que el joven que ha permanecido fijado a su madre durante más tiempo y de forma más intensa de lo que sería habitual no renuncia a ella, sino que se identifica con ella, “quiere ser como ella”, y toma a ésta como modelo sexual, por eso buscará objetos eróticos semejantes a él mismo, a los que cuidar y amar como su madre lo ha amado y cuidado a él (Citado en Soriano, 2002, pp. 76-77).

Otra forma en que puede aparecer la homosexualidad masculina es cuando el niño, tras adoptar una actitud femenina y en contra de lo que cabría esperar, dirige sus deseos

hacia el padre y no hacia la madre. De este modo, aparece el complejo de Edipo invertido y el padre se convierte en el objeto del cual esperan su satisfacción los instintos libidinosos, así en este caso el padre es lo que se quisiera tener (Soriano, 2002, p. 77).

No obstante, surge la pregunta ¿Cuáles serían las posibles causas que podrían determinar que el desarrollo se detenga o se altere en el sentido expuesto?

Precisemos, la inversión en la elección del objeto sexual, con lo que define la homosexualidad Freud, no es algo que la persona traiga consigo al nacer, aunque no niega la influencia de posibles factores derivados de dicho proceso.

A su juicio, más aceptable parece entenderla como algo adquirido como consecuencia de las influencias ambientales, concretamente del sistema de relaciones maternofiliales y paternofiliales durante la infancia.

El modelo familiar que conduciría a la homosexualidad sería aquel en que la madre está muy unida al hijo, es extremadamente tierna y cariñosa llegando a alimentar sus deseos incestuosos. Por su parte el padre es frío, distante y poco enérgico, o bien muestra una actitud abiertamente hostil, lo que de un modo u otro dificulta que el niño se identifique con él.

En el caso de las niñas, destaca igualmente una relación difícil o inadecuada con el padre, pero a diferencia del caso masculino, parece que también en ellas las relaciones con la madre son hostiles durante la infancia.

La teoría de Freud ha sido muy criticada por su carácter de especulación, pero en lo que a las afirmaciones de la homosexualidad se refiere se ha puesto además en tela de juicio su validez, ya que estas procedían de muestras clínicas, lo que las convierte en muy dudosas para confirmar cualquier hipótesis.

La tesis de Freud ha sido rechazada y aceptada, a partir de considerar la importancia de los padres en el desarrollo de estudios posteriores.

En concreto, destaca el estudio de Bell y Cols (1981) (Citados en Soriano, 2002, p. 77), como uno de los de mayor impacto que se tenga conocimiento se haya realizado en este campo, tanto por la muestra que es amplia 686 hombres y 293 mujeres homosexuales, y 337 hombres y 140 mujeres heterosexuales, como por la metodología utilizada con un enfoque de análisis de la trayectoria. Los resultados que impactan sobre el tema son los siguientes:

Primero: Los chicos que crecieron con madres dominantes y padres débiles tienen la misma probabilidad de llegar a ser homosexuales que si hubieran crecido en un ambiente familiar ideal.

Segundo: no se puede afirmar que hay asociación entre las relaciones de los chicos con sus madres y el hecho de que después

éstos lleguen a ser homosexuales o heterosexuales. Si parece que las relaciones pobres con el padre tanto en hombres como en mujeres, tienen un papel más importante que las relaciones con la madre.

Tercero: Hombres y mujeres homosexuales suelen dar cuenta de haber tenido relaciones negativas con su padre, pero teniendo en cuenta que desde tempranamente ya existen indicadores de la futura homosexualidad, cabe pensar que la actitud (cariños u hostil) de los padres de homosexuales y lesbianas sea una consecuencia más que causa de la homosexualidad, Bell y Cols (Citados en Soriano, 2002, p. 77).

El propio Freud señalaba que se dan casos de personas que habiendo estado expuestas a las mismas influencias ambientales (familiares) nunca llegan a desarrollar la homosexualidad. De aquí que él mismo nunca negara el rol de posibles factores biológicos, explicitando, en

diferentes ocasiones la necesidad de tenerlos en cuenta y reconociendo así el análisis de la homosexualidad no es tan sencillo como suele afirmarse tendenciosamente (Soriano, 2002, p. 77).

1.1.5.-Teoría conductual

Los investigadores conductistas aseguran que la sexualidad es al nacer un impulso neutro que se va modelando a partir de diversas experiencias de aprendizaje en la vida cotidiana. Por tanto, la homosexualidad, al igual que la heterosexualidad o la bisexualidad, es una cuestión de socialización mediatizada por experiencias específicas de aprendizaje que tienen su origen en la imitación y en las contingencias del esfuerzo de la propia conducta, que se desarrolla en el día a día.

Las investigaciones conductistas tienden a determinar en qué momento, y en qué relación, qué factores o experiencias específicas se producen en el aprendizaje de la homosexualidad.

De esta manera, encontramos el planteamiento de que la homosexualidad tiene su origen en los procesos de identificación sexual durante la infancia, destacando en este sentido el papel de los progenitores, en esto Bandura y Kohlberg han hecho sus contribuciones. Por otro lado, Feldam y McCulloch, Gagnon y Simón, así como Master y Johnson plantean que las primeras experiencias, pensamientos y sentimientos sexuales, durante la preadolescencia y adolescencia como los determinantes primordiales para el desarrollo de la homosexualidad (Soriano, 2002, pp. 77-78).

Desde el primero de los planteamientos se afirma que la homosexualidad es el resultado de una inadecuada identificación con los modelos del mismo sexo durante la infancia (grupo de pares y de adultos), o bien si esta ha sido correcta, las recompensas no han sido las adecuadas. En cualquiera de los casos, la homosexualidad sería el resultado de una

inversión de género como consecuencia de un aprendizaje inadecuado del rol de género.

En este sentido, muchos han sido los estudios en que se ha puesto de relieve que los hombres y mujeres homosexuales durante su infancia muestran conductas atípicas de género, los homosexuales masculinos, de niños, eran chicos afeminados y las lesbianas eran masculinas.

Así se describían indicadores concretos de inversión de género y se postulaba que cuantos más de ellos se dieran en un niño o en una niña, más intensa sería su homosexualidad.

Los indicadores que más destacan, de conformidad con el género y las funciones asignadas por el sexo están, el interés en juegos, juguetes y ropas propios del otro sexo y ser considerado como afeminado o masculino por los de la misma edad.

Esta explicación simplista, que además es inadmisibile, toda vez que sabemos que la orientación sexual no está en relación con la

identidad de género, esto es con el hecho mismo de manifestar características propias del sexo opuesto.

Por otro lado, Bailey y Zucker, plantean en sus investigaciones un análisis de la asociación entre el comportamiento de género y la homosexualidad, ellos indican que, la mayoría de los hombres y mujeres homosexuales no han mostrado características propias del otro género durante la infancia. Según Bailey y Zucker, concluyen que, entre las personas homosexuales, al igual que entre los heterosexuales, existe una notable heterogeneidad en relación con las conductas ajustadas a la identidad de género (Soriano, 2002, p. 78).

Otros planteamientos que se han referenciado sobre los factores que pueden determinar la homosexualidad, especialmente en el caso de los chicos, son las primeras experiencias sexuales; unas veces por ser tempranas y otras por el grado de satisfacción

que se han vivido, estas reflexiones las expresan investigadores señalados por la Doctora Sonia Soriano Rubio (2002) y por Feldman, MacCulloich, Saghir y Robins.

Por otro lado, Saghir y Robins expresan que las manifestaciones de la sexualidad aparecen durante la preadolescencia, etapa en la que tiene lugar la identificación con los valores masculinos y en la que el grupo de pares del mismo sexo juegan un papel destacado con respecto a la vinculación emocional, se dan las condiciones adecuadas para que se produzca la erotización de la masculinidad. En este sentido Ganon y Simón, así como Farré y Martí, expresan que los genitales masculinos se asocian con sensaciones placenteras y agradables, como el practicar la masturbación, convirtiéndose en estímulos sexuales, y tras generalizarlos en las fantasías se desarrollará la homosexualidad. Este planteamiento lleva a la afirmación que las primeras experiencias sexuales pueden

encauzar hacia la homosexualidad cuando se han tenido relaciones con personas del mismo sexo y las mismas han sido satisfactorias y placenteras; por el contrario, si han sido con personas del otro sexo y las mismas han resultado desagradable o no satisfactorias (Soriano, 2002, pp. 76-78).

Esta conclusión desde luego parece por sí misma sostenerse, es difícil mantener una asociación entre causa-efecto entre ellos. Y es que habría que preguntarse sin los contactos sexuales placenteros con el mismo sexo, o en su caso los desagradables con el sexo opuesto, son la causa o son consecuencia de que se está confirmando la homosexualidad.

Por otro lado, es importante precisar que generalmente la toma de conciencia de la propia homosexualidad tiende a ser previa al inicio de conductas sexuales con otras personas, por tanto, la especificación de la homosexualidad debe responder a otros factores diferentes y no a las primeras

experiencias sexuales. Existen estudios sobre sexualidad en adolescentes que expresan que no siempre ni necesariamente hay relación entre las primeras experiencias sexuales y la orientación sexual.

Expresar que la homosexualidad sea algo aprendido genera implicaciones sociales, pero también clínicas. Así, junto que la homosexualidad sea aprendida se suma que puede ser modificable o se puede desaprender, y con ello se sientan las bases de terapias aversivas de la homosexualidad.

Vistos los elementos biológicos como psicológicos sobre la homosexualidad, es importante advertir que no sólo se desconoce el agente o agentes causales de la homosexualidad, sino que tan siquiera se está en condiciones de afirmar cuál es su naturaleza.

Frente a este paradigma de la investigación, tanto biológico, como social, está surgiendo una propuesta para explicar el origen

de la orientación sexual y es planteando un modelo interaccionista en el que se incluyan factores tanto biológicos como psicológicos y socio-culturales que puedan incluir de muy diversas formas y en distinto grado.

Comparto la postura de la doctora Sonia Soriano Rubio, quien defiende la hipótesis de la homosexualidad no tiene una única causa o conjunto de causas que invariablemente la determine en todos los casos. Seguramente se puede ser homosexual, al igual que hetero o bisexual, por distintas razones, y el que incluyan unas y otras, o en mayor o menor medida, dependerá de las características particulares de cada persona; es decir, se podría avanzar en posicionar las cuestiones de la homosexualidad desde una perspectiva de complejidad.

1.2.- Teorías constructivistas

1.2.1.-Teoría del Constructivismo Social Evolutivo.

David Sloan Wilson, es uno de los tres científicos más importantes a la hora de

explicar y comprender el fenómeno de la vida a través de la evolución (Charles Darwin y Edwar Osborne Wilson) es él el sustentante de la teoría de la Selección Multinivel “la selección a cada nivel de la jerarquía biológica favorece distintas adaptaciones. La selección entre individuos dentro de cada grupo favorece el egoísmo, la selección entre grupos dentro de la población total favorece el altruismo dentro de cada grupo y así sucesivamente. En la evolución cultural, los rasgos son transmitidos socialmente en vez de genéticamente. Los rasgos culturales pueden evolucionar a cada nivel de la jerarquía cultural, lo mismo que los rasgos genéticos. Por ejemplo, el egoísmo adquirido culturalmente puede expandirse a costa del altruismo dentro del mismo grupo, no menos que si estos rasgos fueran transmitidos genéticamente. Además, existe la interesante posibilidad de que los rasgos culturales puedan evolucionar para ser organismos parásitos,

mejorando su propia transmisión sin beneficiar a los individuos ni los grupos”.

Sin lugar a dudas en el tema de la evolución, el primero es “Charles Darwin, y le sigue, Edwar Osborne Wilson, que con su libro Sociobiología encajo las piezas dispersas del Neodarwinismo para explicar fenómenos sociales en los animales y el ser humano. En cuanto al primero, llego a establecer predicciones sobre la existencia de especies que han sido posteriormente descubiertas. En lo segundo, la recibió la parte amarga de la ciencia, que ocurre siempre que uno se enfrenta con lo establecido, demostrando que la ciencia real, como el socialismo real, no tienen nada que ver con esa idealización de la que hace gala respectivos fanáticos” (Sloan, 2008).

Basándome en el texto de Guerrero McManus (2013, p. 164), él expresa que el primer biólogo que empezó a revisar el proyecto de Constructivismo Social Evolutivo

(CSE) fue David Sloan Wilson; Wilson es filósofo de la biología y es también el más conocido y respetado en el mundo por sus aportes, pero también es un biólogo teórico que conoce de las entrañas de la teoría de la evolución y que, por ello, podemos apreciar sus reflexiones sobre el CSE.

Guerrero McManus nos ofrece una revisión sobre los ejes y origen del CSE. “Su propuesta se puede resumir básicamente en tres ejes de análisis. Primero, Wilson llama la atención ante un hecho trivial: los seres humanos no solo habitamos un ambiente ecológicamente dado, sino que lo moldeamos activamente. Algunos ecólogos han analizado este proceso y lo han denominado *construcción de nicho*. La idea central de este punto es que nosotros modificamos activamente las condiciones medioambientales en las que habitamos. Lo hacemos, por ejemplo, al construir ciudades, presas, al modificar la vegetación de una región para introducir agricultura y ganadería,

tenemos medicinas y ciencias médicas y para lidiar con parásitos, y de muchas otras y variadas formas” (Guerrero, 2013, p.164)

Estas transformaciones al medio ambiente han producido impactos catastróficos a la naturaleza, pero también a la sociedad que han perjudicado a amplios sectores de la sociedad, pero también a los animales que en ella habitan; así se visibilizan cambios climáticos como los fenómenos del niño y la niña; desertificación por la ausencia de un sistema de lluvias natural (sequias prolongadas); extinción de especies por los cambios en las fronteras agrícolas y ganaderas ganadas a las zonas boscosas. No obstante, continuamos siendo una sociedad adelantada que transformamos y que podemos habitar cualquier espacio por más inhóspito que este sea hoy en la tierra y que escalamos para habitar otros espacios como la luna.

Esta situación para Wilson es importante, porque no solamente esta forma de vida

depende de un acervo genético y de la biología del cuerpo, sino del aparato cultural que se ha desarrollado socialmente. Wilson precisa que en términos evolutivos esto implica que en la actualidad la selección natural está constreñida por la civilización. Gracias a este avance de la sociedad, personas que hubieran tenido enfermedades y sin medicamentos hubieran muerto, hoy las cosas son diferentes y pueden atenderse y vivir.

Guerrero McManus (2013), expresa que nuestra cultura nos permite en cierto sentido expandir los alcances y potencialidades de nuestros cuerpos. A la luz de esto podemos afirmar que en la actualidad somos una fuerza que activamente afecta y modela nuestra evolución. En este sentido es que se puede afirmar que los factores sociales son hoy un elemento que construye nuestra evolución. Esta evolución cultural es, pues, el primer elemento del CSE”

El segundo elemento que aporta Wilson al análisis del CSE, es que el hombre en sociedad (mujeres y hombres) se relaciona a través del lenguaje que manejamos como humanidad y de las narrativas que del podemos hacer. “Por medio de la narración es que hemos podido inaugurar un tipo de herencia no genética que es fundamental para comprender la historia del ser humano; hablo por supuesto de esta herencia cultural que se instala en la trasmisión de relatos. Estos relatos han sido transmitidos en forma de fábulas, alegoría, mitos, leyendas cuentos, etc. Que han forjado etnicidades, culturales, nacionales, folklores....Gracias a ellas tenemos acceso a conocimientos acerca de fenómenos que nunca experimentaremos de manera directa. Gracias a ellas tenemos conocimientos que nos evitan cometer una y otra vez los mismos errores que nuestros ancestros cometieron. Estas narrativas son así la posibilidad de un testimonio en el cual aquello que conocemos le pertenece al grupo y

no ya al individuo aislado”, precisa Guerrero McManus. En una evolución no solamente biológica, sino en una evolución social.

De esta manera la teoría del CSE plantea que, es a través de la palabra y de las narrativas la trasmisión de valores como la justicia, la bondad, pero también el reconocimiento de la belleza. Es también a través de las narrativas que se han ido construyendo normas que distinguen la visión dicotómica en la que se vive, lo bueno y lo malo, lo bello de lo feo, lo justo de lo injusto, entre otros pares.

“En este segundo elemento nos concentramos en aquello que el lenguaje hizo posible: los órdenes de lo simbólico que caracterizan la cultura y las producciones artísticas, las instituciones y las normas morales. Aquí nuevamente encontramos, expresa Guerrero McManus (2013) a lo social desempeñando el papel de un elemento que

activamente construye nuestra historia evolutiva”.

El tercer elemento que aporta Wilson, está ligado a los otros dos elementos, este elemento se refiere a “la plasticidad cognitiva y conductual del ser humano.....Wilson señala que no solo tenemos una evolución cultural y una producción narrativa que nos afectan en términos históricos a lo largo de la evolución de las civilizaciones, sino que nos afectan a lo largo de la vida.....A lo largo de la vida vamos cambiando de creencias y de formas de actuar; somos plásticos y eso hace que nuestras capacidades cognitivas puedan expandirse gracias al aprendizaje continuo. Y merced a esto último es que también podemos obrar de manera cambiante”, expresa Guerrero McManus (2013).

Finaliza Guerrero McManus, expresando que: “Wilson dice que es menester reconocer en cualquier aproximación biológica la evolución humana a estos tres ejes centrales:

la construcción de nicho y la evolución cultural; la edificación de narrativas y, por último, la plasticidad cognitiva y conductual que nos permite precisamente interiorizar la cultura y hacerla el eje de nuestra forma de ser”. Es importante destacar que Wilson nunca se refirió al tema de la homosexualidad.

Por otro lado, Aldo Poiani fue quien hizo las primeras aproximaciones por construir un CES capaz de dar cuenta de la existencia de la homosexualidad.

1.3.- Otras teorías

Jean Nicolas, describe en el libro *La cuestión homosexual*, “a los ojos de la clase dominante, la homosexualidad aparece como uno de estos factores de no integración social. Aquella, pues, perpetuará el tabú de la homosexualidad, herencia del judeo-cristianismo, e instaurará la homosexualidad como una categoría aparte, instituirá una naturaleza, una identidad homosexual”. “Así pues, el tabú anti-homosexual se manifiesta

bajo dos formas combinadas: la negación del componente homosexual del deseo y una discriminación con respecto a los homosexuales que los arroja fuera del cuerpo social como desviados, anormales o enfermos” (Nicolas, 1978).

No se puede hacer una separación tajante entre heterosexuales y homosexuales, hacerlo es discriminatorio y arbitrario y oculta las diversas expresiones de la sexualidad y por otro lado niega el carácter diferenciado del deseo en relación con el otro sexo. Bajo este enfoque se plantean dos teorías sobre la homosexualidad.

Nicolas Jean plantea dos teorías sobre la homosexualidad, pero que rechaza porque las mismas arrancan del rechazo social y de la opresión con respecto a los homosexuales. “La primera, que sirvió de fundamento teórico del primer movimiento homosexual de finales de siglo XIX, considera a los homosexuales como un “tercer sexo” (Nicolas, 1978).

Así mismo, Nicolas (1978) expresa que dicha teoría es carente de todo sustento científico, toda vez que elimina del “componente homosexual del deseo y de la homosexualidad latente, por teorizar la situación de exclusión de los homosexuales de esta sociedad por limitar, de hecho, su combate a la defensa de los derechos democráticos de una minoría oprimida”. Explica que esta teoría está abandonada bajo su forma primitiva, de una identidad homosexual.

Existe para Nicolas Jean (1978) una segunda Teoría, ligada a la oleada de radicalización de los movimientos de mayo de 1968 en Francia, “postula que la homosexualidad es, por naturaleza, revolucionaria, subversiva de todo el orden social existente. Esta concepción, teorizada en Francia por Hocquenghen y recogida de una manera más o menos confusa por la corriente interesada, hace abstracción de la acomodación social del deseo y de la barrera

de clase que cierra el pazo a los homosexuales, y tienden a desviar la lucha de los homosexuales contra su opresión hacia una lucha contra los heterosexuales, teñida a menudo de falocratismo y de misoginia”.

Jean Nicolas (1978) también señala que esta teoría de homosexualidad revolucionaria, rechaza la mayoría de las veces, toda vinculación con el movimiento obrero, por pensar que bajo el pretexto de la traición de sus directrices burocráticas para llegar a la consecuencia del carácter reaccionario de la clase obrera”.

No obstante, para Nicolas Jean tanto la teoría del Tercer sexo, como la teoría de la homosexualidad revolucionaria tienen en común que admiten y refuerzan la división entre homosexualidad y heterosexualidad, sin criticar su génesis histórica. De esta manera expresa Nicolas Jean cada teoría perpetua la ideología de la identidad homosexual.

Para Nicolas Jean la ideología de la identidad homosexual consiste en hacer pensar que a los homosexuales solo los une el deseo de su sexualidad; al pensar que es solo la sexualidad lo único que los une se alinean y buscan a sus pares para conformar los llamados guetos, una vez en los guetos se aplican la condición impuesta de opresión de los homosexuales ante el sistema capitalista y la ideología dominante. De tal suerte que si un adolescente acepta esta sexualidad del deseo frente a un par, identificándose con el modelo que tienen preparado el sistema burgués, y en todo caso adoptan su comportamiento a la función social mutiladora y reductora que se les ofrece reduciéndolo a el gueto que está reservado a los de su misma especie, o bien, si rechazan este modelo y sin encontrar otro con el cual poder identificarse, tratan de sofocar su deseo, de negarlo, lo cual, diversos casos los puede conducir a la locura o al suicidio.

En otros términos, es pertinente expresar que hacer una separación tajante entre heterosexuales y homosexuales, plantea un acto de discriminación, que es arbitrario y que oculta las diversas expresiones de la sexualidad y niega el carácter diferenciado del deseo en relación con el otro sexo. En este sentido Sigmund Freud, expresa que el atractivo hacia el sexo contrario no es más natural ni espontáneo que el atractivo hacia el propio sexo.

Nicolas Jean (1978) posiciona su pensamiento expresando que “nosotros nos oponemos, por consiguiente, tanto a la imposición de esta norma heterosexual como a cualquier intento de proponer una anti-norma homosexual que apuntase o a presentar tales categorías como conflictivas”.con ello, la homosexualidad está siendo desvalorizada de manera permanente, con lo que se aplican los mecanismos de opresión en contra de este segmento de población.

La teoría del Psicoanalítica, estructurada por Sigmund Freud (1856-1939), domino las ciencias de la conducta durante ochenta años y preparó el trabajo de base teórico para la práctica de la psicoterapia; incluso hoy su enfoque profundamente perspicaz y revolucionario para comprender la conducta humana sigue teniendo una tremenda influencia. Por consiguiente, ningún intento de comprensión de la homosexualidad puede ser completo sin explorar las ideas del padre del Psicoanálisis, Sigmund Freud (Citado en Mondimore, 1998, p. 63).

Para 1903, Freud concedió una entrevista al diario Die Zeit, en donde dio su opinión acerca de la homosexualidad “definiendo la postura de que el homosexual no es propiedad de un tribunal. Además, tengo la firme convicción de que los homosexuales no deben ser tratados como enfermos, ya que una orientación perversa está lejos de ser una enfermedad. ¿Eso acaso no nos obligaría a

caracterizar como enfermos a grandes pensadores e intelectuales? (Citado en Rosales, 2013, p. 31).

Esta posición de Freud debió tener consecuencias no positivas para su teoría, sólo así se explica cómo transformo su posición en sus posteriores documentos científicos a favor de la homosexualidad; en 1905 Freud se sirvió del caso de la señora Dora, que tenía un hijo homosexual, para lanzar su crítica a las ciencias sexuales, a la vez que publicaba tres ensayos sobre la teoría sexual, en los cuales cito y se apoyó de autoridades médicas para sustentar sus descubrimientos.

Arnol Davisón (Citado en Rosales, 2013, p. 31), señalo que fue el razonamiento médico psiquiátrico el que definió que la sexualidad era una expresión intuitiva, que se podría clasificar por el comportamiento sexual en los campos de la sexualidad normal y patológica. Davisón señaló tres escenarios:

1. Enfermedad ocasionada por una anomalía anatómica de los órganos sexuales
2. Alteración del instinto sexual, provocada por la neurofisiología y la neuroanatomía del cerebro, y la herencia podría ser otra causa.
3. Consecuencia de experiencias vividas y factores anímicos.

Para comprender este balance, es conveniente reflexionar sobre la posición que tiene Michel Foucault (2005), quien expresa que el poder disciplinario en el siglo XIX emergió cuando el modelo económico se convirtió en principio organizador de la práctica gubernamental del Estado, en virtud del cual las normas fueron el perfecto pretexto para sujetar al individuo a las necesidades del Estado a través de la disciplinabilidad.

La función de la psique, agrupo las disciplinas que ejercen un poder disciplinario en clínica psíquica, tales como la psiquiatría,

psicología, y psicoanálisis. Disciplinario en el sentido de que son estas disciplinas quienes se encargan de normar la cuestión de la sexualidad tanto en su ejercicio positivo como en su anormalidad representado por tres figuras: lo monstruoso, lo perverso, y lo bestial. Estas posiciones disciplinarias fueron las que determinaron la supuesta normalidad y la anormalidad, dichas anormalidades fueron recluidas para disciplinarlas en asilos, hospitales, cárceles, educación especial, además que esto convenía económicamente al Estado, el discurso de la familia permitió vigilar a todos los miembros de la familia incluidos los infantes.

Freud, en 1905, - según Rosales Alvares (2013)- fue él quien apoyo la reflexiones de que era posible educar a los niños en el ejercicio de la sexualidad y con ello, orientar el desarrollo de la libido, incluso escribió un apartado titulado “Prevención de la inversión”, en donde se le daba un peso importante al seso

del educador, a la cercanía y a la presencia de los padres, y Freud sostuvo que “el amedrentamiento, la rivalidad y la competencia con el progenitor del mismo sexo eran factores que podrían contribuir a la inversión”. Fue hasta principios del siglo XX, que les fue recomendado a los padres y también a los docentes llevar a cabo reflexiones en el marco de las mallas curriculares sobre el ejercicio de la sexualidad, sin que se contaminara con cuestiones de dogmas, prejuicios, o estigmas que no se recibiera adecuadamente el mensaje por parte de los jóvenes.

Pocas temáticas causan polémica y generan división social; una de esas temáticas, por ser una cuestión sexual estigmatizada, es la homosexualidad. Desde las instituciones del Estado: la familia, la iglesia y la escuela, pasando por los padres, educadores, religiosos, pero también por los científicos, los legisladores y los tomadores de decisiones de Estado, no se han puesto de acuerdo en la

unificación de un criterio, por el contrario, alrededor del tema se ha fomentado la tolerancia a la diversidad de opiniones, estrategia única para enfrentar el problema, esto es asumir tolerancia (reconociendo las diferencia entre unos y otros, pero aceptando que las personas tienen los mismos derechos) y después respeto; de lo contrario observaríamos actos de intolerancia, como ya se ha generan por parte de grupos conservadores que se pronuncian en contra de la homosexualidad y los temas más significativos, matrimonio, adopción, corrección de actas por identidad de género, concubinato, entre otros.

Por homosexualidad debe comprenderse, el conjunto de acciones y conductas sexuales asumidas entre personas del mismo sexo, que pueden realizarse tanto entre hombres como mujeres, y que tienen como raíz común, el vivir una experiencia de una atracción sexual predominante o exclusiva, hacia el propio sexo,

la cual puede acompañarse o no de acciones sexuales específicas (pansexualidad, asexualidad, demisexualidad, expresiones del ejercicio de la sexualidad).

En esta aproximación de definición, podemos precisar que existe una diferencia entre una tendencia sexual y un acto sexual, mientras una tendencia es algo que puede ser voluntario o bien involuntario, un acto es una cuestión voluntaria, por ello, los actos sexuales de homosexuales desde el análisis de esta perspectiva permiten, realizar el análisis ético sobre el tema de la homosexualidad.

La homosexualidad ha sido objeto de numerosos estudios científicos, y por décadas se han obtenido datos y resultados, mismos que han generado polémica social. Los científicos han abordado en sus investigaciones causas físicas como trastornos biológicos representados principalmente en exceso o deficiencias hormonales, las neuronas, o bien el gen. Otros científicos

sociales, han investigado desde la perspectiva de la psicología, planteando problemáticas relacionadas con traumas sexuales, como el abuso sexual, exceso de severidad en el trato del infante, la ausencia del padre, entre otras causas. Otras causas han sido tratadas por otros investigadores sociales como el reconocer que las cuestiones sexuales son asuntos de una construcción social que tiene mucho más de cultural, que de asuntos de carácter biológico, orientado su posicionamiento científico a una propuesta de apertura a la tolerancia de la diversidad en el ejercicio de la sexualidad.

Por lo que tiene que ver en las causas que originan la homosexualidad existen distintas teorías que pretenden justificar el origen tanto en posiciones biológicas o bien en posiciones constructivistas, principalmente las psicoanalíticas. La teoría Freudiana tradicional, junto con numerosos representantes de su tradición, consideran que la homosexualidad es

el resultado de un trauma psicológico de la infancia, que, generando un conflicto particular inconsciente, altera el desarrollo psicosexual del sujeto. Este punto de vista es compartido por un número considerable de psicoanalistas, otros, en tanto consideran que es una posición la homosexualidad con la que se nace, es innata, arguyendo que su causa está justificada en diferentes factores biológicos, vinculados con la etapa prenatal.

Desde la perspectiva de lo innato, no existe un acuerdo, la mayoría de los psicoanalistas considera que la homosexualidad es una conducta de inadaptación, reconocida por muchos como enfermedad. Pero no todos los investigadores consideran que la homosexualidad es una enfermedad, algunos manifiestan que se trata de una conducta que corresponde a una variación normal del ejercicio de la sexualidad, para esta alteración se sostienen argumentos que influyen cuestiones biológicas, los cuales en interacción

con el medio ambiente pueden explicar el fenómeno.

Otros científicos más, aluden a que existen razones biológicas sólidas para justificar el origen y presencia en el ser humano y su conducta homosexual.

Desde esta perspectiva y aunque la historia de la humanidad alberga el fenómeno de la homosexualidad como un hecho, aceptado en algunos momentos, repudiado en otros, el siglo XX nos plantea en los años sesenta un nuevo paradigma de gran confusión en materia sexual. Las repercusiones de estos actos que se vivieron como agitación social, dieron paso a la revisión de ausencias en el discurso público, en cuyas emergencias existían sexualidad emergentes, como lo aborda Boaventura de Sousa Santos en las sociologías de las ausencias y las emergencias que requerían de la comprensión de las conductas y problemas sexuales.

Justo con esta posición, el problema en este momento está inscrito en el modo como la sociedad percibe el papel de la ciencia, así como lo que la ciencia afirma sobre la conducta sexual; tanto la comprensión contemporánea sobre sexualidad humana, como sobre el problema de la homosexualidad, se ha visto interferido por una dinámica social compleja, donde hoy convergen tantos factores de orden psicológico, biológico, científico, social y cultural.

Se ha venido insistiendo sobre si la homosexualidad es una cuestión de base biológica y de ser así, no se podría reclamar derecho alguno a ser homosexual, por lo tanto, la homosexualidad quedaría incluida dentro de los condicionamientos biológicos de una conducta que nada tendría que ver con los derechos.

Desde mi punto de vista y derivado de la investigación y trabajo por muchos años con personas homosexuales, puedo advertir que el

proceso de una identidad homosexual, se genera a partir de una interacción compleja de factores biológicos, sociales, psicosociales, culturales, y es que personas que aún no han aceptado su homosexualidad, una vez que identifican a su grupo referencial y convive con éstos, reafirman su conducta en dicho grupo, a pesar de ser señalado e incluso estigmatizados por la sociedad.

El otro asunto es que la homosexualidad, también ha sido considerada como una enfermedad, como una patología; desde los años setenta la Asociación Americana de Psiquiatría calificó sin discusión alguna a la homosexualidad como un trastorno psicológico, al que atribuyó sin duda alguna el carácter de enfermedad mental, según este documentado en el DSM-II de 1973, Manual de Enfermedades Mentales.

Para 1987, la relación de homosexualidad-enfermedad, fue eliminada definitivamente del DSM III-R y luego del SDM IV; sin embargo, los

vestigios de su sentido de enfermedad aún permanecen al clasificarse en todos como un desorden sexual inespecífico. Al retirarse la homosexualidad como patología de enfermedad mental, con ello, también se retira de la discusión científica, para pasar a un plano de lo social, político y cultural, recordemos que el 17 de mayo de 1990, la Organización Mundial de la Salud retira de la relación de enfermedades mentales la homosexualidad (OMS).

Por eso la ciencia, no puede aducir cuestiones esencialistas o biológicas como las relacionadas con la genética, las hormonales y neuronales, así como aducir a las enfermedades psíquicas.

Pero desde el punto de vista de la bioética, hay una luz que permite analizar la situación de la homosexualidad desde la propia homosexualidad y la persona homosexual. “Sí la homosexualidad es una conducta, en la que todavía existe discusión sobre su condición o

no de enfermedad, es necesario que el juicio de la ciencia intente dirimir la controversia, teniendo en cuenta el subyacente debate sobre si es considerada normal y lo patológico, especialmente en lo que tiene que ver con las conductas sexuales”, “pero si al contrario, la homosexualidad es simplemente una conducta entre otras, que aspira a ser reconocida y respetada, entonces se ingresa en el plano humano, en los cuales los actos libres del hombre pueden evaluarse en sí mismo y en relación con la sociedad en que se realizan”.

La segunda posición del problema radica en la condición personal del homosexual; el homosexual como persona tiene derechos que le da la Declaración Interamericana de los Derechos y deberes del Hombre, la cual en su artículo primero define que es persona. La persona goza de derechos y obligaciones, pero el dilema está en que dichos derechos y obligaciones son de la persona de cualquier persona con independencia de su género,

edad, condición socioeconómica, de salud, etc.; el punto es que el sujeto homosexual demandará el derecho a ser homosexual o de asumir conductas homosexuales.

En este sentido si la homosexualidad es un trastorno de la conducta verificable y constatable en el plano de lo biológico, no podemos hablar de derechos, salvo de los derechos de los pacientes médicos; pero como no existen investigaciones concluyentes sobre las temáticas. Lo que sí sabemos es que la homosexualidad se vive y se sufre por parte de la persona homosexual a partir de un reconocimiento voluntario de querer hacerlo.

Es decir, la homosexualidad se maneja en el plano de la voluntariedad, de una homosexualidad consentida, de generar conductas voluntarias, no involuntarias. Por ello, consideramos que el sujeto teniendo la tendencia voluntaria o involuntaria, consiente de en modo libre la ejecución de actos o vida homosexual, es responsable desde el punto de

vista ético, tal responsabilidad obedece a la responsabilidad ética que naturalmente se tiene de los actos humanos libres.

Desde esta perspectiva vincularemos a la homosexualidad consentida, que al generar sus conductas son voluntarias, desde el respeto a los derechos humanos, desde la perspectiva al libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación, la dignidad humana, la igualdad, derecho a la identidad personal.

Conclusiones:

Desde la teoría, existen diversas formas de comprender la existencia de la homosexualidad, ya como un hecho biológico, ya como un acto cultural o social que construye la sexualidad, no obstante, parece que ninguna posición por si sola explica el comportamiento de la orientación sexual de una parte de la humanidad, por ello, la explicación de una teoría ecléctica que permita comprender a partir de un modelo Constructivista social

evolutivo la orientación sexual de los homosexuales.

Es importante precisar que es importante avanzar en el conocimiento desde el pensamiento de la complejidad, es decir, desde la instauración de la teoría de la complejidad para la comprensión de la orientación sexual homosexual; dicha teoría permitiría, acceder a la revisión del objeto de estudio, desde un modelo transdisciplinario, que permita no solo el conocimiento desde el conocimiento científico de la suma de todas las disciplinas relacionadas con el tópico de estudio, sino aunado a los saberes de quienes viven con dicha condición humana, ello haría complementariedad de los estudios y generaría una revisión holística, sistémica, interdependiente, para conocer de sus impactos, y llegar a responder de manera contundente, no solo si es que se nace, o se hace, sino en una revisión dimensional bio-psico-social-ambiental, que es la sexualidad homosexual y cuáles son sus antecedentes.

Bibliografía.

1. Castañeda, M. (2006). *La nueva homosexualidad*, México: Paidós.
2. Foucault, M. (2005). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el college de france 1978/1979*, Madrid: Akal.
3. Guerrero Mcmanus, F. (2013). *¿Naces o te haces? La ciencia detrás de la homosexualidad*, México: Paidós.
4. Mark Mondimore, F. (1998). *Una historia natural de la homosexualidad*, España: Paidós Contextos.
5. Nicolas, Jean, *La cuestión homosexual*, México, Fontamara, 1989.
6. Rosales Álvarez, F. J. (2013). *La homosexualidad. Un punto problemático en Sigmund Freud que se deslizó hacia su obra*, México: Fontamara.
7. Sarmiento M, P. J. (2010). “Aproximaciones a la homosexualidad como un asunto bioético” en García, Consuelo María (coord.), *Homosexualidad. Del miedo a la esperanza*, México: Trillas.
8. Silva Meza, J. N. y Valls Hernández, S. A. (2014). *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la suprema corte de justicia de la nación*, México: Porrúa.

Cuando El Derecho Es Usado Para Vulnerar La Autonomía

Isabel Lovrincevich

Resumen

Análisis del caso “Cohan de Kohen Natalia s/Insania” Exp. 46075/05

Conforme los ejes temáticos de Salud Mental y Personas Mayores se procedieron al análisis comparativo de un caso legal de Argentina evaluando las consecuencias que tuvo en el momento de producirse los hechos y las que habría tenido en vigencia del nuevo marco normativo que incluye la perspectiva de derechos humanos con relación a la salud mental.

Se trata de un caso interseccional de una mujer mayor, artista plástica de 87 años que vivía en su domicilio particular y pudo ser internada por iniciativa de sus hijas, en una clínica

neuropsiquiátrica por orden judicial con la sola presentación del certificado de un médico siquiatra.

El trabajo analiza en forma comparativa la aplicación de la legislación vigente al momento de los procesos civil y penales llevados a cabo con la legislación vigente al tiempo de los hechos y el resultado que hubiera tenido con la aplicación de la legislación vigente.

Palabras clave: Vejez, Salud Mental, Derechos Humanos, Discriminación, Enfoque de derechos.

1. Reseña del Caso:

A lo largo de la investigación se relata como terminó el caso y como hubiera transitado en el marco de la actual legislación que incorpora la perspectiva de DDHH al marco normativo argentino con relación a la salud mental.

La señora Natalia Cohan de Kohen es una artista plástica y mecenas de artistas, que por el año 2005 contaba con 87 años de edad y vivía en su domicilio particular.

Al fallecer su marido, una de sus hijas se encargó de vender el laboratorio familiar por una suma millonaria en dólares, ante lo cual la señora Cohan reclamaba el 50% que le correspondía. A partir de su reclamo, por algunos comentarios de sus hijas, la Sra. Cohen comenzó a sospechar que intentarían declararla insana para desapoderarla de su patrimonio, dudas que le comentó a su letrado quien le sugirió hacer una consulta con su siquiatra de confianza a fin de que le suministre un informe sobre su estado de salud mental. Así lo hizo y el Dr. Lipovetzky emitió su dictamen afirmando que no padecía patología alguna.

Sin perjuicio de esto y por iniciativa de sus hijas, Nora y Claudia Kohen, la artista plástica Natalia Cohan de Kohen realizó una consulta en el Instituto FLENI. La familia llegó al Dr. Facundo Manes, que trabajaba en esa institución, por recomendación de quien era entonces rector de la Universidad de Buenos Aires (UBA), el médico Guillermo Jaim Etcheverry.

En el diagnóstico intervinieron Manes y la neuróloga cognitiva Griselda Russo, quienes determinaron que la paciente padecía una demencia frontotemporal, una patología que afecta la personalidad, la conducta y el lenguaje de las personas.

Con los certificados firmados por ambos especialistas, se inició el juicio por insania en la Justicia civil y, el 13 de junio

de 2005, Cohan de Kohen fue internada en el Instituto de Neurociencias de Buenos Aires (INEBA).

En paralelo, Norma Galve, abogada de Cohan de Kohen, presentó una denuncia penal por presunta privación ilegítima de la libertad. La abogada sostuvo que su cliente había consultado previamente a 2 especialistas (un psiquiatra y un psicólogo) que le aseguraron que se encontraba en perfecto estado de salud. Es por eso que denunció que su internación era una maniobra de las hijas, ya que 10 años atrás Cohan de Kohen y su fallecido esposo habían vendido el Laboratorio Argentina SA, del que eran dueños, y ahora sus hijas, no le daban acceso a la parte del dinero que le correspondía.

2. Primera causa penal

En el fuero penal -por la denuncia de la artista plástica por supuesta privación ilegítima de la libertad- intervino en primera instancia la fiscal Elsa Areu Franco, quien dictaminó que *“no se comprobó que al decidirse la internación de la Sra. Kohan de Cohen se haya infringido alguna norma penal”*¹. Circunstancia que no resulta llamativa atento el carácter estricto del tipo penal. El informe de los forenses establecía que la paciente *“presenta un trastorno psíquico bajo la forma clínica de síndrome psicoorgánico cerebral”*²; *“debe permanecer internada para su*

¹ Causa N° 34.455/05, Dictamen de la Fiscal Areu Franco (Fiscalía Nacional en lo Criminal N° 6), 14 de julio del 2005, p. 6.

² Expediente N° 46.075/05, *in re “Cohan de Kohen Natalia S/ Insania”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 77, Dictamen de los médicos Esteban Toro Martínez y Marcelo Rudelir, 30 de junio del 2005, p. 2.

*mayor protección y adecuado tratamiento*¹ y “*presenta peligrosidad por indefensión*”². Es decir, emiten un informe no coincidente con el de los médicos que propiciaron la internación.

Para ese momento, la paciente ya había sido externada del INEBA. Al día siguiente, el juez de la causa, Julio Corvalán de la Colina, adhirió a lo dictaminado por Areu Franco y sobreseyó a Nora y Claudia Cohen, las hijas de la paciente³.

3. Segunda causa penal

Cerrada la causa contra las hijas, la defensa de Kohan de Cohen impulsó un

² Ídem.

³ Ídem.

⁴ Causa N° 34.455/05, Sentencia del Juez de Instrucción en lo Criminal y Correccional n° 46 Dr. Corvalán De la Colina, 15 de julio del 2005.

nuevo juicio penal, en este caso contra los médicos intervinientes Manes y Russo. Los acusó de emitir certificados falsos para dar inicio al proceso de insania.

Según la denuncia, el médico le habría solicitado a Russo que confeccionara un nuevo certificado por la confianza que existía entre ambos. **Sin embargo, el certificado de Manes señalaba que la paciente padecía lo que se conoce como la enfermedad de “Pick”, y el de Russo menciona bipolaridad, además en el certificado de Russo se hacía alusión a haber examinado a la paciente cuando en realidad nunca la vio.**

En febrero de 2007, Areu de Franco¹ y Corvalán de la Colina volvieron a señalar

⁵ Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 2 de febrero del 2007.

lo mismo: no había delito en esta acción. Por eso, sobreseyeron a Manes y a Russo. El juez señaló: **“No medió dolo en dicha conducta, por más que pu¹⁶dieran existir dudas en cuanto a lo certero del diagnóstico¹²”**. **Nuevamente haciendo alusión a los componentes de un delito.**

La Sala VII de la llamada Cámara del Crimen requirió nuevas medidas probatorias antes de confirmar lo dispuesto en primera instancia. En junio de 2007, Areu de Franco volvió a solicitar el sobreseimiento³ y en noviembre Corvalán de la Colina sobreseyó a los 2

⁶ Causa N° 66.741/05, Sentencia del Juez Corvalán de Molina, 14 de febrero del 2007.

⁷ Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 19 de junio del 2007.

imputados¹. **Para entonces ya existían nuevos informes periciales originados en el fuero civil, que no eran coincidentes, pero no contradecían de manera explícita la postura de Manes.**

En abril de 2008, la Cámara confirmó el sobreseimiento de ambos médicos. “A pesar de las divergencias en torno al estado de salud mental de la paciente, (...) para la época de la emisión de los certificados padecía un trastorno de conducta y costumbres que (...) dio margen a la necesidad de protegerla”², señaló la Cámara.

⁸ Causa N° 66.741/05, Sentencia absolutoria del Juez Corvalán de Molina, 23 de noviembre del 2007.

⁹ Causa N° 33.157, Sentencia de sobreseimiento, Cámara del Crimen (Sala VII), 16 de abril del 2008.

4. El juicio de insania

Además del informe elaborado por Rudelir y Toro Martínez al inicio del juicio, se elaboraron otros informes. La Justicia civil sorteó 3 peritos para elaborar un nuevo dictamen. Fueron sorteados Fabiana Zylber, Carlos Díaz y Ricardo Beres. **El informe fue elaborado durante los últimos meses de 2005 y arrojó un diagnóstico de “síndrome psicoorgánico”, con la necesidad de un tratamiento psicoterapéutico y psicofarmacológico, pero sin necesidad de internación¹.**

La defensa de la paciente solicitó una nueva intervención del Cuerpo Médico Forense. La nueva Junta Médica fue

¹⁰ Expediente N° 46.075/05, *in re “Cohan de Kohen Natalia S/ Insania”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 77, Dictamen pericial de los médicos Fabiana Zylber, Carlos Díaz y Ricardo Beres.

integrada por Toro Martínez y Rudelir, como en el primer dictamen, y se sumó el perito Ricardo Risso. **Los expertos señalaron que no encontraron “un cuadro compatible con demencia médica”**, pero aclararon: *“Ahora no tiene autonomía psíquica suficiente para tener bajo jurisdicción y control lo que posee, y en alguna medida, incluso a su propia persona”*.

El artículo 141 del Código Civil entonces vigente en Argentina, habilitaba a un juez a declarar “incapaz por demencia” a una persona. Pero, en este caso, tanto los peritos de oficio como los peritos del Cuerpo Médico Forense optaron por la recomendación del artículo 152 bis, inciso 2, que habilitaba la posibilidad de declarar inhábil a *“los disminuidos en sus facultades cuando (...) el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad*

pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio”.

Con los 2 peritajes oficiales en sus manos (sumadas a los peritajes de parte), la jueza Carminati resolvió en diciembre de 2006 declarar inhábil a Cohan de Kohen y nombró un “curador” definitivo, es decir, alguien que cuida a la persona y a sus bienes. **La Sala J de la Cámara Civil confirmó esta resolución, aunque con modificaciones: revocó, por ejemplo, el fragmento que le imponía a la paciente un límite de gastos mensuales.**

Cohan de Kohen actualmente tiene 103 años vive en su domicilio y nunca requirió internación, cuenta con el apoyo de un curador.

5. La reforma del Código Civil y el cambio de paradigma

La primera pregunta de investigación que debemos hacernos es, hubiera podido internar a Natalia Cohan de Kohen si los hechos hubieran sucedido estando vigente la Convención para la protección de las Personas con Discapacidad, la ley nueva de Salud Mental y nuestro nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Y la respuesta es no, dado que la reforma ha representado un fundamental cambio de paradigma respecto de la salud mental, articulándose con la Ley de Salud Mental 26.657 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sobre todo, los cambios se evidencian en mejorar la vida de las personas ante una presunta afección a su salud mental que siempre representaron la más amplia fuente de vulneración de sus derechos, sobre todo en casos como el que estamos analizando,

cuando se trata de una mujer mayor. Este nuevo ordenamiento jurídico significa un camino a mejorar sus condiciones de vida.

Las modificaciones realizadas buscan dar respuesta a las diferentes problemáticas que han existido en este ámbito, sobre todo a la cuestión de la capacidad y, luego, a la internación como ocurrió en el caso en análisis.

Antes de las normativas mencionadas, las personas con afecciones en su salud mental eran declaradas incapaces absolutas, perdiendo la disponibilidad de la mayoría de sus actos civiles. Ahora, la capacidad de la persona es presumida, pudiendo sólo restringirse determinados actos.

En el Código Civil de Argentina vigente al momento de los hechos, una persona con una afección mental, como la que le diagnosticaron a la Sra. Cohan de Kohen podía fácilmente caer en la incapacidad absoluta, sin que se atiende a sus condiciones particulares, perdiendo la disponibilidad de todos sus actos civiles, y la

administración de su patrimonio, tal como pretendían sus hijas.

El código redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield estaba basado en un modelo tutelar de incapacitación, por medio del cual se sustituía la voluntad de la persona con discapacidad en la toma de decisiones, privándosela de su capacidad legal y confinándola a un estado de pasividad, y tal como pretendía la familia de la Sra. Cohan de Kohen protegerla de “sí misma”.

Como en el Código Civil vigente al momento en que se desarrolló el caso en análisis se distinguía exclusivamente entre personas capaces e incapaces absolutos; los dementes declarados, tal lo que pretendían las hijas de Cohan, integraban esta última categoría. Es decir que, dictada la sentencia de interdicción por demencia, el sujeto quedaba incluido en la categoría de incapaz absoluto y sujeto a curatela para todos los actos de la vida

civil, y lógicamente de la administración y disposición de su patrimonio.

Que hubiera sucedido si este caso se hubiera planteado en vigencia de nuestro nuevo Código Civil y Comercial, en primer lugar, al presumirse la capacidad, esta solo puede ser limitada para determinados actos.

En tal sentido dice el artículo 31, inciso a): *“la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”*. Además, establece límites a la capacidad para actos específicos delimitados judicialmente, según se expresa el artículo 32: *“(...) El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”*.

Es decir se trata de un cambio notable con la nueva normativa, las personas con afecciones mentales pueden encontrar alguna reducción en sus actos jurídicos disponibles, pero no se los incapacita completamente, en el presente caso no hubiera prosperado la declaración de incapacidad y mucho menos la internación dado que además nuestro nuevo Código presenta una comprensión más amplia e interdisciplinaria de las personas y su capacidad, no bastando solamente el certificado de psiquiatras sino también requiere la intervención de otros profesionales de la salud (psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y cualquier otro profesional pertinente) es decir un equipo interdisciplinario.

Cuáles son los antecedentes de la reforma al Código Civil, por un lado, recepta a la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que tiene el mérito de afirmarse como el primer tratado de

consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos, adoptando el modelo social de la discapacidad.

Además, en el año 2010, el Congreso Nacional de Argentina sancionó la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, que rige las intervenciones estatales y sociales, públicas y privadas, en materia de derecho a la salud en dicha área. El objetivo de la ley es el aseguramiento del "*(...) derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan*

establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.”

Este cambio trascendental que recepta el código sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad lo aporta el art. 12 de la CDPD, así como los arts. 3 y 5 de la ley 26.657 sobre Salud Mental. Conforme el primero se reconoce el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no siendo posible dictar sentencias que declaren la condición de "incapacidad" de las personas por su sola condición de salud mental, debiendo por el contrario los Estados diseñar modelos de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica del involucrado. En tal sentido dice el art. 12: *"Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen*

capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de

una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria."

Aplicando la legislación vigente, los arts. 3 y 5 de la ley 26.657, hubieran impedido que se determinara la internación de la Sra. Cohan de Kohen con la sola presentación del certificado del médico neurólogo Manes, ya que la

capacidad de la persona es presumida, no pudiendo efectuarse calificaciones jurídicas ni sanitarias fundadas exclusivamente en diagnóstico y/o antecedentes de salud mental. Al respecto dice el art. 3: *"En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas*

prevalcientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización." Y agrega el art. 5: "La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado."

Queda claro que estando en vigencia la actual legislación no hubiera podido internarse a la sra. Natalia Cohan de Kohen, ni limitar la disposición de su patrimonio del modo en que se lo hizo.

6. Análisis comparativo de la evolución del ordenamiento jurídico:

6.1. La Salud Mental en el Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se ha enmarcado en un cambio de paradigma respecto de la salud mental, articulándose como dijimos con la Ley de Salud Mental 26.657 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las personas con afecciones en su salud mental sufren y sufrieron en la historia una amplia vulneración de sus derechos, esta vulneración se veía notablemente agravada si se daba el supuesto interseccional de que la persona además de presunta insana mental era una persona mayor, principalmente en las instituciones psiquiátricas, el nuevo ordenamiento jurídico se inserta en un camino para mejorar sus condiciones de vida.

Las modificaciones realizadas buscan dar respuesta a las diferentes problemáticas que han existido en este ámbito, entre las cuales, particularmente, haré un análisis comparativo sobre dos situaciones la capacidad y la internación involuntaria

En la normativa vigente a la época en la cual fue internada la señora Natalia Kohan de Cohen, las personas con afecciones en su salud mental eran declaradas incapaces absolutas, perdiendo la disponibilidad de la mayoría de sus actos civiles. Ahora, la capacidad de la persona es presumida, pudiendo sólo restringirse determinados actos.

La capacidad en el paradigma anterior, es decir en el Código Civil de Vélez Sarsfield, una persona con una afección mental podía fácilmente caer en la incapacidad absoluta, sin que se atendiera a sus condiciones particulares, perdiendo la disponibilidad de todos sus actos civiles. Con referencia al tema, los autores (Kraut & Diana, 2011) mencionan:

“El diseño normativo se afincaba en el antiguo modelo tutelar de incapacitación, por medio del cual se sustituye a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, privándosela de su capacidad legal y confinándola a un estado de pasividad, negando su voluntad, a efectos de protegerla de los ‘peligros de la vida en sociedad’”. Respecto del mismo tema, Rivera expresa: “El código civil distinguía exclusivamente entre personas capaces e incapaces absolutos; los dementes declarados integran esta última categoría. Es decir que, dictada la sentencia de interdicción por demencia, el sujeto quedaba incluido en la categoría de incapaz absoluto y sujeto a curatela para todos los actos de la vida civil”. (Puig, 2017)

6.2. Diferencias entre la nueva ley de salud mental y la anterior

La ley de salud mental derogó la anterior normativa en la materia (Ley 22.914), de 1983. La vieja reglamentación establecía las normas para regular la internación en establecimientos de salud mental. También se modificó el texto del artículo 482 del Código Civil, para impedir así las internaciones de individuos por su peligrosidad.

Los cambios en concepciones y aspectos clave de la salud mental son mayúsculos. El término “demente” de la vieja ley fue reemplazado por “declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones”.

El requisito de “riesgo cierto e inminente para sí o para terceros” en internaciones involuntarias también es nuevo. Este reemplaza al anterior “daño para sí o para terceros o afectación de la tranquilidad pública”.

Otra modificación central está en la evaluación por equipo interdisciplinario y posterior control judicial actual. Este viene a ocupar el lugar del antiguo requisito de “internación con autorización judicial”.

La intervención de “autoridades policiales” para la internación también fue dejada de lado. La ley vigente establece que “autoridades públicas” dispongan el traslado y la evaluación de la persona.

Del mismo modo, en la anterior Ley de Salud Mental, en caso de una afección mental que pudiera colocar a la persona en la categoría de “demente” se presumía la incapacidad absoluta. En su artículo 54, el Código establecía “Tienen incapacidad absoluta: (...) 3º los dementes”. Y, para ser considerado demente, debía tenerse una enfermedad mental que impidiera “dirigir su persona y administrar sus bienes” (artículo 141). Esta declaración de incapacidad debía cumplir con ciertos requisitos: no ser declarada

de oficio (artículo 142 y 144), contar con un examen de facultativos (artículo 142) y ser verificada por el juez competente (artículo 140). La capacidad en el nuevo paradigma: 1 Por principio, en el nuevo Código Civil y Comercial se presume la capacidad, pudiendo limitarse sólo para determinados actos. Dicha presunción se explicita en su artículo 31, inciso a): “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”. Por otro lado, se explicita que los límites a la capacidad se dan en actos específicos delimitados judicialmente, según se expresa el artículo 32: “(...) El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. El cambio es

notable: con la nueva normativa, las personas con afecciones mentales pueden encontrar alguna reducción en sus actos jurídicos disponibles, pero no se los incapacita completamente, encontrando más derechos y posibilidades a su disposición.

Capacidad:

Por otro lado, el nuevo Código presenta una comprensión más amplia e interdisciplinaria de las personas y su capacidad, permitiendo no sólo a los psiquiatras sino también a otros profesionales de la salud (psicólogos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y cualquier otro profesional pertinente) comprender sobre las mismas. De este modo, se incluye la necesidad de un equipo interdisciplinario que emita dictamen para realizar una sentencia de discapacidad, además de su actualización frecuente, ya que la capacidad sólo puede ser limitada durante 3 años (y puede pedirse

revisión en cualquier momento, si lo solicita el interesado). Este requisito de reevaluación e interdisciplinariedad representa una mejoría en la calidad de vida de las personas, ya que evitan el etiquetamiento y la perpetuidad de una persona en un diagnóstico y su consecuente institucionalización. De este modo, otros profesionales de la salud, con otros enfoques y metodologías científicas, pueden incluirse para discernir sobre la capacidad de la persona. Al ampliar el enfoque de la salud mental, se incluyen ámbitos de su vida como su capacidad para trabajar, relaciones familiares, aptitudes para la vida cotidiana, más allá de una etiqueta que lo califique o no como “*demente*”. Este nuevo enfoque ya estaba siendo receptado por el Poder Judicial previamente al nuevo Código. Por ejemplo, en los fallos “Z., A. M. sobre Insania” y “E., E. R. sobre Insania y Curatela” de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, resolvieron en pos de la reevaluación de

personas con capacidad restringida, fundándose en esta perspectiva. En conclusión, el Código Civil y Comercial se enmarca en una nueva perspectiva de la salud mental, que reconoce una mayor capacidad y, por ende, derechos a las personas.

El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial toma la perspectiva de derechos humanos en materia de salud mental. Hace hincapié en las capacidades, más que en las imposibilidades.

El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial recoge el nuevo paradigma de derechos humanos en materia de salud mental, que Argentina adoptó hace ya más de un año con la Ley 26.657.

Ya no se habla de “*idiotas*” o “*dementes*”, solo se habla de personas con capacidades o incapacidades. La capacidad jurídica de la persona se presume aun cuando se encuentre internada en un psiquiátrico. La capacidad solo puede limitarse por causas que siempre son

excepcionales y en beneficio de las personas. Otra de las diferencias fundamentales en el nuevo ordenamiento está dada por el carácter de la intervención estatal que siempre es interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial. También se establece un sistema de “apoyos” en los casos excepcionales en que las personas sean declaradas incapaces.

El capítulo del Código Civil y Comercial destinado a la salud mental llega luego de un proceso de debate mundial que llevó décadas en la búsqueda de una consideración más humana de las personas con padecimientos mentales, que colocó al país en la vanguardia de la región al aprobar la Ley 26.657 de Salud Mental en 2010.

Cuales son entonces las reglas generales para restringir la capacidad que establece la nueva legislación:

- a) Por regla general se presume la capacidad de ejercicio de la persona

- humana aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones son excepcionales y se imponen siempre en beneficio de la persona;
 - c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
 - d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
 - e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
 - f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

En resumen, la *“regla es la capacidad jurídica del sujeto y la excepción es la incapacidad y se mantiene ese régimen de la incapacidad para supuestos excepcionales donde la persona necesite una mayor protección”* (Santoro, 2012), explica Ángeles Baliero de Burundarena, que es docente de derecho de familia de las universidades de Palermo y de Buenos Aires y asesora general tutelar adjunta de Menores de la Ciudad.

El artículo 32 habla de los conceptos de “persona con capacidad restringida y con incapacidad”. Establece que el juez puede restringir la capacidad en las personas con adicciones, “alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad” si “puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”, así como por causa de “enfermedad mental”. En esos casos el juez “debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios”.

La capacidad solo se restringe para determinados actos. Resulta oportuno citar el ejemplo con el que lo explica Baliero, *“había personas que estaban declaradas incapaces absolutas de hecho y sin embargo con la pensión que recibían hacían todos los mandados que necesitaba la familia, iban a la panadería, a la verdulería...”*¹ Es decir, no necesitaban al curador que fuera a comprar por ellas. *“Entonces era inhumano que esa persona no pudiera tener decisión propia o que su voluntad expresada no tuviera efecto jurídico porque estaba en ese régimen rígido de hace 130 años. Hoy en día esa persona estaría con capacidad restringida para determinados actos, a lo mejor por ejemplo para que no pueda vender la casa donde vive”* (Santoro, 2012), dijo la experta, este ejemplo resulta aplicable al caso en análisis dado que es posible que Natalia Cohan necesitara apoyos

para algunas actividades, pero en modo alguno se justificaba su internación.

Sistema de apoyos

Ya hablamos de la capacidad y el cambio de paradigma al respecto, ahora hablaremos del “sistema de apoyos” que es la segunda y fundamental novedad introducida por este nuevo marco legal.

El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina introduce el concepto de “apoyo”, y lo define como *“cualquier medida”* que *“facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”*. *“Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”*,. Y otra innovación muy importante: *“El interesado puede proponer al juez la*

designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”.

Leonardo Gorbacz, ex diputado, autor de la Ley Nacional de Salud Mental expreso al respecto: *“Es decir, que le deja al juez la opción de no incapacitar a la persona sino designarle, en acuerdo con ella, personas que la ayuden a tomar decisiones en los terrenos donde más tiene dificultad”* (Santoro, 2012).

Internaciones

El tercer punto más importante en este cambio radical en materia de salud mental en Argentina está dado por el tema de las internaciones involuntarias. En primer lugar, las define como último recurso. Cambia el paradigma basado en grandes centros asistenciales, los llamados manicomios y asilos. Dado que estaba comprobado que la mayor violación a los derechos humanos de las personas con problemas de salud mental se daba en las

internaciones forzadas que en muchos casos eran innecesarias agravaban la condición clínica y se prolongaban eternamente en el tiempo. Eso significa el derecho a un abogado y a un control periódico efectivo por parte de la Justicia, para que ese tipo de situaciones, que a veces son inevitables, no se prolongue en el tiempo.

También tiende a desjudicializar la salud mental y dejar las decisiones en manos de los equipos de salud. El rol de la Justicia pasa a ser exclusivamente el de garante de derechos de las personas, y no el de decisor de políticas o de tratamientos,

El artículo 40 de la ley establece la revisión periódica de la sentencia cada tres años o cuando el interesado lo requiera.

La marco legal vigente en el año 2005, época en la cual tramitó el presente caso, la determinación de la capacidad/incapacidad de una persona se basaba fundamentalmente en un certificado médico, y ante una disidencia en

el enfoque y diagnóstico de parte de la persona cuya capacidad se pretendía limitar, como ocurrió con Natalia Cohan, se apelaba solamente a una nueva opinión de un médico de idéntica especialidad al tratante, lo que producía cuestiones éticas entre los profesionales, como se evidencia en la declaración como testigo en el expediente del perito médico Esteban Arnaldo Toro Martínez, que examina a la paciente internada en INEBA y si bien no coincide absolutamente con el dictamen médico del Dr. Manes al referirse a que debe mantenerse la internación por lo menos hasta que definan si puede volver a su domicilio, agrega en la última parte de su declaración: *“Al ver la historia clínica afirma que la internación fue ordenada por el Dr. Facundo Manes, reconocido especialista en neurociencias del Fleni a nivel nacional e internacional”*¹

¹ Expediente N° 46.075/05, *in re “Cohan de Kohen Natalia S/ Insania”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil

De la lectura de los hechos relatados por la fiscal interviniente en la causa penal que por privación ilegítima de la libertad le iniciara la Sra. Cohan de Kohen a sus hijas surge entre otros hechos relevantes el relato del médico siquiatra Dr. Lipovetsky al que concurrió la nombrada con antelación a la intervención del médico Manes, ante sus fundadas sospechas de que las hijas intentarían declararla incapaz para impedirle el manejo de sus bienes. Especialmente su hija Nora Kohen quien conforme sus dichos se encargaron de la venta del laboratorio familiar y se negaba a entregarle a su madre el 50% que le correspondía. El mencionado profesional emitió dictamen médico por el que establecía que la Sra. Natalia Cohan de Kohen no padecía patología siquiátrica alguna¹.

En la mencionada denuncia penal y sin perjuicio de no haberse podido probar la

¹ No 77, Dictamen de los médicos estaban Toro Martínez y Marcelo Ruderlir, 30 de junio del 2005.

comisión del ilícito penal, se relatan hechos de singular importancia que, si bien no demuestran la comisión de un delito, evidencian las zonas oscuras de una legislación que era imprescindible modificar, situación que afortunadamente zanjó la reforma al Código Civil y Comercial en el año 2015.

A título de ejemplo en la sentencia que se dictara en sede civil y que versara sobre la declaración de incapacidad, al hacer mérito su Señoría sobre las probanzas agregadas, manifiesta sobre el informe médico: *5) De los informes médicos, cabe realizar algunas consideraciones sobre el valor probatorio de la pericia, teniendo en cuenta que el examen médico, no solo resulta imprescindible sino que adquiere fundamental relevancia atento la índole de los conocimientos requeridos y debe*

*ser meritado en función de sus conclusiones.*¹

Poniendo de manifiesto el carácter eminentemente medicalizado para determinar la capacidad y autonomía de una persona.

Sin perjuicio de lo cual la letrada de la Sra. de Kohen pide una nueva pericia forense que da como resultado entre otros conceptos en el punto 2) *“ahora no encontramos un cuadro compatible con demencia médica”*

En el dictamen del fiscal en la causa penal contra los médicos Russo y Manes se vuelca la declaración de la Dra. Griselda Nora Russo con respecto a la discrepancia en el diagnóstico, dado que Manes refiere Síndrome de Pick y ella bipolaridad, a lo que manifiesta: ... *“que emitió a requerimiento expreso del Jefe de la Sección Neurología Cognitiva y Neuropsiquiatría del Fleni, Doctor Facundo Manes y exclusivamente*

¹¹ Expediente N° 46.075/05, *in re “Cohan de Kohen Natalia S/ Insania”*, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 77.

sobre la base de manifestaciones cónicas y diagnósticas que el facultativo le refirió verbalmente, luego de haber atendido a la paciente y al no haber verificado estas referencias, limitó su opinión a la compatibilidad de un cuadro clínico descripto y a las imágenes complementarias que le facilitó su colega”¹² Es decir emitió un certificado sin examinar a la paciente por los dichos de otro colega y conforme la legislación vigente ese solo elemento resultó suficiente para determinar la internación de la Sra. Cohan.

Más adelante refiere el informe de la fiscalía a las consideraciones del cuerpo médico forense que efectuó una segunda revisión médica refiriendo: *“Aclaran que en el ahora, no encuentran un cuadro compatible con demencia médica y explican que la demencia es un cuadro de deterioro global de*

¹² Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 2 de febrero del 2007.

las facultades mentales, de causa orgánica y que cursa en forma crónica y progresiva, que en este caso no pudieron verificar esa progresividad, incluso aquellos que en la oportunidad de su internación así lo opinaron, ahora la observan muy mejorada respecto del estado mental de entonces.”¹³ ¿Es posible que una enfermedad que es crónica y progresiva, sin ningún tratamiento novedoso retrotraiga, o en realidad la Sra. Cohan de Kohen no padecía trastorno alguno?

Al no encontrar patología los médicos intervinientes apelan a una serie de apreciaciones viejistas tales como “afectos otoñales” para referirse a una relación amorosa que presuntamente habría tenido la Sra. Cohen y que lo más apropiado atento la edad de la señora sería calificar su estado actual como *“el de una anciana en involución, con elementos*

¹³ Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 2 de febrero del 2007.

moderados de senilidad, entre los que cabe destacar la inicial alteración del estado de ánimo abarcativo de un cuadro denominado síndrome psicoorgánico cerebral”¹⁴.

7. Conclusiones:

Del análisis del presente caso surgen las siguientes consideraciones:

- La normativa vigente al tiempo de su desarrollo y tramitación (años 2005/2008) no garantizaba el derecho de autonomía e independencia en la vejez.
- Solo el contexto socio económico que rodeaba a la Sra. Natalia Cohan de Kohen, que la constituía en una persona empoderada, con recursos y una importante red de relaciones pudo evitar que terminara esta etapa de su vida

¹⁴ Causa N° 66.741/05, Requerimiento de sobreseimiento, 2 de febrero del 2007.

internada con un equívoco diagnóstico de demencia. Esto nos demuestra que en materia de Derechos Humanos resulta fundamental el plano social.

- Los conceptos vertidos por la casi totalidad de profesionales intervinientes tanto en las actuaciones radicadas en sede civil como penal, evidencian la visión viejista y plagada de estereotipos negativos hacia la vejez, hasta colocar a las personas mayores en una cuasi condición de objeto carente de los atributos de la personalidad.
- Al colocar el mismo caso a la luz de la normativa vigente se observa con toda claridad la evolución legal en la materia, dado que actualmente no hubiera podido determinarse la capacidad de la Señora Cohan con un solo certificado médico de una profesional que nunca la examinó personalmente y que además declara haberlo realizado “a pedido” de

su colega Facundo Manes, por entonces además su jefe en el instituto Fleni.

- Al momento de tramitarse el presente caso la Señora Natalia Cohan de Cohen cuenta apoyo del curador que le designaron durante este injusto proceso del que resultó inhabilitada en los términos del art. 152 bis segunda parte del anterior Código Civil, figura reservada en el nuevo Código solamente para los pródigos y conforme los extremos descriptos en los arts.48 a 50.
- Al receptar el nuevo Código Civil los conceptos emanados de los instrumentos internacionales vinculados a la capacidad y las reglas ya vigentes en los subsistemas de leyes complementarias al Código Civil, ha adoptado el paradigma de autonomía personal y capacidad progresiva, presente en las legislaciones más

modernas de los ordenamientos jurídicos occidentales en cuyo marco este proceso no hubiera tenido cabida.

- Casos como el presente ponen de manifiesto la importancia creciente de contar: con una Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, con un Derecho de la Vejez como rama específica, y continuar luchando por una Convención Internacional para proteger los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Porque a pesar de lo que afirme la Organización Mundial de la Salud la vejez no es una enfermedad.

8. Referencias:

- **Normas:**
 - Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- Código Civil de Argentina, sancionado de conformidad con la Ley Nacional N° 340 del 25 de Septiembre de 1869 (B.O. 26 de Abril de 1968), con las reformas introducidas en lo pertinente por la Ley Nacional N° 17.711 del 22 de Abril de 1968 (B.O. 26 de Abril de 1968).
- Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado de conformidad con la Ley Nacional 26.994 del 1 de octubre del 2014 (B.O. 8 de octubre del 2014).
- Ley de Salud Mental 22914
- Ley de Nacional de Salud Mental 26657

- **Expedientes Judiciales:**
 - Cohan de Kohen Natalia S/Insania Expediente N° 46.075/05

- Causa penal sobre privación ilegítima de la libertad N°34.455/05
 - Causa penal sobre Falsificación de certificado médico N° 66.741/06
 - Causa penal “Russo, Griselda y otro”, Cámara del Crimen (Sala VII), N° 33.157
-
- **Trabajos citados:**
 - Kraut, A. J., & Diana, N. (2011). *Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria*. La Ley, C, 1039.
 - Puig, M. (2017). "La salud mental en el Código Civil y Comercial". de *Derecho para Innovar - DPI Cuántico*: Disponible en: https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-civil-y-obligaciones-nro-100-13-02-2017/

- Santoro, S. (26 de agosto de 2012). Un cambio de locura. Recuperado el mayo de 2022, de Página 12: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-201867-2012-08-26.html> [mayo de 2022]

Sistema Interamericano De Derechos Humanos, Propuestas Para Mejorar Su Funcionamiento.

José Refugio Rodríguez Nuñez* y

Jesús Guillermo Belman Leal*

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, PROPUESTAS PARA MEJORAR SU FUNCIONAMIENTO.

José Refugio Rodríguez Nuñez¹ y

Jesús Guillermo Belman Leal²

Resumen:

* Maestro en Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional por el Instituto de Estudios Superiores en Derecho Penal.

* Doctor en Políticas Públicas por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

¹ Abogado penalista. Maestro en Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional por el Instituto de Estudios Superiores en Derecho Penal.

² Académico universitario. Doctor en Políticas Públicas por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha convertido en un referente jurídico e impulsor de cambios positivos en el campo de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos sociales y culturales en la región de Latinoamérica. No obstante, al día de hoy sigue afrontando numerosos retos tanto en los planos político y administrativo como en su actividad jurisdiccional que es necesario analizar y atender para mejorar con ello su funcionamiento.

Introducción

Implementar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no ha sido una tarea fácil. Desde sus inicios, numerosas voces se opusieron a ello y a lo largo de su puesta en marcha, diversos detractores han hecho todo lo que ha estado en sus manos para dañar la imagen de sus instituciones. Sin embargo, pese a lo antes expuesto tanto la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han tenido una participación sobresaliente en el progreso de la cultura de protección a la dignidad humana en Latinoamérica.

Los avances han sido significativos, pero el trabajo pendiente sigue siendo extenso y es por ello que resulta conveniente efectuar un análisis de los principales retos que se precisan atender, a efecto de trazar un camino que pueda servir de solución para las problemáticas que aún aquejan al sistema regional.

Con el propósito de concientizar sobre las posibles soluciones a algunas de las áreas de oportunidad más apremiantes del Sistema Interamericano, hemos desarrollado el presente escrito, el cual pretende dar sustento a algunas propuestas de mejora que consideramos especialmente relevantes a tomar en consideración.

Es necesario incrementar el presupuesto a la Corte Interamericana.

De acuerdo con la Coalición por la Corte Penal Internacional, en el 2016 dicho tribunal contó con un presupuesto de 140 millones de euros el cual fue señalado por tal Organismo no Gubernamental (ONG) como insuficiente para garantizar la justicia internacional e inclusive vergonzosa si se compara con la cifra promedio que el planeta gasta en defensa, la cual de acuerdo con el Instituto Internacional de Investigación para la Paz de Estocolmo (SIPRI) se ubicaba en los 1,981 billones de dólares en el 2020 (DW, 2021).

La ONG en comento efectuó una dura crítica a la falta de recursos con los que el máximo tribunal internacional en materia penal opera por considerarla preocupante, pero el escenario a nivel de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos resulta aún más desolador como veremos a continuación.

Quizá sorprenda a más de uno pero de los tres sistemas regionales de protección de los

derechos humanos que existen en el mundo, el interamericano es el que menos recursos tiene para cumplir con su cometido. Si tomamos en cuenta que el Producto Interno Bruto (PIB) del continente americano es superior al de Europa y África, es preocupante notar que el sistema interamericano de protección dispone de una pequeña fracción de lo que sus homólogos utilizan para dar cumplimiento a sus funciones.

En el año 2020, última fecha con que se cuenta de información pública al respecto (Corte IDH, 2020), el máximo tribunal del continente americano dispuso para tal ejercicio de un total de \$7,203,132.12 dólares estadounidenses, de los cuales la mayor parte provenían del Fondo Regular de la Organización de los Estados Americanos suma que ascendió a \$5,163,697.50; donde por cierto, recientemente la Secretaría General había autorizado un incremento a dicha aportación puesto que antes de ello se destinaba para tal fin la mitad de dicho recurso.

Pese al compromiso institucional que diversas democracias suelen externar en su discurso público respecto al tema de los derechos humanos, únicamente tres países de todo el continente (México, Costa Rica y Perú) optaron por presentar aportaciones voluntarias (\$514,416.13 en total, de los cuales \$400,000.00 fueron mexicanos), las cuales resultan ser insuficientes para solucionar las necesidades de la Corte.

Sorprendentemente, las aportaciones provenientes de gobiernos europeos que decidieron ayudar a la Corte Interamericana superaron a lo aportado por los países de la región siendo el caso que por citar un ejemplo Suecia aportó más que todos los países americanos juntos (\$589,368.96).

La Corte Europea, quien dispone de menos atribuciones toda vez que no supervisan ni ejecutan sentencia (para eso existe un Comité de Ministros), pero una estructura institucional más robusta (46 jueces a tiempo completo

frente a los 7 americanos) que le permite atender más asuntos que la Corte Interamericana, tiene autorizado para el año 2022 un presupuesto de 74.5 millones de euros, equivalentes a 77.5 millones de dólares (Committee of Ministers, 2021).

En el 2017 mientras que la Corte Europea resolvía 1068 asuntos vinculados con una vulneración a la Convención Europea de Derechos Humanos (Expansión, 2018), la Corte Interamericana sólo atendió 18 (Corte IDH, 2018). Información que nos permite inferir con facilidad que de disponer de un mayor presupuesto y liberándosele de algunas funciones que podría delegar a otras instituciones surgidas para tal efecto, la Corte Interamericana dispondría de la capacidad de atender una mayor cantidad de asuntos que se le sometieren a su conocimiento y disminuir la espera procesal que los involucrados suelen sufrir previamente.

No ha sido posible recabar información actualizada sobre el presupuesto de la Corte Africana de Derechos Humanos y los Pueblos, toda vez que la Unión Africana es opaca en relación a muchas de sus estadísticas públicas, pero de las cifras de que se dispone, es sabido que desde sus orígenes y pese a atender una cantidad significativamente inferior de asuntos cada año, ha recibido una mayor inversión que el tribunal americano. Por citar un ejemplo histórico, en el año 2010 la Corte Americana disponía de un presupuesto de \$1,998,100.00, a la par que la Corte Africana disponía de \$7,642,269.00 (Corte IDH, 2010).

Incrementar el presupuesto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un paso indispensable que se precisa dar previo a reconfigurar su organización e implementar reformas que permitan mejorar su funcionamiento. Nuestra propuesta concreta en éste rubro es que el presupuesto de la Corte IDH se homologue al de la Corte Europea, en

vez de que se fije sobre porcentaje de los ingresos generales de la Organización de los Estados Americanos (OEA) como hasta ahora se ha establecido, obligando a cada país miembro de la OEA a que aporte en forma proporcional a su producto interno bruto recursos suficientes para tal cometido.

Reformar el sistema de trabajo de la Comisión y Corte Interamericanas

La falta de dedicación a tiempo completo de los comisionados de la Comisión y de los jueces de la Corte, será resuelta una vez que los países que integran la OEA brinden al sistema los fondos necesarios para llevar a cabo tal transformación, lo cual a su vez permitirá reducir los tiempos de espera procesal para la resolución de los asuntos de que tiene conocimiento el Sistema, gestando las condiciones idóneas para que un mayor número de asuntos puedan ser sometidos al conocimiento de la Corte IDH, quien hasta el momento ha utilizado el filtro de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para reducir su carga procesal, aunque esto haya conllevado a que muchos asuntos sobre los hubiera valido la pena sentar jurisprudencia no hayan llegado jamás a su conocimiento.

La CIDH ha sido una pieza fundamental del Sistema Interamericano que ha efectuado una labor encomiable en el plano de la promoción de los derechos humanos en nuestra región, pero en forma por demás lamentable, ha utilizado criterios altamente discrecionales para evitar que numerosos asuntos lleguen a la Corte Interamericana, lo que significa en todo caso la denegación de la justicia internacional a los peticionarios que los han promovido sin resultado alguno.

Para lograr entender cómo es esto ha sido posible resulta necesario entrar al análisis de la Convención Americana que establece lo siguiente:

Art. 61.2 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que

sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

El artículo 48 hace alusión al procedimiento de admisibilidad y sienta las bases de lo que se comprende como “una solución amistosa”. En tales escenarios acontecen los primeros dos filtros en los que interviene la Comisión, primeramente desechando cualquier asunto que resulte incompatible con los requisitos de admisibilidad que exige la Convención Americana y en segundo lugar, invitando tanto al Estado como a las presuntas víctimas a llegar a un acuerdo conciliatorio con el que puedan solucionar el conflicto motivo de estudio.

El artículo 49 se aboca a la protocolización de la solución amistosa. Evidentemente, para evitar que la Corte se sature de trabajo, la Comisión procura ser muy minuciosa en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad establecidos y tiene un especial interés en que se formulen soluciones amistosas. En principio

tales acciones no son negativas, puesto que esto reduce el trabajo jurisdiccional, sin embargo indirectamente restringe la discusión judicial de numerosos temas que podrían servir para sentar jurisprudencia que a su vez podría ser relevante para la vida nacional de aquellas naciones que en su derecho interno han decidido introducir el bloque de constitucionalidad.

Para el caso mexicano, existe la obligación de acatar la totalidad de las jurisprudencias emitidas por la Corte Interamericana aun cuando no hayan sido producto de un asunto en el que el Estado Mexicano haya sido parte, esto en virtud de la Jurisprudencia generada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR
LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS. ES
VINCULANTE PARA LOS JUECES

MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este

mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.¹

Numerosos asuntos se resuelven sin que la Corte haya tenido conocimiento alguno de ellos, lo que limita significativamente el número

¹ Tesis P./J. 21/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204.

de jurisprudencias que ésta emite y por tanto las interpretaciones que de la Convención Americana de Derechos Humanos disponemos para incorporar a nuestro derecho interno.

Reitero: no es inherentemente malo que los asuntos se resuelvan por solución amistosa, ya que en la misma también se suelen establecer garantías de no repetición que benefician no sólo a las víctimas directas de la vulneración de derechos humanos sino a la población en general del país sancionado, sin embargo la presión institucional que recae en la Comisión para que muchos asuntos se resuelvan de ésta manera podría generar una respuesta laxa por parte del Sistema en lo que respecta al potencial protector de los derechos humanos de los ciudadanos estableciendo alternativas menos benéficas para el solicitante de protección, al mismo tiempo que como ya se ha hecho referencia, se deja fuera de la discusión judicial asuntos que podrían enriquecer los

razonamientos emitidos por el máximo tribunal americano.

El artículo 50 finalmente, establece las bases sobre las que descansa la emisión de los informes de la Comisión, mismos que establecen una serie de recomendaciones que se espera que los Estados cumplan para evitar que los asuntos sean sometidos a la Corte. La Convención Americana es omisa en éste punto puesto que no establece directamente la obligación de que la Comisión someta a la Corte la totalidad de los asuntos que llegan a éste punto procesal, lo cual hace que tal decisión se convierta en discrecional, lo cual es posible corroborarlo de la lectura del artículo 45 del reglamento de la Comisión:

Artículo 45. Sometimiento del caso a la Corte

1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el

artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:

- a. la posición del peticionario;
- b. la naturaleza y gravedad de la violación;
- c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y
- d. el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Si bien es cierto que la negativa a someter un caso a la Corte debe sustentarse en decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión, resulta preocupante que tal facultad exista, sobre todo partiendo del hecho de que a diferencia de los sistemas de justicia locales, el sistema interamericano no dispone de una doble instancia, por lo que no es posible impugnar la decisión de la Comisión Interamericana de no someter el asunto a la Corte IDH ante un tribunal de alzada que resuelva sobre tal negativa.

Evidentemente es necesario coartar a la Comisión la facultad de restringir el acceso a la Corte modificando la Convención Americana a efecto de que no sea necesario subsanar sus deficiencias con reglamentos restrictivos de derechos, pero aunado a ello es indispensable también dotarle tanto a la Comisión como a la Corte de mayores herramientas para cumplir con su cometido de tal suerte que no existan pretextos para no realizar la tarea

encomendada a ambas instituciones supranacionales.

El primer paso en dicho camino es proveer tanto de jueces como de comisionados a tiempo completo al sistema. Logrado lo anterior, resultaría conveniente de igual forma aumentar en número y especialización las subdependencias a cargo tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana, así como el número de comisionados y jueces de tal suerte que existan más personas que puedan entrar al estudio de los casos que ingresan al sistema.

En el sistema de protección europeo existen 46 jueces, uno por cada país miembro del Consejo de Europa, institución homologa a la Organización de los Estados Americanos y de quien depende la Corte Europea de Derechos Humanos. Nuestra propuesta es que se amplié el número de jueces de la Corte Interamericana a 35, de tal suerte que exista un juez y un comisionado por cada país miembro de la OEA. Asimismo proponemos la

ampliación del Comité Jurídico Interamericano de 11 a 35 miembros, para que aunado a las funciones que ya tiene en términos de los numerales 99, 100 y 103 de la Carta de la OEA, también se encargue de la supervisión de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de manera similar a como realiza tal función el Comité de ministros del Sistema Europeo de protección.

Una vez ampliado el número de jueces de la Corte Interamericana, proponemos que se especialicen sus funciones de tal suerte que puedan trabajar tanto en salas como en pleno, atendiendo en una u otra modalidad diversos asuntos según se requiriese.

Tratándose del trabajo a realizar en salas consideramos prudente que se dividan en cinco con siete jueces cada una, dos destinadas al conocimiento de vulneraciones a derechos humanos de primera generación, dos a derechos humanos de segunda generación y una a cargo del conocimiento de derechos

humanos difusos. Tal división atendería tanto lo relativo a casos sometidos como a la emisión de opiniones consultivas sobre los derechos humanos en referencia.

El pleno podría conocer de asuntos que por su relevancia precisen una respuesta conjunta de la totalidad de la Corte Interamericana ya sea tomándolo directamente desde el inicio por recomendación de la Comisión Interamericana o ejercitando una facultad de atracción frente a una sala de cualquier asunto que ésta conozca a petición de cualquiera de los jueces que la integren. Otras decisiones que se deberán tomar en pleno son las relativas a la elección de presidente y vicepresidente de la corte, así como la distribución de los jueces en cada sala, la aprobación de los reglamentos de la Corte y los secretarios adjuntos del máximo tribunal americano.

En lo que respecta al funcionamiento de la Comisión, podría seguirse el esquema de relatorías temáticas que ha venido empleando

desde 1990 para atender las necesidades especiales de grupos vulnerables, con la diferencia de que podrá designar para las mismas un mayor número de comisionados que efectuaran funciones de relatores en cada una de ellas pudiendo incluso abrir más según las necesidades que la Comisión tenga.

Modificar la Carta de la OEA.

Aunado a las correspondientes modificaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, así como los reglamentos tanto de la Corte como de la Comisión, se precisará modificar la Carta de la OEA para dar cumplimiento cabal a las sugerencias emitidas.

Proponemos reformar el artículo segundo a efecto de introducir la obligación de los estados de proteger, garantizar, respetar y promover los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como parte de los objetivos esenciales de la OEA, generando con ello el deber de prevenir, investigar, sancionar

y reparar las violaciones a los derechos humanos a la totalidad de los países integrantes.

Ésta idea no es nueva, en realidad ya ha sido propuesta en su momento por el ex secretario adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Ariel Dulitzky (2007) quien ha invitado a actuar con congruencia a los países miembros de la OEA que suelen ostentarse como garantes de los derechos humanos, pero no están dispuestos a efectuar los cambios mínimos que precisan realizarse para cumplir con dicha garantía a nivel continental.

Es necesario reformar el artículo 53 con la finalidad de introducir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano de la OEA, haciendo obligatorio con ello a todos los países miembros la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos y reconocimiento de la competencia contenciosa su Corte como requisito de

permanencia, otorgando un periodo de gracia de diez años para que se incorporen la totalidad de los Estados que deseen hacerlo bajo éstas condiciones, tiempo durante el cual en tanto no hayan ratificado la Convención se encontrarían obligados a proporcionar información periódica respecto al estado de guardan los derechos humanos en sus respectivas latitudes.

Es evidente que ésta propuesta es la que más reticencia generará y muy probablemente Estados Unidos haga todo lo que esté en sus manos para mantenerse fuera de la OEA o comprar la voluntad de las naciones menos favorecidas, pero es un paso obligatorio que precisamos dar como región para conseguir mejorar en forma significativa la salvaguarda de la dignidad humana de nuestros habitantes. Este sólo acto permitirá que nos acerquemos al nivel de protección con que el Sistema Europeo opera.

Presionar políticamente a Estados Unidos para ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos

La ausencia de Estados Unidos en la Convención Americana de Derechos Humanos le resta credibilidad y abona a que otras naciones decidan no obligarse a la misma, por lo que es indispensable que ésta nación se sume al tratado si verdaderamente se desea avanzar en la mejora del Sistema Interamericano de Protección. Para lograr lo anterior es necesario cuáles son los obstáculos que dicha nación interpone.

Estados Unidos se enorgullece de ser un paladín de los derechos humanos, toda vez que desde su fundación, ha esgrimido a menudo su creencia en la defensa de los derechos inalienables de su población como un rasgo diferenciador frente a otros países (Wilken, 2017).

Durante la redacción de la Carta de la ONU y de la Declaración Universal, Estados Unidos

tomó la iniciativa de dar forma a los programas y políticas internacionales de derechos humanos (Buergethal, 1973). Siendo una de las naciones más diligentes en la promoción de los esfuerzos de la ONU hacia la protección de los derechos humanos a lo largo de los últimos años de la década de 1940; atribuyéndosele incluso a tal país el ser pionero en la legislación internacional sobre derechos humanos cuando Eleanor Roosevelt presidió el comité que redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento internacional que sirvió de inspiración y base para muchos tratados internacionales de derechos humanos que se gestaron subsecuente tanto en el ámbito universal como regionales de protección.

Hay algunos factores que motivan la aversión de Estados Unidos a los tratados internacionales de derechos humanos. Wilken (2017) señala que el contexto histórico de la época en que se elaboraron la mayoría de los

tratados de la materia, a finales de la década de 1940 y principios de la de 1950, no fue el más apropiado ya que la Guerra Fría fomentó el temor a la expansión del comunismo y el totalitarismo, y estos temores se vincularon al proyecto internacional de derechos humanos.

Para la Unión Americana el reconocimiento de Derechos Económicos, Sociales y Culturales constituía una aproximación peligrosa a los ideales de las economías centralizadas que por congruencia no se podía permitir adoptar, por lo que con el afán de defender su visión económica consideró apropiado no comprometerse con el respeto de los derechos humanos de segunda generación de sus habitantes y la forma más sencilla de hacerlo era negarse en lo general a ratificar tratados internacionales de protección de la dignidad humana, especialmente aquellos que versaran sobre tales derechos humanos.

Aunado a lo anterior, según el dicho de la académica estadounidense, numerosos

políticos conservadores también se opusieron a estos tratados porque los veían como un esfuerzo del gobierno federal para hacer frente a la segregación y la discriminación racial en el Sur.

Dicho de otra manera, el racismo de sus dirigentes ha sido uno de los principales motores que ha impulsado la falta de compromiso de los Estados Unidos de América en el campo de la ratificación de instrumentos jurídicos supranacionales que pudieran servir para contener las injusticias cometidas por dicho motivo al interior de su territorio nacional. Esto puede parecernos una actitud aberrante en la mayor parte del mundo occidental pero hace sentido a la sociedad estadounidense, si se piensa que en Estados Unidos fue necesario librarse una terrible guerra civil para poder abolir la esclavitud en una época en que ésta ya había sido erradicada en la mayoría de las grandes economías del mundo (Ros, 2020) y que hubo que pasar más de un siglo después

de ello para que se reconocieran algunas libertades y derechos civiles a los afroamericanos.

Lamentablemente hasta la actualidad el racismo es un problema medular que caracteriza a la sociedad estadounidense, la cual no efectúa suficientes esfuerzos para mitigarlo y esto se ve reflejado en todos los aspectos de la vida pública, especialmente en el campo de la justicia criminal.

El sistema de justicia penal de Estados Unidos es el mayor del mundo convirtiendo a tal nación en el líder mundial en su tasa de encarcelamiento (International Centre for Prison Studies, 2018). A finales de 2015, más de 6,7 millones de personas (U.S. Bureau of Justice Statistics, 2016) estaban bajo algún tipo de control penitenciario en Estados Unidos, incluidos 2,2 millones encarcelados en prisiones y cárceles federales, estatales o locales (U.S. Bureau of Justice Statistics, 2018a).

Estas estadísticas tan amplias enmascaran la disparidad racial que impregna el sistema de justicia penal de Estados Unidos, y para los afroamericanos en particular, quienes tienen más probabilidades de ser detenidos que los blancos; una vez detenidos, tienen más probabilidades de ser condenados; y una vez condenados, tienen más probabilidades de sufrir largas penas de prisión (The Sentencing Project, 2018).

De acuerdo con las estadísticas oficiales, los adultos afroamericanos tienen 5.9 veces más probabilidades de ser encarcelados que los blancos y los hispanos tienen 3.1 veces más probabilidades (U.S. Bureau of Justice Statistics, 2018b). En 2001, uno de cada tres niños negros nacidos en ese año podía esperar ir a la cárcel a lo largo de su vida, al igual que uno de cada seis latinos, en comparación con uno de cada diecisiete niños blancos (Mauer, 2011).

En palabras del antiguo profesor de Derecho de Georgetown, David Cole:

La retórica del sistema de justicia penal envía el mensaje de que nuestra sociedad protege cuidadosamente los derechos constitucionales de todos, pero en la práctica las normas aseguran que las prerrogativas de las fuerzas del orden prevalecerán generalmente sobre los derechos de las minorías y los pobres. Al conceder a los sospechosos de delitos derechos constitucionales sustanciales en teoría, el Tribunal Supremo valida los resultados del sistema de justicia penal como justos. Esa equidad formal oculta las preocupaciones sistémicas que debería suscitar el hecho de que la población penitenciaria sea abrumadoramente pobre y desproporcionadamente negra (Cole, 1999).

Estados Unidos ratificó la Carta de la OEA, lo que le hace miembro de éste organismo pero ha hecho caso omiso al principio fijado en la fracción I del artículo 3 de la misma que nos indica que:

1) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Mientras que naciones como Alemania, Francia o Italia se han decidido unir no sólo al esfuerzo de proteger la dignidad de sus habitantes sino a la creación un bloque económico que busca el progreso económico del cúmulo de las naciones de la región. Estados Unidos es el único de los países occidentales industrializados que se muestra reticente a comprometerse internacionalmente con la protección de los derechos humanos de su propia población y procura aislarse del resto de los países de su continente levantando barreras físicas e institucionales a su

integración, a la par que promueve acciones militares por todo el mundo coaccionando la voluntad de numerosas naciones mediante el empleo de la violencia, la promoción de gobiernos despóticos títeres de sus intereses regionales y el robo descarado de sus recursos naturales, por medio de distintos acuerdos comerciales en extremo desventajosos para tales naciones. El racismo y las ideas supremacistas que trae aparejado, es el elefante blanco de dicha ecuación que se ha decidido ignorar en forma histórica y la única manera de poder afrontarlo es mostrándolo como el principal enemigo a vencer. El racismo dicta buena parte de las políticas internas pero también parte de la política internacional de la Unión Americana e ignorar tal hecho es cerrar los ojos ante lo evidente.

Cuando Estados Unidos ratifica los tratados, utiliza un proceso único que disminuye en forma tramposa los efectos previstos de los mismos. Empezando por el

hecho de que no ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados lo que le libera de la obligación de adecuar su derecho interno para que sea congruente con el contenido de los mismos y comprometerse a cumplirlos de buena fe sin poder utilizar a su derecho interno como justificación para el incumplimiento de los mismos.

De acuerdo con Wilken (2017), antes de que se vote el tratado, los abogados del Departamento de Justicia buscan en los documentos protecciones de los derechos humanos que sean más estrictas que la legislación estadounidense y que, por tanto, se añadan a ella. Cuando se encuentran, Estados Unidos limita el alcance del tratado redactando una reserva o una declaración interpretativa para combatirlo y envía el tratado, con los adjuntos, al Senado para su ratificación.

Para despojar aún más al tratado de su poder, Estados Unidos declara que los tratados "no son autoejecutables". Lo que implica que,

sin una legislación de aplicación (ley nacional que garantice las mismas protecciones), el tratado es inaplicable en los tribunales nacionales. El gobierno suele argumentar que la legislación de aplicación es innecesaria porque todos los derechos del tratado ya están protegidos por la legislación estadounidense, dejando a los ciudadanos sin la posibilidad de invocar el tratado ante los tribunales supranacionales que pudiesen protegerles.

Además, como Estados Unidos no ha ratificado el primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los ciudadanos no pueden apelar a los comités de revisión de la ONU, dejando a sus ciudadanos a merced de protecciones nacionales no exhaustivas.

No cansado con vulnerar gravemente la dignidad de sus propios ciudadanos, el gobierno de los Estados Unidos activamente han decidido actuar en contra de los intereses de la comunidad internacional en general.

Estados Unidos no hace parte de los convenios de Ginebra, por lo que no se obliga a respetar límites en el campo del derecho internacional humanitario (Carmona y Gómez, 2021). Tampoco reconoce el Estatuto de Roma que consolidó la Corte Penal Internacional, el tribunal internacional de más alto nivel que existe, para enjuiciar y condenar a personas por crímenes de guerra, genocidios, además de los reconocidos como crímenes de lesa humanidad, mismo que en su momento ayudo a crear.

A partir del 6 de mayo de 2002 Estados Unidos en plena “guerra preventiva contra el terrorismo” anunció su falta de obligación para con dicho Tratado advirtiendo que este Tribunal podría enjuiciar a ciudadanos estadounidenses por cargos que denominaron “frívolos” (De la Cruz, 2017).

Ésta decisión no es menor puesto que en diversas investigaciones de la Corte Penal Internacional se ha descubierto de que

ciudadanos estadounidenses han estado involucrados en crímenes de guerra y de lesa humanidad, tal como ocurrió en el 2020, donde investigaciones efectuadas a Afganistán rebelaron tales ilícitos internacionales en territorio afgano cometidos por estadounidenses, a lo cual el gobierno de Donald Trump respondió retirando las visas del Fiscal General Fatou Bensouda y otros funcionarios de dicha institución para entorpecer con ello la investigación (Calle, 2020).

En los informes anuales sobre derechos humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos., éste juzga el historial de derechos humanos de otros países. Sin embargo, es difícil tomarse en serio el compromiso de Estados Unidos con los derechos humanos cuando regularmente favorece las preocupaciones políticas internas por encima de la comunidad internacional de derechos humanos y demuestra

continuamente una singular reticencia a ratificar los tratados internacionales sobre la materia.

En una época en la que existían dos superpotencias era entendible la posición tibia de los demás países respecto a la actitud imperialista de los Estados Unidos de América, pero estamos transitando fuertemente en dirección a la creación de un mundo multipolar donde bloques económicos como la Unión Europea y naciones como China se han convertido en un contrapeso global digno, lo que abre las posibilidades a todas las demás naciones de la región a limitar su dependencia política y económica de los Estados Unidos, buscando nuevas alianzas comerciales, para poder con ello renegociar los términos con los que se gestan sus respectivas relaciones internacionales.

Así como Estados Unidos juzga a otras naciones aludiendo temas de derechos humanos, es preciso comenzar a juzgarlo a

nivel local por el terrible trato que da a sus minorías étnicas, generando con ello la presión política necesaria para que su propia población ponga el foco de su interés en atender dicha problemática con el apoyo de la comunidad internacional mediante la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos y la suscripción de sus protocolos adicionales.

Al interior de Estados Unidos ya existen muchas voces que luchan por cambiar la actitud belicista, racista e imperialista de su gobierno. En un ejercicio de congruencia institucional es necesario identificar a tales grupos políticos y respaldar su discurso público sin violentar con ello el principio previsto por la fracción e) del artículo 3 de la Carta de la OEA que prohíbe las injerencias externas en los asuntos de otros estados, que tantas veces ha violado y sigue violando impunemente Estados Unidos a lo largo y ancho no sólo del continente sino del mundo entero.

La mayor parte de las naciones del continente han decidido ver en otra dirección cada vez que los Estados Unidos han incumplido con sus obligaciones internacionales o han impuesto en forma arbitraria condiciones que resultan abusivas para el adecuado entendimiento de sus respectivas economías. Todo ello es incongruente con los propósitos esenciales que se marcan en la Carta de la OEA, creando un doble estándar que no puede seguir tolerándose si de verdad se tiene la voluntad política de avanzar como continente en la construcción de acuerdos que beneficien a todos.

Estados Unidos debe elegir entre respetar a la OEA o separarse definitivamente de ella. El que la ONU tome la cuestionable decisión de no establecer la misma disyuntiva no debe detenernos en la búsqueda de crear un entorno seguro y congruente para la adecuada convivencia internacional en un marco de

respeto y reconocimiento de la igualdad de todas las naciones frente a la justicia trasnacional en todas sus manifestaciones.

Conclusión

La única forma de corregir las deficiencias del Sistema Interamericano es atacar sus problemas de raíz. No es una solución sencilla pero resulta necesaria. De nada sirve atender en forma superficial sus problemáticas y atender uno pocos casos emblemáticos al año cuando las grandes conflictivas sociales que padece el continente siguen sin solución.

Sólo a través de un verdadero compromiso continental en la materia podremos consolidar la protección de la dignidad humana de la población. Hacer modificaciones superficiales en el tema que nos ocupa es igual a simular que se resuelve y nuestro continente merece instituciones reales para problemas igualmente reales, todo lo demás es demagogia y la demagogia jamás ha logrado beneficiar a los ciudadanos de ningún lugar del mundo.

Referencias

- Buergenthal, Thomas. Hearings Before the Subcommittee on International Organizations and Movements of the House Committee on Foreign Affairs. p. 188.
- Calle Aguirre, María Clara. “Este El Caso Por El Que Estados Unidos Sancionó a La Fiscal de La CPI.” France 24. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20200902-estados-unidos-sanciona-fatou-bensouda-caso-afganistan-corte-penal-internacional> [Consultado 03-09-20]
- Carmona Tamayo, Ana Margarita, and Juan José Gómez Betancur. “Estados Unidos y El Cumplimiento de Los Tratados de Derechos Humanos y DIH.” *Ratio Juris*, vol. 16, no. 32, May 2021, pp. 223–48, doi:10.24142/raju.v16n32a9

- Cole, David. (1999) *No Equal Justice: Race and Class in the American Criminal Justice System*: New Press
- Committee of Ministers. (2021) *Programme and Budget 2022- 2025*: Council of Europe.
- Corte IDH. (2018). *40 Años Protegiendo Derechos*: Corte IDH.
- ---. Informe Anual 2020. OEA, 2020.
- ---. Necesidades Financieras (Corto, Mediano y Largo Plazo). Corte IDH, 2010.
- De la Cruz, V. “La Doble Moral de EEUU y Su Falso Discurso En Defensa de Los Valores Humanos y Del Orden Mundial.” *La República*, 10 May 2017, <https://www.larepublica.net/noticia/la-doble-moral-de-ee-uu-y-su-falso-discurso-en-defensa-de-los-valores-humanos-y-del-orden-mundial>
[Consultado 04-10-22]

- Dulitzky, A. (2007) “50 Años Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Una Propuesta de Reflexión Sobre Cambios Estratégicos Necesarios.” *Revista IIDH*, vol. 46, pp. 33–42.
- DW. (2021) SIPRI: Gasto Militar Mundial Aumentó En 2020 Pese a La Pandemia. Disponible en: <https://www.dw.com/es/sipri-gasto-militar-mundial-aumentó-en-2020-pese-a-la-pandemia/a-57331722#:~:text=Los gastos militares siguieron aumentando> [Consultado el 04-10-22]
- Expansión (2018). El Tribunal de Estrasburgo Dictó 1.068 Sentencias En 2017, Seis Sobre Casos Españoles. Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2018/01/25/5a6a13c2468aeba5028b457a.html> [Consultado 04-10-22]

- International Centre for Prison Studies. World Prison Brief. 2018.
- Mauer, M. (2011) “Addressing Racial Disparities in Incarceration.” *The Prison Journal*, vol. 91, no. 3, pp. 87–88.
- Ros, Laia (2020). Historia de La Esclavitud En Los Estados Unidos. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20200612/481705162985/estados-unidos-esclavitud-historia.html#:~:text=La esclavitud en el país, esclavo trabajan en el cultivo.&text=El pasado esclavista de Estados> [Consulta 04-10-22]
- The Sentencing Project. Report of The Sentencing Project to the United Nations Special Rapporteur on Contemporary Forms of Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and Related Intolerance. Regarding Racial Disparities in the

United States Criminal Justice System.
The Sentencing Project, 2018.

- U.S. Bureau of Justice Statistics. Correctional Populations in the United States, 2015. 2016.
- ---. Jail Inmates in 2016. 2018.
- ---. Prisoners in 2016. 2018.
- Wilken, Marie (2017). Aversion to International Human Rights Treaties. Disponible en: <https://globaljusticecenter.net/blog/773-u-s-aversion-to-international-human-rights-treaties> [Consultado 04-10-22]

El derecho a la autonomía en las personas mayores

Doris Domínguez Zermeño*

“sería una grave ironía que extraordinario incremento en la esperanza de vida que se ha conseguido en el pasado siglo simplemente nos aportara para éste una amplia cohorte de gente desprotegida y vulnerable frente al abuso”

* Maestra en Desarrollo Humano por la Universidad Iberoamericana, cuenta con un Máster en Gerontología Social por la Universidad de Barcelona, master en gestión del Conocimiento por la EOI de España, Especialidad en Dirección de Recursos Humanos por la UNAM. Egresada de la Licenciatura en Administración por la UNAM. Es académica de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y es miembro del Seminario Universitario Interdisciplinario sobre Envejecimiento y Vejez (SUIEV) de la UNAM. Ha participado en la publicación de artículos sobre temas de vejez y envejecimiento, ha organizado e impartido talleres sobre autoestima y autocuidado para personas mayores, asimismo brinda acompañamiento emocional a personas mayores y sus familias.

Gerry Bennet

Resumen

El artículo presenta una reflexión en torno al derecho a la autonomía de las personas mayores, para lo cual aborda el concepto de la autonomía desde la perspectiva de la bioética, la relación entre la capacidad y el cuidado de la persona mayor con el ejercicio de su autonomía, y lo que establecen instrumentos internacionales con relación a su protección como derecho humano.

Sumario: I. Introducción, II. El contexto de la pandemia para las personas mayores, III. Capacidad en la vejez: hechos y estereotipos, IV. La autonomía desde la ética del cuidado, V. Derecho humano a la autonomía, VI. Coartar la autonomía de la persona mayor: forma de maltrato, VII. Conclusiones

Palabras clave: derechos humanos, personas mayores, derecho a la autonomía, ética, cuidado personas mayores.

I. Introducción

La llegada de la pandemia por COVID puso de manifiesto las desigualdades que viven las personas en el mundo, pero particularmente en el caso de las personas mayores por las muchas problemáticas que enfrentan en el ejercicio de sus derechos humanos, Isolina Davobe señala como los puntos más críticos el derecho al respeto por la autonomía personal, al autocuidado y el derecho a la asistencia sanitaria acorde a su condición (Dabove, 2020, p. 6).

El presente texto tiene por objetivo abordar el derecho a la autonomía en las personas mayores con el fin de llevar al lector a la reflexión sobre cómo se piensa y se ejerce el respeto a la autonomía de la persona mayor,

para ello en primer lugar se expone parte del contexto vivido durante la pandemia y posteriormente se presentan una serie de conceptos y reflexiones que parten de la gerontología social, la bioética y lo establecido en la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, con la intención de ofrecer al lector puntos para analizar las propias acciones en el ámbito familiar, social y profesional.

I. El contexto de la pandemia para las personas mayores: El derecho a ser viejo y ser persona en tiempos de pandemia

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (2019) declaró la epidemia de COVID-19 como pandemia y en el caso México, como en otras partes del mundo, se

estableció a las personas mayores como grupo de riesgo ante esta enfermedad.

En este contexto, algunos gobiernos del mundo prohibieron a las personas mayores salir a la calle y/o su ingreso a establecimientos comerciales como tiendas de abastecimiento de alimentos y de otros productos de consumo primario; fue necesario que organizaciones, asociaciones y grupos de personas mayores hicieran movilizaciones y hasta establecieran demandas legales para poder transitar libremente y en igualdad de circunstancias que otros grupos etarios durante la pandemia.

Un ejemplo de ello es el caso de la República de Colombia, en el que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca falló, en segunda instancia, a favor de la sentencia de tutela 061 del 02 de julio de 2020 (Anaya, 2020, pp. 6-7), donde el grupo de personas demandante solicitaba inaplicar las

resoluciones de aislamiento y cuarentena para personas mayores de 70 años que les impedían salir a la calle en condiciones iguales al resto de la población, la sentencia fue la siguiente:

“se extiende a todos los adultos mayores de 70 años para que haciendo uso de su independencia y autodeterminación puedan decidir, al igual que las personas entre 18 y 69 años, las veces que consideran prudente o adecuado salir a desarrollar actividades físicas y de ejercicio al aire libre observando las medidas de autocuidado, en los mismos términos que fue autorizado para este último grupo de la población”

Parte de las afirmaciones del grupo demandante fueron:

"al restringir su derecho a la libertad de locomoción en forma mucho más severa que al resto de la ciudadanía, el Estado está actuando en forma discriminatoria pues usa un paternalismo inaceptable frente a los adultos mayores que no emplea con el conjunto de la población". Así, dicen, en lugar de imponer estas medidas de aislamiento obligatorio, el Gobierno debería acudir a la "persuasión" mediante medidas como el autocuidado, "que nosotros estaríamos en capacidad de entender, evaluar y coger por nuestra propia voluntad".

En el caso de México comercios y tiendas de autoservicio impedían el acceso de personas mayores a establecimientos de autoservicios y otros sitios de abasto, posteriormente a las quejas establecidas ante el Consejo Nacional para Prevenir la

Discriminación (CONAPRED) la Secretaría de Gobernación (2019) emitió un comunicado que decía lo siguiente:

“Discriminatorio limitar acceso a personas con necesidades particulares a supermercados y establecimientos de alimentos y productos: Durante la actual emergencia sanitaria, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación ha tenido conocimiento de prácticas implementadas en establecimientos comerciales que, en principio, buscan proteger a grupos específicos de población, pero que en realidad resultan discriminatorias y excluyentes”

Sirvan los casos anteriores como ejemplo de situaciones en las que el Estado o la sociedad coartan la autonomía y el libre tránsito de las personas mayores en favor de “su cuidado” sin mayor justificación que su edad y

en las que fue necesario señalar la violación a sus derechos.

En estos casos fue muy claro el establecer estas acciones hacia las personas mayores como una violación a sus derechos humanos de igualdad, autonomía y de libre tránsito, pero en el día a día son muchos los casos donde profesionales de la salud, familiares o cuidadores de personas mayores, les prohíben realizar actos de la vida cotidiana como salir a la calle, ir de compras, cocinar, salir con amistades, ir a trabajar, o bien, los confrontan continuamente para que “entiendan” que ya no pueden seguir haciendo las mismas cosas que antes porque ahora son ancianos, todo ellos bajo la justificación de “su cuidado” y de que se han vuelto “frágiles con la edad”.

Estas situaciones se agravaron con la pandemia por COVID -19 y muchas personas se vieron sin la posibilidad de salir por

indicaciones de sus propios familiares y cuidadores, siendo una práctica que parecía “normal” ante la situación sanitaria. Pero, ¿es correcto prohibir o pedir a las personas mayores que no realicen actividades de la vida cotidiana?, ¿Qué establece la ley y la ética en el cuidado a este respecto?

II. Capacidad en la vejez: hechos y estereotipos

A continuación, se presentan algunos hechos que es importante conocer respecto de la capacidad y la dependencia de las personas durante la vejez.

- Existen una serie de factores que conllevan a que en la vejez las personas presenten una limitación progresiva de sus actividades físicas, mentales y/o sociales, en algunos casos - no en todos - estas limitaciones llevan a la persona a presentar dependencia para llevar a

cabo actividades de la vida diaria (Carles y Rivero, 2019, p. 44).

- Según un informe realizado por la Organización Mundial de la Salud (2021, p. 11), la capacidad intrínseca de las personas mayores (conjunto de capacidades físicas y mentales) es muy diversa a cualquier edad, algunas personas con edades más avanzadas (más de 90 años) tienen la misma capacidad que las de edades más bajas (60-64 años). Este análisis de referencia documenta que las personas mayores no son un grupo homogéneo.
- Sólo un porcentaje de las personas mayores presentan discapacidad total o parcial para llevar a cabo las actividades básicas o instrumentales de la vida diaria, las primeras refieren a actividades necesarias para el

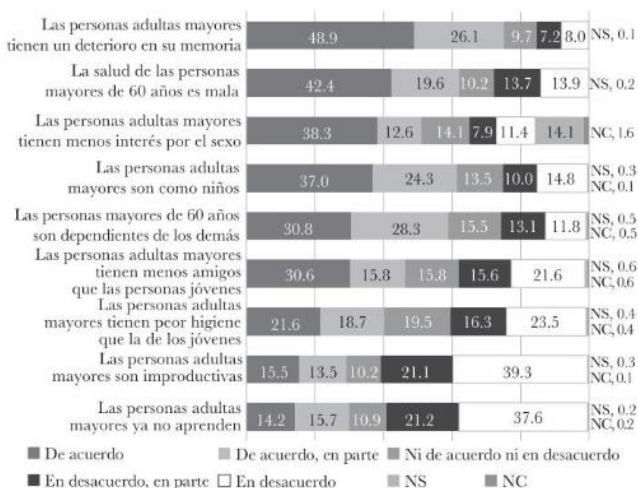
autocuidado como bañarse, vestirse, comer, desplazarse, ir al baño, y las actividades un poco más complejas y que permiten al individuo una vida independiente: ir de compras, cocinar, trasladarse de un punto geográfico a otro, retirar dinero).

No obstante que las personas mayores presentan diversidad en cuanto a su capacidad, existen una serie de estereotipos negativos sobre la vejez que están presentes en toda la población, y que se introyectan por varios medios desde la niñez, que hacen que se considere de forma generalizada que todas las personas mayores pierden poder y control sobre sus vidas con la edad, y se percibe a las personas ancianas como seres frágiles, débiles y dependientes (Carles y Rivero, 2019, p. 48). Este pensamiento conlleva a que otras personas los invisibilicen y/o discriminen y a que no se tome en cuenta su voz.

En el caso de México, en 2019 como parte del estudio “Inventario de la Ciudad de México: presente y futuro de su gente” se realizó una encuesta sobre la percepción de la población respecto del tema del envejecimiento (Flores citada en Domínguez, 2019, pp. 238-243), la cual arrojó entre otros datos, los siguientes:

- Más de la mitad de los encuestados están de acuerdo o parcialmente de acuerdo con la afirmación de algún estereotipo sobre la vejez.

GRÁFICA 20. DÍGAME POR FAVOR, ¿QUÉ TAN DE ACUERDO O EN DESACUERDO ESTÁ USTED CON LAS SIGUIENTES AFIRMACIONES? (PORCENTAJES)

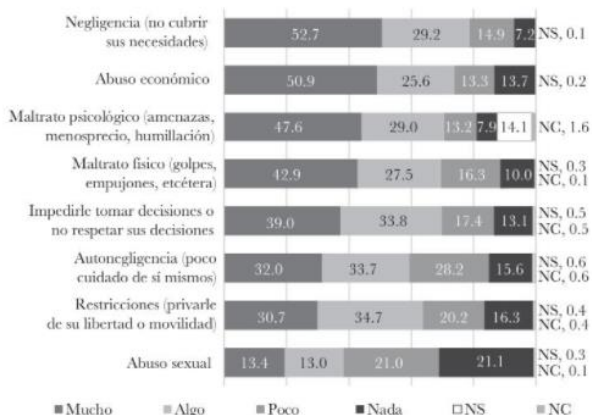


Fuente: Encuesta de Envejecimiento, *Inventario CDMX. Presente y futuro de su gente* SECTEI, Departamento de Investigación Aplicada y Opinión del IIJ-UNAM, 2019.

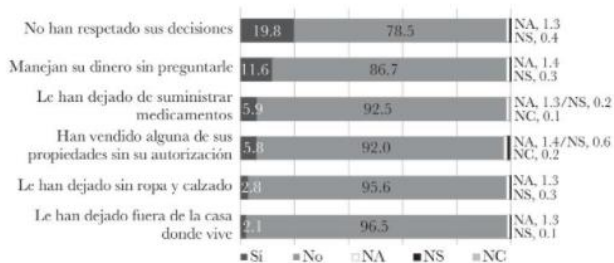
- 73% de los encuestados percibe que a las personas mayores se les impide tomar decisiones o

bien no le son respetadas, pero de esos mismos encuestados sólo el 19.8% consideró que tal situación ha sucedido al interior de su entorno familiar. Se puede observar que esta categoría está incluida con otras situaciones de maltrato:

GRÁFICA 22. EN SU OPINIÓN, ¿QUÉ TANTO LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES SE ENFRENTAN A...? (PORCENTAJES)



GRÁFICA 24. EN SU FAMILIA, ¿ALGUNA PERSONA ADULTA MAYOR HA SUFRIDO ALGUNA DE LAS SIGUIENTES SITUACIONES? (PORCENTAJES)



Fuente: Encuesta de Envejecimiento, *Inventario CDMX. Presente y futuro de su gente* SECTEI, Departamento de Investigación Aplicada y Opinión del IIJ-UNAM, 2019.

En temas de envejecimiento es común que cuando se le pregunta a una persona de su propia situación se perciban como la excepción dentro de la situación general, esto refiriéndose a la dificultad de que las personas reconozcan que al interior de su familia se ejerce maltrato o discriminación hacia las personas mayores. A veces la propia persona mayor puede negarlo por desconocimiento, culpa o por vergüenza (Flores citada en Domínguez, 2019, p. 239).

En la referida encuesta también se preguntó en qué medida se toman en cuenta las opiniones de las personas mayores, las respuestas fueron las siguientes:

GRÁFICA 21. ¿QUÉ TANTO PIENSA USTED QUE SE TOMAN EN CUENTA LAS OPINIONES DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN LOS SIGUIENTES TEMAS...? (PORCENTAJES)

	Mucho	Algo	Poco	Nada	Depende	NS	NC
Cómo maneja su dinero	25.3	30.1	27.6	15.8	0.4	0.3	0.5
Decisiones médicas	22.4	34.1	27.2	14.6	1.0	0.3	0.4
Dónde o con quién vivir	21.0	27.2	35.4	15.5	0.3	0.1	0.5
Quién los cuide	19.3	30.0	30.5	19.1	0.4	0.1	0.6
Qué actividades realizar	15.9	35.1	29.5	17.8	1.0	0.1	0.6

FUENTE: Encuesta de Envejecimiento. Inventario CDMX. Presente y futuro de su gente..., *cit.*

Fuente: Encuesta de Envejecimiento, *Inventario CDMX. Presente y futuro de su gente* SECTEI, Departamento de Investigación Aplicada y Opinión del IIJ-UNAM, (Flores, 2019)

Como se puede apreciar no se considera que una persona mayor pueda tomar decisiones por sí sola (Flores citada en Domínguez, 2019, p. 239). En la vejez, a diferencia de otras situaciones que son consideradas de vulnerabilidad, las personas son despojadas de la posibilidad de decidir por sí mismas a medida que su edad avanza (Huenchuan, 2018, p. 88).

III. La autonomía mirada desde la ética del cuidado

El principio de autonomía en el marco de la bioética nos obliga a considerar que todas las personas son, por principio y mientras no se

demuestre lo contrario, capaces de tomar decisiones respecto a la aceptación o el rechazo de todo aquello que afecte a su proyecto vital (Moya y Barbero, 2003, p. 181).

Se considera que la autonomía de una persona es respetada cuando se le reconoce el derecho a mantener puntos de vista, a hacer elecciones y a realizar acciones basadas en valores y creencias personales (Siurana, 2010, p. 123).

No obstante de lo lógico y totalmente razonables que nos parezca la aplicabilidad de las afirmaciones anteriores a todas las personas, en la realidad de la vida diaria se observa que la gran mayoría de las personas mayores en un mayor o menor grado se encuentran “más tuteladas que respetadas, más dirigidas que orientadas y más sometidas a los intereses de sus allegados que estimuladas por quienes los cuidan (Moya y

Barbero, 2003, p. 181), lo cual repercute en el bienestar emocional de la persona mayor. Enuncio algunos ejemplos encontrados en las actividades de formación y acompañamiento emocional en que participo:

Declaraciones de personas mayores:

- *“me caí y ahora mis hijas no me dejan salir, me siento muerta”*
- *“mi hijo dice que no puedo salir por la pandemia, me siento muy sola, tampoco entra a la casa porque dice que puede contagiarme”*
- *“diles a mis hijos que dejen de estar al pendiente de todo lo que hago”*
- *“mis hijos no me dejan tener novio, que ya no está bien a mi edad y me salgo a escondidas al mercado para verlo”*
- *“mis hijos dicen que es mejor que ya no salga y que ellos manejen los gastos de la casa”*

- *“mi hijo vendió el auto de mi esposo sin avisarme, dice que ya no lo necesito porque manejar es peligroso para mí”*
- *“no quiero usar el pañal y me obligan, mejor que me dejen sólo”*

De parte de los familiares o cuidadores:

- *“creo que mi papá ya tiene demencia y no entiende que ya no puede ir a trabajar”*
- *“mi papá quiere hacer todo él, no entiende que ya no puede, que ya está viejo”*
- *“explícale a mi papá que es peligroso que salga sólo”*
- *“es muy difícil cuidar a los padres mayores cuando no quieren ayuda”*
- *“Qué hacer cuando los padres envejecen y no escuchan razones”*
- *“Tenemos muchas discusiones con mi mamá ya le hemos dicho que no puede”*

hacer labores en la casa, pero es muy necia”

- *“Mi papá debe entender que no puede salir porque si se sale y se cae... él no considera lo que eso implica en tiempo y gastos para sus hijos”*
- *“Mi papá no me habla y está molesto conmigo porque lo acusé con el doctor sobre lo que come”*
- *“mi mamá cree que se puede seguir haciendo lo que ella diga”*
- *“tiene que usar el pañal, aunque no lo necesite porque es política de la institución”*

Además de estos ejemplos, todos podemos imaginar las visitas de las personas mayores a una consulta o servicio donde quien atiende se dirige a su acompañante como si éste fuera el intérprete designado de su voluntad.

Cabe precisar que en mucho de estos casos el otro busca evitarle molestias y preocupaciones a la persona mayor en atención a su “vejez” y/o fragilidad, y en otros casos evitárselas a sí mismo, pero no es posible hacer el bien a una persona sin respetar su autonomía. Cualquier persona adulta, incluyendo las mayores, se sentirán agredidas al verse privadas de la posibilidad de tomar decisiones y no sentirse respetadas.

Antes de caer en la tentación o necesidad de decirle a una persona mayor cómo hacer o decidir, en aras de cuidado, se debe considerar que ante todo es una persona adulta y que:

- El hecho de que la persona mayor pueda tener algunas capacidades disminuidas como baja audición, desplazamiento lento, tiempo de respuesta prolongado, dificultades de habla

o una más lenta comprensión de la información, no le incapacita para tomar decisiones sobre sus cuidados o su vida.

- Aun cuando la persona dependa de otra para realizar actividades de la vida diaria, eso no le incapacita para decidir.
- Una persona mayor tiene capacidad de tomar decisiones hasta que no se demuestre lo contrario, y siempre y cuando exista una valoración profesional que constate la ausencia de las habilidades cognitivas y afectivas, y aun así se debe tener en cuenta que una persona mayor puede no ser capaz de tomar una decisión arriesgada (un movimiento financiero, por ejemplo) pero sí para tomar una decisión sobre su higiene o

alimentación (Moya y Barbero, 2003, p. 183).

IV. El derecho humano a la autonomía

La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos de las personas mayores (CIPDPM, 2015), establece entre otros como derechos humanos de las personas mayores los siguientes:

Derecho a la independencia y a la autonomía (Artículo 7 CIPDPM)

“Derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

...

a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos.

b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta.

...”

Derecho a la libertad personal (Artículo 13 CISPDPM)

“La persona mayor tiene derecho a la libertad y seguridad personal, independientemente del ámbito en el que se desenvuelva.

Los Estados deben asegurar que la persona mayor disfrute del derecho a la libertad y seguridad personal y que la edad en ningún caso justifique la privación o restricción arbitrarias de su libertad.

...”

Derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal (Artículo 7 CIPDPM)

“La persona mayor tiene derecho a la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, así como su movilidad personal.

... asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de

condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso...”

La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos de las personas mayores, entró en vigor en enero de 2015, actualmente es el único estándar normativo en la esfera internacional de alcance regional para las personas mayores (Huenchuan, 2022, p.53).

En el caso de México la Ley de Derechos Humanos de las personas mayores que entró

en vigor en el 2002¹, considera entre sus principios enunciados en el artículo 4° los siguientes:

“

I. Autonomía y autorrealización.

Todas las acciones que se realicen en beneficio de las personas adultas mayores orientadas a fortalecer su independencia, su capacidad de decisión y su desarrollo personal y comunitario;

...

III. Equidad. Es el trato justo y proporcional en las condiciones de acceso y disfrute de los satisfactores necesarios para el bienestar de las personas adultas mayores, sin distinción por sexo, situación económica, identidad étnica, fenotipo,

¹ Ley de las personas mayores, México, fecha de publicación 15 de junio de 2002

credo, religión o cualquier otra circunstancia;

...

V. Atención preferente. Es aquella que obliga a las instituciones federales, estatales y municipales de gobierno, así como a los sectores social y privado a implementar programas acordes a las diferentes etapas, características y circunstancias de las personas adultas mayores, y

VI. Igualdad Sustantiva. Es el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

“

Podemos concluir que ante la Ley que el coartar la autonomía y toma de decisiones de una persona mayor es una violación a sus derechos humanos, al igual que el hecho de que no se proporcionen las condiciones

adecuadas para el ejercicio de este derecho: comunidades y ciudades amigables con la persona mayor, políticas públicas adecuadas, sensibilización de la población, atención preferente, enfoque diferencial en los servicios, entre otros.

V. Coartar la autonomía de la persona mayor: forma de maltrato

En 2013, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos realizó una consulta sobre la promoción y la protección de los derechos de las personas mayores en las que participaron gobiernos, instituciones nacionales de derechos humanos, académicas y organizaciones de la sociedad civil de 34 países miembros de las Naciones Unidas de todo el mundo, incluido México, en este estudio

se identificó al maltrato como uno de los principales problemas relacionado a las personas mayores (Huenchuan, 2018, p. 93).

La Organización Mundial de Salud atribuye el maltrato a las siguientes dimensiones: física, psicológico-emocional, financiero-material, sexual y finalmente la negligencia (rechazo intencional o no intencional o incumplimiento de una obligación de cuidado). La OMS y la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores definen el maltrato como la “acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza”¹.

² Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. 15 de junio de 2015.

Bajo esta definición, se puede establecer que el coartar la autonomía y toma de decisiones de una persona mayor y causarle con ello daño o aflicción en su integridad psíquica o física constituye una forma de maltrato.

Ahora bien, decirle a familiares o cuidadores que con su actitud pueden estar cometiendo algún tipo de maltrato, podría sorprenderlos e incluso ofenderlos, y es que antes de arremeter contra ellos se debe considerar que hay una fuerte carga de trabajo físico y emocional en el cuidado de una persona mayor, los familiares y cuidadores realizan esta actividad de la mejor forma posible bajo los pocos o suficientes conocimientos que pueden tener al respecto, sin contar necesariamente con una preparación

formal, por lo que culpar a los familiares sin valorar el esfuerzo que realizan ni aportarles preparación y apoyo técnico y emocional, supone estar quebrantando el principio de no maleficencia (Carles y Rivero, 2019, pp. 44-46).

Moya y Barbero (Moya y Berbero, 2003, pp. 177-185) consideran que hay dos razones que fundamentan el escaso interés de la sociedad sobre el maltrato a las personas mayores:

- 1) Gerontofobia pasiva, que refiere a lo ya expuesto respecto de que nuestra sociedad no valora los aspectos positivos de la vejez y explican que “cuando no valoramos algo como positivo, tampoco tenemos la conciencia (cognitiva) y sensibilidad (emocional) para percatarnos de que los derechos en esa realidad puedan estar siendo vulnerados”, es cuando se refiere que las personas mayores están

invisibilizadas detrás de estos estereotipos.

- 2) Dificultad para detectar y denunciar el maltrato, los autores argumentan que sólo se puede diagnosticar lo que se sabe posible, muchas de las acciones que constituyen maltrato, sobre todo en el ámbito emocional, son difíciles de identificar y muchas veces las personas mayores sienten culpa de hacer juicio o denunciar la actuación de aquel que lo cuida.

Por lo anterior, resultan necesarios estudios que apoyen a las personas mayores y a sus familiares a encontrar puntos de convivencia e integración en los que sus derechos sean respetados y prevalezca el procurar el bienestar y el entendimiento entre los involucrados, no debemos perder de vista que el cuidado de las personas mayores es una responsabilidad de la sociedad y no sólo de la

familia, por lo que como sociedad debemos generar apoyos para todas las dimensiones incluida las que apoyen generar entornos familiares y comunitarios sanos.

No se puede reducir al maltrato o en específico a la privación de la autonomía a un tema de dinámica familiar, porque es un problema que atañe a la sociedad y al estado, por ser este último el responsable de crear y salvaguardar la existencia de espacios amigables hacia las personas mayores, que den confianza a mayores, familiares y cuidadores del tránsito del mayor por los espacios públicos, hospitales, parques, mercados, centros de servicio en general, por mencionar algunos; no debe ser la persona mayor quien debe aceptar y resignarse a que ya no puede hacer todo porque se pone en peligro y de lastimarse causa “inconvenientes”, es la sociedad la que debe cambiar y

adecuarse para asegurar los derechos de las personas hasta el final de sus vidas.

Asimismo, como integrantes de la sociedad debemos revisar nuestras actitudes hacia los mayores, la vejez y el envejecimiento; ¿qué principios y valores nos guían?, ¿podemos bajar el ritmo de nuestra vida para integrar a la persona mayor, para normalizar su tránsito en todas las esferas de la vida y con ello preparar el camino hacia la propia vejez?

La ONU en su plan para la Década del Envejecimiento Saludable (2021 – 2030) invita a la sociedad al cumplimiento de estos dos objetivos, entre otros:

- 1) Cambiar la forma en que pensamos, sentimos y actuamos hacia la edad y el envejecimiento.
- 2) Fomentar las capacidades de las personas mayores: a) satisfacer las

necesidades básicas, b) de movimiento, c) de establecer y mantener relaciones, d) de aprender, creer y tomar decisiones, y e) de contribuir a la sociedad.

El logro de estos objetivos se puede ver fortalecido u obstaculizado en razón de la creación de espacios y comunidades que promuevan y respeten la autonomía de la persona mayor. Para crear estos espacios seguros se debe proporcionar información y promover colaboraciones interdisciplinarias.

VI. Conclusiones

- La autonomía es un derecho humano reconocido en instrumentos internacionales y leyes federales que tienen por objetivo la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

- Los estereotipos negativos sobre la vejez y el envejecimiento que conllevan a que la población en general considere a las personas mayores como frágiles, vulneradas y sin capacidad de decisión, deriva en acciones y actitudes por parte de sus familiares, cuidadores, profesionales de servicios y la sociedad en general, que vulneran sus derechos, entre ellos, el derecho a tomar decisiones sobre su salud y actividades de su vida diaria.
- Si bien las capacidades de las personas mayores se pueden ver disminuidas, ello no se traduce en que pierdan su capacidad para tomar decisiones sobre su salud o su propia vida. Aun cuando algunas personas mayores presentaran diferentes grados de dependencia para realizar actividades cotidianas, estas no los incapacita para tomar decisiones o ejercer su autonomía.

- Una persona mayor tiene capacidad de tomar decisiones y de ejercer su autonomía hasta que no se demuestre lo contrario, y siempre y cuando exista una valoración profesional que constate la ausencia de las habilidades para ello.
- Coartar la autonomía y no respetar las decisiones de las personas mayores constituye un tipo de maltrato, en razón de que vulnera un derecho protegido por la ley y porque genera un daño emocional concurrente en la persona mayor.
- Familiares, cuidadores y profesionales que manejan servicios para las personas mayores pueden por desconocimiento, falta de preparación y/o cansancio (por las cargas que implica el cuidado), caer en actitudes de maltrato hacia la persona mayor, por lo que se requieren de acciones de sensibilización, apoyo estructural y

emocional a quienes interactúan con ellos.

- El no respeto a la autonomía de las personas mayores no puede sólo tratarse como un problema de dinámica familiar. La sociedad y en especial el Estado deben tomar acciones y responsabilizarse para que existan las condiciones sociales y estructurales para que las personas mayores puedan ejercer sus derechos hasta el final de su vida.

Por supuesto lo anterior, requiere disposición de profesionistas, cuidadores y familiares para poder llevarse a cabo. La persona mayor debe percibir esa disposición, de lo contrario la condenamos a aislarse y a no poder integrarse, y por supuesto a no poder ejercer sus derechos como el resto. Al disminuirlos en su decisión, los disminuimos en su capacidad de conectarse con la vida y la

sociedad, porque vulneramos su psique, su valor y su presencia como personas.

Una persona mayor que se siente escuchada, respaldada y apoyada tendrá más oportunidades de una vejez digna, que lo impulse en sus capacidades de autocuidado.

Bibliografía

- Anaya Huerta, A. (2020) “Reporte sobre la magistratura del Mundo”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Año XVII, no. 3773, pp. 6-7. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/reporte_magistratura_mundo/documento/2020-08/12%20DE%20AGOSTO%20DE%202020.pdf [Consultado 04-10-22]
- Carles Rovira, J. y Rivero, A. (2019). “Envejecimiento, dependencia y cuidados informales”, España: Fundación IL3 Universidad de Barcelona
- CEPAL. (2015) “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilateral_es_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp [Consultado 04-10-22]
- Dabove, M. I. (2020) “Derecho a la vejez en tiempos de pandemia”, *Revista de la Facultad de Derecho*, (49) jul-dic, 2020, p.6. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.22187/rfd2020n49a10> [Consultado 04-10-22]
- Domínguez, D. *et al.* (2019) “Envejecer en la CDMX: perspectivas y retos.”, en Flores Julia (coord.) *Inventario de la Ciudad de México: presente y futuro de su gente*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t.II, pp. 238-243. Disponible en: <https://inventariocdmx.juridicas.unam.mx/sites/all/t>

hemes/base/Tomo_II/html5forpc.html?page=0

[Consultado 04-10-22]

Huenchuan, S. (ed.), (018). “*Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos, Libros de la CEPAL*”, N° 154 (LC/PUB.2018/24-P), Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44369/1/S1800629_es.pdf [Consultado 04-10-22]

Huenchuan, Sandra (ed). (2022). “*Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores*”, Costa Rica: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores (cepal.org)

Moya, A. y Barbero, J. (2008) “Malos tratos en personas mayores: marco ético”. *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, Volumen 38, Número 3, pp. 177 -185. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-geriatria-gerontologia-124-articulo-malos-tratos-personas-mayores-marco-S0211139X03748793> [Consultado 04-10-22]

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2020). *Comunicado de la nueva enfermedad por el coronavirus 2019 (COVID-19)*: Disponible en: <https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia> [Consultado 04-10-22]

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2021). “*Década del Envejecimiento Saludable. Informe de*

Referencia. Resumen”. Disponible en: 9789240039759-spa.pdf (who.int) [Consultado 04-10-22]

Secretaría de Gobernación México (SEGOB). (2019) *Comunicado 2020-019*, Disponible en: <https://www.gob.mx/segob/prensa/discriminatorio-limitar-acceso-a-personas-con-necesidades-particulares-a-supermercados-y-establecimientos-de-alimentos-y-productos?idiom=es-MX> [Consultado 04-10-22]

Siurana Aparisi, J. C. (2010). “Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural”. *Revista Veritas*, (22). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732010000100006> [Consultado 04-10-22]

Directorio:

Dr. Marco Antonio Tinoco Álvarez
Presidente

Dra. Sonia Zavala López
Lic. Carlos Eduardo Rangel Otero
Lic. Brenda Ilayali Navarrete Vásquez
Lic. Juan Rivera Sánchez
Consejo Ciudadano

M. en D. Ángel Botello Ortíz
Secretario Ejecutivo

Dra. Irma Nora Valencia Vargas
Secretaría Técnica

Lic. Magda Lilia Renero Sifuentes
*Coordinación de Estudios,
Capacitación y Divulgación*

Lic. María Teresa Cardona Ramírez
Unidad de Comunicación Social

**Derechos Humanos en
Perspectiva**

SE TERMINO DE IMPRIMIR
EN OCTUBRE DEL 2022
EN LOS TALLERES DE
IMPRESA LINARES
EL TIRAJE ES DE 10
EJEMPLARES.