

# REVISTA INTERNACIONAL & COMPARADA DE DERECHOS HUMANOS

La problemática definición del acceso a Internet  
y sus repercusiones sobre exclusiones sociales y  
discriminaciones potenciales

*Paolo Passaglia*

La paridad de género en el acceso a los cargos  
electivos en Italia

*Elisabetta Catelani*

Envejecimiento y derechos humanos:  
avances en el sistema interamericano de protección

*Haideer Miranda Bonilla*

La discriminación detrás de las esterilizaciones  
no consentidas contra mujeres y niñas con  
discapacidad en México

*María Fernanda Téllez Girón García*



I | D | H  
ACADEMIA  
INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA DE DERECHOS HUMANOS, Año 2021, Vol. 4, Núm. 2, Julio-Diciembre 2021; pp. 372; 24cm; Semestral.

I. ARTÍCULOS DOCTRINALES, II. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES, III. RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS.



I | D | H  
ACADEMIA  
INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA DE DERECHOS HUMANOS, Año 5, Núm. 1, Enero-Junio 2022, es una revista semestral editada por la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Carretera 57 km. 13. Ciudad Universitaria. Arteaga, Coahuila. Tel: +52 (844) 4 11 14 29, <https://www.academiaidh.org.mx/revista-icdh>, [revista.icdh@academiaidh.org.mx](mailto:revista.icdh@academiaidh.org.mx). Editor responsable: Irene Spigno.

Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2022-011415483600-102, ISSN: EN TRÁMITE, No. de radicado: 00006811, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representan en forma alguna la opinión institucional de la Academia Interamericana de Derechos Humanos.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron al cuidado del Centro de Estudios Constitucionales Comparado de la Academia IDH.

Esta obra está sujeta a la licencia Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons.

Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>.



**REVISTA INTERNACIONAL & COMPARADA**  
— DE **DERECHOS HUMANOS** —

REVISTA INTERNACIONAL Y COMPARADA  
DE DERECHOS HUMANOS

INTERNATIONAL AND COMPARATIVE  
JOURNAL OF HUMAN RIGHTS

**Directorio / Directory**

**Luis Efrén Ríos Vega**

**Irene Spigno**

Dirección

Direction

**Irene Spigno**

Editora en jefe

Editor in Chief

**María Gpe. Imormino De Haro**

**Juan Francisco Reyes**

Coordinación editorial

Editorial Coordination

**Sandra Elizabeth Martínez Torres**

Diseño editorial y maquetación

Editorial Design & Layout

**Ana Daniela García Hernández**

Diseño de portada

Cover Design

**Vol. IV Núm. II**

**Silvia Romboli**

Editor científico

Scientific Editor

**Víctor Manuel Vera García**

Coordinación

Coordination

**Juan Antonio Corral Reséndiz**

**Santiago Daniel Sánchez Juárez**

Formateo de textos

Text Formatting

Contacto / Contact:

revista.icdh@academiaidh.org.mx

<https://www.academiaidh.org.mx/revista-icdh>

### **Consejo editorial**

---

Jaime Fernando Cárdenas Gracia, Eleonora Ceccherini, José Ramón Cossío Díaz, Sergio Díaz Rendón, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tania Groppi, Marco Olivetti, José de Jesús Orozco, Ilenia Ruggiu, Irene Sobrino Guijarro.

### **Comité evaluador**

---

Agata Serranò	Vanessa Monterroza
Carmen Montesinos Padilla	Gianluca Famiglietti
Germán M. Teruel Lozano	Óscar Javier Apáez Pineda
Roberto Romboli	Gisela Garcia Garza
María Ruíz Dorado	María E. Franco Martín Del Campo
Mario Matarrita Arroyo	Fabiola Martínez Ramírez

### **Equipo editorial**

---

María Guadalupe Imormino de Haro  
Juan Francisco Reyes Robledo  
Carlos E. Zamora Valadez



## **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

- 13 | **La problemática definición del acceso a Internet y sus repercusiones sobre exclusiones sociales y discriminaciones potenciales.**  
*Paolo Passaglia*
- 45 | **Los derechos de igualdad y no discriminación en los Estatutos de las Comunidades Autónomas de España.**  
*Antonio Pérez Miras*
- 93 | **Envejecimiento y derechos humanos: avances en el Sistema Interamericano de Protección.**  
*Haideer Miranda Bonilla*
- 119 | **La discriminación por razón de discapacidad por denegación de ajustes razonables: valoraciones al hilo de un caso concreto (sentencia Trib. Const. núm. 51/2021) y más allá.**  
*Fernando Pérez Domínguez*
- 159 | **La discriminación detrás de las esterilizaciones no consentidas contra mujeres y niñas con discapacidad en México.**  
*María Fernanda Téllez Girón García*

- 203 | **El derecho a la igualdad y no discriminación de la población autóctona en México.**  
*Laura Sabljak*  
*Roxana Paola Miranda Torres*
- 249 | **Educación inclusiva y alfabetización digital pedagógica en la realidad educativa brasileña.**  
*Gilson de Oliveira Cardoso*  
*Adilson Cristiano Habowski*

## **COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES**

- 299 | **La paridad de género en el acceso a los cargos electivos en Italia. Una reflexión para la celebración de los 60 años de la Sentencia núm. 33/1960 de la Corte Constitucional italiana.**  
*Elisabetta Catelani*
- 309 | **Transfeminicidio: La sentencia de *Vicky Hernández y otras vs. Honduras* ante la Corte IDH [2021].**  
*Natalia Montserrat Del Bosque Ortiz*  
*Andrés Apolinar Valdés Soto*
- 319 | **El “fiasco” del Tribunal Constitucional español perdiendo la oportunidad de introducir la perspectiva de género en materia de permisos por nacimiento y cuidado de menores: la STC 111/2018, de 17 de octubre.**  
*María Ruiz Dorado*

331 | **Problematización sobre las barreras del  
esquema de Seguridad Social para las personas  
con discapacidad en México.**

*Marina Guadalupe Sol Juraz*

345 | **La vulnerabilidad en movimiento.**

*Ester Serra Mingot*

### **RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

365 | **Ríos Vega, Luis Efrén; Spigno, Irene (Compiladores),  
Reyes Robledo, Juan Francisco (Editor), *Derechos  
Humanos Siglo 21. Compilación de artículos de opinión  
[2018-2020]*, México, Academia Interamericana de  
Derechos Humanos y Vanguardia, 2021.**

*Juan Francisco Reyes Robledo*





# **ARTÍCULOS DOCTRINALES**



La presente sección conforma el apartado distintivo de esta revista. Contiene los artículos doctrinales académicamente consistentes que constituyen los temas prioritarios y específicos de la publicación, y cuyo enfoque es el relevante para la misma en términos generales: Derecho de acceso a la información, libertad de opinión y expresión.

Para ser susceptibles a su publicación en la presente sección, los textos enviados son evaluados previamente con la finalidad de verificar que se encuentran en el área de interés del volumen respectivo, acorde a la convocatoria publicada con anterioridad. Posteriormente, dichos textos son sometidos a su revisión anónima por pares conforme a estrictos estándares académicos definidos por las y los editores de la publicación, quienes determinan su publicación definitiva.

---

## La problemática definición del acceso a Internet y sus repercusiones sobre exclusiones sociales y discriminaciones potenciales

*The problematic definition of Internet access and its  
repercussions on social exclusions and potential discriminatioans*

---

**PAOLO PASSAGLIA**

*Università di Pisa*

ORCID: 0000-0002-5298-2996

*Fecha de recepción: 22 de julio de 2021*

*Fecha de aceptación: 14 de diciembre de 2021*

Sumario: I. Prologo. II. El acceso a *Internet* y la Constitución. III. La calificación del acceso a *Internet*: una revisión jurisprudencial. 1. Estados Unidos. 2. Italia. 3. Francia. 4. Costa Rica. 5. Naciones Unidas. 6. Consejo de Europa. 7. Alemania. 8. India. 9. Comunidad Económica de los Estados de África Occidental. Unión Europea. IV. Algunas consideraciones finales.

RESUMEN: El artículo presenta una selección de decisiones y resoluciones de las que se desprende la dificultad de identificar una definición generalmente válida de acceso a Internet. De hecho, en los textos constitucionales y en la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema, el acceso a Internet se define de diferentes formas, en función de la calificación que se le dé a Internet (considerado en ocasiones como un medio de comunicación simple, aunque completamente nuevo, en otras veces concebida como una dimensión en la que la persona se expresa y forma) y de las obligaciones que recaen sobre los poderes públicos para garantizar el acceso al mismo, entendido a veces como una simple libertad, otras como un derecho social.

ABSTRACT: The article presents a selection of decisions and resolutions from which it becomes clear that it is difficult to identify a generally

valid definition of Internet access. In fact, in constitutional texts and in the jurisprudence of the Constitutional and Supreme Courts, Internet access is defined in different ways, depending on the qualification given to the Internet (sometimes considered as a simple but completely new communication medium, at other times conceived as a dimension in which the individual expresses and forms himself) and on the obligations incumbent on the public authorities to guarantee access to it, sometimes understood as a simple freedom, sometimes as a social right.

**PALABRAS CLAVE:** *Acceso a Internet, Definición, Tribunales constitucionales y supremos, Libertad, Derecho social.*

**KEYWORDS:** *Internet access, Definition, Constitutional and supreme courts, Freedom, Social right.*

## I. PRÓLOGO

El desarrollo tecnológico de los últimos años ha cambiado nuestras sociedades de forma tan profunda que la posición social de una persona también se define (y no de forma insignificante) por las posibilidades que tiene de acceder a las nuevas tecnologías y las habilidades que tiene para utilizarlas. Esta observación nos lleva a pensar que un aspecto de una sociedad inclusiva y libre de discriminación que debe abordarse es el acceso a las nuevas tecnologías.

Ahora bien, identificar las tecnologías que se utilizan a diario es una operación muy compleja, que además se presta a diferentes interpretaciones sobre lo que es realmente tecnológico o no. Para superar estas dificultades, y teniendo en cuenta que las tecnologías requieren, al menos en su gran mayoría, el uso de *Internet*, quizá sea posible centrar la atención precisamente en el acceso a *Internet*, para que éste sea un elemento que pueda definir de forma aproximada, pero bastante fiable, el grado de uso que las personas hacen de las tecnologías.

Una vez identificado el elemento sobre el cual concentrarse, no se puede decir que se hayan superado las dificultades. Por el contrario, el propio concepto de acceso a *Internet* no es nada fácil de definir, entre otras cosas porque, según la definición que se dé, se abren perspectivas que pueden variar considerablemente, incluyendo (y quizás, sobre todo) la cuestión de la exclusión y la discriminación.

## II. EL ACCESO A *INTERNET* Y LA CONSTITUCIÓN

En distintas latitudes, en la doctrina jurídica se ha consolidado, con el paso de los años, la idea de que el acceso a *Internet* constituye un atributo de la persona que el derecho es llamado a garantizar con fuerza<sup>1</sup>. Esta afirmación, que ya hace un par de años sonaba casi evidente (en los términos y con los límites que se comentarán a continuación), parece hoy completamente obvia: el papel que ha jugado *Internet* durante la pandemia, especialmente en sus fases más agudas, ha sido demasiado esencial al grado de que se pro-

<sup>1</sup> La bibliografía sobre este tema es muy extensa. Para limitarnos a los escritos más recientes, véase., en inglés, B. Çalı, *The Case for the Right to Meaningful Access to the Internet as a Human Right in International Law*, en A. Von Arnould – K. Von der Decken – M. Susi (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 276 ss.; O. Pollicino, *The Right To Internet Access*, *ibi*, 263 ss.; M. Reglitz, *The Human Right to Free Internet Access*, en *Journal of Applied Philosophy*, 2020, 314 ss.; A. Archer – N. Wildman, *Internet Access as an Essential Social Good*, en E. Aarts – H. Fleuren – M. Sitskoorn – T. Wilthagen (eds.), *The New Common*, Cham, Springer, 2021, 29 ss. En cuanto a la doctrina italiana, por último, el interminable interés por el tema se expresa en el fascículo n. 1 del 2021 de la revista *Medialaws*, que dedica a “Il diritto di accesso a Internet” una sección monográfica editada por G. d’Ippolito, con escritos de G. De Minico (*Fundamental rights, European digital regulation and algorithmic challenge*, 9 ss.), P. Tanzarella (*L’accesso a Internet è fondamentale, ma è davvero un diritto (fondamentale)?*, 39 ss.), M.R. Allegri (*Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, 57 ss.), G. d’Ippolito (*Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, 81 ss.), A.M. Gambino – R. Giarda (*L’accesso ad Internet come diritto*, 103 ss.), E. Battelli (*Il contratto di accesso ad Internet*, 129 ss.), S. da Empoli (*Un approccio economico al diritto di accesso a Internet: verso una revisione del servizio universale*, 158 ss.).

ponga un redimensionamiento de la importancia, incluso desde el punto de vista jurídico, del acceso a la red.

Como observación preliminar, cabe señalar que, por paradójico que parezca, el reconocimiento general del acceso a *Internet* como elemento esencial y complemento indispensable de la existencia de muchos derechos, se confirma de forma limitada cuando se procede a un análisis comparativo centrado en las fuentes que son, por antonomasia, por tradición y por estructura, las encargadas de afirmar o constatar la existencia de los derechos: son, en efecto, muy pocas las constituciones que toman explícitamente una posición respecto al acceso a *Internet*, mientras que en las convenciones internacionales –incluidas las que se centran en la protección de los derechos– no se encuentran referencias explícitas al tema.

La siguiente lista no pretende ser exhaustiva, pero sí bastante indicativa: en el panorama comparativo, se suelen señalar cuatro constituciones que contienen una mención explícita al acceso a *Internet* o, al menos, a las nuevas tecnologías. El número es ciertamente muy bajo, comparado con el número total de constituciones<sup>2</sup>, para dar una idea de la marginalidad de los casos; aunque son pocos, los ejemplos están lejos de carecer de interés.

Liderando el camino de la constitucionalización del acceso a *Internet* se encuentra la reforma a la Constitución de Portugal de 1997, que en el artículo 35, en el marco del reglamento de la utilización de herramientas informáticas, introdujo en el apartado 6 el principio por el cual “[a] todos les es garantizado el libre acceso a las redes informáticas de uso público”; se remitió a la ley la tarea de definir “el régimen aplicable a los flujos de datos transfronterizos y las formas adecuadas de protección de los datos personales y de otro tipo cuya protección está justificada por razones de interés nacional”.

---

<sup>2</sup> Esto se refiere únicamente a las constituciones como fuentes supremas de un ordenamiento soberano: las constituciones de los Estados miembros de las federaciones, por ejemplo, no se han tenido en cuenta.

Otro texto que cabe mencionar es aquel del artículo 5A de la Constitución griega, introducido en el 2005, que, al sancionar el derecho a la información, establece en su apartado 2 que “cada uno tiene el derecho de participar en las sociedad de la información”, destacando que el Estado tiene “la obligación de facilitar el acceso a la información que circula en forma electrónica, así como la producción, el intercambio y la difusión de esta información”, obviamente dentro de los límites establecidos en atención a derechos contrapuestos (como, por ejemplo, el secreto de la correspondencia).

Con respecto al continente americano, la Constitución del Ecuador, del 2008, en el artículo 16, reconoció expresamente el derecho de cualquiera “al acceso universal a las tecnologías de la información y de la comunicación” (n. 2), como corolario conceptual del derecho a una comunicación libre, mediante cualquier instrumento (n. 1).

Finalmente, en 2013 se reformó la Constitución mexicana, estableciendo en el segundo párrafo del artículo 6 el principio según el cual “[t]oda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”; en el tercer párrafo del mismo artículo, se subraya que el Estado tiene la obligación de garantizar “el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e *Internet*”.

A estos cuatro países podría sumarse pronto Perú, en atención a que el 11 de marzo pasado el Congreso aprobó una reforma que introduce en el artículo 14 una disposición en los términos de la cual “[e]l Estado garantiza el derecho de acceso a *Internet*”, especificando que “en los entes, en las instituciones y en los espacios públicos, el acceso es gratuito”; también se prevé que el Estado esté llamado a promover “el desarrollo científico y tecnológico del país, mediante la formación en tecnologías de la información y la co-

municación, especialmente en el sector educativo y en las zonas rurales del país”. Sin embargo, el texto aún no está en vigor ya que tendrá que ser votado por segunda vez en la próxima legislatura para ser aprobado definitivamente<sup>3</sup>.

Aunque escasas, estas referencias ya ofrecen algunos elementos interesantes sobre los cuales reflexionar. En primer lugar, la regulación de la colocación del acceso a *Internet* (o a las nuevas tecnologías, cómo se expresan los textos más antiguos) oscila entre el ámbito de la comunicación y el de la informática: en el primer sentido, el acceso al *Internet* resulta ser un componente –siempre más importante– de la libertad de expresión y de información (así como el lado negativo del derecho a ser informado), mientras que en el segundo el acceso a *Internet* se configura como una expresión de un derecho general de acceso a las nuevas tecnologías, de las cuales se reconoce la creciente centralidad para la vida social.

La ambigüedad que se desprende de esta alternativa se refleja en el debate italiano, en el que desde hace más de una década se suceden las propuestas de inclusión del acceso a *Internet* en la Constitución. Dejando a un lado las dudas que suscita dicha inserción, lo que interesa aquí es que las principales propuestas oscilan entre la introducción de un artículo 21-bis y la de un artículo 34-*bis*. Esto no es, por supuesto, una cuestión de mero *drafting*: prever el acceso a *Internet* en un hipotético artículo 21-bis significaría situarlo en la órbita de la comunicación y la libertad de expresión,

---

<sup>3</sup> Sin embargo, el caso de Perú, junto con los de Ecuador y México, demuestran hasta qué punto las autoridades públicas de América Central y del Sur están empeñadas en poner *Internet* a disposición de una proporción cada vez mayor de los miembros de las sociedades que administran. Sobre este tema, véase. O. Robles Garay, *Los desafíos del acceso a Internet*, en L. Belli – O. Cavalli (coord.), *Gobernanza y regulaciones de Internet en América Latina*, Rio de Janeiro, FGV Direito Rio, 2018 «<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24464>», 105 ss.; P. Bello – A. Sastre, *Re-pensar las políticas públicas para el cierre de la brecha digital en América Latina*, *ibi*, 245 ss.; C. Steck, *Un nuevo modelo para aumentar la infraestructura de acceso y uso de Internet para una sociedad digital e inclusiva*, *ibi*, 265 ss.

mientras que en el artículo 34-bis, se declinaría el acceso a *Internet* al cierre del título sobre las relaciones éticas-sociales, inmediatamente después del artículo sobre el derecho a la educación. No se pueden pasar por alto las profundas implicaciones de la alternativa: un artículo 21-bis llevaría a configurar el acceso a *Internet* ante todo como una libertad, mientras que un artículo 34-bis ofrecería un terreno favorable para la codificación del acceso a *Internet* como un derecho social<sup>4</sup>.

Si el análisis de la experiencia italiana no permite, por supuesto, resolver la alternativa, dado el nivel puramente teórico en el que se ha desarrollado, y si las constituciones mencionadas no ofrecen una solución unitaria, la investigación destinada a (intentar) definir el acceso a *Internet* debe necesariamente explorar otros terrenos.

A primera vista, uno podría pensar en simplemente «bajar» en la jerarquía de las fuentes para rastrear en la legislación (o en actos normativos asimilables) alguna indicación. Esta opción, sin embargo, resulta muy ineficaz, porque difícilmente en una ley se dan indicaciones que puedan tener una relevancia teórica para los fines de la calificación de un derecho: por lo general, se aportan elementos que perfilan su situación, en términos de protección, de límites y/o de equilibrio con otros derechos; por el resto, es el intérprete quien debe deducir los supuestos no expresados a partir de estas indicaciones –a veces claro, pero muy a menudo no– para llegar a una definición del derecho. La cuestión es, sin embargo, que en

---

<sup>4</sup> La inclusión de un “derecho de acceso” a *Internet* en la Consititución ha desencadenado un debate doctrinal muy articulado, que se ha desarrollado a partir de las propuestas de S. Rodotà (*Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 337 ss.), inmediatamente retomadas y analizadas en varios escritos en M. Pietrangelo (editor), *Il diritto di accesso ad Internet*, Actas de la mesa redonda celebrada en el marco del IGF Italia 2010 (Roma, 30 noviembre 2010), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. El debate (incluido el doctrinal) sobre la propuesta de modificación de la Constitución fue reconstruido recientemente con gran eficacia por M.R. Allegri, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, cit., y por G. d’Ippolito, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, cit.

esta deducción los márgenes de arbitrariedad pueden ser muy elevados, no sólo porque las disposiciones legislativas, como se ha dicho, pueden no ser tan reveladoras, sino también porque lo que se deduce de la ley debería en todo caso ajustarse a las disposiciones constitucionales: El estudioso tendría que identificar la disposición o disposiciones que el legislador pretendía aplicar y luego interpretarlas. En definitiva, se trataría de dos operaciones que no son fáciles de realizar, en muchos casos<sup>5</sup>.

Por otro lado, si el ejercicio que se requiere es derivar el contenido no expresado de las disposiciones constitucionales, es mucho más fácil –además de ser mucho más eficaz– el remitirse a la jurisprudencia de los más acreditados intérpretes de la constitución.

### III. LA CALIFICACIÓN DEL ACCESO A INTERNET: UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

Un reconocimiento –que puede describirse como “aéreo”, en vista de su superficialidad– de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y/o supremos confirma con bastante claridad la sensación de que es muy difícil encontrar pautas uniformes, o al menos no demasiado diferenciadas, en la calificación jurídica del acceso a *Internet*.

---

<sup>5</sup> Apenas, se pueden encontrar normas subconstitucionales que se estructuran como la *Lei* n. 12965/2014 (*Lei do Marco Civil da Internet*) promulgada por la Presidente de Brasil el 23 abril 2014, una ley que pretende ofrecer un marco global de derechos en la red, sin olvidar, por supuesto, el derecho de acceso (en particular, el art. 4, tras establecer el derecho de todos a acceder al *Internet*, se destacan los objetivos de promover el acceso a la información, el conocimiento y la participación en la vida cultural y en la gestión de los asuntos públicos, la innovación y difusión de nuevas tecnologías, la adopción de tecnologías *open* que permitan la comunicación, la accesibilidad, y la interacción entre bancos de datos y aplicaciones). Para un análisis en profundidad de la legislación brasileña, véase, C.A. Souza –M. Viola– R. Lemos (eds.), *Brazil's Internet Bill of Rights: A Closer Look*, 2nd edition, Rio de Janeiro, Institute for Technology and Society of Rio de Janeiro, 2017 «[https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/02/v5\\_com-cap\\_a\\_pages\\_miolo\\_Brazil-Internet-Bill-of-Rights-A-closer-Look.pdf](https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/02/v5_com-cap_a_pages_miolo_Brazil-Internet-Bill-of-Rights-A-closer-Look.pdf)».

Un análisis preciso de las decisiones dictadas debería, probablemente, partir del contexto en el que fueron dictadas y, en particular, de los hechos que llevaron a un determinado tribunal a pronunciarse: por ejemplo, es evidente que si en el recurso se invoca la violación de un determinado artículo de la Constitución, cabe suponer que el tribunal ante el que se presentó el caso puede verse abocado a vincular el acceso a *Internet* con dicho artículo, y nada excluye que, si el caso de origen del asunto y el artículo que se considera violado fueran diferentes, la respuesta del tribunal también habría sido distinta.

Dada la forma en que, en teoría, se debe proceder para garantizar el carácter científico del análisis, la necesidad de no dispersar el argumento en demasiadas digresiones impone centrar la atención únicamente en la posición adoptada por los tribunales, sin tener en cuenta, por lo tanto, el contexto que puede haber influido en ellos: por otra parte, es evidente que las afirmaciones realizadas, especialmente si no han sido desmentidas posteriormente y tal vez incluso han sido confirmadas, no pueden dejar de tener una importancia absolutamente central para los fines de esta investigación.

El número de decisiones que hay que analizar es realmente elevado. Por lo tanto, es necesario realizar una selección, aunque la lista será menos exigua que la elaborada para las disposiciones constitucionales, ya que incluirá sentencias (o resoluciones) de una docena de ordenamientos jurídicos. El orden de presentación será esencialmente cronológico.

### 1. Estados Unidos

Cualquier revisión de la jurisprudencia sobre el tema de esta contribución no puede sino partir del ordenamiento jurídico estadounidense y, en particular, de la sentencia del caso *Reno vs. American Civil Liberties Union*, de 1997<sup>6</sup>, que representa la primera

---

<sup>6</sup> *Reno vs. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), comentada por S.C. Jacques, *Reno vs. ACLU: Insulating the Internet, the First Amendment, and the Marketplace of Ideas*, in *American University Law Review*, vol. 46, n.

intervención de la Corte Suprema en relación con los contenidos en *Internet*. En el caso se declaró la inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones del *Communication Decency Act* de 1996, ya que entraba en conflicto con la *freedom of speech* consagrada en la Primera Enmienda. Además del contenido de la ley, que estaba claramente relacionado con la censura, lo más importante en este caso eran las consideraciones hechas con respecto a *Internet*, el cual fue definido como “un medio de comunicación entre los hombres de todo el mundo único y completamente nuevo”, al que “las personas pueden tener acceso a [...] muchas fuentes diferentes”. Y, “cualquier persona que tenga acceso a *Internet* puede beneficiarse de una gran variedad de métodos de comunicación y recuperación de información”: “todos estos métodos pueden utilizarse para transmitir textos; muchos pueden transmitir sonido, fotos y vídeos”; “en su conjunto, estos instrumentos constituyen un único medio – conocido por sus usuarios como ‘ciberespacio’ – sin una ubicación geográfica concreta, pero utilizable por cualquier persona, en cualquier parte del mundo”.

En estas anotaciones que registraban una evolución que entonces acababa de alcanzar sus primeros hitos significativos, ya se puede captar un elemento fundamental de las cuestiones jurídicas derivadas del *Internet*, y su reingreso –indiscutiblemente– en el *genus* de los medios de comunicación, identificando, sin embargo, al mismo tiempo una especie totalmente nueva, pues como ya era evidente entonces el *Internet* no podría equipararse a ningún otro medio de comunicación existente.

La idea de que *Internet* es, ante todo, un medio de comunicación y que, en consecuencia, es un medio (cada vez más insustituible) para ejercer la libertad de expresión se encuentra, unos veinte años

---

6 (August 1997), 1945 ss.; D.K. Djavaherian, *Reno vs. ACLU*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 13, n. 1, 1998, 371 ss. Como prueba de la gran importancia, también desde el punto de vista comparativo, de la decisión, cabe mencionar, entre otros, el comentario de T.E. Frosini, *Access to internet as a Fundamental Right*, in *Italian Journal of Public Law*, 2013, 226 ss.

después, claramente expresada en la sentencia *Packingham vs. North Carolina*, del 2017<sup>7</sup>, la cual tuvo por objeto la previsión, por parte del legislador de Carolina del Norte, de un delito consistente en que una persona inscrita en el registro de delincuentes sexuales tuviera acceso a un “*commercial social networking Web site*”, cuando el delincuente sexual era consciente de que el sitio permitía a los menores convertirse en miembros de la comunidad o crear o mantener páginas personales en el sitio.

Las motivaciones iniciales de las decisiones son extremadamente significativas, en la medida en que subrayan lo central que es, para la correcta aplicación de la Primera Enmienda, que “cualquier persona tenga acceso a lugares en los que pueda hablar y escuchar, y luego, tras la reflexión, volver a hablar y escuchar”. E incluso aún más significativo es que, inmediatamente después, se señale que, mientras que en el pasado podía haber dudas sobre qué lugar era el más importante en este sentido, hoy no puede haberlas: “son el ciberespacio [...] y los *social media* en particular”, teniendo en cuenta que “siete de cada diez adultos estadounidenses utilizan al menos un servicio de *social network*”.

A partir de esta observación, el juez Kennedy, redactor de la *Opinion of the Court*, aprovechó para precisar el impacto que la *social media* tiene en la vida de todos. En este sentido, el abanico de actividades que se pueden realizar es tan amplio como, el impacto de la web y las redes sociales es tan profundo que “todavía no podemos evaluar todas las [sus] dimensiones y el [su] gran potencial para alterar como pensamos, como nos expresamos, y definir quien queremos ser”. En esencia, “[l]a fuerza y la dirección del *Internet* son tan nuevas, tan proteiformes y de alcance tan am-

<sup>7</sup> *Packingham vs. North Carolina*, 582 U. S. \_\_\_\_ (2017), No. 15-1194, comentada por M. Burnette-McGrath, *Packingham vs. North Carolina*, in *Ohio Northern University Law Review*, vol. 44, n. 1, art. 6. La relación entre la decisión de 2017 y la decisión sobre el caso *Reno vs. ACLU* es bien destacada por S. Sharoni, *Reno at 20: The Packingham Decision and the Supreme Court on Online Speech*, in *The National Law Review*, July 6, 2017 «<https://www.natlawreview.com/article/reno-20-packingham-decision-and-supreme-court-online-speech>».

plio” que imponen una cautela y un enfoque relativista máximos a la hora de definir, por lo que la propia Corte suprema no dudo en remarcar que “las cortes debían ser conscientes de que lo que afirman hoy puede ser obsoleto mañana”<sup>8</sup>.

## 2. Italia

Aunque aparentemente marginal en el contexto transnacional, entre otras cosas por el hecho de haber dejado en gran medida al estado implícito la carga innovadora de sus afirmaciones, debe reconocerse un rol nada despreciable a la sentencia n. 307 del 2004 de la Corte constitucional italiana, en la cual se declararon infundadas las cuestiones de legitimidad constitucional relativas a las disposiciones que establecen fondos especiales para fomentar la compra y el uso de computadores personales, por jóvenes o personas con ciertos requisitos de ingresos, mediante aportaciones económicas. Al tratarse de un juicio de legitimidad constitucional en vía principal, las denuncias se referían esencialmente a la vulneración de las competencias legislativas regionales supuestamente causadas por la normativa. La respuesta de la Corte fue, sin embargo, en el sentido de que

“la mera provisión de contribuciones financieras por parte del Estado, concedidas de forma automática a favor de personas identificadas en función de la edad o los ingresos y destinadas a la compra de computadores personales habilitados para conectarse a *Internet*, con el fin de fomentar la difusión de la cultura informática entre los jóvenes y las familias”

integra una intervención que, en la medida en que “no [es] acompañada de normas sustantivas sobre materias concretas, no invade las competencias legislativas regionales”.

---

<sup>8</sup> El impacto de los *social media* será posteriormente analizado en el *order* en el caso *Joseph R. Biden, Jr., President of the United States, et al. vs. Knight First Amendment Institute at Columbia University, et al.*, 593 U.S. \_\_\_\_ (2021), del 5 abril 2021, relativo al perfil de *Twitter* del Presidente Trump.

De hecho,

“corresponde a una finalidad de interés general, como el desarrollo de la cultura, en el caso concreto mediante el uso de la tecnología de la información, cuya consecución es responsabilidad de la República en todas sus manifestaciones (art. 9 de la Constitución) incluso más allá del reparto de competencias por materia entre Estado y Regiones del art. 117 de la Constitución”<sup>9</sup>.

En definitiva, la Corte constitucional otorgó al compromiso a favor de la alfabetización informática y de la eliminación de las barreras (económicas) que obstaculizan la difusión de las tecnologías de la información (al menos entre los jóvenes) un rol tan significativo como para justificar acciones por parte de los poderes públicos que no se limitadas al riguroso respeto del reparto de competencias. Como es evidente, el argumento puede generalizarse fácilmente, atribuyendo a la “República” la tarea de garantizar que las personas se beneficien de *Internet*.

### 3. Francia

Uno de los pronunciamientos más citados sobre el derecho al *Internet* a nivel transnacional fue dictada en 2009, por la jurisdicción constitucional francesa. En él se destaca que, “el estado actual de los medios de comunicación, y ante el desarrollo generalizado de los servicios de comunicación al público *on line*, y la importancia de estos servicios para la participación en la vida democrática

---

<sup>9</sup> Corte constitucional, sentencia 21 octubre 2004, n. 307, *Considerato in diritto*, par. 3.1. La sentencia fue comentada por A. Pace, *I progetti “PC ai giovani” e “PC alle famiglie”: esercizio di potestà legislativa esclusiva statale o violazione della potestà regionale residuale?*, en *Giur. costit.*, 2004, 3214 ss., y, más recientemente, por F.G. Pizzetti, *Il progetto “PC ai giovani” nel quadro della promozione dell’eguaglianza digitale da parte dello Stato e delle Regioni*, in *Federalismi.it*, 27 abril 2008. Sobre la ausencia de ulteriores posicionamientos por parte de la Corte constitucional, y, por tanto, sobre la falta de desarrollo de las ideas que la sentencia de 2004 ofrecía (o podría haber ofrecido), véase a P. Passaglia, *Corte costituzionale e diritto dell’Internet: un rapporto difficile (ed un appuntamento da non mancare)*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 4837 ss.

y para la expresión de ideas y opiniones”, el derecho consagrado en el art.11 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 a la libre comunicación de las ideas y de las opiniones «supone la libertad de acceso a estos servicios»<sup>10</sup>. A pesar de la concreción que caracteriza el estilo argumentativo del *Conseil*, las afirmaciones realizadas tienen un peso ciertamente notable: en primer lugar, se vincula expresamente al *Internet* con la garantía del art. 11 de la Declaración de 1789, lo que sugiere que la protección del acceso a *Internet* es consustancial a la protección de la libertad de expresión, y por tanto –en última instancia– para el correcto desarrollo de la personalidad humana; en segundo lugar, se configuró el *Internet* como una base de “servicios” que, del ámbito de la comunicación en sentido estricto, se extiende a la participación democrática, con lo que la comunicación *on line* se convierte en el instrumento a través del cual, por un lado, el individuo aumenta sus recursos en términos de relaciones y, por otro, complementa (al menos “en el estado actual de los medios de comunicación”) las dimensiones en las que el individuo puede realizar su potencial expresivo.

---

<sup>10</sup> *Conseil constitutionnel*, decisión n. 2009-580 DC, 10 junio 2009. La decisión es una de las más comentadas entre aquellas emitidas por el *Conseil* recientemente: cfr. J.-M. Bruguière, *Loi “sur la protection de la création sur internet”: mais à quoi joue le Conseil constitutionnel?*, en *Recueil Dalloz*, 2009, 1770 s.; L. Marino, *Le droit d’accès à internet, nouveau droit fondamental*, en *Recueil Dalloz*, 2009, 2045 s.; W. Benessiano, *L’inconstitutionnalité, sanction de l’identification d’un pouvoir de répression pénale dévalué*, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, 168 ss.; en la doctrina italiana, véase. G. Votano, *Internet fra diritto d’autore e libertà di comunicazione: il modello francese*, en *Dir. informazione e informatica*, 2009, 533 ss., B. Carotti, *L’accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, en *Giornale dir. amm.*, 2010, 643 ss., N. Lucchi, *La legge “Création et Internet”: le censure del Conseil constitutionnel*, en *Quaderni costituzionali*, 2010, 375 ss., e Idem, *Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet for the Freedom of Expression*, en *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, n. 3, 2001, 645 ss., así como, P. Passaglia, *L’accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l’incostituzionalità di parte della c.d. “legge anti file-sharing”)*, en *Foro it.*, 2009, IV, 473 ss.

En concreto, el *Conseil constitutionnel* debía pronunciarse sobre las disposiciones legislativas que permitían a una autoridad administrativa suspender el acceso a *Internet* cuando la cuenta del usuario fuese utilizada para realizar una conducta infractora de los derechos de autor<sup>11</sup>. En la fase de su examen, el *Conseil* desarrolló la siguiente argumentación: puesto que “las facultades sancionadoras introducidas por las disposiciones criticadas permiten a la *commission de protection des droits*, que no es una jurisdicción, restringir o impedir el acceso a *Internet* a los titulares de abonos y a sus beneficiarios”, “la competencia otorgada a esta autoridad administrativa no se limita a una categoría particular de personas, sino que se extiende a toda la población”, mientras “sus facultades pueden dar lugar a que se restrinja el ejercicio por parte de cualquier persona de su derecho a expresarse y a comunicarse libremente, en particular desde su domicilio”. A partir de estos resultados, se concluyó que, “teniendo en cuenta la naturaleza de la libertad garantizada por el artículo 11 de la Declaración de 1789, el legislador no puede, cualesquiera que sean las garantías vinculadas a la imposición de sanciones, conferir tales poderes a una autoridad administrativa con el fin de proteger” derechos, como los derechos de autor, cuya protección claramente no justifica el sacrificio impuesto a la libertad de expresarse accediendo a la red.

La decisión del 2009 fue posteriormente retomada por el propio *Conseil constitutionnel*, que reafirmó la configuración de *Internet* y del acceso a *Internet* en ella formulada. La lista de decisiones sería bastante larga, por lo que nos limitaremos a mencionar una de las más recientes, de 2020, en la que la definición elaborada once años antes se propone nuevamente para declarar inconstitucional una disposición que imponía a los prestadores de servicio a cumplir una orden administrativa de retirar los contenidos considerados ilícitos en el plazo de una hora<sup>12</sup>: esta sentencia, aunque no está

<sup>11</sup> Artículos 5 y 11 de aquella que se convertiría en la *loi* n. 2009-669 del 12 junio 2009, *favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* (c.d. *Loi Hadopi*).

<sup>12</sup> *Conseil constitutionnel*, decisión n. 2020-801 DC, 18 junio 2020.

estrictamente relacionada con el acceso a *Internet*, aparece a estos fines interesante sobre todo porque acentúa la conexión emergente ya en la «decisión-madre» del 2009 entre *Internet* y la libertad de expresión, lo que caracteriza fuertemente el marco normativo del acceso a *Internet* en el ordenamiento francés.

#### 4. Costa Rica

Un enfoque al menos en parte diferente de aquel registrado en la jurisprudencia constitucional francesa es aquel que puede encontrarse en una importante decisión dictada en 2010 por la *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* costarricense<sup>13</sup>. Esta sentencia decidió un *recurso de amparo* que se quejaba de que el Gobierno no había aplicado a tiempo su obligación legal de hacer competitivo el mercado de las telecomunicaciones<sup>14</sup>. Al estimar el recurso, la *Sala Constitucional* ordenó al Gobierno que adoptara, en el plazo de tres meses a partir de la presentación de la sentencia, las medidas que fueran de su competencia para otorgar concesiones para la telefonía móvil y otras bandas de frecuencias de ondas. La decisión se basó en el principio de que, “en la situación actual de la sociedad de la información o del conocimiento, corresponde a los poderes públicos, en beneficio de sus administrados, promover y garantizar el acceso universal a[las] nuevas tecnologías”.

Más concretamente, se comprobó que “la evolución en los últimos veinte años en materia de tecnología de la información y de la comunicación [...] revolucionó el entorno social del ser humano”; tanto que, “sin temor a equivocarse, se puede decir que esta tecnología ha tenido un impacto en la forma de comunicarse de los seres humanos, facilitando la relación entre personas e instituciones a nivel mundial y eliminado las barreras de espacio y tiempo”. De ello se desprende que,

“en este momento el acceso a estas tecnologías se convierte en un instrumento primario para facilitar el ejercicio de derechos

---

<sup>13</sup> Véase la *sentencia* 30 julio 2010, n. 12790.

<sup>14</sup> *Ley General de Telecomunicaciones* n. 8642, del 4 junio 2008.

fundamentales como, entre otros, la participación democrática (e-democracia) y el control ciudadano, la educación, la libertad de expresión y de pensamiento, el acceso a la información y a los servicios públicos en línea, el derecho a relacionarse con las autoridades públicas por medios electrónicos y la transparencia administrativa”.

La *Sala Constitucional*, en lugar de centrarse en la libertad de expresión, para corroborar la importancia de la protección del derecho de acceso, destacó el papel de *Internet* como catalizador de la comunicación interpersonal y de la comunicación entre los particulares y los poderes públicos, superando las barreras técnicas que las herramientas anteriormente existentes no fueron capaces de eliminar.

### 5. Naciones Unidas

Esta revisión se centra, como se ha subrayado en varias ocasiones, en las decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, se hace una excepción en relación con las Naciones Unidas. La razón de esta excepción radica en la importancia de las posiciones que se han tomado a lo largo de los años, una importancia que se mide, por un lado, en el plano teórico, es decir, en el plano de las implicaciones de las afirmaciones realizadas para la reconstrucción de un derecho de acceso a *Internet*, y, por otro lado, en el plano operativo, es decir, por el impacto que las declaraciones de la asamblea de las Naciones Unidas pueden tener y, en algunos casos, han tenido en las normas, prácticas y jurisprudencia de muchos países.

Cabe mencionar dos intervenciones en particular. La primera se remonta a 2011: se trata del *Informe* realizado por Frank La Rue, *relator especial* sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión<sup>15</sup>. El texto se refiere, entre otras cosas, al derecho de acceso a *Internet*, concluyendo con una decla-

---

<sup>15</sup> Human Rights Council – Seventeenth session, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Frank La Rue, publicado el 16 mayo 2011.

ración muy fuerte: “[p]uesto que *Internet* se convirtió en un instrumento indispensable para ejercitar una amplia gama de derechos humanos, para combatir la desigualdad y para acelerar el desarrollo y el progreso humano, debería ser una prioridad para todos los Estados el asegurar el acceso universal a *Internet*”, por tanto,

“[c]ada Estado debería [...] desarrollar una política concreta y efectiva, consultando con los actores provenientes de todos los sectores de la sociedad, incluidos el sector privado y los ministerios pertinentes, para hacer *Internet* ampliamente disponible, accesible, y económicamente asequible para todos los segmentos de la población”<sup>16</sup>.

Además del valor de las declaraciones en sí mismas, se observa que tienden a vincular el acceso a *Internet* con el ejercicio de “una amplia gama” de derechos, lo que sugiere una visión mucho más amplia de aquella que, en relación con el contexto, podría haber sido adoptada: al tratarse de un estudio sobre la libertad de opinión y de expresión, el *relator especial*, podría haberse limitado a proponer una relación entre el acceso a *Internet* y el ejercicio de estas libertades específicas.

El segundo documento por mencionar es una resolución del Consejo de Derechos Humanos, adoptada el 18 de julio de 2016, relativa a la protección y desarrollo de los derechos humanos en *Internet*<sup>17</sup>. Tras exponer el principio general de que “los mismos derechos que tienen las personas *offline* también deben de protegerse *online*”<sup>18</sup> y después de haber reconocido “la naturaleza global y abierta del *Internet* como una fuerza orientadora para acelerar el progreso hacia el desarrollo en sus diversas formas”<sup>19</sup>, se destacó “la importancia de aplicar un enfoque plenamente basado en los derechos humanos para proporcionar y ampliar el acceso a *Inter-*

---

<sup>16</sup> *Report of the Special Rapporteur*, cit., § 85.

<sup>17</sup> Human Rights Council – Thirty-second session, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet: resolution*.

<sup>18</sup> *The promotion, protection and enjoyment*, cit., n. 1.

<sup>19</sup> *Id.*, n. 2.

net”: en esta lógica, se pidió a “todos los Estados hacer el esfuerzo por superar las distintas formas de brecha digital”<sup>20</sup>.

Si bien es cierto que esta resolución (como, además, y con mayor razón, el *informe* del 2011) carece de efectos vinculantes desde un punto de vista formal, la atención con la que se buscó enfatizar el rol del *Internet* como un instrumento de desarrollo y garantía de los derechos humanos no puede no tener reflejos significativos sobre el marco de referencia jurídico del acceso a este instrumento en la orientación de la política y las calificaciones realizadas en el seno de los Estados individuales: la propia circunstancia de que estas intervenciones en la ONU hayan atraído la atención de la doctrina jurídica es una señal inequívoca de su importancia<sup>21</sup>.

## 6. Consejo de Europa

Si bien es cierto que el Consejo de Europa es muy activo en la protección de los derechos de los usuarios de *Internet*, la elección hecha aquí de centrarse en la jurisprudencia hace que sea conveniente concentrarse en el Tribunal Europeo de Estrasburgo, para buscar, entre sus decisiones, ideas que permitan enmarcar el derecho de acceso a *Internet*.

El Tribunal ha intervenido en repetidas ocasiones en casos en los que, por las más diversas razones, se excluía el acceso a determinados sitios, pero no el acceso a *Internet* en general. A pesar de la falta de centralidad de la decisión, se propuso un marco jurídico para la posibilidad de acceder a *Internet*, con posicionamientos nada

<sup>20</sup> *Id.*, n. 5.

<sup>21</sup> Sobre la evolución de la posición de las Naciones Unidas en el tema de acceso a *Internet*, y en particular sobre su reconocimiento como derecho humano, véase entre otros, K. Mathiesen, *The Human Right to Internet Access: A Philosophical Defense*, en *International Review of Information Ethics*, Vol. 18, 2012, 9 ss.; M. Land, *Toward an International Law of the Internet*, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 54, 2013, 393 ss.; X. Wang, *Time to Think about Human Right to the Internet Access: A Beitz's Approach*, in *Journal of Politics and Law*, 2013, 6 ss.; R. Shandler – D. Canetti, *A Reality of Vulnerability and Dependence: Internet Access as a Human Right*, in *Israel Law Review*, Vol. 52, 2019, 77 ss.

despreciables. En este sentido, cabe señalar que, ya en 2012, el Tribunal destacó que “*Internet* se ha convertido en uno de los principales medios por los que los individuos pueden ejercer su derecho a la libertad de expresión e información: proporciona el medio esencial para participar en actividades y debates sobre temas políticos o de interés general”<sup>22</sup>. Este aspecto ha sido retomado en otras decisiones<sup>23</sup>, todas relacionadas con el bloqueo parcial de la navegación en *Internet*. Lo mismo ocurre con las decisiones relativas a las restricciones al acceso a *Internet* de los presos, que a veces han sido censuradas por no estar justificadas debido a los sitios (de información jurídica<sup>24</sup> o de contenido didáctico<sup>25</sup>) que eran borrados; lo importante, sin embargo, es sobre todo la aclaración que realizó el Tribunal, consistente en el hecho de que la legislación nacional reconocía explícitamente el derecho de acceso a *Internet* de los presos, y que era precisamente esto lo que hacía posible la evaluación acerca de la legitimidad o no de las limitaciones impuestas al acceso: dicho de otro modo, el Tribunal evitó reconocer, en general, un derecho de acceso a *Internet* para los presos, limitando su control al respeto efectivo de las normas que permiten el acceso<sup>26</sup>.

## 7. Alemania

Entre las muchas decisiones adoptadas en el ordenamiento alemán en relación con el acceso a *Internet*, la más significativa, quizás,

---

<sup>22</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sec. II, sentencia 18 diciembre 2012, *Ahmet Yildirim vs. Turchia*, n. 3111/10, § 54.

<sup>23</sup> V., ad es., Tribunal Europeo de derechos humanos, sec. II, sentencia 1º diciembre 2015, *Cengiz e altri vs. Turchia*, nn. 48226/10 e 14027/11, § 49.

<sup>24</sup> Cfr. Tribunal Europeo de derechos humanos, sec. II, sentencia 19 enero 2016, *Kalda vs. Estonia*, n. 17429/10; sec. II, sentencia 9 febrero 2021, *Ramazan Demir vs. Turchia*, n. 68550/17.

<sup>25</sup> Cfr. Tribunal Europeo de derechos, sec. IV, sentencia 17 enero 2017, *Jankovskis vs. Lituania*, n. 21575/08; sec. II, sentencia 18 junio 2019, *Mehmet Reşit Arslan e altro vs. Turchia*, n. 47121/06, 13988/07 et 34750/07.

<sup>26</sup> Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en relación con el acceso a *Internet*, vs. *G. Gosztonyi*, *The European Court of Human Rights: Internet Access as a Means of Receiving and Imparting Information and Ideas*, en *International Comparative Jurisprudence*, Vol. 6, 2020, n. 2, 134 ss.

no se ha producido –como podría haberse esperado– del *Bundesverfassungsgericht* sino del *Bundesgerichtshof*: ello no sólo por el momento en que intervino (en enero de 2013), que hizo que el pronunciamiento fuera una de las primeras decisiones adoptadas sobre el tema (tanto a nivel nacional como en el contexto transnacional), pero sobre todo por el encuadramiento teórico que en ella se ha hecho de *Internet* (y por lo tanto también de su acceso). El *Bundesgerichtshof* reconoció el derecho del particular a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la interrupción del servicio que permite la conexión a *Internet* debido al error de una compañía telefónica<sup>27</sup>. El Tribunal Supremo Federal, en particular, basó su decisión en la constatación de que la posibilidad de tener acceso a (y utilizar) *Internet* se traduce en una ventaja económica, cuya disponibilidad continuada, incluso en el sector privado, tiene desde hace tiempo una importancia crucial para la calidad de vida de una persona. Esto se debe a que “*Internet* proporciona información completa sobre todo el mundo en forma de archivos de texto, imagen, vídeo y audio”; “en *Internet*, casi todos los sectores están cubiertos y, de un punto de vista temático, las distintas exigencias se satisfacen”; por ejemplo, “los archivos de entretenimiento ligero pueden ser incluso considerados como información sobre problemas cotidianos relacionados con temas muy académicos”. De ellos se desprende que “*Internet* sustituye cada vez más, en razón de la gran disponibilidad de información, otros medios, como las enciclopedias, las revistas o la televisión”; además, “*Internet* permite el intercambio global entre sus usuarios, por ejemplo gracias a los *emails*, *forums*, *blogs* y *social networks*”, e incluso, *Internet* “se utiliza cada vez más para proponer y celebrar contratos, liquidar transacciones y hacer cumplir las obligaciones [...] (solo por dar algunos ejemplos, compras a distancia, reserva de hoteles, trenes y vuelos, envío de órdenes de transferencia, declaraciones de impuestos [...])”. De hecho, se ha comprobado que, como es lógico, casi el 70% de los habitantes de Alemania utilizan actualmente el *Internet*, y tres cuartas partes de ellos también lo utilizan a diario.

<sup>27</sup> *Bundesgerichtshof*, decisión 24 enero 2013, III ZR 98/12.

En resumen, «*Internet* cambió el modo de vida de una gran parte de la población, convirtiéndose en un instrumento de importancia decisiva para el modo de vida de una gran parte de la población», por lo que la imposibilidad de conectarse a *Internet* “tiene un impacto significativo en la vida cotidiana”.

Tal reconstrucción propone una perspectiva que, conforme a la evidencia, prescinde claramente de la libertad de expresión en gran medida, para ver en la red una dimensión ya casi consustancial al ser humano y a su vida de relación, que se traduce en un gran número de actividades realizadas y de derechos ejercidos.

## 8. India

La temática del acceso a *Internet*, y, en particular, su calificación como derecho (fundamental) ha recibido una marcada atención en el sistema jurídico indio, especialmente entre 2019 y principios de 2020, en relación con dos importantes decisiones.

La primera fue emitida por la *High Court* de Kerala en septiembre de 2019 y se refirió a las limitaciones impuestas al uso de *Internet* a través del *smartphone* en un colegio femenino. Refiriéndose a la mencionada declaración del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, la Corte reconoció la importancia fundamental que *Internet* reviste para el ejercicio del derecho a la educación, de ahí la estimación de un recurso presentado por una estudiante que fue expulsada de la escuela por violar sus políticas en materia de uso de la tecnología<sup>28</sup>.

En el mismo período en el que la *High Court* de Kerala tomó su decisión, se habían producido disturbios en el Estado de Jammu y Cachemira, como resultado de la ley por virtud de la cual el Estado se dividió en dos territorios, perdiendo el *status* como entidad federada de la República de la India. Ante los disturbios,

---

<sup>28</sup> *High Court of Kerala*, sentencia *Shirin R.K. vs. State of Kerala*, WP(C). No. 19716 of 2019 (L) (19 septiembre 2019).

se tomaron una serie de medidas, entre ellas la interrupción o la ralentización de la conexión a *Internet*.

Estas medidas fueron objeto de contestación en vía directa ante la Corte, que falló a favor del demandante, exigiendo a las autoridades competentes que restablecieran la plena funcionalidad de la red. Esta decisión se basó en el supuesto de que “la libertad de palabra y de expresión, así como la libertad de ejercer cualquier profesión o de ejercer cualquier comercio, negocio u ocupación a través de *Internet*, goza de protección constitucional” en virtud del artículo 19, en la medida en que protege esos derechos<sup>29</sup>: esta configuración tuvo el efecto de exigir que las limitaciones de acceso a *Internet*, para ser legítimas, deben superar un *test* de proporcionalidad<sup>30</sup>.

La decisión de la Corte es de extremo interés para el marco teórico del acceso a *Internet*, por el vínculo que se establece con los derechos fundamentales antes mencionados, incluso en los medios de comunicación se reconoció la idea de que la Corte suprema había definido el acceso a *Internet* como un derecho fundamental. En realidad, la Corte fue mucho más prudente; después de haber reconocido que “la importancia de *Internet* no puede ser subestimada, ya que de la mañana a la noche estamos encapsulados en el ciberespacio y nuestras actividades básicas son permitidas a través del uso de *Internet*”<sup>31</sup>, se especificó que “[n]inguna de las partes [había] argumentado en el sentido de declarar el derecho de acceso a *Internet* como un derecho fundamental y por tanto [la Corte] no expresa [ba] su punto de vista sobre el tema”, pero se limitaba “a declarar que el derecho a la libertad de palabra y expresión[...] y el

<sup>29</sup> *Supreme Court of India*, sentencia *Anuradha Bhasin vs. Union of India*, W.P.(C) No.-001031 / 2019 (10 enero 2020), § 152.

<sup>30</sup> Unos meses más tarde, habida cuenta de las circunstancias particulares en las que se encontraban, las medidas que impedían la conexión 4G superaron una prueba de este tipo, pero sin excluir la conexión 2G: cfr. *Supreme Court of India*, order en el caso *Foundation for Media Professionals vs. Union Territory of Jammu and Kashmir* (D. No. 10817 of 2020, 11 mayo 2020).

<sup>31</sup> Sentencia *Anuradha Bhasin vs. Union of India*, cit., § 24.

derecho de conducir cualquier comercio o negocio [...] utilizando como instrumento *Internet* está constitucionalmente protegido<sup>32</sup>.

A partir de este planteamiento, el acceso a *Internet* no ha adquirido un carácter autónomo, siendo reconocido como un componente complementario de formas particulares de ejercicio de diversos derechos, aquellas formas que postulan, precisamente, la existencia de la red<sup>33</sup>.

### 9. Comunidad Económica de los Estados de África Occidental

En el verano de 2020, la Corte de justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental fue llamada a evaluar la legitimidad de las acciones del Gobierno de Togo que, frente a una protesta callejera a gran escala, había hecho que *Internet* fuera en gran medida inaccesible. Los demandantes alegaron una violación del artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que consagra el derecho de toda persona a la información y a expresar y difundir sus opiniones.

Al estimar el recurso<sup>34</sup>, la Corte se preocupó de aclarar los términos en los que puede decirse se integran las infracciones a la libertad de expresión, y para hacerlo consideró necesario precisar el estatuto jurídico del acceso a *Internet*: “[e]l acceso a *Internet* no es, en *stricto sensu*, un derecho humano fundamental, pero como el servicio de *Internet* proporciona una plataforma para re-

---

<sup>32</sup> *Id.*, § 28. Sobre este punto véase el comentario eficaz de K. Pajagopal, *SC has no views on if ‘access to Internet’ is a fundamental right*, in *The Hindu*, 10 enero 2020 «<https://www.thehindu.com/news/national/sc-has-no-views-on-if-access-to-internet-is-a-fundamental-right/article30536065.ece>».

<sup>33</sup> En esta lógica, la propia Corte suprema tuvo cuidado de señalar la diferencia entre el enfoque y la configuración de la tecnología (por tanto, obviamente, también del acceso a *Internet*) como un mero instrumento para el ejercicio de los derechos. Sobre esta tesis, respaldada por la autoridad (en especial modo por V.G. Cerf, *Internet Access Is Not a Human Right*, in *New York Times*, 4 enero 2012), véase también *infra*, par. 4.

<sup>34</sup> Tribunal de Justicia Ecowas, sentencia 25 junio 2020, *Amnesty International Togo vs. The Togolese Republic*, n. 9/20.

forzar el ejercicio de la libertad de expresión, convirtiéndose así en un derecho derivado, es decir, un componente del ejercicio del derecho a la libertad de expresión”; “[es] el vehículo que proporciona una plataforma que reforzará el disfrute del derecho a la libertad de expresión”, “[e]l derecho de acceso a *Internet* está estrechamente relacionado con el derecho a la libertad de palabra, que también puede considerarse que incluye la libertad de expresión”; “[p]orque el acceso a *Internet* es complementario al disfrute del derecho a la libertad de expresión, es necesario que este acceso a *Internet* y el derecho a la libertad de expresión sea considerado una parte integrante del derecho humano que requiere protección a través de la ley y que su violación sea perseguible”; “desde esta perspectiva, dado que el acceso a *Internet* es un derecho derivado y, al mismo tiempo, un componente, debe tratarse como un elemento de derecho humano para el que los Estados tienen la obligación de proporcionar protección conforme a la ley, del mismo modo que se protege el derecho a la libertad de expresión”; “[e]n una lógica semejante, el acceso a *Internet* debe considerarse como un derecho que requiere la protección del derecho y cualquier interferencia con el mismo debe estar prevista en las normas, que especifican el fundamento de dicha interferencia”<sup>35</sup>.

El largo pasaje citado muestra la estrecha relación que se ha identificado entre el acceso a *Internet* y la libertad de expresión. El marco propuesto oscila entre ver el primero como un derecho autónomo vinculado al segundo o verlo como un derecho al servicio del segundo. Sea cual sea la interpretación que se prefiera, el resultado es, en cualquier caso, claro en el sentido de la necesidad de que los Estados proporcionen una fuerte protección del acceso a *Internet*, una protección declinada como ausencia (tendencial) de interferencia con el ejercicio de la libertad.

---

<sup>35</sup> *Id.*, § 38.

## 10. Unión europea

En comparación con las sentencias (o resoluciones) que se han revisado hasta ahora, las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen una importancia considerablemente menor. El Tribunal de Justicia, en efecto, según consta, no se ha pronunciado directamente sobre el marco jurídico del acceso a *Internet*, a pesar de que tiene a su disposición un parámetro de referencia, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que no tiene nada que envidiar a otras cartas que se han utilizado para deducir la existencia de un derecho de acceso a *Internet*.

La razón por la cual no se omite, de este breve *excursus* jurisprudencial, una mención al Tribunal de Luxemburgo se encuentra en el hecho de que, en una sentencia de septiembre de 2020, sentó las bases para reconocer un derecho de acceso a *Internet* en condiciones de igualdad: aunque no califica el acceso como tal, la aplicación del principio de igualdad al mismo también puede tener una repercusión no despreciable en términos generales, es decir, cómo deben actuar los poderes públicos ante las reclamaciones individuales de acceso a la red, teniendo en cuenta también las desigualdades objetivas que existen en la sociedad

La sentencia del Tribunal, en particular, ofrece una clave de interpretación marcada por la garantía de neutralidad frente a las prácticas comerciales con potenciales efectos distorsionadores. El Tribunal consideró que el artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas relativas al acceso a un *Internet* abierto,

“debe interpretarse en el sentido de que los paquetes aplicados por un proveedor de servicios de acceso a *Internet* mediante acuerdos celebrados con los usuarios finales, en virtud de los cuales éstos pueden adquirir un plan de tarifas que les confiere el derecho a utilizar, sin restricciones, un determinado volumen de datos, sin que dicho volumen se deduzca del uso de determi-

nadas aplicaciones y de determinados servicios específicos sujetos a una ‘tarifa cero’, y, una vez agotado dicho volumen de datos, pueden seguir utilizando esas aplicaciones y esos servicios específicos sin restricciones, mientras que se aplican medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico”

son ilegales, por un lado, “en la medida en que dichos paquetes, acuerdos y medidas de bloqueo o ralentización restringen el ejercicio de los derechos de los usuarios finales” y, por el otro, “en cuanto a que las medidas de bloqueo o ralentización se basan en consideraciones comerciales”<sup>36</sup>.

El enfoque adoptado es bastante diferente al de las otras decisiones analizadas en los párrafos anteriores: no se trata de “derechos”, sino de “servicios”. La excentricidad de la decisión es sólo relativa, sin embargo, ya que nunca se puede pasar por alto el hecho de que, cuando se habla de (derecho de) acceso a *Internet*, siempre se presupone que hay un servicio (con no poca frecuencia, de hecho, normalmente por parte de particulares), sin el cual el acceso en sí (y por lo tanto, hipotéticamente, el derecho) se quedaría en el estadio de la pura teoría.

#### IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Esta revisión, aunque extremadamente incompleta, permite captar algunos elementos que parecen tener cierto interés, al menos desde el punto de vista del comparatista.

En primer lugar, parece que la prevalencia de los problemas de acceso a *Internet* atraviesa todas las fronteras geográficas, lo que

---

<sup>36</sup> Tribunal de Justicia de la UE, Gran Sala, sentencia 15 septiembre 2020, asuntos acumulados C-807/18 e C-39/19, *Telenor Magyarország Zrt./Nemzeti Média-és Hírközlési Hatóság Elnöke*.

confirma claramente lo que suele atestiguar el carácter necesariamente transnacional de la *lex informatica*<sup>37</sup>.

Otra prueba de ello es que del derecho de acceso a *Internet* se ocupan tanto jueces nacionales, así como los organismos supranacionales, vinculados a organizaciones regionales o incluso representativas de la comunidad internacional en su conjunto.

De nuevo, y sobre todo, la revisión muestra cómo los caminos tomados para dar estatus legal a la necesidad – universalmente considerada digna de protección – de dar acceso a *Internet* son efectivamente múltiples. En general, sin embargo, es posible identificar una serie de elementos recurrentes que pueden ayudar a proponer modelos para configurar el acceso a *Internet*.

En este sentido, un primer aspecto a considerar es la existencia o no de un derecho (autónomo) de acceso a *Internet*. Del examen realizado se desprende claramente que no se encuentra una teorización completa del derecho de acceso: ahí donde de «derecho» se habla, y esto se hace a menudo no sin gran circunspección, se tiende a vincular directamente el acceso a *Internet* al disfrute de (otros) derechos, o, como en el caso de la Corte Suprema de la India, el acceso se identifica como un elemento integrante de ciertas expresiones de (otros) derechos, que en la dinámica de la red tienen características peculiares.

A la vista de estas consideraciones, puede rechazarse el argumento de que el acceso a *Internet* es un medio para ejercer otros derechos, y no un derecho en sí mismo<sup>38</sup>, tiene la indudable ventaja

---

<sup>37</sup> Cfr. O. Pollicino – M. Bassini, *The Law of the Internet between Globalisation and Localisation*, in M. Maduro – K. Tuori – S. Sankari (eds.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 346 ss. Più di recente, v. G.L. Conti, *La lex informatica*, en *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021 «<https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/mobile-neri-speciali/speciale-l-impatto-delle-dinamiche-transnazionali-sui-sistemi-normativi-1-2021/1607-la-lex-informatica/file>».

<sup>38</sup> Cfr. V.G. Cerf, *Internet Access Is Not a Human Right*, cit.

de poder explicar con sencillez una situación de hecho que parece estar muy extendida. Mucho más extendido de lo que las elaboraciones jurisprudenciales, en los distintos ordenamientos jurídicos, quisieran acreditar, dado que la tesis de la instrumentalidad del acceso suele ser ignorada, si no incluso impugnada, al menos formalmente<sup>39</sup>. Sin embargo, si se examina más detenidamente, la cuestión corre el riesgo de reducirse en gran medida a una disputa terminológica: que el acceso a *Internet* sea calificado como “derecho” o no es probable que cambie muy poco, si el hecho es que, en cualquier caso, el acceso tiene la función de ejercer otros derechos o hacer que se ejerzan en formas distintas de las tradicionales. Por lo demás, la instrumentalidad es una característica indisoluble del acceso a *Internet*, ya se defina como un “derecho” (precisamente, instrumental) ya sea que se prefiera reconducirlo a un (simple) medio a través del cual un cierto derecho o ciertos derechos se ejercen (en la red).

Otros aspectos son, si acaso, mucho más relevantes, como los derechos para los que el acceso a *Internet* es un instrumento y el tipo de consecuencias que la existencia de *Internet* y la posibilidad de acceder a él producen en las relaciones entre el individuo y los poderes públicos.

En relación con estos aspectos, puede establecerse una primera distinción entre aquellas experiencias en las que el acceso a *Internet* se considera instrumental para uno o varios derechos concretos y aquellas en las que, en cambio, la instrumentalidad se refiere a un conjunto de situaciones que no pueden identificarse con precisión. En el primer sentido, la mayoría de las sentencias examinadas destacan el estrecho vínculo entre el acceso a *Internet* y la libertad de expresión<sup>40</sup>, a veces asociados a otros derechos, como el derecho

<sup>39</sup> En este último sentido, cabe recordar, en particular, la posición de la Corte Suprema de la India, sobre la cual véase *supra*, par. 3.8.

<sup>40</sup> Cfr. las sentencias anteriormente reseñadas de los sistemas jurídicos estadounidense, francés e indio, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental.

a la participación política<sup>41</sup> o la libertad de iniciativa económica<sup>42</sup> o, de nuevo, el derecho a la formación/educación<sup>43</sup>. Sin embargo, un enfoque diferente hace hincapié en la amplia gama de acciones que pueden llevarse a cabo en línea y, por lo tanto, en el gran número de derechos (pero también de deberes) que se asocian al acceso a *Internet*<sup>44</sup>.

No menos importante es una segunda distinción que debe hacerse, la de la relación entre el individuo y los poderes públicos.

Para entender los términos de esta distinción, se puede hacer referencia al tipo de demanda presentada ante el juez o, en el caso de la ONU, al tipo de preocupaciones planteadas en la resolución. En algunas de las decisiones mencionadas, las autoridades judiciales se han pronunciado sobre las reclamaciones de libertad de acceso a *Internet*: en particular, se consideró que el ejercicio de esta libertad se había visto limitado o incluso impedido por actos de los poderes públicos lesivos de los derechos constitucionales. En otros casos, sin embargo, se invocaba el acceso a *Internet* porque los particulares estaban privados de él o podían estarlo, por lo que se exigía que se garantizara la posibilidad de utilizar la red o se reconociera el perjuicio derivado del hecho de que la red no fuera utilizable.

Los dos tipos de solicitudes son objetivamente diferentes en su contenido.

---

<sup>41</sup> La referencia es la sentencia del *Conseil constitutionnel* francés de 2009.

<sup>42</sup> A este respecto, cabe referirse a la decisión de 2020 de la Corte suprema de la India.

<sup>43</sup> A este respecto, se reenvía a algunas sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

<sup>44</sup> En este punto, el examen realizado indica que las sentencias de Costa Rica y Alemania son las más significativas, junto con la resolución adoptada en la ONU. Aunque expresado de forma muy general (y anodina), este enfoque parece ser adoptado también por la Corte constitucional italiana.

El reivindicar una libertad –como en las instancias del primer tipo– se traduce en la pretensión de que los poderes públicos no interfieran con su disfrute, por tanto simplemente plantea el problema de hacer que no se interrumpa con un acto de la autoridad el disfrute del acceso a *Internet*: probablemente no es casualidad que se pueda proponer una correspondencia bidireccional entre esta categoría de solicitudes y las experiencias en las que se reclama el acceso como componente de derechos específicos (en particular, de uno de los derechos más típicos de la libertad: la libertad de expresión).

El segundo tipo de solicitud, en cambio, no se contenta con la no injerencia, sino que prefigura una obligación positiva por parte de las autoridades públicas (o de los privados encargados de prestar el servicio, como las compañías telefónicas), que deben comprometerse a garantizar la accesibilidad a *Internet*, eliminando los obstáculos de diversa índole que puedan interponerse en su camino. En la lógica de este tipo de solicitudes, el acceso a *Internet* adquiere un valor que se asemeja mucho al de los derechos sociales. Queda por dilucidar si el acceso es en sí mismo un derecho social o si, siendo puramente funcional a otros derechos, no inserta un componente pretensioso en el ejercicio de los distintos derechos que, para ser ejercidos plenamente, requieren ahora que se disponga de una conexión a *Internet* (con la obvia consecuencia de tener que constatar que, para ejercer parte de los derechos, es necesario poder utilizar un servicio, el que garantiza el acceso). La cuestión tiene ciertamente una gran importancia teórica, pero desde un punto de vista práctico adquiere un valor secundario, en el sentido de que el mero reconocimiento de la procedencia de la pretensión es suficiente para desencadenar una obligación por parte de los poderes públicos de prever la eliminación de las desigualdades sociales y de las causas de exclusión que el progreso tecnológico ha creado o exacerbado: de este modo, la calificación jurídica del acceso a *Internet* se intersecta con las políticas de lucha

contra las brechas digitales. No es casualidad, además, que este tipo de reivindicaciones estén vinculadas a una visión del acceso a *Internet* como instrumento para una serie indefinida de situaciones jurídicas, porque *Internet* se percibe como una dimensión en la que el individuo puede crecer y formarse, expresarse y confrontarse. El hecho de que una parte de la sociedad pueda estar aislada de esta dimensión es un problema –evidentemente– para los individuos que entran en esta categoría, pero –si nos fijamos bien– es un problema para la propia sociedad, que no puede dejar de registrar una ralentización de su desarrollo a la baja de las desigualdades: el hecho de que una parte de la población no pueda utilizar *Internet* hace imposible configurar la red como único medio de acceso a determinados contenidos y servicios (piénsese, por ejemplo, en los servicios relacionados con la sanidad o la publicación de actos legislativos), con la consecuencia de imponer la conservación de canales alternativos más caros y menos eficaces. Además, lo sucedido durante la pandemia, que convirtió por largos periodos a *Internet* en el único medio para ejercer ciertos derechos, mostró de forma muy clara el potencial del medio, pero, al mismo tiempo, los riesgos que plantea en términos de exclusión social.

---

# Los derechos de igualdad y no discriminación en los Estatutos de las Comunidades Autónomas de España

*Equality and non-discrimination rights in the Statutes of the Autonomous Communities of Spain*

---

**ANTONIO PÉREZ MIRAS**  
*Universidad de Granada*  
ORCID: 0000-0002-5554-5089

*Fecha de recepción: 02 de agosto de 2021*

*Fecha de admisión: 11 de octubre de 2021*

**SUMARIO:** I. A modo de introducción: igualdad y no discriminación en los Estatutos de Autonomía en un contexto de tutela multinivel. II. Sobre el concepto de derechos estatutarios. III. La inclusión del principio de no discriminación y de igualdad material en los Estatutos de Autonomía. IV. Las previsiones de la igualdad entre hombres y mujeres en los Estatutos de Autonomía. V. Especial referencia a la violencia de género. VI. El reconocimiento en los Estatutos de Autonomía de la libre orientación sexual y de la identidad de género. VII. Reflexiones finales a modo de conclusión.

**RESUMEN:** El presente artículo aborda el estudio de los derechos estatutarios sobre igualdad y no discriminación contenidos en los Estatutos de las Comunidades Autónomas de España. Tras analizar el concepto de derecho estatutario, introducido en el ordenamiento español tras las reformas estatutarias de 2006 en adelante, el trabajo realiza un análisis de diferentes perspectivas. En primer lugar, se estudia los principios de no discriminación y de igualdad material. Después se trata el tema de la igualdad entre mujeres y hombres, acompañada de una referencia más específica a la violencia de género. Por último, se acaba con el estudio de la libre orientación sexual y de la identidad de género.

**ABSTRACT:** This article deals with the study of the statutory rights on equality and non-discrimination contained in the Statutes of the Au-

tonomous Communities of Spain. After analysing the concept of statutory right, introduced in the Spanish legal system after the statutory reforms of 2006 onwards, the paper analyses different perspectives. Firstly, the principles of non-discrimination and material equality are studied. Then the issue of equality between women and men is discussed, accompanied by a more specific reference to gender-based violence. Finally, it ends with the study of free sexual orientation and gender identity.

**PALABRAS CLAVE:** *Igualdad, no discriminación, violencia de género, orientación sexual, identidad de género, derechos estatutarios, Estatutos de Autonomía*

**KEYWORDS:** *Equality, Non Discrimination, Gender-Based Violence, Sexual Orientation, Gender Identity, Statutory Right, Statutes of the Autonomous Communities*

## **I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA EN UN CONTEXTO DE TUTELA MULTINIVEL**

La igualdad y la no discriminación son dos puntales del constitucionalismo contemporáneo que caracterizan el contenido social y normativo que se desprende del mismo. Son a su vez transversales en todo nuestro espacio constitucional común de manera que son fácilmente identificables en el contexto de la tutela multinivel que protege al individuo en todas las capas constitucionales en las que interactúa. En el caso español, además de los niveles europeos debemos tener presente la especial naturaleza de nuestra organización territorial, con unas Comunidades Autónomas (CCAA) que en estos años han coadyuvado desde su formación a la consolidación del Estado social (Solozábal, 2004, 158 ss.). En este sentido, cobra especial interés el objeto de estudio de este trabajo donde se pretende analizar la inclusión de los derechos de igualdad y el principio de no discriminación en los Estatutos Autonomía reformados a partir de 2006, los denominados de segunda generación (Montilla Martos, 2015).

Por tanto, nuestro análisis no abarca los diecisiete Estatutos de Autonomía, sino que obvia aquellos no reformados o de primera generación porque los mismos no contienen tablas de derechos. De ahí que no podamos observar el grado de intensidad de la inclusión de estas ideas ni su proyección ni alcance, porque no es hasta 2006 que los Estatutos de Autonomía no se convierten en normas que miran también a las personas y a los ciudadanos, *a la gente* (Ferrerres Comella, 2006, 10-11). De este modo, nuestra aproximación metodológica trata de explicar y ordenar la forma, el sentido y el alcance de las distintas tablas de derechos, y en particular de los derechos de igualdad y no discriminación en sus distintas facetas. Siguiendo un cuidadoso análisis descriptivo de todos los preceptos estatutarios que en el ámbito de los derechos han sido regulados por los nuevos Estatutos, pretendemos observar desde un sentido crítico, además de su contenido, la interconexión y las influencias que se producen entre ellos. Esos preceptos podrán adoptar principalmente la forma de derechos estatutarios y/o de principios rectores. El primero de los conceptos requiere una aproximación preliminar, para lo que dedicaremos el segundo epígrafe al estudio previo y somero del concepto de derechos estatutarios, de conformidad con los planteamientos de mi tesis doctoral (Pérez Miras, 2012).

En los siguientes epígrafes abordaremos las distintas perspectivas de la igualdad y la no discriminación, acabando con unas reflexiones finales a modo de conclusión. En primer lugar, analizaremos en el epígrafe III el derecho de igualdad material o sustancial y el principio de no discriminación. Principalmente aquí trataremos de ver cómo estos principios tan asentados a nivel constitucional —*ex art. 9.2 y 14 de la Constitución Española (CE)*— han entrado en los Estatutos reformados. Posteriormente, nos centraremos en la igualdad de género, que es quizá uno de los aspectos más sobresalientes en los temas actuales sobre igualdad. España puede ser considerada como un país avanzado en temas de igualdad, y en especial entre mujeres y hombres, con una legislación amplia sobre la materia entre la que podemos destacar a nivel estatal, entre otras,

la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres<sup>1</sup>, sin menospreciar la abundante legislación autonómica al respecto (Galera Victoria, 2012). Aún como continuación de este estudio, hemos dedicado un epígrafe específico al tema de la violencia machista. Esta lacra de nuestra sociedad ha tenido respuesta en los Estatutos reformados, normalmente como consecuencia de las previsiones sobre igualdad, pero nos ha parecido oportuno darle una autonomía diferenciada por dos motivos: el primero porque creemos que goza de una sustantividad propia que merece ser analizada desde su propia óptica; y en segundo lugar, para ayudar a visibilizar este problema.

Por último, aún como concreción del tema general de este trabajo, abordaremos el tema de la orientación sexual y de la identidad de género. Estos derechos de contenido sexual están íntimamente imbricados con la igualdad y la no discriminación y también han sido objeto de regulación por parte de la mayoría de los Estatutos reformados. Estas manifestaciones de la igualdad también nos parecen importantes hacerlas presentes en trabajos académicos porque nos encontramos en un momento de confrontación dialéctica que está presente en las capas intelectuales, pero también en los planos menos académicos de la vida. En la misma Europa, este tema está causando división ante las posturas reaccionarias de Hungría y Polonia, al tiempo que se está dando lugar a una rica jurisprudencia que va apuntalando la igualdad y la no discriminación en el Continente (vid. *ex multis* S. Romboli, 2020). Por ello resulta de interés saber el grado de compromiso de las distintas Comunidades con uno de los aspectos más trascendentales, en un contexto de tutela multinivel, para los derechos de las personas de los últimos lustros y aún de los tiempos venideros.

## **II. SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS ESTATUTARIOS**

La cuestión relativa a estos llamados derechos estatutarios aparece en el ordenamiento español a partir de las reformas de los

Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana<sup>2</sup> (EACV) y de Cataluña<sup>3</sup> (EAC) en 2006, que han sido referentes para medir una escala gradual sobre la intensidad en la inclusión de declaraciones de derechos y principios de los Estatutos de Autonomía reformados en la última oleada del proceso autonómico<sup>4</sup>. En este sentido, la carta catalana es más prolija que la valenciana; además en el texto catalán se prevé un sistema de garantías de derechos, que desconoce el valenciano. Siguiendo esta última categoría, podemos realizar dos grupos con los ocho Estatutos que han conformado este último periodo de reformas estatutarias, teniendo en cuenta que el último ha sido el aprobado para las Islas Canarias en 2018<sup>5</sup> (EAIC), con lo que el largo lapso de tiempo que ha acaecido desde la aprobación en 2011 del Estatuto de Extremadura<sup>6</sup> (EAE) no ha hecho sino reforzar al grupo de mayor intensidad, esto es, el que estaba conformado inicialmente por Cataluña, Andalucía (EAA) y Castilla y León (EACYL)<sup>7</sup>. En el segundo grupo de menor intensidad seguirían la Comunidad Valenciana, las Islas Baleares (EAIB), Aragón (EAAR) y Extremadura.

La denominación de derechos estatutarios hace referencia a su origen normativo, porque vienen recogidos en los nuevos Estatutos de Autonomía. No suponen, y esto es importante, derechos subjetivos. Sin duda este *nomen iuris* ha sido comúnmente aceptado en la doctrina, aunque su aparición sistemática a partir de 2006 ha cau-

<sup>2</sup> Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana («BOE» núm. 86, de 11 de abril de 2006).

<sup>3</sup> Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña («BOE» núm. 172, de 20/07/2006).

<sup>4</sup> Pedro Cruz Villalón (2006) habla de “segundo proceso autonómico”.

<sup>5</sup> Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias («BOE» núm. 268, de 6 de noviembre de 2018).

<sup>6</sup> Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura («BOE» núm. 25, de 29 de enero de 2011).

<sup>7</sup> En este sentido, me permito remitir a mi trabajo Pérez Miras (2020).

sado una acalorada polémica en torno a su naturaleza y funciones dentro del sistema constitucional de derechos<sup>8</sup>.

Para la calificación jurídica de estos derechos estatutarios es imprescindible tener en cuenta la jurisprudencia constitucional que sobre estos dos Estatutos ha dictado el Tribunal Constitucional<sup>9</sup> (Tc). Un primer tentativo se dio con la *STC 247/2007* —Comunidad Valenciana— pero no es sino con la *STC 31/2010* —Cataluña— que estamos en disposición de definir un derecho estatutario.

El concepto que de derecho estatutario vamos a dar se basa en la construcción jurisprudencial que de la lectura conjunta de ambas sentencias hemos podido realizar. Así, por tanto, los derechos estatutarios son mandatos, principios y directrices a los poderes públicos para que configuren los mismos de acuerdo con sus competencias sin menoscabar los derechos fundamentales de la Constitución o de los tratados internacionales.

---

<sup>8</sup> Aunque ambos EEAA fueron tramitados por la misma época, en la doctrina causó mucho más revuelo el catalán que el valenciano. Podemos decir que uno de los motivos sin duda fue la inclusión de una carta o catálogo de derechos de manera sistemática. En general sobre las reformas estatutarias puede consultarse: las actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España recogidas en Ruiz-Rico Ruiz (2006); también, Solozábal (2006 y 2008); Cruz Villalón (2006) y la sucesiva contestación hecha por Roig Molés (2006); Álvarez Conde (2007). En concreto sobre el tema de los derechos, antes de que el Tribunal Constitucional comenzara su jurisprudencia en la materia: Ferreres, Biglino, Carrillo (2006); Garrorena (2006); la discusión entre Díez-Picazo (2006) y Caamaño (2007), con posterior réplica de Díez-Picazo (2007); Canosa Usera (2007) y Expósito (2007). Igualmente, sobre las declaraciones de derechos en los EEAA deben considerarse los volúmenes colectivos de Francisco Balaguer, Luis Ortega, Gregorio Cámara y José Antonio Montilla (2008) y Aparicio (2008).

<sup>9</sup> Estas sentencias han sido especialmente polémicas y han causado mucha literatura doctrinal. Es tan numerosa que me permito remitir, antes de la sentencia sobre el Estatuto catalán, a De La Quadra-Salcedo Janini (2008); Fernández Farreres (2008); Canosa Usera, (2008). Tras la sentencia catalana, Tur Ausina y Álvarez Conde (2010); Carrillo (2011). Para una reflexión conjunta de ambas sentencias, Expósito (2011); Villaverde (2011); Sánchez Barrilao (2012); Morcillo Moreno (2013).

Como se ha encargado insistentemente de repetir el Tc, no se trata ni del desarrollo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, ni de derechos fundamentales territorializados. Por definición, un Estatuto de Autonomía no es una Constitución —de un Estado federado— por lo que no cabe pensar que estamos en presencia de cartas de derechos fundamentales para territorios concretos dentro de un Estado constitucional. A nuestro entender, esto supone en consecuencia que no se pueda decir que estamos en puridad ante una presencia de tutela multinivel de un derecho fundamental en el mismo sentido en que nos referimos en el orden internacional, si bien coadyuva a integrar con mayor intensidad al individuo en todos los espacios constitucionales en los que desarrolla su personalidad y se relaciona con el poder.

Para que un enunciado normativo dentro de un Estatuto pueda calificarse como derecho estatutario necesita cumplir un doble vínculo: por un lado, es un mandato a los poderes públicos autonómicos, y en especial al legislador autonómico, por otro lado, sólo vinculan materialmente de acuerdo con el ámbito de competencias asumidas en el respectivo Estatuto. Tiene, por tanto, la doble naturaleza de mandato y principio.

Podemos observar de la lectura conjunta de las nuevas cartas de derechos en los Estatutos reformados, de manera global, las siguientes características comunes: a) la aparente originalidad de los derechos recogidos en los Estatutos. La mayoría de los derechos ya existen en el panorama nacional e internacional. Se ha realizado una selección o una reformulación según las necesidades o intereses de cada Comunidad Autónoma que ha procedido a realizar una reforma estatutaria. b) Relación superior: en relación con los derechos constitucionales, las reproducciones literales son escasas y la mayoría presenta o una actualización o una nueva perspectiva de un ámbito ya previsto por el Constituyente, como ocurre con los derechos sociales que se extraen del Capítulo III CE; c) —sigue— relación superior: también algunos derechos se inspiran en algunas de las novedades que introdujo la Carta de Derechos Fundamen-

tales de la Unión Europea. d) También los derechos se incorporan por una relación inferior, es decir, mediante la consagración de derechos que han aparecido en la legislación estatal o autonómica. e) Por otro lado, también consagra derechos contruidos jurisprudencialmente. f) Nuevos derechos: son testimoniales, por ejemplo, derecho al agua, derecho a acceder a las nuevas tecnologías, derechos de solidaridad y a favor de personas desfavorecidas. Desde otra óptica, aparecen derechos sectoriales a favor de grupos o clases que el legislador estatutario considera que deben de tener una especial protección. Nos preguntaremos si los derechos estatutarios objetos de este artículo encajarán en algunos de estos criterios.

Es importante destacar, para terminar este apartado, que un derecho estatutario no equivale a una cláusula competencial habilitante. Así, las “cláusulas autolimitativas”<sup>10</sup> forman parte del articulado estatutario y sirven para determinar el alcance y la interpretación de estos derechos.

Introducido someramente el concepto y las principales características de los derechos estatutarios, podemos entrar a analizar el detalle de la regulación sobre igualdad y no discriminación.

### **III. LA INCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y DE IGUALDAD MATERIAL EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Las dos grandes vertientes de la igualdad en un sentido moderno, característico del Estado social, se encuentran recogidas en los Estatutos de Autonomía reformados. Ya en los estatutos de primera generación aparecieron referencias expresas a éstas. Todos menos

---

<sup>10</sup> López Menudo (2009, 96). Expósito (2011) considera que la existencia de estas cláusulas y las exigencias que en ellas se contienen hacen *superfluas* los condicionantes que se establecen en la *STC 31/2010*, provenientes de la *STC 247/2007*, sobre el respeto al marco competencial pero también a los derechos fundamentales proclamados en la Constitución y en otras normas internacionales.

Navarra se centraron en la reproducción del principio de igualdad material y sustancial del art. 9.2 CE (Trujillo Pérez, 2008, 200) aunque no así ocurrió con el principio de no discriminación que sólo se incluyó en tres Comunidades de “tradicón socialista [... como] superación de toda discriminación en los ámbitos de la economía, la sociedad y la cultura [...] y en el] reconocimiento de los derechos lingüísticos” (Ortega Álvarez y Morcillo Moreno, 2008, 186), en las Comunidades con lenguas cooficiales. En los Estatutos de segunda generación esta disparidad se ha reducido y, salvo algunas excepciones, todos han previsto de una u otra manera, con mayor o menor fortuna, tanto el principio de no discriminación como la remoción de obstáculos que impiden la igualdad sustancial.

Comenzando por el principio de no discriminación, éste se encuentra de manera transversal como principio inspirador en todos los Estatutos reformados, como no puede ser de otra manera al seguir la estela marcada por la Constitución. Sin embargo, no todos los Estatutos lo han regulado de manera expresa en un sentido general. Es cierto que en todos se encuentra la no discriminación por razón de género, pero su estudio pormenorizado lo abordaremos en su momento. Así, podemos decir que carecen de una cláusula general la Comunidad Valenciana, las Islas Baleares, Castilla y León<sup>11</sup> y Extremadura. También es cierto que en éstos hay referencias expresas a la no discriminación, pero ligadas a situaciones específicas caracterizadas tradicionalmente por una diferencia de trato injustificada.

Sí aparece como un derecho estatutario propio tanto en el Estatuto de Cataluña como en el de Aragón; con el mismo tenor literal, el art. 15.2 EAC y el art. 12.1 EAAr prevén: “Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de ex-

<sup>11</sup> El art. 16.23 EACYL recoge como principio rector la idea de la no discriminación, pero de manera muy vaga en relación con el resto de Estatutos: “La no discriminación y el respeto a la diversidad de los distintos colectivos étnicos, culturales y religiosos presentes en Castilla y León, con especial atención a la comunidad gitana, fomentando el entendimiento mutuo y las relaciones interculturales”.

plotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal”.

A nuestro entender, en estos artículos se recogen en puridad dos derechos estatutarios distintos, si bien coaligados. Por un lado, ese derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, que podríamos intitular como derecho a la no discriminación, pues la no discriminación garantiza justamente el vivir con dignidad, seguridad, autonomía y libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, en definitiva, una plasmación de la igualdad en su sentido de derecho. El derecho a la igualdad es en definitiva garantía en contra de la discriminación arbitraria e injustificada, que impediría efectivamente una vida digna, segura y autónoma, y la colocación del sujeto en situaciones de explotación y malos tratos. Este derecho estatutario, pues, sería una cláusula general del principio de no discriminación, aunque los legisladores estatuyentes lo presenten en forma de derecho. Esto deberíamos entenderlo, si lo ligamos con el segundo derecho que consideramos previsto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como una manera de dar valor subjetivo al art. 10.1 CE, que prevé que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, son el fundamento del orden político y de la paz social. Por tanto, este *príus* constitucional, que no es derecho fundamental, tiene en estos estatutos una vuelta de tuerca en esa pretensión inicial de ampliar las garantías de los ciudadanos de las respectivas Comunidades. Conforme a lo visto *supra* estos derechos carecerían *per se*, a nuestro entender, de una sustantividad propia que no pudiera alcanzarse con la sola fuerza constitucional. Aquel valor transversal de la no discriminación que observábamos en las distintas redacciones estatutarias podría haberse expresado con otras técnicas normativas más adecuadas.

En este sentido, creemos junto a Ortega Álvarez y Morcillo Moreno (2008, 186), que el Estatuto de Andalucía es el que de manera más acertada ha previsto este principio de no discriminación. Dentro del Título I de los derechos, pero como antesala del capítulo donde los enumera, el Legislador estatuyente andaluz ha previsto en el art. 14 EAA la prohibición de discriminación. No podemos dejar de destacar la coincidencia numérica en que se regula este principio, que guarda un paralelismo con el art. 14 CE y que prevé precisamente la igualdad formal y la prohibición de discriminación. El art. 14 EAA señala:

“Se prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas”.

Con respecto al art. 14 CE, observamos que aquí se produce una redacción más completa y acorde con los tiempos en que se redactó, profundizando en el concepto de Estado social (vid. Ortega Álvarez y Morcillo Moreno, 2008, 197). En este sentido es muy expresivo el inciso final que garantiza la existencia de acciones de discriminación positiva a favor de los grupos menos favorecidos. Sin duda un acierto puesto que juridifica una medida necesaria para acabar con las injustas desigualdades, en especial cuando determinados sectores ideológicos son contrarios a este tipo de medidas so pretexto de una interpretación restrictiva de la igualdad formal, que se cohonestan mal con los principios y valores constitucionales de las sociedades democráticas avanzadas.

Como hemos dicho, este artículo es un pórtico del elenco de derechos estatutarios previstos en el Estatuto de Andalucía, y por tanto informa el ejercicio de los mismos. Pero no sólo eso, sino que, de acuerdo con el art. 38 EAA, vincula a todos los Poderes públicos de Andalucía por lo que funciona como un derecho estatutario, aunque no se encuentre elencado entre los mismos. Sin duda es interesante este reconocimiento expreso, que una vez más imita en cierto modo a la Constitución española, porque supone una garantía insoslayable para los ciudadanos frente a quien ostente la dirección del Gobierno andaluz. Es cierto que los Poderes públicos deben seguir como principio rector “la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad” (art. 37.1.2º EAA)<sup>12</sup>, pero este tenor sin duda es de menor intensidad que el precepto analizado.

Con una técnica similar el nuevo Estatuto de Canarias también prevé entre sus disposiciones generales y antes del capítulo de los derechos un derecho de igualdad y cooperación en su art. 11 EAIC. A nosotros nos interesa el derecho de igualdad que se prevé en sus dos primeros apartados, recogándose el de cooperación en el tercero. Este derecho de igualdad es una fórmula transaccional, con una redacción propia, entre los dos modelos que hemos visto: el catalán – aragonés y el andaluz. Con respecto del primero, el art. 11.1 EAIC señala: “Los poderes públicos canarios garantizarán las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas a la igualdad, la no discriminación, la participación en la vida pública, al desarrollo económico, la libertad y el respeto a los derechos humanos”. A diferencia de Cataluña, aquí no crean un derecho propio. Con unas palabras más sencillas, pero igualmente efectivas, consiguen ese carácter general y transversal que debe tener la no discriminación en toda actuación de los poderes públicos, así como otros elementos necesarios para coadyuvar de manera material a la buena vida de los ciudadanos, sin cargar sobre ellos la justiciabilidad de los elementos que perturben su mínimo existencial como ocurre en el caso catalán y aragonés.

El art. 11.2 EAIC sigue el modelo andaluz si bien con algunos matices en las razones para la no discriminación, que no le resta su actualidad y modernidad con respecto a los textos más clásicos en la materia. La gran diferencia es que no se presenta como una prohibición de discriminación, sino que prevé que “los poderes públicos garantizarán el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación”. A nuestro entender, en este tema creemos que la idea de la prohibición es mucho más efectiva y simbólica ante un tema tan transcendental como es la igualdad y la no discriminación. Prohibir no siempre es sinónimo de represión y en este caso es un símbolo de la defensa de los valores que hacen que nuestras sociedades sean más plurales y tolerantes frente a las opciones políticas que las menoscaban. En relación con esto, en lo que sí sigue plenamente al caso andaluz es en el reconocimiento de las medidas de acción positiva, cuya inclusión expresa ya la hemos valorado como un acierto.

Junto al principio de no discriminación apenas analizado, se completa esta visión general de la igualdad con la previsión de la idea de la igualdad material o sustancial con el principio de la remoción de los obstáculos que impiden la efectiva igualdad y libertad de los ciudadanos. Tampoco aquí hay uniformidad. Ni siquiera su inclusión ha sido unánime. Esto resulta altamente llamativo: que tras la reforma algunos Estatutos hayan perdido de su articulado un principio tan basilar (Trujillo Pérez, 2008), y más teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas son las que han desarrollado el Estado social. No lo prevén ni la Comunidad Valenciana, ni las Islas Baleares ni las Islas Canarias. Quizá la ausencia en esta última es la más sorprendente porque su nuevo Estatuto de 2018 sigue el modelo de los Estatutos de mayor intensidad (Pérez Miras, 2020).

Trujillo Pérez (2008, 205-207) ve en la vinculación a los derechos de los textos internacionales del art. 8.2 EACV y del 13.2 EAIB

un reconocimiento implícito de la igualdad sustancial<sup>13</sup>. Nos parece una interpretación generosa que sin duda busca afirmar que los poderes públicos se encuentran constreñidos por este principio. Creemos que en cualquier caso lo estaban por aplicación directa del art. 9.2 CE con lo que aquí debemos poner el acento en su desaparición tras la reforma del texto estatutario. Además, la mayor parte de los Estatutos recoge formulaciones similares, con lo que podríamos decir, siguiendo esa óptica, que el desarrollo que vamos a estudiar resultaría innecesario por su contenido implícito y su redirección a otros textos del espacio multinivel. Obviamente, defendemos la necesidad de una regulación expresa.

Entre los que sí lo mantienen de manera expresa, podemos distinguir dos grupos: los que lo incluyen como un principio general u objetivo y los que lo regulan como principio rector<sup>14</sup>. Aunque la diferencia práctica es mínima creemos que se cohonesta mejor con la naturaleza y la finalidad de la norma estatutaria la primera de las opciones.

Comenzando por estas, el art. 4.2 EAC señala dentro del Título preliminar:

“Los poderes públicos de Cataluña deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas; deben facilitar la participación de todas las personas en la vida política, económica, cultural y social, y deben reconocer el derecho de los pueblos a conservar y desarrollar su identidad.”

---

<sup>13</sup> En un sentido similar, habría que entender entonces el art. 9 EAC sobre la titularidad de los derechos.

<sup>14</sup> Trujillo Pérez (2008, 210) concluye que “la recepción estatutaria de la promoción de la igualdad sustancial permite también encontrar rasgos de algunos cambios que se están operando en su naturaleza, particularmente orientados a su progresiva conformación como derecho más que como principio.” Nosotros consideramos, en cambio, que seguimos ante principios que, no por ello, tienen menos virtualidad e importancia para el Ordenamiento y la vida real de las personas.

Llama poderosamente la atención que en esta redacción haya desaparecido la idea de la remoción de los obstáculos prevista en el art. 9.2 CE, pues resta justo en la locución que mayor valor y potencialidad le da al artículo en cuestión, y que manifiesta como ninguno la vocación transformadora de la Constitución. En un sentido similar, Trujillo Pérez (2008, 206) considera que esta eliminación, aunque subsumible en la idea de promoción “podría contribuir a ocultar o invisibilizar la potencialidad transformadora de este principio”. Asimismo, es llamativo el último inciso —el derecho de los pueblos a su identidad—, que se aparta del sentido general sobre el que escribimos en estas líneas y que responde indubitadamente al marcado carácter nacionalista con que se gestó el proyecto estatutario. Creemos que no era el lugar normativo oportuno, en caso de aceptar su idoneidad, la cual tampoco la vemos pues puede confundir al ciudadano sobre la sustancia principal del precepto<sup>15</sup>.

También en el Título preliminar el Estatuto de Andalucía mantiene los objetivos de la Comunidad en el art. 10 EAA, como parte de su *fórmula política* (Pérez Trujillo, 2008, 207). En concreto, el art. 10.1EAA, incluye como primer objetivo de la Comunidad la promoción de “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social”. Observamos que el precepto se mantiene más fiel al dictado del art. 9.2 CE, manteniendo acertadamente la remoción de los obstáculos y la referencia a los ciudadanos, en este caso los andaluces. Quizá hubiera sido preferible mantener la expresión de ciudadanos,

---

<sup>15</sup> Por su parte, Trujillo Pérez (2008, 206) considera que “esta adición introduce una perspectiva que es paradójicamente universalista y nacionalista, ya que puede ser entendida de las dos maneras y, en todo caso, acaba reforzando el contenido político atribuido habitualmente a la dignidad sustancial. Esta conclusión se asegura aún más si se tiene en cuenta el contexto axiológico en que se mueve la recepción del principio expresado, a su vez, por el apartado 3 del citado artículo 4”.

lo que hubiera incluido a los no andaluces que se encuentren en la Comunidad. Y quizá por ello lo realmente idóneo hubiera sido optar por el término persona que se emplea en el Estatuto catalán. Por otro lado, el Legislador estatuyente andaluz añade “el fomento de la calidad democrática” y un inciso final: “a tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias”. Esto nos parece un gran acierto porque, además de conectar los dos sentidos de la igualdad que estamos estudiando en este epígrafe, reconoce en ambos casos la necesidad de medidas de acción positiva, lo cual cobra una mayor importancia en el caso de la igualdad material donde estas acciones son de una vital importancia para remover efectivamente esos obstáculos.

Junto a lo acertado del contenido material de este artículo, Trujillo Pérez (2008, 207-208) señala la relevancia del carácter estructural y sistemático de la igualdad sustancial en el Estatuto de Andalucía, dado que los objetivos del art. 10 EAA se ven reforzados por los principios rectores del art. 37.1 EAA, que están orientados a su efectiva realización<sup>16</sup>. Además, el art. 37.2 EAA insiste en que estos principios buscan superar la desigualdad y discriminación de las personas y grupos que puedan derivarse de sus circunstancias personales o sociales, para lo que se les facilitará el acceso a los servicios y prestaciones e incluso supuestos de gratuidad. En este sentido conviene tener presente que el art. 40.2 EAA prevé que para el cumplimiento de los principios rectores se garantizará una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas.

Por su parte, dentro del Título I, pero en sus disposiciones generales, el art. 8.2 EACYL es el que sigue con mayor fidelidad el art. 9.2 CE. La única diferencia, en un sentido similar al caso andaluz, es la referencia a los castellanos y leones en vez de emplear el término ciudadanos. Por tanto, cabe realizar aquí las mismas apreciaciones que acabamos de ver sobre la bondad del uso del término persona.

Antes de pasar al grupo que regula la igualdad material como un principio rector, conviene volver a traer el caso de las Islas Ba-

leares. Ya hemos dicho que el nuevo Estatuto ha perdido su antigua referencia a este principio. Sin embargo, dentro del art 16 EAIB, dedicado a los derechos sociales, se puede leer en su apartado 4 que: “Las Administraciones públicas, en el marco de sus competencias respectivas, promoverán las condiciones necesarias para que los derechos sociales de los ciudadanos de las Illes Balears y de los grupos y colectivos en que se integran sean objeto de una aplicación real y efectiva”. Sin duda es una fórmula similar, aunque más ligera, tanto en su sentido como en su alcance con el principio de igualdad sustancial. Sin embargo, esa reducción solamente a los derechos sociales no nos parece que sea oportuna, aunque los denominados derechos sociales sean de vital importancia para la consecución de los fines de la igualdad material. Creemos que hubiera sido deseable mantener un artículo específico con carácter general, por el valor axiológico de este principio en el constitucionalismo contemporáneo.

Cambiando de grupo, dos Estatutos prevén la igualdad sustancial como principio rector. Comencemos por el art. art. 20 a) EAAR, que sigue el estilo castellano y leonés al establecer que:

“Corresponde a los poderes públicos aragoneses, sin perjuicio de la acción estatal y dentro del ámbito de sus respectivas competencias:

a) Promover las condiciones adecuadas para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los aragoneses en la vida política, económica, cultural y social.”

Por tanto, salvo por su expresa consideración como principio rector, observamos que la redacción se mantiene fiel al principio constitucional y que en nada obsta para considerar que ejerce en plenitud su sustantividad.

Pequeñas variaciones presenta el art. 7.1 EAE, que establece:

“Los poderes públicos regionales: 1. Ejercerán sus atribuciones con las finalidades primordiales de promover las condiciones de orden social, político, cultural o económico, para que la libertad y la igualdad de los extremeños, entre sí y con el resto de los españoles, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social de Extremadura, en un contexto de libertad, justicia y solidaridad.”

Vemos que en este caso el principio rector también se mantiene en lo sustancial en la línea con el resto de los Estatutos, incluyendo también la idea de la remoción de obstáculos. Sin embargo, conviene hacer notar que en el ámbito subjetivo hay unas variaciones con una importante connotación simbólica: señala que la libertad y la igualdad se predica de los extremeños entre sí y con el resto de los españoles. Asimismo, en la participación en la vida política, económica, cultural y social la circunscribe a Extremadura, pero se reconoce a *todos*. Es decir, sigue el modelo catalán que incluyó el término persona frente al tradicional de ciudadano, pero luego concreta y reconoce, con realismo, que esa vida va a desarrollarse en Extremadura, que es el ámbito territorial de la Norma estatutaria. Esta última redacción nos parece muy acertada y supone una evolución respecto de los Estatutos aprobados en el periodo 2006 – 2007. Aúna la deseable visión universalista que debe acompañar a este principio con la realidad del ámbito territorial al que se dirige la norma. Además, añade en el inciso final los principios de libertad, justicia y solidaridad con los que se relaciona contextualmente este principio de igualdad. Más allá de darle una mayor densidad al artículo, no creemos que suponga un refuerzo necesario para la finalidad sustantiva del mismo.

Tampoco entendemos que el art. 7.12 EAE reitere la idea de la remoción de obstáculos ligado a la igualdad entre mujeres y hombres. Sin perjuicio de que lo volvamos a tratar en su epígrafe correspondiente, no entendemos por qué se ha incluido aquí la idea de las medidas de acción positiva en vez de en la cláusula general del art. 7.1 EAE. Está claro que al Legislador estatuyente extremeño

no le ha importado innovar en ese artículo y al tiempo ya conocía sobradamente las técnicas normativas que usó, por ejemplo, el Estatuto de Andalucía. Hubiera sido deseable, pues, que se hubiera incluido este inciso en el primer principio rector con carácter general, sin perjuicio de su reiteración en la regulación de la igualdad de género. Habría hecho, a nuestro entender, que el Estatuto extremeño fuera un referente al menos en cuanto a la innovación del contenido material del principio y un modelo a seguir en las futuras reformas que acaecerán en el resto de los Estatutos.

#### **IV. LAS PREVISIONES DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

El tema de la igualdad entre mujeres y hombres ha supuesto un cambio radical en el panorama legislativo español, que en sus cuarenta años de democracia ha avanzado de manera sobresaliente en la efectividad de lo que podríamos considerar la primera y más palpable igualdad entre los seres humanos, puesto que la diferenciación biológica no es sino el presupuesto para que todos como personas nos consideremos desde el Derecho como iguales. La sensibilización a nivel mundial ante las injustas desigualdades a las que se ven sometidas las mujeres a lo largo del planeta es un signo del cambio necesario que debe darse en aras de la igualdad entre seres humanos. Es por ello que los Estatutos de segunda generación no podían quedar al margen del constante cambio de los tiempos, quizá en uno de los más visibles exponentes de las conquistas de la igualdad.

Ya los primeros Estatutos incorporaron de uno u otro modo la promoción de la mujer a partir de las competencias (F. Balaguer, 2008, 282). Esta idea, en cambio, ha dado paso a la igualdad de género, que se ha incorporado plenamente a todos los Estatutos reformados. Además, lo ha hecho de una manera transversal afectando a diversos artículos, siendo Andalucía la que de largo le ha dedicado mayor atención (vid. F. Balaguer, 2008, 284). Noso-

tros vamos a centrarnos en su inclusión como derecho estatutario o como principio rector.

Comencemos analizando el caso andaluz, que precisamente empieza su carta de derechos expresando en el art. 15 EAA que “se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”. Un artículo sencillo, directo y claro, sin pomposidad florida, que bajo la rúbrica de la igualdad de género afirma con contundencia que el tema de la igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión basilar para el ordenamiento jurídico. Un contenido fácilmente garantizable para las personas que no deja resquicio de dudas de su alcance, interpretación y significado. Ello además debe ponerse en conexión con el objetivo enunciado en el art. 10.2 EAA cuando señala: “La Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social.” El derecho estatutario es mucho más amplio en su alcance que el objetivo, puesto que este sólo se refiere a los andaluces y las andaluzas mientras que aquel cubre a todas las personas. Por ello hubiera sido deseable que el Legislador estatuyente andaluz hubiera previsto como objetivo simplemente la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, dado que las causas de discriminación laboral, cultural, económica, política y social resultan de manera más acusada en las personas que no tengan la condición de andaluces pero que residan en este territorio del sur de España<sup>17</sup>.

En un tono diferente, pero igualmente sencillo, claro y directo, el art. 14.1 EACYL establece que “se prohíbe cualquier discriminación de género u orientación sexual, ya sea directa o indirecta”. El contenido de este precepto es también fácilmente delimitable. Sin embargo, llama la atención el lenguaje expresado, tan contun-

---

<sup>17</sup> Debemos recordar aquí lo dicho *supra* sobre la relación entre los objetivos y los principios rectores, y en especial el contenido del art. 37.2 EAA sobre la orientación que deben seguir estos para la superación de las desigualdades.

dente, cuando acabamos de ver que Castilla y León carece de una cláusula general de no discriminación. Consideramos que esta idea de la prohibición hubiera sido deseable para referirse a la no discriminación en general y no sólo circunscrita al ámbito del género y de la orientación sexual. Creemos que la opción andaluza es más acorde con el espíritu y propósito de la igualdad de género y por ello preferimos aquí un lenguaje en positivo, ligado a las oportunidades, porque además nos da una idea proactiva por parte de la Comunidad Autónoma para conseguir la efectiva igualdad. La redacción castellana y leonesa, en cambio, presenta una perspectiva abstencionista que nos da una imagen más pasiva del rol de la Comunidad Autónoma. Es cierto, empero, que a este artículo le acompaña un segundo apartado, en el que, ahora sí, despeja cualquier duda en cuanto al compromiso de Castilla y León en aras de la igualdad de género dado que señala el art. 14.2 EACYL que:

“Los poderes públicos de Castilla y León garantizarán la transversalidad del principio de igualdad de género en todas sus políticas, promoviendo acciones positivas para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sobre todo en los ámbitos educativo, económico, laboral, en la vida pública, en el medio rural, en relación con la salud y con los colectivos de mujeres en situación de necesidad especial, particularmente las víctimas de violencia de género.”

Este artículo es bastante prolijo y compensa sobradamente la mera idea prohibitiva del primer apartado. Hay un mandato claro a los poderes públicos para la realización efectiva de la igualdad de género, incluso con previsiones específicas de acciones de discriminación positiva. No obstante, seguimos prefiriendo la opción andaluza, puesto que esa previsión de medidas de acción positiva se encuentra prevista expresamente en la cláusula general y, por ende, las medidas necesarias para la igualdad de género se encuentran subsumibles en aquella, para lo que no tendría sentido, en buena técnica legislativa, su reiteración en el derecho estatutario concreto. Además, el Legislador estatuyente andaluz ha optado para

su configuración como un clásico derecho, mientras que Castilla y León ha seguido en la redacción más la idea de un principio.

El Estatuto de las Islas Canarias adopta un modelo mixto entre los dos Estatutos anteriores. Así, el art. 17 EAIC establece que:

“1. Los poderes públicos canarios garantizarán la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito público y privado, y velarán por la conciliación de la vida familiar y profesional.

2. Se adoptarán medidas efectivas para educar en valores de igualdad, no sexistas, así como políticas y acciones activas que proporcionen a las mujeres protección integral a las víctimas de la violencia machista, prestando especial atención a las medidas preventivas.”

Además de garantizar en el primer inciso la igualdad de género, añade la idea de la conciliación familiar y laboral, que es sin duda uno de los campos de acción más reales donde los roles de género siguen siendo aún determinantes tanto en relación con el hogar como en el desarrollo profesional. El segundo apartado, en cambio, es mucho menos efectivo en su redacción que el caso castellano y leonés. Se limita a hablar de una educación en valores de igualdad y de no sexismo y del reconocimiento de la violencia machista, que la abordaremos en su epígrafe correspondiente. Así, centrándonos en la primera de las ideas, la de la educación, se nos antoja insuficiente pues en realidad se hace depender de la voluntad política de turno, restando pues eficacia al derecho estatutario en cuestión. Además, esta idea de la educación en valores debería ser común y transversal a todos los derechos estatutarios, si realmente creemos que buscan una ciudadanía más virtuosa. Por ello no nos parece oportuno, por muy importante que nos parezca el tema, que se ligue sólo a la igualdad de género esta educación en valores. Por otro lado, esta expresión nos parece más propia de un principio rector que de un derecho estatutario, con que lo deseable hubiera sido que se hubiera previsto como tal, limitándose la redacción

del derecho estatutario a la igualdad de género primordialmente al primer apartado.

De hecho, el Legislador estatuyente canario ha sido muy prolijo en los principios rectores relacionados con la igualdad de género, con lo que hubiera sido lo suyo incorporar a ese listado el tema de la educación, que hubiera encajado perfectamente. Hasta tres principios se dedican, de acuerdo con el art. 37 EAIC:

“Los poderes públicos canarios asumen como principios rectores de su política:

4. La igualdad de las personas y los grupos en que se integran, y especialmente el respeto a la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular, en materia de empleo, trabajo y retribución.

5. Los poderes públicos deben garantizar la transversalidad en la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas públicas.

6. La erradicación de la sociedad canaria de actitudes sexistas, xenófobas, racistas, homófobas, bélicas o de cualquier otra naturaleza que atenten contra la igualdad y la dignidad de las personas.”

En el caso de la Comunidad Valenciana, que es escaso en su tabla de derechos, sí prevé un artículo específico a la igualdad de género, lo que nos da una idea de la importancia de este tema. El art. 11 EACV establece que:

“La Generalitat, conforme a la Carta de Derechos Sociales, velará en todo caso para que las mujeres y los hombres puedan participar plenamente en la vida laboral, social, familiar y política sin discriminaciones de ningún tipo y garantizará que lo hagan en igualdad de condiciones. A estos efectos se garantizará la compatibilidad de la vida familiar y laboral.”

Vemos que aquí ya se introdujo el tema de la conciliación de la vida familiar y laboral, que luego ha sido incluido, como hemos visto, en Canarias. Lo más destacado, en cambio, del artículo es que la igualdad de género no aparece con sustantividad propia sino mediada por la futura existencia de la denominada Carta de Derechos Sociales (art. 10.2 EACV). De hecho, este artículo 10, dedicado a los derechos sociales, es en realidad una piedra angular y un cajón de sastre de los principales derechos sobre los que pueden actuar las CCAA dadas sus competencias. En la larga pormenorización del art. 10.3 EACV se incluye la “igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo y trabajo”. En este sentido, aunque en general somos partidarios de la redacción diferenciada de cada derecho estatutario, creemos redundante el contenido del art. 11 EACV pues poco cambia respecto a lo establecido en el art. 10.3 EACV, más allá del tema de la conciliación familiar y laboral. Teniendo en cuenta, además, que el Estatuto valenciano —el primero en abrir el proceso de reformas estatutarias, recordemos— es escaso y poco intenso en la regulación de los derechos estatutarios, este artículo 11 se antoja de carácter estético puesto que, al vincularlo al futuro desarrollo de la Carta de Derechos Sociales, estaría repitiendo lo dispuesto en el art. 10 EACV. Se podría entender que la regulación específica en el art. 11 EACV responde a una idea de sustantividad propia diferente al contenido del art 10 EACV dedicado a los derechos sociales. Pero al ligar su contenido “conforme a la Carta de Derechos Sociales”, creemos que el Legislador estatuyente valenciano razona en el sentido de considerar los derechos estatutarios como una especie de desarrollo de los derechos sociales y de los principios rectores del capítulo III de la Constitución española, lo cual también ha quedado en el imaginario de una gran parte de la doctrina y de los estudiosos e interesados en el tema. Sin embargo, nuestra postura es mucho más amplia y de ahí esta crítica.

Por su parte, el Estatuto de las Islas Baleares, vuelve aquí a seguir, como es costumbre, el modelo valenciano. Efectivamente en su art. 16 EAIB prevé también una Carta de Derechos Sociales, calcando

en su apartado 3 la idea de la “igualdad de derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos, en particular en materia de empleo y trabajo”. También dedica el art. 17 EAIB a la no discriminación por razón de sexo, pero aquí presenta destacadas diferencias. En sus dos primeros apartados establece que:

“1. Todas las mujeres y hombres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía.

2. Las Administraciones públicas, según la Carta de Derechos Sociales, velarán en todo caso para que las mujeres y los hombres puedan participar plenamente en la vida laboral, social, familiar y política sin discriminaciones de ningún tipo y garantizarán que lo hagan en igualdad de condiciones. A estos efectos se garantizará la conciliación de la vida familiar y laboral”.

Esta letra ya nos puede resultar familiar. El primer apartado no es sino una copia del art. 15.2 EAC. Vimos *supra* que este artículo, que compartía dicción con el art. 12.1 EAAR, preveía que “todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal”. Dos derechos, entendimos entonces, si bien incardinados. En el caso balear nos encontramos, a nuestro juicio, con una mala copia dado que, aun pudiendo todavía diferenciar dos derechos, desaparece justo de la redacción la idea de la discriminación. Esta idea, por tanto, tan sólo la encontramos en la intitulación del artículo, restringida además al ámbito sexual. Recordemos que el Estatuto balear carecía de una cláusula general de no discriminación con lo que nos cuesta comprender el sentido de la fórmula elegida por el Legislador estatuyente balear. No hay en el contenido del primer apartado nada que nos indique que estamos ante una prohibición de discriminación, aunque sea por razón de sexo. Se ha limitado a sustituir “todas las personas” por “todas las mujeres y hombres”, como si ambos conceptos no fueran sinónimos. Podemos entender que se distingue entre

mujeres y hombres precisamente en el sentido que estamos analizando en este epígrafe, para remarcar la necesidad de la igualdad de género y marcar claramente la realidad subjetiva a la que se dirige el artículo. Aquí, en el caso del art. 17.1 EAIB nada añade sino una redundancia que no acompaña el contenido real de ese apartado, puesto que, por un lado, se refiere a ese derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por otro lado, el derecho a una vida materialmente buena<sup>18</sup>. Una cosa positiva, a colación, se puede decir del orden elegido por el Legislador estatuyente balear y es que atendiendo a un sentido cronológico nos parece más oportuno, aunque sea cuestión de matices, remarcar primeramente el libre desarrollo de la personalidad y después garantizar esa vida digna, segura y autónoma.

Continuando con el segundo apartado, vemos igualmente que nos resulta familiar, pues es una copia del art. 11 EACV. Aquí sí encontramos, por consiguiente, la idea de la no discriminación, aunque a nuestro juicio estamos en puridad en la idea de la igualdad de género que hemos visto en el caso valenciano. Podemos remitirnos aquí a las críticas realizadas en el caso valenciano, en especial en el hecho de que se circunscriba esta igualdad de género al ámbito de los derechos sociales “conforme a la Carta de Derechos Sociales”. Resumiendo, la opción balear no nos parece afortunada, en ninguno de sus dos apartados. Una visión superficial podría llevarnos a pensar en una mayor regulación por parte del Legislador estatuyente isleño con respecto al levantino, pero en la sustancia que estamos tratando, no realiza ningún aporte significativo, y sin embargo se le pueden achacar las críticas a las que nos hemos referido.

Entrando ahora en el estudio del Estatuto catalán, este se aparta de la tónica general que más o menos comparten todos los Estatu-

---

<sup>18</sup> Esta idea, a nuestro entender, estaría subsumida en el derecho de no discriminación que hemos identificado anteriormente para los casos catalán y aragonés, y que en cualquier caso respondería a una idea superior como es la igualdad material que caracteriza nuestro Estado social.

tos analizados. El art 19 EAC<sup>19</sup> versa sobre el derecho de las mujeres, con la siguiente dicción literal:

“1. Todas las mujeres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y todo tipo de discriminación.

2. Las mujeres tienen derecho a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados.”

A nuestro entender aquí se produce un apartamiento de la idea de la igualdad entre mujeres y hombres para presentarlo como un derecho exclusivo de un colectivo. No consideramos que las mujeres deban ser consideradas como un colectivo similar a la tercera edad, los jóvenes o los niños<sup>20</sup>. Las mujeres no son un grupo frágil con especiales condiciones a las que haya que ayudar para evitar posibles injusticias y desigualdades, sino que son personas titulares de derechos y como tales deben ser tratadas en las mismas condiciones de igualdad con respecto a los hombres. Las situaciones en las que efectivamente todavía hoy se da una injustificable desigualdad y discriminación no debe hacernos pensar que la mujer, por sí, necesite de una constante tutela y especial protección. Esto, a nuestro entender, se aparta de un razonamiento basado verdaderamente en la igualdad; para nosotros no cabe no pensar que la mujer como persona tiene una posición igual del hombre como persona. Que desde los poderes públicos, e incluso desde la concienciación individual, haya que remover los obstáculos que todavía hoy nos colocan en posiciones de vergüenza insostenibles ante

---

<sup>19</sup> “1. Todas las mujeres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y todo tipo de discriminación. 2. Las mujeres tienen derecho a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados.”

<sup>20</sup> En los siguientes artículos del Estatuto de Cataluña se abordan todos estos grupos o colectivos.

injustificadas diferencias de trato, no significa que la mujer deba ser considerada como un colectivo con un derecho especial y distinto del que se podría conseguir aduciendo a la igualdad de género en el sentido en que lo han hecho todos los demás Estatutos —que además, recordemos, aquí sí hay unanimidad en la inclusión de esta materia en el contenido estatutario—. Además, los derechos de las mujeres, si se quiere, no pueden circunscribirse solamente al ámbito regulado, pues se están dejando fuera auténticos derechos que pertenecen propiamente a las mujeres por su condición de tal, como son los referidos a la maternidad.

Esta discrepancia no debe evitar considerar otras cuestiones que surgen al analizar el artículo. En primer lugar, observamos que el art. 19.1 EAC es un calco del art. 15.2 EAC, ya varias veces mencionado. Tan sólo cambia el sujeto titular, cambiando la referencia a todas las personas por “todas las mujeres”. Creemos que resulta evidente que en el art. 15.2 EAC ya estaban incluidas las mujeres, como personas que son. Nos parece que esta reiteración consigue justo el efecto contrario al pretendido, porque se estaría manteniendo en realidad un pensamiento masculino como dominante en la aproximación y redacción del Estatuto. Si se contraponen dos artículos con el mismo contenido, y uno se dedica expresamente a la mitad de la población, se está dejando en el inconsciente que el derecho de la otra mitad, el hombre, es el que se encuentra en el que se supone debería tener una visión general. En segundo lugar, el art. 19.2 EAC fuerza su redacción para presentar como un derecho de las mujeres lo que en realidad es el derecho de igualdad de género, que se predica como no puede ser de otro modo de mujeres y de hombres. Sin duda nos parece más deseable la fórmula adoptada por Andalucía. Igualmente, el Legislador estatuyente catalán podría haber optado por incluir medidas directas y concretas que acompañaran ese derecho estatutario de la igualdad de género. Es cierto, sin embargo, que ha previsto un largo principio rector en el art. 41 EAC, con el siguiente tenor:

“1. Los poderes públicos deben garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso a la ocupación, la formación, la promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluida la retribución, y en todas las demás situaciones, así como garantizar que las mujeres no sean discriminadas por causa de embarazo o maternidad.

2. Los poderes públicos deben garantizar la transversalidad en la incorporación de la perspectiva de género y de las mujeres en todas las políticas públicas para conseguir la igualdad real y efectiva y la paridad entre mujeres y hombres.

3. Las políticas públicas deben garantizar que se haga frente de modo integral a todas las formas de violencia contra las mujeres y a los actos de carácter sexista y discriminatorio; deben fomentar el reconocimiento del papel de las mujeres en los ámbitos cultural, histórico, social y económico, y deben promover la participación de los grupos y las asociaciones de mujeres en la elaboración y evaluación de dichas políticas.

4. Los poderes públicos deben reconocer y tener en cuenta el valor económico del trabajo de cuidado y atención en el ámbito doméstico y familiar en la fijación de sus políticas económicas y sociales.

5. Los poderes públicos, en el ámbito de sus competencias y en los supuestos previstos en la ley, deben velar para que la libre decisión de la mujer sea determinante en todos los casos que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental, en particular en lo que concierne al propio cuerpo y a su salud reproductiva y sexual.”

Este artículo sí que prevé prácticamente todas las situaciones en las que la condición de mujer puede ser determinante en el desarrollo personal, incluso algunas que superan los ámbitos competenciales de la Comunidad Autónoma. Este nos parece, pues, el verdadero artículo de referencia para el caso catalán, donde su detalle puede dar pistas y orientaciones de una buena inter-

pretación y de medidas con perspectiva de género que coadyuven a evitar y a eliminar situaciones injustificadas de discriminación contra la mujer. Mucho más efectivo, por ende, este principio rector que el derecho estatutario previsto en el art. 19 EAC, que por su contenido no tiene la fuerza que el precepto mereciera. El valor simbólico que podría haber pretendido darle el Legislador estatuyente catalán con esa determinación subjetiva, que se aparta de la común regulación en los textos de alto nivel, no compensa el escaso alcance y significado de su contenido, que es compensado, sin embargo, por un profuso principio rector, mucho más efectivo en la consecución de la finalidad de la norma. Además, esto debe ponerse en relación con el art. 4.3 EAC, que dentro del Título preliminar, señala que los poderes públicos deben promover, entre otros valores, el de la equidad de género.

Los dos Estatutos que nos quedan por analizar ya prevén simplemente la igualdad de género como principio rector, y de manera mucho más modesta que la que acabamos de ver en Cataluña, pero no por ello con menor potencialidad. Así, el art. 24 c) EAAr establece que: “Los poderes públicos aragoneses orientarán sus políticas de acuerdo con los siguientes objetivos: c) Garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos, con atención especial a la educación, el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.” Aunque hubiera sido deseable que esta misma regulación se hubiera realizado como derecho estatutario, es verdad que el Estatuto de Aragón, como hemos visto, prevé un derecho específico en el art. 12 EAAr con el principio de no discriminación, con lo que debemos conectar ambos artículos para comprender el sentido y alcance que el Legislador estatuyente aragonés ha querido dar a esta materia de la igualdad de género.

Por su parte, el art. 7.12 EAE, con un lenguaje más recargado, apunta que:

“Los poderes públicos regionales: 12. Consideran un objetivo irrenunciable que informará todas las políticas regionales y la práctica de las instituciones, la plena y efectiva igualdad de la

mujer en todos los ámbitos de la vida pública, familiar, social, laboral, económica y cultural. Asimismo, removerán los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad real y efectiva mediante las medidas de acción positiva que resulten necesarias.”

Teniendo en cuenta la idiosincrasia del Estatuto extremeño es normal que no prevea un derecho estatutario, aunque en este caso, cumple con todos los factores y elementos para entender de este precepto una sustantividad similar a la de los derechos estatutarios. En este caso también considera como sujeto principal a la mujer. Igualmente, aquí hubiéramos preferido una formulación más clásica previendo la igualdad entre hombres y mujeres, y más teniendo en cuenta que estamos en presencia de un principio rector. Además, como ya hemos apuntado *supra*, creemos que hubiera sido mejor que la idea de las medidas de acción positiva se incluyera en la cláusula general del art. 7.1 EAE, aunque está claro, dado el sentido que el Legislador estatuyente extremeño le ha querido dar al precepto poniendo a la mujer como destinataria, que la referencia resulta oportuna para esa cuestión específica. De este modo se pone el foco en las medidas que tradicionalmente vienen funcionando para evitar las injustas desigualdades que han tenido —y aún tienen— que sufrir muchas mujeres.

## V. ESPECIAL REFERENCIA A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Como hemos podido comprobar en el repaso de las distintas dicciones literales que acabamos de leer, dentro de la cuestión de la igualdad de género resale un tema que nos parece trascendental en la sociedad actual y por ello le hemos querido dedicar un epígrafe concreto. La violencia machista es una de las peores lacras que sufre nuestra sociedad, pues no hay justificación alguna que quepa ante el uso de la fuerza por parte de los hombres ante las mujeres por la mera razón de ser mujeres. Cuando además determinados sectores ideológicos están cargando contra esta cuestión, poniendo incluso en duda su existencia, cobra mayor im-

portancia el hecho de que en algunos Estatutos de Autonomía haya previsiones concretas, pues impediría, a nuestro entender, el total vaciamiento o desaparición de las medidas de apoyo que, dentro de sus competencias, prestan las Comunidades Autónomas a las víctimas de violencia de género. Funcionan, así, estas inclusiones como garantía contra mayoritaria. Y ante un real y verdadero peligro de involución, los derechos estatutarios pueden cobrar una especial virtualidad para evitar regresiones injustificadas so pretexto de prebendas y apoyos políticos.

Aunque a nivel estatal la violencia de género tiene su asidero legal en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>21</sup>, sin embargo, las Comunidades Autónomas tienen un amplio margen para ayudar a las víctimas de violencia machista. Normalmente estas ayudas se han producido mediante la aprobación de leyes autonómicas, que vienen a completar en su caso a los Estatutos de Autonomía (Galera Victoria, 2012, 6).

Como hemos visto, los Estatutos de la Comunidad Valenciana y de las Islas Baleares comparten estructura y alcance en el tema de la igualdad de género, relacionándola con los derechos sociales previstos respectivamente en los arts. 10.3 EACV y 16.3 EAIB. En dichos artículos se prevé expresamente “protección social contra la violencia, especialmente de la violencia de género”. Por tanto, los poderes públicos de esas Comunidades están obligadas a establecer toda una serie de medidas normativas y administrativas que realicen tal mandato.

En Cataluña, por su parte, en el largo art. 41 EAC se prevé en el primer inciso del apartado 3 que “las políticas públicas deben garantizar que se haga frente de modo integral a todas las formas de violencia contra las mujeres y a los actos de carácter sexista y discriminatorio”. A diferencia del anterior —en el que se regulaba de manera genérica la protección social contra la violencia,

---

<sup>21</sup> «BOE» núm. 313, de 29/12/2004.

indicando de un modo especial la que fuera por motivos de género—, en este caso el precepto versa directamente sobre la violencia de género. Ambas redacciones nos parecen oportunas, pero conviene resaltar que en el caso catalán se incluye también la referencia a los actos de carácter sexista y discriminatorio, pues, sin llegar en muchos casos a la violencia, este tipo de actos minan igualmente la integridad de la mujer.

También como principio rector, el art. 30 EAAR, dentro de lo que denomina promoción de valores democráticos, señala en su último inciso, tras declarar la no violencia como un valor de la sociedad aragonesa, que los poderes públicos de Aragón deberán facilitar “la protección social de las víctimas de la violencia y, en especial, la de género y la de actos terroristas”. Quizá este tema hubiera merecido un artículo específico o un tratamiento conjunto con la igualdad de género. Recordemos que ésta se regulaba también como principio rector dentro de la lista del art. 24 EAAR. Esto le hubiera dado a la igualdad de género una importancia simbólica deseable dentro del Estatuto aragonés, pues al final resulta evidente que el Legislador estatuyente aragonés se encuentra preocupado por este tema de la igualdad de género y esa lacra que es la violencia machista.

Dentro del derecho estatutario a la igualdad de género del art. 14 EACYL, Castilla y León establece de manera específica y expresa la promoción de acciones positivas para lograr la igualdad de oportunidades. Entre estas destaca de un modo relevante las que deben dirigirse a “los colectivos de mujeres en situación de necesidad especial, particularmente las víctimas de violencia de género.”

También dentro del derecho estatutario canario, siguiendo el modelo castellano y leonés, el art. 17.2 EAIC, prevé la adopción de “políticas y acciones activas que proporcionen a las mujeres protección integral a las víctimas de la violencia machista, prestando especial atención a las medidas preventivas”.

Por último, queremos destacar el caso andaluz, que le dedica un derecho estatutario propio al asunto de la violencia de género. Efectivamente, tras proclamar en el art. 15 EAA el derecho de igualdad de género, el art. 16 EAA establece que: “Las mujeres tienen derecho a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas.” Nos parece un acierto esta regulación autónoma, resalta un compromiso político de la sociedad andaluza para luchar y erradicar la lacra machista. Además, es el más completo en cuanto a contenido se refiere, por lo que determina con claridad el campo de actuación del legislador autonómico marcando la forma con que la Comunidad Autónoma colabora en esta cuestión —medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas—. Aquí, como no podría ser de otra manera, el sujeto del derecho es la mujer, este sí es un típico derecho de la mujer que ella y sólo ella tiene por la especial situación a la que se puede ver sometida en contra de su voluntad. De este modo, volvemos a llamar la atención del art. 19 EAC, que podría haber previsto un derecho similar para hacer auténtico honor a su intitulación. Sin embargo, con esta regulación se está dejando fuera de las ayudas a las otras víctimas de la violencia de género, como podrían ser los hijos. En las redacciones de los anteriores Estatutos consideramos que sí entrarían estos sujetos en la consideración de víctimas mientras que en el solo art. 16 EAA resultaría más difícil de encajar. Por tanto, se echa en falta en el caso andaluz una referencia o más genérica o específica que pudiera dirigirse también a los huérfanos como consecuencia del feminicidio. En cualquier caso, esta redacción no impide al legislador autonómico prever una cobertura para estas situaciones.

Vemos cómo este tema de la violencia de género causa cierto consenso también entre los Estatutos reformados, salvo Extremadura, y se regula de modo más o menos similar en todos ellos. Lo importante en este caso es su inclusión ya sea como derecho estatutario o como principio rector, pues muestra la sensibilidad que hacia el tema debe prestarse por los poderes autonómicos. Aunque lo realmente efectivo son buenas regulaciones legislativas,

la inclusión en los Estatutos de Autonomía, una vez más, muestran un valor axiológico del que deben hacer gala las Comunidades que han reformado con esta óptica sus Estatutos.

## **VI. EL RECONOCIMIENTO EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE LA LIBRE ORIENTACIÓN SEXUAL Y DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO**

Este estudio sobre la igualdad en los Estatutos de Autonomía debe completarse con la otra gran vertiente que afecta a la identidad de las personas, sus intimidades y a la esencia de su personalidad. La perspectiva sexual es altamente trascendente para todos los individuos y por ello, unos Estatutos que al reformarse buscaban ampliar su base personalista no podían dejar de abordar la cuestión de la orientación sexual y la identidad de género. La actualidad de estos temas y el necesario avance hacia el reconocimiento de los derechos de contenido sexual, en especial en lo referente a la protección de las personas LGTBIQ+, no debe impedirnos observar que estamos ante dos realidades complejas, ambas conectadas como hemos dicho con los derechos de contenido sexual pero también con los derechos de igualdad, y por tanto con conexiones a su vez con los otros derechos estudiados en estas páginas (vid Magán Perales, 2008, 298). Asimismo, debemos considerar que estos dos derechos no tienen la misma intensidad ni presentan el mismo grado de problematicidad. En este sentido, el derecho a la libre orientación sexual no deja de ser una especificación —insoslayable— del principio del libre desarrollo de la personalidad. Sin duda, en nuestra conformación como personas está la de determinar libremente nuestra orientación sexual y así poder ser libres para autoafirmarnos como heterosexuales, homosexuales, bisexuales, asexuales y poder relacionarnos en consecuencia con otras personas en el plano sexual y afectivo. Más complicado nos parece el tema de la identidad de género puesto que en los últimos tiempos estamos viviendo una explosión de identidades que está provocando discusión tanto en el plano académico y doc-

trinal como en el ámbito normativo. Buena muestra de ello son las tensiones en el seno del gobierno de coalición español en torno al proyecto de la denominada *ley trans*. En cualquier caso, esto no nos afecta para entender la tutela que de la identidad de género se hace en los Estatutos Autonomía reformados que lo hayan previsto. Solo el devenir de los acontecimientos marcará la necesidad de replantearnos algunos postulados. En cualquier caso, nos parece un logro destacable el que se haya incluido esta materia en el elenco de los derechos de los nuevos Estatutos porque resulta claro que en los Estatutos de primera generación no encontramos ninguna referencia a la materia (Magán Perales, 2008, 304). La visibilización que se ha producido en la sociedad en las últimas décadas ha tenido respaldo normativo, por ejemplo, a nivel estatal con la aprobación del matrimonio igualitario en 2005<sup>22</sup> —justo la época en la que se estaba procediendo con la reforma de la mayor parte de los Estatutos de segunda generación—.

Comencemos por el Estatuto que, a nuestro juicio, mejor regula este tema. Como está siendo habitual en este análisis, el Estatuto de Andalucía es uno de los que mayor sustantividad da a los derechos estatutarios. Mantiene así su tónica y le dedica el art. 35 EAA, en el que podemos leer: “Toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género. Los poderes públicos promoverán políticas para garantizar el ejercicio de este derecho.” Se trata de un derecho sencillo pero efectivo. Evita las alharacas y se centra en el reconocimiento de dos derechos imprescindibles para el desarrollo de la personalidad de los individuos. En relación con ello podemos destacar que su ámbito subjetivo es universal, no lo circunscribe a la ciudadanía, lo que implica que es un derecho de todas las personas con independencia de la situación jurídica con la que se encuentren en Andalucía. Deja al legislador autonómico un amplio margen para su desarrollo al tiempo que manda a todos los poderes públicos de Andalucía la promoción de toda clase de medidas, normativas y administra-

---

<sup>22</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. («BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005).

tivas, que garanticen el derecho<sup>23</sup>. Recordemos que el art. 14 EAA ya preveía con carácter general la prohibición de discriminación por razón, entre otros, de orientación sexual, pero no a la identidad de género. Se complementan así ambos artículos, porque el contenido del art. 35 EAA es mucho más amplio y específico que el de la mera prohibición de discriminación, cuya inclusión es en sí misma un hito por suponer un avance con respecto a lo dispuesto en el nivel constitucional. Por tanto, estamos ante un derecho estatutario necesario, de un alto valor simbólico y también de una potencialidad extrema ante posibles mayorías que pretendan un retroceso en los avances logrados en estas décadas.

Las Islas Baleares siguen el modelo andaluz, y con el mismo tenor literal, el art. 17.3 EAIB declara que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género. Los poderes públicos promoverán políticas para garantizar el ejercicio de este derecho.” En vez de dedicar un solo artículo lo incluye dentro del artículo dedicado a la igualdad de género, lo cual también nos parece acertado. Nos resulta llamativo que, en este caso, el Estatuto balear se convierte en uno de los más avanzados al contener un derecho estatutario específico, y máxime cuando hemos estudiado hasta el momento que, al seguir el modelo valenciano, ha dejado de regular aspectos importantes de nuestro objeto de investigación.

También le dedica un solo artículo el art. 18 EAIC, que establece: “Los poderes públicos canarios reconocerán, de acuerdo con la ley, el derecho de las personas a su identidad de género y garantizarán la no discriminación por este motivo o por su orientación sexual.” Vemos que el Legislador estatuyente canario abandona la senda del modelo andaluz e introduce unos matices que no nos parecen menores. En primer lugar, decae el reconocimiento de los dos derechos, por un lado, se mantiene el derecho a la identidad de gé-

---

<sup>23</sup> Magán Perales (2008, 205), por su parte, considera que se trata de “un artículo redundante, pero que resulta de enorme interés por cuanto tratan separadamente dos cuestiones: la orientación sexual y la identidad de género”.

nero, pero por el otro, la orientación sexual se presenta tan sólo como un factor de no discriminación. No podemos perder de vista que el art. 11.2 EAIC no regulaba con profusión el principio de no discriminación, por lo que hubiera sido deseable que se hubiera incluido la no discriminación por la orientación sexual en la cláusula general y el art. 18 se hubiera dedicado al reconocimiento de los dos derechos de contenido sexual. Observamos, además, que el Estatuto canario está influido por la moda dominante en el momento de su redacción, pues prioriza el derecho a la identidad de género. Por fortuna el orden de los factores no altera el producto. Sí nos parece raro, y conviene destacarlo, el hecho de que se presente como un derecho de configuración legal; a nuestro entender, por la naturaleza de los derechos estatutarios no era necesario establecer ese “de acuerdo con la ley”. Tengamos también en cuenta que el sujeto de la locución son los Poderes públicos canarios y parece desprenderse que sólo reconocerán el derecho en tanto se legisle al respecto. Creemos que hubiera sido más adecuado reconocer de manera solemne ambos derechos, y a continuación añadir que una ley del Parlamento regulará el derecho de las personas a su identidad de género. Está claro que, frente a los casos andaluz y balear, de corte más aséptico, la opción canaria supone un mayor énfasis en el tema de la identidad de género, defiriendo el consenso necesario ante esta polémica cuestión a una futura ley. Sólo esto explica, a nuestro entender, esta redacción del primer inciso. Pero no tendría sentido, dado que el reconocimiento del derecho a la identidad de género no predetermina cuál vaya a ser su desarrollo y alcance, como hemos señalado al inicio de este epígrafe.

Castilla y León, como ya hemos visto, regula en el art. 14.1 EACYL la prohibición de “cualquier discriminación de género u orientación sexual, ya sea directa o indirecta”. Recordemos que Castilla y León carecía de una cláusula general de no discriminación. Esta es, por tanto, la única referencia que se hace al tema de la orientación sexual y a la identidad de género. Debemos entender, con Magán Perales (2008, 306) que a éste ha querido hacer referencia el Legislador estatuyente al hablar de “discriminación

de género”. Considera este Autor que la discriminación por género, en referencia a la mujer, se encuentra regulada específicamente en el art. 14.2 EACYL.

Hasta aquí los Estatutos que han previsto un derecho estatutario. A continuación, pasamos a estudiar su inclusión como principio rector. Debe tenerse presente que la Comunidad Valenciana no contiene ninguna regulación al respecto.

El caso de Cataluña es significativo, porque tampoco prevé de manera autónoma un principio rector sobre la orientación sexual y la identidad de género. Y ya hemos visto que sorprendentemente tampoco ha previsto un derecho estatutario en tal sentido. A diferencia de lo ocurrido con la perspectiva de género regulada en el art. 41 EAC, las únicas referencias a la orientación sexual, que no a la identidad de género, se encuentran dentro del art. 40 EAC sobre protección de las personas y de la familia. Y lo hace, además, de manera indirecta, no de forma autónoma. En primer lugar, en el art 40.7 EAC, al referirse a las uniones estables de pareja señala que no pueden discriminarse por su orientación sexual, es decir, promueve la igualdad de las parejas de hecho tanto heterosexuales como homosexuales. En segundo lugar, el art. 40.8 EAC establece que:

“Los poderes públicos deben promover la igualdad de todas las personas con independencia de su origen, nacionalidad, sexo, raza, religión, condición social u orientación sexual, así como promover la erradicación del racismo, del antisemitismo, de la xenofobia, de la homofobia y de cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas.”

Este artículo no deja de ser, en su primera parte, una reiteración del principio de no discriminación, con referencia expresa a la orientación sexual. Creemos que hubiera sido deseable que simplemente se hubiera previsto como derecho estatutario, en vez de regularse como principio rector dentro del ámbito de la persona y la familia. Propiamente este último apartado del art. 40 EAC

no guarda, a nuestro juicio, una relación clara y directa con el tema del artículo. Está claro que guarda relación con la protección de la persona, pero cabe preguntarnos qué ámbito, en el fondo, no entraría en el mismo. Además, la última parte del art 40.8 EAC bien hubiera merecido ser reconocido como un principio rector en un artículo propio. De aquí queremos destacar que se hace una mención expresa a la erradicación de la homofobia, siendo “la primera vez que [ésta] se recoge en una norma de rango tan alto” (Magán Perales, 2008, 305). Igual referencia a la homofobia se contiene en el art. 37.1.2º EAA y en el 37.6 EAIC.

Aragón regula, como era esperado, este tema en el art. 24 d) EAAR, que establece:

“Los poderes públicos aragoneses orientarán sus políticas de acuerdo con los siguientes objetivos: d) Garantizar el derecho de todas las personas a no ser discriminadas por razón de su orientación sexual e identidad de género”. Este principio rector, en realidad regula un aspecto de la no discriminación, referido eso sí, tanto a la orientación sexual como a la identidad de género. Por tanto, no extraemos para los poderes públicos aragoneses más consecuencias que la de no discriminar por tales motivos. Aunque sea loable su inclusión, se queda a medio camino de una proyección más amplia, como la que proporcionan los derechos estatutarios analizados. Al menos, es cierto, la identidad de género queda incluida entre las razones de no discriminación, a diferencia de lo que se establece en Andalucía, que carece de tal mención expresa.

Por último, el art. 7.13 EAE recoge como principio rector que: “Los poderes públicos regionales: 13. Promoverán políticas para garantizar el respeto a la orientación sexual y a la identidad de género de todas las personas.” Esta dicción nos parece más apropiada que la aragonesa porque funciona realmente como un principio rector que dirige la acción de los poderes públicos mediante la promoción de políticas públicas que hagan efectivo que los individuos puedan libremente mostrar su orientación sexual, así como afirmar su identidad de género.

## VII. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

La igualdad se manifiesta en diversas perspectivas y hemos podido en estas páginas observar el modo en que se ha incluido en los ocho Estatutos de Autonomía de segunda generación, bien como derecho estatutario o bien como principio rector, o ambos. Mediante un análisis detallado de los preceptos estatutarios podemos ahora extraer unas conclusiones. Y en primer lugar queremos destacar que la tradicional disparidad entre los dos modelos de Estatutos se mantiene, con algunos destacados matices, a la hora de abordar su estudio y comparación. La Comunidad Valenciana, seguida por las Islas Baleares, es la que menos dedica al tema. Aragón y Extremadura optan preferentemente por los principios rectores. Andalucía es la más prolija y variada en la protección de la igualdad, seguida por las Islas Canarias y, con su tradicional medida, Castilla y León. Cataluña también regula con abundancia, pero en esta ocasión no prevé derechos estatutarios en todos los temas analizados o los aborda con una perspectiva diferente, como el caso del derecho de la mujer del art. 19 EAC, que en realidad la aparta del objeto principal.

Siguiendo los bloques en los que hemos dividido el estudio, el principio de no discriminación está presente en todos los Estatutos reformados, bien de modo general o bien referido sólo a la discriminación por género. Aquí nos interesa entenderlo de manera general. Sólo se presenta como una clara prohibición en Andalucía, que enumera unas razones para evitar la discriminación en los tiempos actuales, al igual que hace el Estatuto canario, que sin embargo lo presenta como un derecho a la no discriminación. Cataluña y Aragón prevén, con el mismo tenor, también un derecho a la no discriminación, que implica unas garantías para una vida buena. Carecen de cláusula general Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Castilla y León y Extremadura. Por tanto, a nuestro juicio Andalucía es la que regula de manera más acertada este principio de no discriminación en forma de prohibición general, que en cambio permite expresamente medidas de acción positiva.

En cuanto a la igualdad material o sustancial y la remoción de obstáculos, no lo prevén ni Comunidad Valenciana, ni Baleares ni Canarias, lo cual es sorprendente porque en sus primeros estatutos sí contenían fórmulas al estilo del art. 9.2 CE. Aunque Baleares sí incluye una fórmula, pero circunscrita, con poco acierto, a los derechos sociales. En el resto, Andalucía lo presenta como un objetivo de la Comunidad, innovando en algunos de sus aspectos, como es el hecho de que prevea expresamente medidas de acción positiva para su consecución. Como un principio general lo prevé Castilla y León, así como Cataluña, que, desafortunadamente, no incluye la idea de la remoción de obstáculos. Aragón y Extremadura lo hacen como principio rector, donde podemos destacar el enfoque que le da el Estatuto extremeño.

Entrando en la igualdad de género, todos los Estatutos la prevén, lo que nos ofrece una idea de la importancia que este tema supone en los tiempos actuales. Andalucía es quizá la Comunidad que de manera más completa aborda la cuestión, seguidas de Castilla y León y Canarias. Por su parte, el Estatuto valenciano y el balear, ligan la igualdad de género al desarrollo de su Carta de Derechos Sociales, reiterándola tanto en un derecho específico como en relación con los derechos sociales. Las Islas Baleares presentan en el art. 17.1 EAIB ese derecho específico como no discriminación por razón de género, pero en realidad regulan en su primer apartado el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a una vida buena, lo cual no nos parece oportuno, porque tan sólo se limita a determinar como sujetos a las mujeres y los hombres, como si esa distinción ya sirviera por sí sola como garantía de la igualdad de género. Cataluña no prevé propiamente un derecho a la igualdad de género, sino que introduce un extraño derecho de las mujeres, que no nos parece acertado. Sin embargo, el texto catalán es muy prolijo en las previsiones que hace sobre el género como principio rector en el art. 41 EAC. Por su parte, Aragón y Extremadura prevén la igualdad de género como principio rector.

Ligado a la igualdad de género, se regula por todos los Estatutos, menos Extremadura, la atención a las víctimas de violencia machista. Lo hacen como principio rector, Cataluña y Aragón. Como derecho estatutario, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Castilla y León y Canarias, si bien estos lo hacen relacionados con la igualdad de género. Andalucía es la única que le dedica un artículo propio al tema, el 16 EAA, lo cual es un acierto a nuestro entender por la carga simbólica que supone.

Por último, la orientación sexual y la identidad de género también se recogen en todos los Estatutos, menos en el de la Comunidad Valenciana, lo que nos brinda igual la importancia de estos temas en la actualidad. Andalucía y Baleares le dedican un derecho autónomo al reconocimiento de ambos derechos, si bien Andalucía le dedica un artículo propio mientras que Baleares lo incluye dentro del art. 17 EAIB sobre la igualdad de género. Canarias también le dedica un artículo, pero presenta la orientación sexual no como un derecho sino como un elemento de no discriminación. También lo podemos considerar incluido en el art. 14.1 EACYL. Cataluña regula tangencialmente tan sólo la orientación sexual, como principio rector, en referencia a las uniones de parejas estables y como factor de no discriminación de las personas. Como principio rector también prevén tanto la orientación sexual como la identidad de género, pero con más sustantividad, Aragón y Extremadura.

En definitiva, la igualdad y la no discriminación ha sido acogida con profundidad por las declaraciones de derechos de los Estatutos reformados, que en su mayoría realizan una regulación transversal de todos sus aspectos, si bien en un importante número hay aspectos de la igualdad material y de la no discriminación que no entran a regular, aunque es cierto que éstas se encuentran reguladas en la Constitución. En la parte más novedosa, porque suponen una visión actualizada de la igualdad, prácticamente todas han previsto derechos estatutarios y/o principios rectores sobre la igualdad de género, la violencia machista, la orientación sexual

y la identidad de género. En este sentido, los Estatutos de segunda generación amplían la visión constitucional sobre estas necesarias perspectivas de la igualdad trayendo al orden interno las novedades que ya se estaban dando en el orden internacional.

### BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Conde, Enrique (2007): “*Reforma constitucional y reformas estatutarias*”, Iustel, España.

Aparicio Pérez, Miguel Angel. (ed.) (2008): “*Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*”, Castellà Andreu, Josep Ma, Expósito Gómez, Enriqueta. (coords.) Atelier, España.

Balaguer Callejón, Francisco (dir) (2008): “*Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*”, Ortega Álvarez, Luis *et al.* (coords.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.

Balaguer Callejón, Francisco (2008): “Derechos, principios y objetivos relacionados con la igualdad de género”, en *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Balaguer Callejón, Francisco (dir.) Ortega Álvarez, Luis *et al.* (coords.), Instituto Andaluz de Administración Pública, España, 281-296.

Caamaño Domínguez, Francisco (2007): “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española Derecho Constitucional*, num. 79, 33-46.

Canosa Usera, Raúl. (2008): “Preparando una mutación constitucional. Comentario a la *STC 247/2007*, de 13 de diciembre”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 569-583.

Canosa Usera, Raúl. (2007): “La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 61-115.

- Carrillo, Marc. (2011): “Los derechos estatutarios y sus garantías en la sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 92, 331-354.
- Cruz Villalón, Pedro. (2006): “La reforma del Estado de las autonomías”, en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2, 77-99.
- De La Quadra-Salcedo Janini, Tomás. (2008): “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5.
- Díez-Picazo Giménez, Luis María (2007): “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, en *Revista Española Derecho Constitucional*, núm 81, 63-70.
- Díez-Picazo Giménez, Luis María (2006): “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española Derecho Constitucional*, núm. 78, 63-75.
- Expósito Gómez, Enriqueta. (2011): “Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 481-502.
- Expósito Gómez, Enriqueta. (2007): “La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía”, en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5, 147-202.
- Fernández Farreres, Germán. (2008): “¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonomómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)”, Civitas, España.

- Ferreres Comella, Victor *et al.* (2006): “*Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España.
- Galera Victoria, Adoración (2012): “La actividad legislativa en materia de igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, en *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, Vázquez Bermúdez, Isabel (coord.), Universidad de Sevilla, España, 567-590.
- Garrorena Morales, Ángel. (2006): “El derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm 18, 77-104.
- López Menudo, Francisco. (2009): “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm 73, 71-190.
- Magán Perales, José María (2008): “Derecho a la orientación sexual y a la identidad de género”, en *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Balaguer Callejón, Francisco (dir.) Ortega Álvarez, Luis *et al.* (coords.), Instituto Andaluz de Administración Pública, España, 297-319.
- Montilla Martos, José Antonio (2015): “*Reforma federal y estatutos de segunda generación*”, Aranzadi, España.
- Morcillo Moreno, Juana. (2013): “*Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*”, Ediciones Parlamentarias de Castilla – La Mancha, España.
- Ortega Álvarez, Luis y Morcillo Moreno, Juana (2008): “Prohibición de discriminación: la diferencia de trato en los Estatutos de Autonomía”, en *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos* en Balaguer Callejón, Francisco (dir.), Ortega

Álvarez, Luis *et al.* (coords.), Instituto Andaluz de Administración Pública, España, 185-197.

Pérez Miras, Antonio. (2020): “Los derechos estatutarios autonómicos en el contexto de la tutela multinivel”, en *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther, Häberle, Peter et al.* (coords.), Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 215-228.

Pérez Miras, Antonio. (2012): “*L’inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti d’Italia e Spagna*”, Tesi di ricerca. Dottorato di ricerca in Stato e Persona negli ordinamenti giuridici Ciclo XXV, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Bologna.

Roig Molés, Eduard (2006): “La reforma del Estado de las Autonomías: ¿ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978? Comentario al artículo del profesor Pedro Cruz Villalón publicado en el número 2 de Revista d’Estudis Autònemics i Federals”, en *Revista d’Estudis Autònemics i Federals*, núm 3, 149-185.

Romboli, Silvia. (2020): “La protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: pasado, presente y unas previsiones para el futuro”, en *Anales del Derecho*, número especial.

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (coord.) (2006): “*La reforma de los estatutos de autonomía. Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*”, Tirant Lo Blanch, Italia.

Sánchez Barrilao, Juan Francisco (2012): “La giustiziabilità dei diritti riconosciuti dagli Statuti nello Stato Autonómico spagnolo”, *Quaderni Regionali*, núm 2.

- Solozábal Echavarría, Juan José (2008): “Algunas consideraciones sobre las reformas estatutarias”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 315-335.
- Solozábal Echavarría, Juan José (2006): “*Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*”, Biblioteca Nueva, España.
- Solozábal Echavarría, Juan José (2004): “*Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*”, Biblioteca Nueva, España.
- Trujillo Pérez, Antonio Javier (2008): “La promoción de la igualdad sustancial”, en *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, ” en Balaguer Callejón, Francisco (dir.), Ortega Álvarez, Luis *et al.* (coords.), Instituto Andaluz de Administración Pública, España, 199-210.
- Tur Ausina, Rosario y Álvarez Conde, Enrique (2010): “*Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La sentencia de la perfecta libertad*”, Aranzadi, España.
- Villaverde Menéndez, Ignacio. (2011): “Estatutos, declaraciones de derechos y derechos estatutarios”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm 13.

---

## Envejecimiento y derechos humanos: avances en el Sistema Interamericano de Protección

*Aging and Human Rights: Advances in the  
Inter-American Protection System*

---

**HAIDEER MIRANDA BONILLA**

*Universidad de Costa Rica*

ORCID: 0000-0001-5659-2963

*Fecha de recepción: 22 de julio de 2021*

*Fechas de aceptación: 26 de octubre de 2021*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Avances en la protección de las personas mayores en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. III. La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: instrumento especializado y pionero. IV. La relatoría de las personas mayores de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. V. La tutela de las personas adultas mayores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VI. El juez ordinario y constitucional como garantes de los derechos humanos de las personas mayores. VII. Conclusiones.

**RESUMEN:** El presente estudio analiza la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en donde se evidencian importantes avances con la promulgación de la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el cual es un instrumento especializado y pionero en la materia, la creación de la relatoría de las personas mayores en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como los importantes avances jurisprudenciales realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**ABSTRACT:** This study analyzes the protection of the human rights of older persons in the Inter-American Human Rights System, where important advances are evidenced with the promulgation of the Inter-American

Convention on the Protection of the Human Rights of Older Persons, which is a specialized and pioneering instrument in the matter, the creation of the rapporteurship for the elderly in the Inter-American Commission on Human Rights, as well as the important jurisprudential advances made by the Inter-American Court of Human Rights.

*PALABRAS CLAVES: adultos mayores, derechos fundamentales, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Relatoría de las personas mayores de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

*KEYWORDS: older adults, fundamental rights, Inter-American Human Rights System, Inter-American Convention on the Human Rights of Older Persons, Rapporteurship for older persons of the Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.*

## I. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento de la población constituye uno de los cambios demográficos más importantes del siglo XXI. La mayoría de los países del mundo están experimentando un aumento en el número y la proporción de personas mayores. En este sentido, el informe *Perspectivas de la Población Mundial* elaborado en el 2019 señala que para el 2050, una de cada seis personas en el mundo —16% de la población— tendrá más de 65 años, en comparación con una de cada 11 en 2019 —9%—. Se proyecta que la proporción de la población de 65 años y más se duplicará entre 2019 y 2050 en África septentrional y Asia occidental, Asia central y meridional, Asia oriental y sudoriental, y América Latina y el Caribe. Para 2050, una de cada cuatro personas que viven en Europa y América del Norte podría tener 65 años y más. En el 2018, por primera vez en la historia, las personas de 65 años o más a nivel mundial superaron en número a los niños menores de cinco años. Se pro-

yecta que el número de personas de 80 años o más se triplicará, de 143 millones en 2019 a 426 millones en 2050<sup>1</sup>.

La sociedad del futuro será conformada por un gran porcentaje de personas mayores, considerando el prolongamiento de la vida como resultado de los avances médicos y científicos y la constante disminución de la tasa de natalidad. El tiempo presente ha revolucionado la relación entre las edades de la vida. De los jóvenes es el presente y el futuro. Quien viene del pasado es un intruso. Es necesario prolongar la juventud hasta que se pueda y con cualquier medio. Esta contracción anula la edad de la experiencia, la edad de la plenitud (Zagrebelsky 2016: 22).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) determina que los cambios no son lineales, ni uniformes, y su vinculación con la edad de una persona en años es más bien relativa. Si bien algunos septuagenarios disfrutaban de una excelente salud y se desenvuelven perfectamente, otros son frágiles y necesitan ayuda considerable. Las personas a medida que envejecen, deben seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades. En este sentido, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores señala que el envejecimiento no es una enfermedad, sino un proceso gradual que se desarrolla durante el curso de la vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio.

---

<sup>1\*</sup> Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

<sup>\*\*</sup> El presente estudio fue realizado dentro del proyecto de investigación “*La protección constitucional de los adultos mayores en Costa Rica y en América Latina*”, número B8A14, inscrito ante el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. «[https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2019\\_PressRelease\\_ES.pdf](https://population.un.org/wpp/Publications/Files/WPP2019_PressRelease_ES.pdf)»

La vejez por sí misma no representa una situación de vulnerabilidad, sin embargo, si encuentra relación con aspectos relacionados con la exclusión económica, tecnológica, educativa, laboral y social como la pobreza puede llegar a representar una situación de vulnerabilidad y en algunos casos de discriminación múltiple.

El enfoque en derechos humanos conlleva un cambio de paradigma que promueve un envejecimiento activo, es decir, el empoderamiento de las personas mayores y una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad. El envejecimiento activo es una condición de la persona humana que es el centro de imputación de los derechos fundamentales, que debe ser garantizado e implementado por el sistema legal para seguir la protección de la dignidad de la que el individuo es naturalmente portador (Rospi 2018: 11). Esto implica que a las personas mayores hay que respetar su independencia y autonomía como sujetos de derechos. No obstante, la realidad en muchos países evidencia que no se les respeta y el principal problema que enfrenta este grupo, es la discriminación en razón de su edad, que conlleva a que estén expuestas a sufrir pobreza, así como su invisibilización o la fragilización que conlleva la pérdida o falta de condiciones adecuadas para fortalecer la autonomía (Huenchuan y Rodríguez 2010: 15).

La perspectiva de derechos humanos integra las múltiples vejez, que son diferentes según la clase social o ingreso, el género, el grupo étnico de pertenencia, el tipo de localidad —rural/urbana—, la región, independientemente de otras características que condicionan la vejez como la salud física y psicológica, las redes y los medioambientes —físicos o sociales— más o menos favorables, que por lo demás, también están relacionadas con las diferencias de clase, género, tipo de localidad y raza/etnia (Tendero 2019: 8). Ello conlleva la necesidad de un cambio de paradigma a nivel universal en el que prevalezca una tutela efectiva de los derechos humanos de las personas mayores.

A nivel normativo existe una previsión de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores a nivel constitucional,

convencional, universal y supranacional, que evidencia la existencia de un constitucionalismo multinivel en esta temática, en donde se debe resaltar cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido pionero al emitir un instrumento normativo especializado y coercitivo como la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Es fundamental que la normativa en cuestión sea actuada por las autoridades administrativas, judiciales y privadas de los países de la región.

El presente estudio pretende resaltar los importantes avances que se han dado en la tutela de los derechos humanos de las personas mayores en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular con la promulgación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la creación de una relatoría especializada en esta temática al interior de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como los avances jurisprudenciales hacia una especial protección autónoma que ha realizado recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su función contenciosa.

## **II. AVANCES EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen una serie de instrumentos normativos que tutelan los derechos humanos de las personas mayores. Los primeros antecedentes históricos los encontramos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en cuyo artículo XV se reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la vejez. Por su parte, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4 inciso 5 se estableció la prohibición de la pena de muerte contra personas mayores de 70 años.

El Protocolo sobre Derechos Sociales Económicos y Culturales comúnmente denominado el *Protocolo de San Salvador* establece en su artículo 17:

“Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados parte se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular: a. proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos”.

Posteriormente, se adoptó de forma pionera la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, vigente desde el 11 de enero de 2017, el cual es un instrumento especializado y único en el marco de los sistemas regionales de protección. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 171º Período de Sesiones, celebrado en febrero de 2019, decidió crear la Relatoría Temática sobre los Derechos de las Personas Mayores a fin de ampliar y profundizar la institucionalidad existente para el seguimiento de la protección de los derechos de las personas mayores. Lo anterior evidencia los importantes avances normativos e institucionales que se han dado en la tutela de las personas mayores en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### **III. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES: INSTRUMENTO ESPECIALIZADO Y PIONERO**

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, es el primer tratado internacional de derechos humanos a nivel mundial y regional de las personas mayores de carácter vinculante y coercitivo para los Estados que viene a unificar la multiplicidad de las fuentes normativas particularmente de *soft law* existentes con anterioridad en la región.

Este instrumento que contempla un amplio catálogo de derechos humanos coloca a la Organización de Estados Americanos (OEA) a la vanguardia del derecho internacional de los derechos humanos de las personas mayores. Además, tiene un carácter novedoso pues en este catálogo de derechos se hace referencia a conceptos gerontológicos, y en su proceso de redacción participaron tanto juristas como científicos de la gerontología y el envejecimiento (Tendero 2016: 37), así como representantes de la sociedad civil. Es pionera, pues introduce un amplio catálogo de derechos como la dignidad humana, independencia y autonomía de las personas ancianas y establece una serie de deberes y derechos para las familias y el Estado, incorpora novedosos conceptos en materia de envejecimiento y garantiza la protección jurisdiccional de los derechos humanos de las personas mayores dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La Convención en cuestión se encuentra conformada por un preámbulo y está dividida en siete capítulos. El capítulo 1 regula lo relacionado con el ámbito de aplicación y el objeto, el cual es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Además, en el artículo 2 establece una serie de definiciones y conceptos gerontológicos de trascendental importancia como “abando-

no, cuidados paliativos, discriminación, discriminación por edad en la vejez, discriminación múltiple, envejecimiento, envejecimiento activo y saludable, maltrato, negligencia, persona mayor, persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo, servicios socio sanitarios integrados y vejez”.

El capítulo II hace referencia a una serie de principios generales que deben respetar las autoridades de los Estados partes en esta materia, en particular: a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor; b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor; d) La igualdad y no discriminación; e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; f) El bienestar y cuidado; g) La seguridad física, económica y social; h) La autorrealización; i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida; j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria; k) El buen trato y la atención preferencial; l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor; m) El respeto y valorización de la diversidad cultural; n) La protección judicial efectiva; o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo, la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor, la igualdad y no discriminación, entre otros.

Para Huenchuan este instrumento contempla tres importantes categorías: derechos emergentes, derechos vigentes y derechos extendidos (Huenchuan 2018a: 28). Los derechos emergentes son nuevos derechos o derechos parcialmente recogidos en la normativa internacional y nacional existente y dentro de ello incluye el derecho a la vida y la dignidad en la vejez (art. 6), el derecho a la

independencia y autonomía (art. 7) y el derecho a los servicios de cuidado a largo plazo (art. 12). Por su parte, los derechos vigentes son aquellos ya contemplados en las normas internacionales, pero que requieren cambios para adaptarlos a las necesidades específicas de un colectivo, ya sea por medio de nuevas interpretaciones o mediante la ampliación de su contenido, entre los cuales destaca la igualdad y la no discriminación (art. 5), el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11) y la seguridad y la vida sin violencia (arts. 9 y 10). Los derechos extendidos está dirigidos específicamente a colectivos que hasta entonces no habían disfrutado de ellos, por omisión o discriminación, entre los cuales destaca lo relacionado con la accesibilidad y la movilidad de las personas y lo relacionados con las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (Huenchuan 2018a: 29).

El capítulo III señala los deberes generales de los Estados parte. El IV capítulo se refiere en forma amplia y precisa a los derechos protegidos, entre los cuales destacan: igualdad y no discriminación por razones de edad (art. 5), derecho a la vida digna y a la dignidad en la vejez (art. 6), derecho a la independencia y a la autonomía (art. 7), derecho a la participación e integración comunitaria (art. 8), derecho a la seguridad y a una vida digna sin ningún tipo de violencia (art. 9), derecho a no ser sometido a tortura, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11), derecho de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo (art. 12), derecho a la libertad personal (art. 13), derecho a la libertad de expresión, de opinión y de acceso a la información (art. 14), derecho a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15), derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16), derecho a la seguridad social (art. 17), derecho al trabajo (art. 18), derecho a la salud (art. 19), derecho a la educación (art. 20), derecho a la cultura (art. 21), derecho a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22), derecho a la propiedad (art. 23), derecho a la vivienda (art. 24), derecho a una medio ambiente sano (art. 25), derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal (art.

26), derechos políticos (art. 27), derecho a la reunión y de asociación (art. 28), situación de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29), igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 30) y acceso a la justicia (art. 31).

Por su parte, el capítulo V hace mención de la toma de conciencia, en particular, el artículo 32 determina:

“Los Estados Parte acuerdan: a) Adoptar medidas para lograr la divulgación y capacitación progresiva de toda la sociedad sobre la presente Convención. b) Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez. c) Desarrollar programas para sensibilizar a la población sobre el proceso de envejecimiento y sobre la persona mayor, fomentando la participación de ésta y de sus organizaciones en el diseño y formulación de dichos programas. d) Promover la inclusión de contenidos que propicien la comprensión y aceptación de la etapa del envejecimiento en los planes y programas de estudios de los diferentes niveles educativos, así como en las agendas académicas y de investigación. e) Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto”.

Por su parte, el capítulo VI determina los mecanismos de seguimiento de la Convención y los medios de protección y el capítulo VII se refiere a las disposiciones generales.

En cuanto a los mecanismos de seguimiento el artículo 33 determina:

“Con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos y promover la efectiva implementación de la presente Convención se establece un mecanismo de seguimiento integrado por una Conferencia de Estados Parte y un Comité de Expertos. El Mecanismo de Seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el dé-

cimo instrumento de ratificación o adhesión. Las funciones de la secretaría del Mecanismo de Seguimiento serán ejercidas por la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos”.

La Conferencia de Estados Parte es el órgano principal del mecanismo de seguimiento, está integrada por los Estados Parte en la Convención y de conformidad con el numeral 34 de la convención tiene las siguientes funciones: “a) Dar seguimiento al avance de los Estados Parte en el cumplimiento de los compromisos emanados de la presente Convención; b) Elaborar su reglamento y aprobarlo por mayoría absoluta; c) Dar seguimiento a las actividades desarrolladas por el Comité de Expertos y formular recomendaciones con el objetivo de mejorar el funcionamiento, las reglas y procedimientos de dicho Comité; d) Recibir, analizar y evaluar las recomendaciones del Comité de Expertos y formular las observaciones pertinentes; e) Promover el intercambio de experiencias, buenas prácticas y la cooperación técnica entre los Estados Parte con miras a garantizar la efectiva implementación de la presente Convención; f) Resolver cualquier asunto relacionado con el funcionamiento del Mecanismo de Seguimiento”.

El Comité de Expertos de conformidad con el numeral 35 estará integrado por un especialista designado por cada uno de los Estados Parte en la Convención y tendrá las siguientes funciones:

“a) Colaborar en el seguimiento al avance de los Estados Parte en la implementación de la presente Convención, siendo responsable del análisis técnico de los informes periódicos presentados por los Estados Parte. A tales efectos, los Estados Parte se comprometen a presentar un informe al Comité de Expertos con relación al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente Convención, dentro del año siguiente de haberse realizado la primera reunión. De allí en adelante, los Estados Parte presentarán informes cada cuatro años; b) Presentar recomendaciones para el cumplimiento progresivo de la Convención sobre la base de los informes presentados por los Estados Parte de conformidad con el tema objeto de análisis; c) Elaborar y aprobar su propio reglamento en el marco de las funciones establecidas en el presente artículo”.

La Conferencia de Estados Partes y el Comité de Expertos analizarán y formularán recomendaciones sobre la base de los informes presentados por los Estados partes, un esfuerzo conjunto que se traduce en un círculo virtuoso para la vigencia de los derechos que integran la Convención y, sobre todo, en una herramienta fundamental para la comprensión de las medidas legislativas, políticas, programáticas y de otra índole que se requieren de cada Estado parte para garantizar esos derechos en el ámbito nacional (Huenchuan 2018b: 113).

La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de las Personas Mayores fue adoptada en Washington el 15 de junio de 2015, en el marco del cuadragésimo quinto período ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Este instrumento ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Uruguay, así como Perú, y entró en vigor el 12 de enero del 2017, cuando se cumplió el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Este instrumento normativo tiene como principal reto que otros Estados lo ratifiquen a fin de que en América Latina existan estándares mínimos de protección en esta materia y que pueda entrar en vigor el mecanismo de seguimiento integrado por una Conferencia de Estados Parte y un Comité de Expertos para lo cual es necesario que se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión.

Los jueces ordinarios, constitucionales e interamericanos tienen la importante misión de salvaguardar los derechos fundamentales previstos en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores sobre todo en aquellos ordenamientos jurídicos en donde es vinculante, para lo cual es fundamental la realización de actividades de capacitación a los operadores jurídicos.

En este sentido, la Convención será una luz para los impartidores de justicia o jueces de distintos niveles, que mayoritariamente resuelven asuntos relacionados con las personas mayores que pertenecen a la jurisdicción civil, penal y familiar (Tendero 2019: 53) y en general a todas las jurisdicciones. Es necesario que esta normativa sea respetada y utilizada por las autoridades administrativas y privadas de los países de la región.

#### **IV. LA RELATORÍA DE LAS PERSONAS MAYORES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) tiene como principales competencias la tramitación de denuncias o peticiones individuales por la violación de la Convención Americana y funciones relacionadas con la promoción de los derechos humanos dentro de las que destacan: a) la realización de informes sobre la situación general o específica de los derechos humanos en un determinado país; b) visitas *in loco* a los Estados; c) labores de asesoría, capacitación y difusión en temas de derechos humanos; d) actividades que llevan a cabo las relatorías sobre temas específicos de derechos humanos (Miranda 2015: 45).

Desde los años noventa, la Comisión IDH ha venido desarrollando una serie de iniciativas de carácter temático, referidas a algún derecho en particular a determinados grupos vulnerables. En este sentido, se han elaborado informes sobre temas como la situación de los derechos humanos de las mujeres, personas privadas de libertad, las condiciones de los trabajadores migrantes y sus familias. Este trabajo se ha desarrollado por medio de las relatorías temáticas y grupos de trabajo, los cuales fueron integrados formalmente en el Reglamento que entró en vigor en el año 2000. Estas relatorías efectúan estudios, realizan visitas a los países y participan en la elaboración de instrumentos internacionales.

En la actualidad existen 13 relatorías sobre:

- 1) derechos de los pueblos indígenas;
- 2) derechos de las mujeres;
- 3) derechos de los migrantes;
- 4) libertad de expresión;
- 5) derechos de la niñez;
- 6) defensores y defensoras de derechos humanos;
- 7) personas privadas de libertad;
- 8) derechos de las personas afrodescendientes y contra la discriminación racial;
- 9) derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex;
- 10) derechos económicos, sociales, culturales y ambientales;
- 11) memoria, verdad y justicia;
- 12) personas con discapacidad y
- 13) personas mayores. Estas últimas tres relatorías fueron creadas en el 2019.

En su 171º Período de Sesiones, celebrado en febrero de 2019, la Comisión IDH decidió crear la Relatoría Temática sobre los Derechos de las Personas Mayores a fin de ampliar y profundizar la institucionalidad existente para el seguimiento de la protección de los derechos de las personas mayores. Anteriormente, en marzo de 2017, se había creado la Unidad sobre los Derechos de las Personas, y en el marco del Plan Estratégico 2017-2021; luego de un diagnóstico que destacó que la protección de los derechos de las personas mayores continúa siendo un desafío prioritario en la re-

gión y a su vez, demanda un seguimiento cercano por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando además la adopción en 2015 de la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>2</sup>.

Dentro de las funciones principales de las relatorías existentes se encuentran:

- 1) Realizar un monitoreo constante de la situación de los derechos humanos en la región;
- 2) Brindar asesoría y dar recomendaciones a los Estados miembros y órganos políticos de la OEA relacionados con la protección y promoción de los derechos convencionales;
- 3) Elaborar informes y estudios temáticos con recomendaciones dirigidas a los Estados miembros de la OEA;
- 4) Realizar visitas *in situ* cuando exista el consentimiento de los Estados;
- 5) Actuar con prontitud respecto de peticiones, solicitudes de medidas cautelares, elevación de medidas provisionales ante la Corte IDH cuando se alegue la vulneración de derechos humanos relacionados con algunas de las áreas temáticas de las relatorías; y
- 6) Realización y participación en actividades académicas (Miranda 2015: 65).

En este sentido, la relatoría de las personas mayores tiene como principal reto potenciar sus derechos humanos, y en particular realizar actividades de difusión y capacitación sobre las obligaciones y deberes que se encuentran determinados en la Convención Interamericana de las Personas Mayores en los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como potenciar su utilización por parte de las autoridades nacionales, y en particular por las jueces ordinarios y constitucionales.

---

<sup>2</sup> «<http://www.oas.org/es/CIDH/R/template.asp?File=/es/cidh/r/pm/default.asp>»

**V. LA TUTELA DE LAS PERSONAS ADULTAS  
MAYORES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido pionera en desarrollar un *corpus juris* relacionado con la protección de las personas mayores, lo cual se ha llevado a cabo en tres fases, en un primer momento histórico de modo indirecto y más recientemente de forma activa, directa y específica. La primera fase se remonta a los casos *Cinco Pensionistas, Tribunal Constitucional y Acevedo Buendía y otros* —Cesantes y Jubilados de la Contraloría— todos contra Perú, donde algunas de las víctimas eran personas adultas mayores, y a su favor se tutelaron una serie de derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, en tales resoluciones se verificó la existencia de un incumplimiento de sentencias emitidas en el derecho interno a favor de personas cuyos derechos pensionarios habían sido reconocidos en virtud de una decisión judicial que no había sido ejecutada.

En la segunda fase encontramos una protección directa de los derechos de las personas mayores. En la sentencia *Yakye Axa vs. Paraguay* relacionado con la responsabilidad internacional del Estado por la violación al derecho a la propiedad de una comunidad indígena, el juez interamericano determinó:

“[...] En lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables. En este caso, se debe tomar en consideración que en la Comunidad indígena Yakye Axa la transmisión oral de la cultura a las nuevas generaciones está a cargo principalmente de los ancianos” (Corte IDH, *Yakye Axa vs. Paraguay*, 15 junio 2015, párr. 175).

Por su parte, en la sentencia *García Lucero y otras vs. Chile*, la Corte IDH resaltó la necesidad de que los procesos judiciales que involucran personas mayores deben ser tramitados de forma diligente y célebre. Al respecto, se indicó:

“[...] el señor García Lucero hace cuarenta años espera que se haga justicia. Él es, además una persona de edad avanzada, pues tiene 79 años de edad, y sufre de discapacidad permanente. En este marco, puede recordarse que la Corte ha tenido oportunidad de considerar la especial importancia de la celeridad de los procesos judiciales en relación con personas en condición de vulnerabilidad, como lo es una persona con discapacidad, dada la incidencia particular que la demora puede tener en tales individuos” (Corte IDH, *García Lucero y otras vs. Chile*, 28 agosto 2013, párr. 246).

Posteriormente, en la tercera fase la Corte IDH ha reconocido una protección especial y autónoma de una serie de derechos humanos a favor de personas mayores. En particular en la sentencia *Poblete Vilches vs. Chile*, los jueces interamericanos se pronunciaron por primera vez y de manera específica sobre especial protección que tienen las personas adultas mayores y en particular modo, sobre el derecho a la salud y la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección, y por ende de garantizar un cuidado integral, respetando su autonomía e independencia. En este sentido, se indicó:

“El cambio vertiginoso del escenario demográfico en los países de la región presenta retos y desafíos, por lo cual este impacto en los derechos humanos hace necesario que los Estados se involucren para dar respuesta de manera integral, a fin de que las personas mayores sean reconocidas como sujetos de derechos especiales desde la prevención y promoción de salud. Para ello, resulta necesario también el involucramiento por parte de la sociedad a fin de brindar a las personas adultas mayores calidad de vida” (Corte IDH, *Poblete Vilches vs. Chile*, 8 marzo 2018, párr. 130).

En la sentencia se consideró que respecto de las personas mayores existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su

derecho a la salud, lo cual se traduce en la obligación de brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias de manera eficiente, continúa y respetando el consentimiento informado. Por otra parte, la resolución en cuestión es sumamente interesante por las medidas de reparación ordenadas dentro de las que destacan: a) fortalecer el Instituto Nacional de Geriatria y su incidencia en la red hospitalaria; b) diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud y; c) adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores.

La sentencia *Muelle Flores vs. Perú* constituye un importante precedente, pues por primera vez, la Corte IDH reconoció de manera directa el derecho a la seguridad social, como derecho autónomo y justiciable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes al tratarse la víctima de un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor en condición de vulnerabilidad.

En la sentencia se desarrolló ampliamente el contenido del derecho a la seguridad social, y en particular el derecho a la pensión. Al respecto indicó que aquellas personas o grupos que hayan sido víctimas de una violación a su derecho a la seguridad social deben tener acceso a recursos judiciales o de otro tipo eficaces, así como a la reparación correspondiente (Corte IDH, *Muelle Flores vs Perú*, 8 marzo 2018, párr. 194). Además, consideró que en un contexto de no pago de la pensión reconocida judicialmente, los derechos a la seguridad social, a la integridad personal y la dignidad humana se interrelacionan, y en ocasiones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las personas mayores, tal como aconteció en el presente caso. En este sentido, los derechos a la seguridad social y a la vida digna se interrelacionan, situación que se acentúa en el caso de personas mayores:

“En efecto, la ausencia de recursos económicos ocasionada por la falta de pago de las mesadas pensionales genera en una persona mayor directamente un menoscabo en su dignidad, pues en esta etapa de su vida la pensión constituye la principal fuente de recursos económicos para solventar sus necesidades primarias y elementales del ser humano. Del mismo modo la afectación del derecho a la seguridad social por el no pago de las mesadas pensionales implica angustia, inseguridad e incertidumbre en cuanto al futuro de una persona mayor por la posible falta de recursos económicos para su subsistencia, ya que la privación de un ingreso lleva intrínsecamente la afectación en el avance y desarrollo de su calidad de vida y de su integridad personal” (Corte IDH, *Muelle Flores vs. Perú*, párrs. 204 – 205).

En el presente caso se constató además la violación al derecho de propiedad y a las garantías judiciales, motivo por el cual se determinó la violación por parte del Estado de los derechos reconocidos en los artículos 1.1. 8.1, 25.1, 25.2 c), 26, 5, 11.1, 21.1, y 21.2 de la Convención Americana.

Posteriormente, en la sentencia *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Ancejub-Sunat) vs. Perú*, la jurisdicción interamericana precisó que el derecho a la seguridad social es derecho autónomo y justiciable a la luz de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana. Además, precisó las obligaciones que tienen los Estados en relación con el derecho a la pensión:

“a) el derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser administrado o supervisado y fiscalizado por el Estado (en caso de que sea administrado por sujetos privados); b) garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación; c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión, es decir

que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ella. Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho; d) las prestaciones por pensión de jubilación deben ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores, y e) se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concretización material del derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno” (Corte IDH, *Ancejub-Sunat vs. Perú*, 21 noviembre 2019, párr. 175).

Además, se reiteró que aquellas personas que hayan sido víctimas de una violación a su derecho a la seguridad social deben tener acceso a recursos judiciales o de otro tipo eficaces, así como a la reparación correspondiente (Corte IDH, *Ancejub-Sunat vs. Perú*, párr. 179). Por otra parte, la jurisdicción interamericana determinó que:

“la pensión derivada de un sistema de contribuciones o cotizaciones es un componente de la seguridad social. Asimismo, que los Estados deben prestar servicios especiales para las personas mayores, pues la jubilación constituye el único monto sustitutivo de salario que reciben para suplir sus necesidades básicas. En definitiva, la pensión, y en general la seguridad social, constituyen un medio de protección para gozar de una vida digna” (Corte IDH, *Ancejub-Sunat vs. Perú*, párr. 184).

Además, resaltó que los derechos a la seguridad social y a la vida digna se interrelacionan, en particular, en el caso de personas mayores (Corte IDH, *Ancejub-Sunat vs. Perú*, párr. 185). En el caso en concreto, se acreditó que el Estado incumplió con su deber de garantizar el derecho a la seguridad social al incumplir el pago de los reintegros ordenados en una sentencia interna, así como por no haber dado información adecuada para las víctimas respecto a los

alcances de su derecho a la pensión y por la afectación que esto tuvo en el ejercicio de otros derechos como el derecho a la propiedad.

Lo anterior conlleva el surgimiento de una serie de criterios interpretativos en donde la jurisdicción interamericana ha reconocido una especial protección a las personas mayores y ha tutelado una serie de derechos individuales como sociales, que los Estados y todas sus autoridades deben garantizar en el marco del control difuso de convencionalidad que deben llevar a cabo de oficio y en el respectivo marco de sus competencias. En este sentido, el juez constitucional y nacional tiene un rol fundamental en esta temática, a fin de garantizar el pleno goce y remediar cualquier violación a los derechos fundamentales de una persona mayor. Por otra parte, en la construcción de ese *corpus juris* es interesante cómo el juez interamericano ha utilizado sentencias de Cortes y Tribunales Constitucionales de la región, lo que evidencia que el diálogo judicial o jurisprudencial es sumamente útil en el fortalecimiento de los estándares de protección en esta temática (Miranda 2017).

## **VI. EL JUEZ ORDINARIO Y CONSTITUCIONAL COMO GARANTES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES**

En el siglo XXI, el rol del juez en un Estado Constitucional y Social de Derecho ha dejado ser la *bouche de la loi* para tener un papel protagónico en la protección de los derechos humanos (Romboli 2017: 18). Los jueces nacionales tienen la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en la Constitución, sino también el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales que el Estado ha suscrito.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el juez nacional —ordinario y constitucional— representa el primer garante de la aplicación de los derechos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos que conforman el parámetro

de convencionalidad. Ello, en virtud del carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción interamericana, a la cual se puede acudir una vez que de previo se han agotado los recursos internos, salvo determinadas excepciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Convención Americana.

En la implementación del control difuso de convencionalidad, los jueces nacionales se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. En esta temática es fundamental el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas en la tutela de grupos vulnerables (García 2019) y en particular modo, en la protección de los derechos fundamentales de las personas mayores, tal y como evidencian las experiencias de la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte Constitucional de Colombia y de la Suprema Corte de la Nación de México, entre otras.

El juez constitucional en el ejercicio de sus funciones no sólo utiliza como parámetro la Constitución, sino la Convención Americana de Derechos Humanos, así como instrumentos de *soft* y *hard law* en materia de derechos humanos, situación que evidencia que es un actor privilegiado en el ejercicio del control difuso de convencionalidad (Cruz 2020: 21) y en la protección de grupos vulnerables. Además es interesante como algunas jurisdicciones constitucionales han utilizado en sus sentencias la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Miranda 2020). En la tutela de las personas mayores tanto el juez ordinario como constitucional tiene el gran reto de utilizar la Convención Interamericana en cuestión, así como los estándares interpretativos que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos. Ello es fundamental para alcanzar una tutela jurisdiccional de los derechos efectiva.

## VII. CONCLUSIONES

El presente estudio demuestra los importantes avances en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la tutela de los derechos de las personas mayores, pues ha sido pionero al promulgar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el cual, es el primer tratado internacional a nivel mundial y en el ámbito de los sistemas regionales de protección que viene a tutelar este grupo vulnerable. Es fundamental que este instrumento sea ratificado por la mayor cantidad de países de la región y que sea actuada por las autoridades administrativas, judiciales y privadas. Además de reconocer la importancia que realicen actividades de capacitación y sensibilización.

Asimismo, la reciente creación de la Relatoría Temática sobre los Derechos de las Personas Mayores al interior de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos permitirá dar seguimiento y fortalecer la protección de los derechos de las personas mayores en la región.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado un “corpus juris” relacionado con la protección de las personas mayores, lo cual se ha llevado a cabo en tres fases, en un primer momento histórico de modo indirecto, posteriormente de forma más directa, y más recientemente de forma activa, directa y específica a partir de la sentencia *Poblete Vilches y otros vs. Chile* en donde se ha tutelado los derechos a la salud, acceso a la justicia, vida digna, seguridad social y a la pensión. Es interesante cómo el juez interamericano ha utilizado sentencias de Cortes y Tribunales Constitucionales de la región que le han reconocido una especial protección a las personas mayores, lo que evidencia desde mi perspectiva como el diálogo judicial se convierte en un útil en el fortalecimiento de los estándares de protección en esta materia.

En este sentido, el gran reto pendiente en esta temática es la utilización directa por parte del juez interamericano de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la posibilidad de que pueda determinar la responsabilidad internacional de un Estado por su violación.

El juez ordinario y constitucional tienen un rol fundamental en la protección de los derechos humanos de las personas mayores debiendo aplicar lo dispuesto en la Convención Interamericana en cuestión, así como los criterios interpretativos que ha desarrollado la jurisdicción interamericana. Lo anterior, en el marco del control difuso de convencionalidad que determina el respeto de los criterios interpretativos desarrollados por la jurisdicción interamericana.

Por otra parte, desde mi perspectiva es importante que las autoridades estatales y la sociedad en general valoricen a las personas mayores desde la teoría del envejecimiento activo en donde se les respete su independencia y autonomía como sujetos de derechos. Ello conlleva la necesidad de un cambio de paradigma en el que prevalezca una tutela efectiva de los derechos humanos de las personas mayores.

### **BIBLIOGRAFÍA**

Cruz Castro, Fernando (2020): “El juez constitucional como garante del control de convencionalidad”, en *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, núm. 128, 11-26.

García Ramírez, Sergio (2019): “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 41, 3-34.

Huenchuan, Sandra (2018a): “Avance en la ratificación de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Dere-

chos Humanos de las Personas Mayores en los países de la región”, en *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores: análisis de brechas legislativas y propuestas para su implementación en Chile*, Mora Biere, Tania y Herrera Muñoz, Felipe (coords.), Ediciones Servicio Nacional del Adulto Mayor, Chile, 20-37.

Huenchuan, Sandra (2018b): “Los derechos humanos en un contexto de envejecimiento y la protección de los derechos de las personas mayores”, en *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Perspectiva regional y de derechos humanos*, Huenchuan, Sandra (ed.), Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, Chile, 85-130.

Huenchuan, Sandra y Rodríguez-Piñero Royo, Luis (2010): “*Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Chile.

Miranda Bonilla, Haideer (2020) “La utilización de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de las Personas Mayores por la Sala Constitucional de Costa Rica”, en *Revista IUS Doctrina*, vol. 13, núm. 2, Instituto de Investigaciones Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, disponible en: «<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/45946>» (Consultado el 16 de julio de 2021).

Miranda Bonilla, Haideer (2017): “La protección de los adultos mayores en la jurisprudencia de la Sala Constitucional” en *Revista Jurídica IUS Doctrina*, núm. 16, Instituto de Investigaciones Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, disponible en: «<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/29593>» (Consultado el 15 de junio de 2021).

Miranda Bonilla, Haideer y Romboli, Roberto (2015): “*Derechos fundamentales en América Latina*”, Colección Universitaria Centroamericana, núm. 6, Jurídica Continental, Costa Rica.

Romboli Roberto (2017) “Los derechos fundamentales entre juez y legislador” en *Revista Judicial*, núm. 120, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, disponible en: «[https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial\\_120.pdf](https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial_120.pdf)» (consultado el 2 de junio de 2021).

Rospi, Mimma (2018): “L’invecchiamento attivo della popolazione all’interno della coesione sociale tra generazioni: gli strumenti della multilevel governance per nuovi sistemi di welfare” en *Rivista della Associazione Italiana Costituzionalisti*, núm. 3. disponible en: «[https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3\\_2018\\_Rospi.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2018_Rospi.pdf)» (Consultado el 6 de julio de 2021).

Tendero Bollain, Aida Díaz (2019): “*Derechos humanos de las personas mayores*”, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigación Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

Tendero Bollain, Aida Díaz (2016): “La nueva Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” en *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia – San Sebastián*, Soroeta Licerias, Juan (ed.), vol. XVI, Aranzadi, España, 27-55.

Zagrebelsky, Gustavo (2016): “*Senza adulti*”, Einaudi, Turín.

---

**La discriminación por razón de discapacidad  
por denegación de ajustes razonables:  
valoraciones al hilo de un caso concreto  
(sentencia Trib. Const. núm. 51/2021) y más allá\***

*Discrimination on the basis of disability  
due to denial of reasonable accommodation: assessments  
in the context of a specific case (Constitutional  
Court Ruling No. 51/2021) and beyond.*

---

**FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ\*\***

*Universidad de Huelva*

ORCID: 0000-0003-1727-9864

*Fecha de recepción: 31 de julio de 2021*

*Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2021*

SUMARIO: I. El Tribunal Constitucional español y la transición del modelo médico al modelo social de la discapacidad. II. Los hechos de la sentencia Trib. Const. núm. 51/2021: la dinámica asistencial como antesala de la conducta discriminatoria. III. La recepción constitucional de un modelo regulatorio acuñado internacionalmente. IV. La noción de discapacidad de la Convención D<sup>PD</sup> y el desarrollo de la tutela antidiscriminatoria. V. El derecho a ajustes razonables en el empleo: precisiones sobre su articulación práctica y efectos sobre la valoración de la conducta del trabajador con discapacidad. VI. Conclusiones.

---

\* El presente trabajo se inscribe en los resultados de los proyectos “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (Proyectos I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020, Referencia: US-1264479) y “La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España” (Proyectos de I+D «Generación de Conocimiento», Referencia: PGC2018-094527-B-I00).

\*\* Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional: «<http://orcid.org/0000-0003-1727-9864>.»

**RESUMEN:** Con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional de España (TCE) *núm. 51/2021*, este trabajo analiza como este tribunal viene asimilando el nuevo concepto de discapacidad y el modelo regulatorio derivado de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad —modelo social—. Se hace balance de los pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional en relación con los derechos de las personas con discapacidad y se estudia, en particular, la sentencia *núm. 51/2021*: primera que aprecia una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de las relaciones laborales por denegación de ajustes razonables. Ello permite evidenciar las notas distintivas del concepto de discapacidad establecido por la Convención, su enorme potencial en materia de tutela antidiscriminatoria y advertir relevantes precisiones sobre el desenvolvimiento de derecho a ajustes razonables en el ámbito del empleo.

**ABSTRACT:** On the occasion of the Spanish Constitutional Court's judgment *no. 51/2021*, this paper analyzes how this court has assumed the concept of disability and the regulatory model derived from the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (social model). It's made a balance of the previous pronouncements of the Constitutional Court about rights of people with disabilities and, in particular, it's studied the judgment *no. 51/2021*: the first one that appreciates a violation of the prohibition of discrimination on grounds of disability in labor relations for denial of reasonable accommodation. This allows highlighting the distinctive features of the concept of disability established by the Convention, its enormous potential in terms of antidiscrimination protection and note relevant details about the development of the right to reasonable accommodation in the field of employment.

**PALABRAS CLAVE:** *discapacidad, igualdad de trato, discriminación, igualdad de oportunidades, modelo médico, modelo social, ajustes razonables, jurisprudencia.*

**KEYWORDS:** *disability, equal treatment, discrimination, equal opportunities, medical model, social model, reasonable accommodation, case law.*

## I. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LA TRANSICIÓN DEL MODELO MÉDICO AL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

El actual modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad es uno de los ejemplos más evidentes y desarrollados de construcción de un sistema de tutela multinivel de los derechos humanos. Igualmente, es comúnmente aceptado que el desarrollo de dicho sistema viene determinado decididamente por la acción normativa surgida en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) desde finales de la década de los 70 del siglo XX (Biel Portero 2009); cuyo último hito más representativo habría sido la aprobación en el año 2006 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>1</sup> (Convención DPD).

La Convención DPD, que constituye el primer instrumento internacional de protección de los derechos humanos de alcance universal del siglo XXI, ha supuesto la evolución y tránsito entre dos modos de tratamiento de la discapacidad que, partiendo de concepciones diferentes de la misma, han determinado regulaciones internacionales y nacionales igualmente diversas (Biel Portero 2009: 12-19). Muy sucintamente<sup>2</sup>, el primero de ellos –el llamado modelo médico– entiende la discapacidad como un rasgo o atributo individual derivado, sin más, de una determinada condición de salud que limita, incapacita o invalida a la persona para la realización de distintas funciones vitales a nivel individual o social. Ante ello, desde el derecho y el Estado, procede una actuación reparadora, compensadora, asistencial o protectora de la persona afectada –diferente por su deficiencia– para adaptarla,

---

<sup>1</sup> La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue adoptada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de la ONU de 13 de diciembre de 2006. Fue firmada por España el 30 de marzo de 2007, entrando finalmente en vigor el 8 de mayo de 2008.

<sup>2</sup> La literatura científica sobre esta evolución de la respuesta jurídica y social a la discapacidad es vastísima y diversa en perspectivas. A título ilustrativo, véanse Cabra de Luna 2004; Palacios y Bariffi 2007; Palacios 2008; Padilla-Muñoz 2010; Victoria Maldonado 2013.

en la medida de lo posible, a la dinámica social normal o general. Por su parte, el modelo social entiende que la situación de exclusión o los impedimentos para que una persona con discapacidad pueda desarrollarse y participar plenamente en todos los ámbitos no derivan de sus condiciones individuales y funcionales sino de las actitudes, el entorno y la dinámica social, que no tiene en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad; siendo esa percepción social –y no su condición de salud– la causa de su exclusión o falta de integración. Como consecuencia, las personas con discapacidad son unos miembros más de la sociedad en pie de igualdad con el resto en cuanto a sus derechos y posibilidades de desarrollo y participación; de forma que debe ser la sociedad la que, aceptando la diversidad de aquéllas, elimine las barreras que las excluyen y disponga los apoyos y demás medidas necesarias para hacer posible el pleno y efectivo disfrute de sus derechos y, con ello, una integración plena con normalidad e igualdad.

La evolución entre un modelo y otro ha supuesto un largo e importante proceso de reforma de normas tanto de carácter técnico<sup>3</sup> como jurídico<sup>4</sup>, advirtiéndose una estrecha influencia entre ellas.

---

<sup>3</sup> En el plano de las normas técnicas, destaca la Organización Mundial de la Salud (OMS), que elaboró –con una voluntad unificadora– dos clasificaciones sucesivas que evidencian, desde el plano médico, la evolución de un modelo o concepción a otro: la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980, y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de 2001; siendo esta última a la que se debe la generalización del término discapacidad como comprensivo de la compleja realidad que ésta encierra actualmente. Siguiendo a Biel Portero 2009: 22-25, “[l]a CIDDDM sigue el modelo de las consecuencias de las enfermedades, a través de una secuencia lineal. En esta secuencia, es la enfermedad o trastorno la que origina la aparición de una deficiencia, que dará lugar a una discapacidad que, a su vez, determinará la existencia de una minusvalía en el individuo”; mientras que “la CIF se refiere a la discapacidad, no como un componente, sino como un término genérico global que determina el fenómeno multidimensional resultante de la interacción de las personas con su entorno físico y social”. Sobre esta cuestión, véase igualmente Cáceres Rodríguez 2004: 74-77.

<sup>4</sup> Un análisis detallado y sistemático de dicho proceso en el seno de la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea en Biel Portero 2009: 37-172, 172-238

Desde el plano jurídico, la transformación ha tenido reflejo en instrumentos internacionales generales<sup>5</sup> y, sobre todo, específicos<sup>6</sup>

y 240-300, respectivamente.

<sup>5</sup> El cambio de enfoque jurídico de la discapacidad se aprecia con claridad si se contrastan los silencios y referencias a ella en los instrumentos generales de protección de los derechos humanos anteriores al proceso impulsado por la ONU a finales del siglo XX. Entre los silencios, destaca la no inclusión de la discapacidad en las prohibiciones generales de discriminación recogidas en los artículos 7 Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 26 Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), 2.2 Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el marco de la ONU; los artículos 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) y 3 del Protocolo de San Salvador (PSS), en el marco normativo propio de la Organización de los Estados Americanos (OEA); y el art 14 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Convenio EDH) junto con su Protocolo 12 e incluso el art. E de la Carta Social Europea Revisada (Carta SER), en el contexto regional del Consejo de Europa. La excepción se encontraría, precisamente, en el marco normativo más actual de la Unión Europea, donde tanto el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), como el art. 21.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta DFUE), sí contemplan la discapacidad entre las causas de discriminación prohibidas. Mayor trascendencia práctica –dado el carácter abierto de las cláusulas generales antidiscriminatorias– tienen las referencias expresas que los textos internacionales clásicos hacen a la discapacidad con motivo del reconocimiento de derechos *ad hoc* de carácter prestacional o del mandato a los Estados Parte de llevar a cabo una particular acción asistencial, protectora y compensadora de la discapacidad. Tal sería el caso de los arts. 25 DUDH o 9.1 del Protocolo de San Salvador, que reconocen derechos de sustitución de las rentas del trabajo bajo el régimen de seguridad social u otros. En tales preceptos subyace una concepción economicista y reduccionista de la discapacidad, pues la única discapacidad jurídicamente sería aquella que, por su entidad, impide a las personas obtener por sí mismas los medios económicos para sostenerse. El contraste lo pondría el art. 15 de la Carta SER de 1996 (frente a la redacción de la Carta original de 1960), al reconocer a las “personas minusválidas” un más rico y amplio “derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad”.

<sup>6</sup> Además de la paradigmática acción normativa desarrollada en la propia ONU, entre los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que tratan específicamente de la discapacidad destacan, de un lado, las Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de alcance general sobre integración y participación de las personas con disca-

de protección de los derechos humanos, así como en su posterior incorporación y desarrollo por los ordenamientos nacionales (De Asís Roig *et al.* 2008; Pérez Bueno 2012; Pérez Bueno y De Lorenzo 2016; Campoy Cervera 2017); dando lugar a un proceso que actualmente sigue vivo<sup>7</sup>. Como no puede ser de otra forma, dicho proceso no sólo se materializa en el terreno de la producción normativa sino, muy particularmente, en el ámbito de la interpretación y aplicación jurisprudencial.

En ese sentido, cobra especial interés valorar cómo viene asimilando el TCE la nueva concepción de discapacidad y el nuevo modelo de tratamiento jurídico de la misma que deriva de la Convención DPD. La reciente sentencia *Trib. Const. 51/2021* —15 marzo— a cuyo análisis se dedican fundamentalmente estas pá-

---

pacidad [supuso la asunción del modelo social de discapacidad la Resolución AP(84)3 del Comité de Ministros, de 17 de septiembre de 1984, a la que siguieron dos Recomendaciones en 1992 y 2006 y otros actos adoptados sobre la cuestión disponibles en: «<https://www.coe.int/en/web/disability/adopted-texts>» [Consultado el día 27 de septiembre de 2021]]. De otro lado, destacan instrumentos específicos limitados a la lucha contra la discriminación por discapacidad, como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIEFDPD), adoptada el 6 de julio de 1999; o bien otros instrumentos circunscritos al ámbito o sector concreto del trabajo y el empleo, como es el caso de determinados Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —v.gr. la Recomendación núm. 99 y el Convenio núm. 159— y de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en el contexto de la Unión Europea (UE).

<sup>7</sup> Sirvan de ejemplo algunas de las iniciativas legislativas aprobadas recientemente que se inspiran directamente en previsiones de la Convención DPD: Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (BOE núm. 328, 17 diciembre 2020); Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 340, 30 diciembre 2020), en relación con la educación inclusiva; Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, 3 junio 2021).

ginas— ofrece una ocasión propicia para ello; en primer lugar, por su fondo o sustancia y, en segundo lugar, porque permite advertir el sentido o tendencia de la acción del Tribunal Constitucional español en materia de tutela de los derechos de las personas con discapacidad.

De acuerdo con ello, la *sentencia Trib. Const. núm. 51/2021*, dictada en resolución de un recurso de amparo, es la última de las pocas sentencias del Tribunal Constitucional dictadas tras la entrada en vigor en España de la Convención DPD. Además, es la primera que acomete —y aprecia— una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de las relaciones laborales por denegación de ajustes razonables. Es de suponer<sup>8</sup> que tales circunstancias hayan llevado al Tribunal a considerar que el caso revestía especial trascendencia constitucional a efectos de su admisión a trámite por plantear un problema o afectar “a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal” (*Trib. Const., sentencia núm. 51/2021*, cit. Ant. Hec. 4).

Con anterioridad a la aprobación de la Convención DPD, los pronunciamientos en materia de discapacidad del CTE pueden clasificarse, principalmente, en dos grupos. De un lado, aquellas resoluciones que —directa o indirectamente— analizan concretas regulaciones legales que, sobre la base de la igualdad de oportunidades, establecen tratos jurídicos diferenciados bajo la premisa de la consideración de la discapacidad como un argumento legitimador de tal diferencia, ya sea objetiva y razonable —*ex art. 14 de la Constitución Española (CE)*— o en clave de acción positiva —*ex arts. 9.2 y 49 CE*—<sup>9</sup>. De otro lado, se aprecia una serie de senten-

---

<sup>8</sup> Se supone y no se afirma porque el TCE, mantiene su costumbre de indicar de forma genérica el motivo por el que aprecia especial trascendencia constitucional para la admisión de una demanda, pero no procede a aplicarlo, contrastarlo y justificarlo en las circunstancias del caso concreto.

<sup>9</sup> A este primer grupo pertenecen las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas, en primer lugar, por la *sentencia Trib. Const. núm. 215/1994* (14 julio). Ésta avaló la despenalización de la esterilización forzosa de personas incapacitadas

cias del TCE sobre la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y sus garantías —art. 24 CE— en el caso concreto de las personas con discapacidad<sup>10</sup>. En ellas se cuestiona la autonomía

---

judicialmente por padecer una grave deficiencia psíquica. Una lectura del art. 49 CE desde la perspectiva del modelo médico condujo a considerar no contraria a la CE la previsión de un sistema de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad para disponer sobre su integridad física que ha estado vigente hasta su reciente derogación por la referida Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal (BOE núm. 328, 17/12/2020). En las *sentencias Trib. Const. núm. 197/2003* (30 octubre) y *78/2004* (29 abril) se cuestionaba la previsión de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que impedía declarar en situación de gran invalidez a las personas mayores de 65 años, edad tras la que no cabían revisiones de la evolución o grado de las situaciones de invalidez permanente; cosa que sí resultaba posible con las personas menores de dicha edad. El Tribunal avaló la regulación legal diferenciadora por razón de edad entre personas “inválidas” sobre la base del “amplio margen de decisión que tiene el legislador en la configuración del sistema de Seguridad Social” (*Trib. Const., sentencia núm 197/2003*, cit.: Fund. Jur. 5), y de que “los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos” (Fund. Jur. 3) para las situaciones de vejez e invalidez. Aun tratándose de un recurso de amparo, la *sentencia Trib. Const. núm. 269/1994* (3 octubre), por su parte, respaldó indirectamente la constitucionalidad de la reserva de un porcentaje de plazas para personas con discapacidad en los procesos selectivos de acceso a la función pública a raíz del recurso presentado por un aspirante del régimen general que resultó finalmente excluido como consecuencia de la existencia de tal reserva de plazas. El Tribunal deniega el amparo y confirma la adecuación constitucional de una medida de acción positiva conforme con el mandato promocional de la igualdad de oportunidades reales y efectivas (de acceso al empleo, en este caso) derivado de los arts. 9.2 y 49 CE, además de reconocer la discapacidad como una de las condiciones comprendidas en el listado abierto de causas de discriminación del art. 14 CE. Finalmente, cabe también en este primer grupo, la *sentencia Trib. Const. núm. 129/1999* (1 julio), que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad contra el (hoy derogado) art. 211.2 del Código Civil relativo al internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico; si bien su interés es menor al abordarse su resolución desde la perspectiva de la libertad personal y sus garantías (art. 17 CE) en vez desde la igualdad y la atención a la discapacidad.

<sup>10</sup> En primer lugar, destaca la *sentencia Trib. Const. núm. 311/2000* (18 diciembre) que otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) y a la igualdad de la madre de una mujer incapacitada judicialmente a la que en la jurisdicción ordinaria se negó legitimación activa

## en el ejercicio, así como la igualdad de trato —o no— en el disfrute

---

para interponer, como tutora de su hija, demanda de separación matrimonial contra el marido de ésta. La salvaguarda de la posición de la madre-tutora de la cónyuge con discapacidad que establece la sentencia, obedece claramente a la lógica del modelo médico de atención a la discapacidad, por el que se sustituye la acción de la persona con discapacidad por la mediación o representación de otra persona, al asumir como natural e inevitable su falta de autonomía o su condición limitada. En una línea similar, en la sentencia *Trib. Const. 174/2002* (9 octubre), se procede a la tutela indirecta de los derechos e intereses de una persona con discapacidad mediante el otorgamiento de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de su padre. Éste, que compartía la patria potestad con su exesposa y madre de la persona con discapacidad, no fue citado convenientemente en el proceso iniciado por esta última para proceder a la incapacitación judicial de su hija y rehabilitar la patria potestad exclusivamente a su favor. Según señala el Tribunal, la intervención del padre en dicho procedimiento “constituye un derecho del presunto incapaz que, por su singular enfermedad mental, no estaba posibilitado de ejercer personalmente su derecho de defensa” (Fund. Jur. 6), de manera que “en su cualidad de progenitor (...) el recurrente está legitimado para hacer valer todos aquellos derechos e intereses que pudieran corresponder a su hijo” (Fund. Jur. 4). La sentencia *Trib. Const. núm. 141/2003* (14 julio), recoge un supuesto en el que la condición de persona con discapacidad de la recurrente no supone diferencia alguna en el modo de ejercer o en el alcance sustantivo del derecho a la tutela judicial en su dimensión de derecho a la inmodificabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales. El caso trataba de la impugnación de sendos autos judiciales dictados en trámite de aclaración de sentencia que, excediéndose, procedían a la modificación efectiva del grado de minusvalía y a la desestimación de una demanda previamente estimada en materia de pensión de invalidez no contributiva. Por último, la sentencia *Trib. Const. núm. 199/2006* (3 julio) parece apuntar en la línea que finalmente marcará la CDPD en relación con la plena integración de las personas con discapacidad y la plenitud de sus derechos. En el caso, una persona con discapacidad –cuyas circunstancias eran conocidas por el órgano judicial al tener constancia de un procedimiento de incapacitación en curso– fue procesada en rebeldía y condenada en un pleito sobre arrendamiento de vivienda sin que se llegase a articular mecanismo alguno para su representación y defensa que garantizara su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El Tribunal señala que el órgano judicial en vía ordinaria no procedió “con la diligencia debida para una correcta constitución de la relación jurídico-procesal, que satisficiera las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión” (Fund. Jur. 5) en el particular caso de una persona con discapacidad; lo que parece anunciar la necesidad de proveer de los apoyos y ajustes razonables necesarios

de tal derecho por parte de las personas con discapacidad o, dicho en otros términos, su condición de sujeto pleno del derecho y la necesidad de adoptar determinadas cautelas o garantías en atención a la discapacidad que garanticen la posibilidad de ejercicio de todas las facultades de ese derecho.

Continuando con la línea recién apuntada en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional consideró la Convención DPD —art. 13— por primera vez en su sentencia núm. 7/2011 —14 febrero, Fund. Jur. 4—. En ella otorgó el amparo a una persona con discapacidad por vulneración del derecho a la asistencia letrada como garantía inexcusable en procesos de incapacitación ante la insuficiencia del nombramiento de defensor judicial y la falta de adopción, por el órgano judicial, de las medidas necesarias para que la persona cuya incapacitación había sido instada pudiera comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, libremente designada o a través del turno de oficio. A la tutela del derecho reconocido en el art. 24 CE y sus garantías se dirigieron también las posteriores sentencias *Trib. Const. núm. 77/2014* —22 mayo—, por la omisión de diligencias complementarias en el emplazamiento personal de un acusado con discapacidad mental que permitieran asegurar la comprensión de las consecuencias de su incomparecencia; así como las sentencias *Trib. Const. núm. 31 y 85/2017* —27 febrero y 3 julio, respectivamente—, relativas a la celebración de una vista sin la presencia preceptiva del fiscal designado como defensor judicial en procesos sobre capacidad de las personas.

En definitiva, en esta serie de resoluciones, el Tribunal Constitucional interpreta el art. 24 CE a la luz del art. 13 Convención DPD, dando una respuesta garantista e inclusiva a situaciones planteadas en procesos jurisdiccionales en los que la presencia de una persona con discapacidad obliga a los órganos judiciales a llevar a cabo “ajustes de procedimiento” que aseguren de manera efec-

---

para el pleno disfrute del derecho en condiciones de igualdad con el resto de las personas sin discapacidad.

---

tiva el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial en igualdad de condiciones con el resto. En particular, ello supone, en muchos casos, no asumir –sin más– las omisiones de actos procesales por parte de las personas con discapacidad como una conducta normal y plenamente consciente; sino reparar en que esa pasividad puede deberse al hecho de no proporcionarse esos ajustes de procedimiento o una mayor diligencia en las actuaciones que permitan una correcta comprensión de los trámites procesales y sus consecuencias, de manera que la persona con discapacidad pueda así ejercer con plenitud e igualdad su derecho.

De forma más puntual<sup>11</sup>, el Tribunal ha tutelado el derecho al honor y a la propia imagen de una persona con discapacidad en la

---

<sup>11</sup> Con posterioridad a la entrada en vigor en España de la Convención DPD, el Tribunal Constitucional ha resuelto, además de los reseñados, otros casos relativos a personas con discapacidad, si bien no se aprecia en ellos una particular incidencia de las previsiones de la Convención. De un lado, destaca la serie de sentencias relativas a la inobservancia de diversas garantías del procedimiento para el internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico previsto en el art. 763 LEC —sentencias *Trib. Const. núms. 141/2012*, 2 julio; *13/2016*, 1 febrero; *34/2016*, 29 febrero; *132/2016*, 18 julio—. En tales casos, el Tribunal abordó el enjuiciamiento desde la exclusiva perspectiva de las garantías relativas a las privaciones de libertad derivadas del art. 17 CE y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH) al respecto, sin entrar en consideraciones acerca de la falta de idoneidad de la medida de internamiento para el caso de las personas con discapacidad mental a la luz de las previsiones del Convención DPD a pesar de que la Fiscalía sí argumentó en tal sentido en alguno de esos casos —v.gr. *34/2016*—. Asimismo, en su Auto núm. 196/2016 —28 noviembre—, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de súplica contra la inadmisión de un recurso de amparo relativo a la exclusión legal de las personas incapacitadas judicialmente del derecho de sufragio. Para considerar que no hay vulneración del derecho fundamental, la resolución del Tribunal se escuda en el margen de configuración legal del derecho sufragio, que abarcaría la posibilidad de excluir a las personas declaradas incapaces en virtud de sentencia judicial firme como preveía entonces el art. 3.1.b Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). A pesar de ello, el Auto cuenta con un voto particular que, sobre la base del art. 29 Convención DPD, 10.2 y 23 CE, aboga por la inconstitucionalidad de tal exclusión y por el reconocimiento pleno y efectivo del derecho de participación política a las personas con discapacidad en línea con la posterior

sentencia *Trib. Const. núm. 208/2013* —16 diciembre—, si bien entonces consideró la Convención DPD de forma muy matizada al no estar aún en vigor en España en el momento de los hechos y considerar, además, que el avance en la concepción de la tutela de las personas con discapacidad que la Convención entraña dependía de una “protección legislativa adecuada [...] aún no suficientemente desarrollada” (Fund. Jur. 6). Finalmente, en materia de tutela antidiscriminatoria el TCE ha acometido, aunque denegando el amparo, la discriminación por razón de discapacidad en relación con el derecho a la educación inclusiva frente a la escolarización en centros de educación especial —sentencia *Trib. Const. núm. 10/2014*, 27 enero—, y otorgando el amparo, sin embargo, la discriminación por razón de edad y discapacidad en relación con la exclusión del derecho a determinadas prestaciones del sistema de atención a la dependencia —sentencia *Trib. Const. núm. 3/2018*, 22 enero—; siendo estos dos últimos los antecedentes más inmediatos del caso que nos ocupa.

## **II. LOS HECHOS DE LA SENTENCIA TRIB. CONST. NÚM. 51/2021: LA DINÁMICA MÉDICO-ASISTENCIAL COMO ANTESALA DE LA CONDUCTA DISCRIMINATORIA**

Los hechos de los que trae causa la sentencia derivan de la sanción disciplinaria impuesta a un trabajador, empleado público —letrado de la Administración de Justicia—, por graves y reiterados incumplimientos, desatenciones y retrasos en las funciones inherentes a su puesto de trabajo. La detección de tales incumplimientos se produce en el marco de una inspección rutinaria del órgano judicial en que el trabajador desempeñaba sus funciones a cargo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). Fruto del segui-

---

reforma de la LOREG que derogaría las exclusiones de los apartados b y c del art. 3.1. LOREG (Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, BOE núm. 294, 06/12/2018).

---

miento realizado tras la inspección se apunta a que el motivo de los incumplimientos advertidos se debe a la idoneidad y capacidad del trabajador para el concreto puesto que ocupaba, y no a una cuestión de indisciplina.

A la luz de tales circunstancias, la administración empleadora optó por acudir al régimen de la seguridad social incoando un expediente de jubilación por incapacidad permanente del trabajador. Sin embargo, esta vía resultó infructuosa pues, tras las valoraciones pertinentes, el órgano correspondiente de la seguridad social consideró que el trabajador-funcionario no sufría afecciones que le imposibilitaran totalmente para las funciones de su puesto de trabajo. En la medida en que los incumplimientos en el desempeño de sus funciones continuaban, la administración empleadora decidió iniciar la vía disciplinaria, entendiéndose que la denegación de la incapacidad permanente a efectos de la seguridad social respaldaba la culpabilidad del empleado al descartarse razones médicas que justificaran sus incumplimientos.

Es en el marco de la tramitación del expediente disciplinario donde el trabajador, al contestar al pliego de cargos, revela que sufre síndrome de Asperger aportando informe psiquiátrico acreditativo del diagnóstico y de su seguimiento desde hace más de diez años. Con tal motivo, propone diligencia de reconocimiento psiquiátrico, alega una posible discriminación por razón de discapacidad, así como el derecho a ajustes razonables en su puesto de trabajo. Adicionalmente, solicita la suspensión del procedimiento disciplinario alegando la conveniencia de esperar a la resolución del procedimiento administrativo de reconocimiento de discapacidad<sup>12</sup> que, de forma paralela, había iniciado. La resolución de dicho procedimiento —que se incorporó al expediente disciplinario tan pronto fue emitida y antes de su finalización— reconoció al trabajador, inicialmente, “un trastorno del desarrollo de etiología no filiada

---

<sup>12</sup> Al amparo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDDP, BOE núm. 289, 03/12/2013).

con una discapacidad del 10%”; si bien, fuera ya del marco temporal del procedimiento disciplinario, y a resultas de un procedimiento de revisión, se verá elevada posteriormente a un grado total del 34%.

Ninguna de las peticiones, diligencias y alegaciones del trabajador en relación con su discapacidad y en descargo de las infracciones atribuidas resultó atendida, de forma que la administración empleadora concluyó apreciando una infracción muy grave e imponiendo una sanción de suspensión de empleo y sueldo. El trabajador recurrió sucesivamente la sanción en vía administrativa y judicial alegando, de un lado, la vulneración de sus derechos a la no discriminación por razón de discapacidad no incapacitante —14 CE—, integridad moral —15 CE— y a mantenerse sin perturbaciones ilegítimas en el desempeño de sus funciones como empleado público —23.2 CE—; sin que en ninguna de las instancias fueran estimadas sus pretensiones en tal sentido.

De otro lado, también alegó en sus recursos la violación del derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa, a la prueba pertinente y a la presunción de inocencia —24.2 CE—. Estas últimas alegaciones se justificaban no sólo en el hecho de que ninguno de sus argumentos y peticiones formuladas en su descargo en el procedimiento disciplinario fuera atendido sino, particularmente, en la toma de declaración —durante la instrucción del expediente disciplinario— a cuatro testigos anónimos —secretos— y a otro testigo de cargo espontáneo —testigo sorpresa—; declaraciones que se produjeron sin conocimiento y sin posibilidad de que el demandado o su letrado pudieran intervenir en su práctica. Las denuncias de violación relacionadas con las garantías del 24.2 CE resultaron parcialmente estimadas en vía ordinaria por parte del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo; si bien, en la resolución del posterior recurso de apelación, la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional confirmó la sanción disciplinaria impuesta en todos sus extremos sin estimación alguna de las pretensiones del empleado público.

Concluida la vía judicial ordinaria tras la inadmisión del recurso de casación, quedó expedita la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, donde el trabajador encuentra, finalmente, amparo<sup>13</sup>. En su demanda ante este último, el demandante precisa sus alegaciones en la vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de discapacidad —14 CE—, al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia —24.2 CE—.

### III. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN MODELO REGULATORIO ACUÑADO INTERNACIONALMENTE

La fundamentación jurídica del Tribunal en esta sentencia destaca, en primer término, por confirmar, al amparo del art. 10.2 CE, la recepción de todo el acervo jurídico internacional derivado de la Convención DPD a los efectos de definir y afirmar el modelo constitucional de tratamiento de la discapacidad, en general, y de la discriminación por razón de discapacidad, en particular. Si bien dicha recepción ya se había constatado en sentencias precedentes —v. gr. la núm. 3/2018, cit.—, en ésta se afirma que el Tribunal otorga “especial relevancia exegética a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad” (Fund. Jur. 3.a, párr. 2).

Además, el Tribunal observa que dicha recepción tiene lugar no sólo mediante la influencia directa de la Convención DPD sobre el legislador español<sup>14</sup> derivada del compromiso internacional ad-

---

<sup>13</sup> Merece destacarse el hecho de que tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal coincidieran en instar la denegación del amparo por vulneración del derecho a la no discriminación —la Fiscalía interesaba el amparo, aunque sólo por el 24.2 CE—. Esta circunstancia extraña sobremanera en el caso de la Fiscalía, que en procesos de amparo anteriores había mostrado un particular y loable activismo en la aplicación de los principios y criterios de tratamiento jurídico de la discapacidad dimanantes de la Convención DPD —v. gr. sentencias *Trib. Const. núms. 10/2014, 34/2016, 31/2017, 3/2018*, cit.—.

<sup>14</sup> En particular, el Tribunal refiere como resultado directo de la Convención el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (TRLGDDP) (Fund. Jur. 3.a, párr. 4).

quirido con su ratificación, sino también como consecuencia de la aceptación e integración del modelo normativo de la Convención DPD como fuente interpretativa por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal EDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); esto es, los dos marcos regionales de protección internacional de los derechos humanos que más influencia ejercen en el ordenamiento jurídico español tanto por su vigencia en España —*ex art. 96 CE*— como por la vía del art. 10.2 CE (Fund. Jur. 3.a).

De esta forma, el Tribunal evidencia que el marco jurídico de protección de la discapacidad constituye uno de los ejemplos más claros de sistema de tutela multinivel de los derechos humanos determinado decididamente, en este caso, por una acción normativa surgida del marco ONU. La penetración del modelo establecido en la Convención en los demás sistemas de protección internacional, es reflejada por el Tribunal de forma particularmente pormenorizada<sup>15</sup>. En el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Convenio EDH), se señalan las concretas referencias jurisprudenciales en las que el Tribunal EDH ha afirmado, primero, la inclusión de la discapacidad en su cláusula general antidiscriminatoria —art. 14 Convenio EDH— y, segundo, en las que ha tomado la Convención DPD como fuente

---

<sup>15</sup> A pesar de ello, debe constatar, y denunciarse, la —frecuente— ausencia en las resoluciones del TCE de referencias a la Carta Social Europea y a la doctrina de su órgano de control y garantía: el Comité Europeo de Derechos Sociales. Además del tratamiento específico de la discapacidad por el reconocimiento de derechos sociales concretos en la Carta, la doctrina del Comité viene asumiendo una lectura de los derechos de las personas con discapacidad en línea con los principios de igualdad de trato, no discriminación, inclusión, accesibilidad universal, etc. propios de la Convención DPD, así como la aplicación de técnicas como la de los ajustes razonables. El 29 de abril de 2021, España ratificó, por fin, la Carta SER, así como su Protocolo Adicional que establece el sistema de reclamaciones colectivas (BOE núm. 139, 11/06/2021). Sería deseable que este hecho determinara una mayor atención por parte del Tribunal Constitucional a la interpretación de los derechos sociales a la luz de la Carta SER y una mayor disposición a considerar la doctrina de su Comité, particularmente, aquella —más concreta y precisa— dictada en aplicación de tales reclamaciones colectivas.

para la interpretación de los derechos y garantías del Convenio EDH (Carmona Cuenca 2017; Larrazábal Basañez 2021).

En el caso del Derecho de la Unión Europea, por su parte, se indica el triple fundamento que en este contexto tiene la protección de la discapacidad: el reconocimiento expreso en la Carta DFUE — arts. 21 y 26—, la adhesión de la propia UE a la Convención DPD y su integración en el propio ordenamiento de la UE y, finalmente, la labor jurisprudencial del TJUE en aplicación, particularmente, de la Directiva 2000/78/CE. Esta última referencia comporta especial relevancia, pues la interpretación de esta Directiva a la luz de la Convención DPD ha dado lugar a una relevante serie de sentencias del TJUE —algunas de ellas referidas en el Fund. Jur. 3.a— en las que, con motivo del despido de trabajadores con enfermedad o condiciones de salud de duración incierta y previsiblemente prolongadas, se ha procedido a extender la noción de discapacidad a tales situaciones para considerar discriminatorias por tal razón las decisiones empresariales<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> En particular, el TCE cita en el Fund. Jur. 3.a de su resolución, las sentencias del TJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, asunto *HK Danmark y otros*; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, asunto *Z. vs. A Government department and the Board of management of a community school*; de 18 de diciembre de 2014, C-354/13, asunto *Fag og Arbejde (FOA) vs. Kommunernes Landsforening (KL)*; de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, asunto *Mohamed Daouidi vs. Bootes Plus, S.L. y Otros*, y la de 9 de marzo de 2017, C-406/15, asunto *Petya Milkova vs. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen control*. Al margen de la controversia que tales sentencias europeas están teniendo en la jurisdicción social española (Goñi Sein 2017; Martínez-Gijón Machuca 2017; Molina Navarrete 2019; Monereo Pérez 2019: 681-746), merece apuntar también su impacto sobre la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En particular, la sentencia *Trib. Const. núm. 62/2008* —26 mayo— afrontó desde la discriminación por razón de enfermedad o estado de salud un caso que, muy probablemente tendría hoy una resolución diferente a la luz de la interpretación del concepto de discapacidad sostenida por el TJUE en aplicación de su Directiva 2000/78 desde la perspectiva de la Convención DPD. La sentencia *62/2008* denegó el amparo a un albañil con una enfermedad grave de espalda —y de incierta duración— que fue despedido por su empresa. Aunque el Tribunal reconoció la enfermedad o el estado de salud como una de

Más allá de las referencias internacionales, con esta sentencia el Tribunal Constitucional tiene una nueva oportunidad de consolidar el modelo constitucional de la discapacidad, ya avanzado en algunas resoluciones anteriores<sup>17</sup>, basado en la tríada formada por los arts. 14, 9.2 y 49 CE (Bastida Freijedo 2013; Álvarez García 2017). El tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva integrada de esas tres previsiones constitucionales supone una relevante evolución que Rey Martínez describe con elocuencia:

“[...] desde el punto de vista conceptual, se ha transitado de un modelo constitucional inicial de corte asistencialista, al que se suele denominar «modelo médico» porque comprendía al discapacitado, básicamente, como un enfermo al que proteger (de hecho, el artículo 49 CE habla de ‘disminuidos’, una palabra que suena ofensiva en la actualidad), a otro modelo que hace gravitar el régimen jurídico en torno a la idea de la autonomía de la persona con discapacidad. En el modelo médico, la tutela constitucional de las personas con discapacidad era, desde el punto de vista de la

---

las causas de discriminación amparables en el art. 14 CE, consideró que en el caso concreto el despido no obedecía a la enfermedad del trabajador y a una intención excluyente, sino al hecho de que el trabajador ocultara su dolencia al empresario en el momento de su contratación. El voto particular discrepante del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez exponía con elocuencia: “Las circunstancias expuestas sitúan —al recurrente— en un dilema de consecuencias indeseables [...]. Las resoluciones del Inss le fuerzan [...] a continuar en el mercado de trabajo, ya que el Estado social y Democrático de Derecho le niega la acción protectora de la Seguridad Social, mediante el reconocimiento de una situación de discapacidad [...]. Si acude, no obstante, a la relación laboral [...] se verá despedido [...] por vulnerar la buena fe contractual y ocultar que sufre una lesión-enfermedad”. Ante ello, el Magistrado señalaba: “que existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los arts. 4.2 c) y 17.1 LET o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias”. Esa categoría intermedia que reclamaba estaría siendo reconducida y reconocida actualmente mediante la extensión del concepto de discapacidad a determinadas enfermedades de larga duración por parte del TJUE.

<sup>17</sup> V.gr. sentencias Trib. Const. núms. 269/1994, 3/2018 (cit.).

técnica jurídica, la de un principio (art. 49 CE), en el vigente modelo de autonomía, estamos en presencia de un auténtico derecho fundamental (art. 14 CE), con un contenido que en gran parte es exigible judicialmente” (Rey Martínez 2017: 163-164).

Tras el triple fundamento constitucional de la atención a la discapacidad es posible identificar las diferentes técnicas normativas que pueden aplicarse bajo el común objetivo de la plena integración de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con el resto (Fund. Jur. 3.a, párr. 1; art. 1 Convención DPD): la protección contra toda forma de discriminación como garantía de la igualdad de trato (art. 14 CE), de un lado, y las medidas promocionales de protección, incluidas aquellas de acción positiva, para procurar la igualdad real de oportunidades (arts. 9.2 y 49 CE).

#### **IV. LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD DE LA CONVENCIÓN DPD Y EL DESARROLLO DE LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA**

La Convención DPD afirma en su Preámbulo que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad” —letra e— para, posteriormente, identificar en su art. 1 a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás<sup>18</sup>”.

---

<sup>18</sup> Este concepto ha sido asumido en términos muy similares tanto por la legislación española como por el Derecho de la UE. Así, el art. 2.a TRLGDPD define la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por su parte, ante la falta de una definición de discapacidad en la Directiva 2000/78 y circunscrito al ámbito del empleo y la ocupación, el TJUE “ha estimado que el concepto de ‘discapacidad’ en el

Los elementos integrantes de dicha noción de discapacidad establecida por la Convención permiten advertir la asunción del modelo social de la discapacidad antes referido, dotan al concepto de un particular dinamismo y, finalmente, contribuyen a potenciar el alcance y eficacia de la tutela antidiscriminatoria.

La discapacidad se compondría, en primer lugar, de un elemento técnico u objetivo que el art. 1 Convención DPD identifica con la concurrencia de “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales” (art. 1) en cualquier persona. Se trata, por tanto, de un elemento atinente a la integridad física y la salud de las personas que abarca todo tipo de pérdida o anormalidad de una estructura corporal o de una función fisiológica, con independencia de su causa u origen; cuya apreciación requiere de un criterio técnico de carácter médico basado en la experiencia de la salud.

En tal sentido, la sentencia *Trib. Const. núm. 51/2021* confirma el carácter objetivo de este primer elemento, de manera que desde el plano jurídico no procede hacer valoraciones ni, por tanto, entrar a cuestionar el criterio médico en relación con la concurrencia de la deficiencia en cuestión ni con los síntomas y trastornos en que se manifiesta. El juicio, por tanto, sobre este primer elemento es exclusivamente técnico<sup>19</sup>; cuestión que adquiere mayor

---

sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” —se reitera tal definición en sus sentencias de 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, C-335/11 y C-337/11, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, *Z.*, C-363/12, apartado 76; de 18 de diciembre de 2014, *FOA*, C-354/13, apartado 53; de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, C-270/16, apartado 28; de 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi vs. Bootes Plus, S.L.*, y otros, C-395/15, apartado 42; y de 11 de septiembre de 2019, *DW vs. Nobel Plásticos Ibérica, S.A.*, C-397/18, apartado 41, entre otras—.

<sup>19</sup> Reveladora resulta en este sentido la afirmación del Tribunal sobre este punto en el Fund. Jur. 6, al remitirse a normas técnicas propias del ámbito de la medicina: “queda fuera del ámbito de esta sentencia cualquier consideración general sobre la naturaleza del síndrome de Asperger, o sobre el grado o supues-

relevancia práctica, como ocurre en el caso, en relación con deficiencias “invisibles” o de difícil percepción como son las de tipo mental, cognitivo o intelectual (Fund. Jur. 4, párr. 10).

En segundo lugar, cabe apreciar un elemento relacional o contextual que introduce de manera esencial en la concepción de la discapacidad la interacción de las personas con deficiencias con su entorno físico y social. Se trata de la principal consecuencia de la asunción del modelo social de la discapacidad, en cuya virtud ésta no trae causa exclusivamente de la condición de salud que supone la deficiencia de una persona —cualquiera que ésta sea—, sino del contexto físico y social y el modo en que éste la percibe, gestiona, responde o reacciona ante ella. Como consecuencia, no toda deficiencia es en sí y por sí discapacitante o, en otros términos, la concurrencia aislada de una deficiencia será condición necesaria, pero no suficiente, para apreciar la existencia de discapacidad.

En directa relación con la consideración del contexto, se aprecia un tercer elemento finalista o funcional que atiende al efecto *barrera* o impeditivo que el entorno físico o social tiene sobre el ejercicio pleno y efectivo de cualquiera de los derechos de las personas con deficiencias y su participación social. Así, la disposición física del entorno —v. gr. lugar de trabajo— o la actitud colectiva —política empresarial, relación con el resto de los trabajadores— con la que se percibe o responde en el ámbito laboral o profesional a las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales del traba-

---

tos en que puede llegar a limitar de manera significativa la capacidad de quien lo padece. Baste aquí con recordar que recientemente la Organización Mundial de la Salud ha incluido el síndrome de Asperger en la categoría de ‘Trastornos del Espectro del Autismo’ (Clasificación Internacional de Enfermedades, CIE-11, 2018), y que conforme a la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud sobre ‘Medidas integrales y coordinadas para gestionar los trastornos del espectro autista’, las manifestaciones de esos trastornos ‘varían mucho en cuanto a las combinaciones y la gravedad de los síntomas’, y que las personas que los sufren pueden encontrar ‘barreras para participar en condiciones de igualdad en la sociedad’ y ser, en definitiva, víctimas de discriminación por razón de discapacidad (WHA67.8, 19-24 de mayo de 2014, pág. 13)”.

---

jador debe generar una consecuencia o impacto limitativo o diferenciador sobre los concretos derechos de esas personas y su plena integración. Es esa barrera derivada del entorno o de la interacción entre éste y las deficiencias la que genera o lleva a apreciar, en último término, la discapacidad.

De acuerdo con ello, los elementos contextual —interacción con el entorno— y funcional —generación de barreras— dotan a la discapacidad de una naturaleza dinámica que obliga a admitir que ante un mismo tipo de deficiencia unos entornos generen barreras y otros no, que la tipología e intensidad de éstas varíe y que cada entorno pueda generar barreras diferentes —afectando o impidiendo el pleno ejercicio de derechos diversos— en función de la deficiencia con que interaccionen. Todo ello determina la necesidad de una labor de enjuiciamiento de los hechos y circunstancias concretas concurrentes para determinar si, efectivamente, los impedimentos u obstáculos sufridos por el afectado en sus derechos derivan del modo en que su entorno afronta o responde —por acción u omisión— a su trastorno<sup>20</sup>.

Así lo hace el Tribunal Constitucional en el caso de la sentencia analizada. En ella, más allá de la evidencia de los incumplimientos y retrasos en las funciones del empleado y la conexión con su trastorno, destaca el valor probatorio de los indicios de discriminación que el Tribunal atribuye al hecho de que, en el marco del seguimiento practicado sobre la actividad del empleado durante la tramitación de expediente disciplinario, se observara una cierta mejoría en su desempeño asociada a la recepción de una puntual acción formativa; lo que acredita la capacidad de influencia decisiva del entorno laboral en la intensificación o mitigación de las

---

<sup>20</sup> Queda patente esta forma de discurrir cuando el Tribunal afirma: “Partiendo de que en este caso estamos, por tanto, ante un trastorno que puede derivar en discapacidad mental, corresponde al Tribunal analizar si [...] esa discapacidad debió provocar en la Administración, y no lo hizo, una serie de ajustes razonables en el puesto de trabajo, y si de la falta de ajustes pudo derivarse la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones laborales que desencadenó la apertura del expediente disciplinario” (Fund. Jur. 6).

dificultades que experimentaba el trabajador (Fund. Jur. 6.a, párr. 3). De acuerdo con ello, la prestación o denegación de ajustes razonables tiene un efecto directo sobre el surgimiento o evitación de la barrera “discapacitante” (art. 2 Convención DPd).

En cuarto lugar, la Convención DPd —y las normas y resoluciones que se basan en ella— sujeta la noción de discapacidad a la concurrencia de un elemento temporal que, si bien no plantea controversia alguna en el caso analizado, debe ser también referido. En efecto, la apreciación de discapacidad requiere que las personas afectadas presenten deficiencias —de cualquier tipo— “a largo plazo”. De esa forma, se pone el acento en la duración de las consecuencias y no en el pronóstico final de la deficiencia. Este factor o elemento temporal se erige en parte esencial del concepto de discapacidad, sobre todo desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria, pues la negativa percepción de la prolongada duración de los efectos de las deficiencias es la que, en muchos casos concretos, motiva la conducta discriminatoria<sup>21</sup> que hace emerger la barrera que impide el pleno ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos de las personas que sufren tales deficiencias.

Finalmente, resulta discutible la consideración de un quinto elemento formal como parte integrante del concepto general de discapacidad dimanante de la Convención DPd. Este elemento se concretaría en la exigencia de un reconocimiento, certificación o acreditación formal de la discapacidad, o de su grado o alcance<sup>22</sup>. A este respecto, la sentencia *Trib. Const. núm. 51/2021* sugiere

---

<sup>21</sup> Tal es el caso de las sentencias del TJUE antes referidas en las que se ha procedido a extender la noción de discapacidad a casos de enfermedades o condiciones de salud de duración incierta y previsiblemente prolongada. Véase *supra* nota 16.

<sup>22</sup> Tal exigencia aparece mencionada en algunos instrumentos internacionales específicos sobre discapacidad; en particular, así ocurre en algunos Convenios y Recomendaciones de la OIT que tratan de las personas con discapacidad en relación con la readaptación profesional y el empleo, como el Convenio núm. 159 y la Recomendación núm. 99. Asimismo, las normas reguladoras de medidas de carácter prestacional, de acción protectora o incluso de acción positiva justifican la necesidad de contar con un reconocimiento formal de la discapacidad

un par de reflexiones. De una parte, se pone de manifiesto el carácter contingente de dicho elemento formal, al menos, en el particular ámbito de la tutela antidiscriminatoria. Obsérvese a este respecto que el Tribunal no considera relevante el hecho de que el trabajador no acreditara mediante una certificación oficial de algún tipo la discapacidad asociada a su trastorno. Inicialmente, éste se limitó en el curso de la tramitación del expediente sancionador a aportar el informe particular de su psiquiatra al objeto de ofrecer una justificación de sus incumplimientos y solicitar ajustes razonables en su puesto de trabajo. Posteriormente, puede deducirse de los hechos, que el trabajador sí trató de obtener certificación administrativa de reconocimiento de discapacidad al amparo del Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (TRLGDPD) al objeto de reforzar sus alegaciones y oposición al expediente disciplinario.

Sin embargo, ni el hecho de carecer inicialmente de certificación oficial, ni el hecho de que ésta fuera aportada posteriormente acreditando una discapacidad “ciertamente menor” (Fund. Jur. 6.a), resultan decisivos, a juicio del Tribunal, para dar efectividad al derecho a la no discriminación por denegación de ajustes razonables. Lo realmente relevante a tales efectos parece ser la presentación de un panorama indiciario suficiente de la motivación discriminatoria de la medida disciplinaria adoptada. A la luz del caso, la acreditación de tales indicios puede deducirse de otros elementos tales como la propia declaración del trabajador y los datos revelados por la actuación inspectora sobre el funcionamiento del órgano judicial en que trabajaba el empleado y las concretas evaluaciones y seguimientos realizados sobre su desempeño. En definitiva, la gravedad del acto discriminatorio no depende de que la discapacidad de la víctima esté o no acreditada formalmente,

---

que acredite, incluso, su grado o nivel de intensidad y alcance, pues tal información no sólo puede ser relevante a efectos de cumplimiento de los requisitos formales para el reconocimiento o la prestación del servicio en cuestión, sino que también puede ser determinante de la selección concreta de la medida a aplicar en cada caso y de su efectividad.

---

o de que ésta –de existir– establezca una mayor o menor graduación, sino del carácter especialmente rechazable de la motivación del acto, para cuya apreciación puede ser suficiente la constancia de meros indicios de discapacidad.

Por otra parte, de los hechos del caso llama poderosamente la atención el juego de certificaciones de incapacidad —laboral— y discapacidad —administrativa— que pretenden acreditar, en distintos momentos y con distinta finalidad el trastorno del trabajador. El primer intento tiene por objeto la declaración de incapacidad permanente del trabajador (antecedente 2.c) impulsada por la propia administración empleadora bajo el régimen de la Seguridad Social con el objeto de promover su jubilación a modo de seguro de rentas y, en consecuencia, su “destierro” o exclusión del ámbito del empleo. El recurso a este mecanismo sugiere, en primera instancia, una lógica propia del llamado modelo *médico* o asistencialista de la discapacidad ante la advertencia de una serie de incumplimientos laborales achacables, a juicio del empleador, íntegra y exclusivamente al trastorno o deficiencia del trabajador, sin consideración alguna del entorno o contexto del puesto de trabajo.

No obstante, más preocupante resulta, como segunda apreciación, las consecuencias que para el trabajador se derivan de la negativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) al reconocimiento de la incapacidad permanente pretendida. Como apunta la propia Sentencia, esta circunstancia fue interpretada por la empleadora conforme al “sofisma de que al no ser declarado como ‘totalmente incapacitado’ por el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades del INSS, está ‘totalmente posibilitado’ para las funciones que desempeña en su puesto de trabajo” (Fund. Jur. 6); de donde deducía con simpleza la culpabilidad del empleado respecto a los incumplimientos de sus funciones. Sin embargo, como afirma con contundencia el Tribunal: “El hecho de que una persona no esté totalmente imposibilitada para ejercer una actividad profesional, que es lo que afirma el informe del Equipo

de Valoración de Incapacidades, no es óbice para que experimente obstáculos o barreras en el ejercicio de la misma debido a una discapacidad” (Fund. Jur. 8.d.i).

Una segunda manifestación de confusión en torno a las certificaciones de la discapacidad del trabajador tiene lugar en relación con el procedimiento de reconocimiento administrativo de discapacidad iniciado por el trabajador al amparo del TRLGDPD, en cuya virtud se le reconoció inicialmente un grado de discapacidad —leve— del 10%. Durante la vía de recurso contra la sanción disciplinaria impuesta ante la jurisdicción ordinaria, esta circunstancia fue tenida en cuenta para determinar que, por su grado de discapacidad acreditado, el trabajador no tenía derecho a exigir la aplicación de los ajustes razonables, además de otras medidas de garantía, previstos en el referido TRLGDPD. La Audiencia Nacional llegaba a tal conclusión sobre la base de una interpretación errónea<sup>23</sup>, por reduccionista, del ámbito subjetivo de esta norma *ex art. 4.2 TRLGDPD*; en cuya virtud el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad quedaría limitado a aquellas que pudieran acreditar formalmente el reconocimiento de un grado de discapacidad igual o superior al 33% (antecedente de hecho núm. 2.j). Esta posición supone desconocer el concepto “abierto y dinámico” de discapacidad dimanante del art. 1 Convención DPDP —y del propio TRLGDPD *ex art. 2.a y 4.1*— que se ha expuesto en los párrafos precedentes, así como el carácter contingente del elemento formal en lo que respecta a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria.

---

<sup>23</sup> Sobre este particular, véase en el antecedente de hecho núm. 3.a párr. 3 la elocuente refutación del demandante de amparo.

**V. EL DERECHO A AJUSTES RAZONABLES EN EL EMPLEO:  
PRECISIONES SOBRE SU ARTICULACIÓN PRÁCTICA  
Y EFECTOS SOBRE LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA  
DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD**

Como ya se apuntó, la sentencia *Trib. Const. núm 51/2021* constituye la primera en la que se aprecia discriminación por razón de discapacidad en el ámbito del empleo por denegación de ajustes razonables. El propio Tribunal constata y subraya este dato —Fund. Jur. 3.a— al referir sus pronunciamientos anteriores sobre el derecho a ajustes razonables en otros contextos; en particular, en los ámbitos de la educación, de la tutela judicial y del acceso a la asistencia o servicios sociales (respectivamente, sentencias Trib. Const. núms. 10/2014, 77/2014 y 3/2018, cit.).

A la novedad que supone el reconocimiento del derecho en un ámbito distinto a los contemplados en casos anteriores, se une el dato, no menor, de que en el empleo la condición de garante de los ajustes razonables —el empleador— puede recaer tanto en una administración pública como en un particular; lo que contrasta con los pronunciamientos anteriores, siempre referidos a ámbitos de intervención y responsabilidad de las administraciones públicas. Si bien en el caso resuelto en la sentencia *núm. 51/2021*, la entidad empleadora es también una administración pública, el Tribunal parece consciente del potencial alcance general sobre el ámbito del empleo de su doctrina sobre los ajustes razonables a partir de este caso. En tal sentido, se aprecia como en distintos pasajes de su resolución, el Tribunal, introduce matices o precisiones, en relación con el empleo público<sup>24</sup>, adicionales a las afirmaciones previas de alcance general sobre los ajustes razonables en el empleo.

Al igual que ocurriera con la referencia a las diversas fuentes internacionales sobre las que se erige el actual modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad, es de destacar el empeño que el Tribunal pone en señalar los fundamentos normativos y jurisprudencia-

---

<sup>24</sup> V.gr. Fund. Jur. 4, párr. 10 y Fund. Jur. 8.d.ii.

les, de ámbito tanto internacional como interno, del derecho a los ajustes razonables (Fund. Jur. 3.a). Así, tras las referencias generales al reconocimiento del derecho a los ajustes razonables, a la calificación de su denegación como una forma más de discriminación y a la obligación de los Estados de asegurar su realización (arts. 2 y 5.3 Convención DPD, arts. 2.m, 63 y 66 TRLGDPD), el Tribunal precisa el *papel fundamental* que desempeña la adopción de los ajustes razonables en el particular ámbito del empleo para combatir la discriminación por discapacidad (Fund. Jur. 4). A tal objeto, incide tanto en las previsiones normativas que evidencian la particular función instrumental de los ajustes razonables al servicio del pleno ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos laborales de las personas con discapacidad (arts. 35 TRLGDPD y 59.2 del Estatuto Básico del Empleado Público), como en las resoluciones que proceden a la exigencia de su realización por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), del Tribunal EDH y del TJUE<sup>25</sup>.

A la luz de tales previsiones, el Tribunal conceptúa el derecho a los ajustes razonables como parte integrante del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación<sup>26</sup>. Tales ajustes se conciben, además, con una clara función instrumental, “como herramienta para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad” (Fund. Jur. 4, párr. 4). La inclusión de los ajustes razonables entre las facetas o contenidos específicos del derecho a la no discriminación comporta que éstos se vean afectados por el alcance horizontal

---

<sup>25</sup> En concreto, el Tribunal refiere la Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/GC/6), la sentencia Tribunal EDH de 30 de enero de 2018, asunto *Enver Şahin c. Turquía*, y la sentencia TJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto *Dw, C-397/18*.

<sup>26</sup> De forma quizá más contundente el Tribunal afirma que “el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida y que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en condiciones de igualdad” (Fund. Jur. 4, párr. 7).

de su eficacia. La principal consecuencia de ello es la importancia de la posición que pasa a ocupar el obligado a prestarlos o *garante* del derecho a la no discriminación de la persona con discapacidad, esto es, el empleador en el caso del entorno laboral. De esta forma, a la tradicional obligación negativa o de abstención que se deriva para el sujeto pasivo del derecho a la no discriminación —no incurrir en conductas discriminatorias—, se añadiría un “deber positivo” (sentencia *Trib. Const. núm. 77/2014*, cit. Fund. Jur. 2) o una “obligación por parte del empleador” de carácter positivo, cuyo incumplimiento “priva de legitimidad la adopción de medidas como el despido o la adopción de medidas disciplinarias” que, pudiendo “estar fundadas, en principio, en razones objetivas y aparentemente neutras” relacionadas con el desempeño de un trabajador, “incurren en discriminación si no se ha garantizado antes la observancia del principio de igualdad de trato de las personas discapacitadas mediante los debidos ajustes” (sentencia *núm. 51/2021*, Fund. Jur., párr. 7).

Fruto de su eficacia horizontal, la condición de garante del derecho a no ser discriminado y, por tanto, de obligado a realizar los ajustes razonables necesarios, puede recaer tanto en particulares como en administraciones públicas. No obstante, el Tribunal introduce por dos veces un matiz en relación con la naturaleza e intensidad de tal obligación en el caso de la administración pública, para quien la realización de ajustes responde a “una triple exigencia constitucional [...] dado que por una parte debe velar por el respeto del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE” —exigencia que habría que entender compartida con los *garantes* particulares— “y, por otra, sobre la misma recaen directamente los mandatos de los arts. 9.2 y 49 CE” (Fund. Jur. 4, párrs. 3 y 10).

De un lado, la afirmación del específico o adicional fundamento de la posición de la administración pública como garante de los ajustes no debe restar importancia y vigencia al mismo deber que recae sobre los particulares y, además, tal planteamiento resulta coherente con la previsión del art. 66.2 TRLGDPD que establece

un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables por parte de las personas, entidades u organizaciones obligadas a ello. De otro, sin embargo, el énfasis sobre la dependencia y responsabilidad pública de los ajustes puede desencadenar un cierto efecto diluyente o debilitador del deber de los particulares de realizar tales ajustes; deber que ya se encuentra por sí mismo condicionado al juicio de necesidad, adecuación y proporcionalidad inherente al propio concepto de ajuste razonable.

En otro orden de cosas, una de las aportaciones más relevantes de la sentencia *núm. 51/2021*, por su concreción y trascendencia aplicativa, es la relativa a las condiciones de ejercicio y articulación práctica del derecho y, paralelamente, de activación y alcance de la obligación del garante de los ajustes. En tal sentido, el Tribunal establece que, como regla general, la realización efectiva del derecho a ajustes razonables pasa por la solicitud expresa y formal de los ajustes por parte del trabajador con discapacidad y la acreditación del alcance de la misma; tras lo que habrá de producirse la respuesta del empleador. Ésta deberá ser “expresa y estar debidamente motivada, en particular, cuando deniegue los ajustes solicitados [...], de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho” (Fund. Jur. 4, párr. 8).

A ese supuesto general y obvio, el Tribunal añade un doble supuesto de activación de la obligación de realizar ajustes razonables alternativo a la petición expresa de la persona con discapacidad (Fund. Jur. 4, párr. 9). Así, dicha obligación alcanzará también a los supuestos en que, no habiéndose producido una solicitud formal por la persona con discapacidad, el garante del derecho a no ser discriminado “tenga conocimiento de dicha discapacidad” o, incluso, cuando “debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes” para superar obstáculos al ejercicio de sus derechos<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> El Tribunal Constitucional apoya esta extensión y precisión de la obligación del garante de la realización de los ajustes en la ya referida Observación general

En este último caso, esto es, cuando la obligación del empleador derive de su mera sospecha o apreciación personal de la posible discapacidad —no declarada— de un trabajador, su alcance se modula o gradúa en razón de la falta de datos necesarios que permitan constatar la discapacidad y precisar el ajuste adecuado; de forma que el deber del empleador se limitará, en tales circunstancias, a informar al trabajador de su derecho. A este deber mínimo e inicial de información le seguirá, no obstante, inmediatamente, un deber de intervención “tan pronto como se constate la discapacidad”, independientemente de que ello tenga lugar por la confirmación de la propia persona afectada por la discapacidad detectada, o por otros datos y elementos de juicio que obren en manos del empleador o garante de los ajustes<sup>28</sup>. Tanto en un caso como en otro, todo apunta a que la posición de garante u obligado a realizar los ajustes se concibe bajo las notas de intermediación, activismo y proactividad. Ello resulta coherente con la lógica inclusiva del modelo social de la discapacidad y con la consideración de su elemento o dimensión relacional o contextual, estableciendo así una dinámica muy diferente al carácter rogado de la lógica asistencialista.

Esta configuración del derecho a los ajustes razonables y de la obligación del garante de los mismos determina, finalmente, la resolución del caso —favorable a todas las alegaciones del recu-

---

núm. 6 (2018) *CRPD/C/GC/6* y en las conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston —puntos 39 y 41—, de 19 de octubre de 2017, en el citado asunto *Ruiz Conejero, C-270/16*, resuelto por sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018.

<sup>28</sup> En relación con las particulares circunstancias del caso resuelto por la sentencia de referencia, el Tribunal se detiene en apuntar que tales situaciones de “actuación de oficio” para la realización de ajustes razonables, sin que conste la previa petición expresa de la persona afectada, se producen con mayor frecuencia en el caso de personas con discapacidad mental. Los prejuicios sociales existentes para con las enfermedades y trastornos mentales, así como la propia autopercepción que tienen las personas afectadas de su discapacidad, generarían un “efecto silenciador” que obstaculiza en estos casos el desenvolvimiento de los ajustes razonables y justifica la extensión y precisión de la obligación del garante de los ajustes más allá de los casos en que se solicitan expresamente o en los que la discapacidad es evidente (Fund. Jur. 4, párr. 11).

rente<sup>29</sup>— y la segunda gran aportación de la sentencia *Trib. Const. núm. 51/2021* en términos doctrinales. Ésta se refiere a la aplicación de la doctrina sobre la distribución de la carga de la prueba en un supuesto de discriminación por discapacidad por denegación de ajustes razonables vinculado a una actuación de la administración en materia disciplinaria<sup>30</sup>. La clave la da el propio Tribunal al final de su exposición sobre el alcance de la obligación de realizar ajustes razonables sin que conste la previa petición expresa del trabajador afectado o cuando el empleador pueda percatarse de la discapacidad (Fund. Jur. 4, párr. 11): “[...] en estos casos es particularmente importante que el empleador adopte los ajustes razonables [...] tan pronto como tenga conocimiento de tal discapacidad; y, en todo caso, *antes de emprender cualquier acción* que pueda ir en menoscabo del empleo y trabajo de una persona que la sufre, como lo es en todo caso el despido, la jubilación, o *la imposición de medidas disciplinarias*” (la cursiva ha sido añadida).

Sobre la base de esa premisa, el Tribunal afronta las alegaciones relativas a la tramitación del procedimiento disciplinario que concluyó con la sanción del empleado afectado por discapacidad mental y sus posteriores recursos. Desde esa perspectiva, el Tribunal aprecia que, los datos de incumplimiento y retrasos arrojados por la inspección del órgano judicial en que prestaba servicios el recurrente, la constatación de una mejora de su rendimiento a resultas

---

<sup>29</sup> El Tribunal termina apreciando la vulneración de todos los derechos alegados por el recurrente en amparo (igualdad de trato y no discriminación por razón de discapacidad *ex art. 14 CE*) y los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia *ex art. 24.2 CE*), así como del principio de culpabilidad (art. 25.1 CE); procediendo finalmente a declarar la nulidad de las resoluciones tanto administrativas como judiciales que establecieron y mantuvieron la medida disciplinaria.

<sup>30</sup> Con tal motivo el Tribunal recuerda, de un lado, su doctrina sobre la distribución de la carga de la prueba como instrumento de tutela antidiscriminatoria, en particular, frente a la actuación de la administración tanto discrecional como reglada (Fund. Jur. 3.b); y de otro, su doctrina sobre el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia en materia de Derecho administrativo sancionador (Fund. Jur. 5).

de la práctica de una puntual actividad formativa y las alegaciones formuladas por éste en su descargo —entre las que manifestaba su trastorno mental, el reconocimiento de una discapacidad (inicialmente leve) y la petición de ajustes razonables—, conformaban un panorama suficientemente amplio y preciso de indicios de una posible discriminación por discapacidad.

Esta circunstancia debería haber activado para la administración la carga de probar que su actuación disciplinaria obedecía a causas ajenas a cualquier intención discriminatoria. Sin embargo, la motivación de la medida disciplinaria adoptada por la administración —y validada posteriormente por la justicia ordinaria— se ciñó a la verificación objetiva de los incumplimientos y retrasos en sus funciones del empleado, y a la apreciación de su culpabilidad a partir de una errónea deducción de la denegación de la jubilación por incapacidad permanente del INSS, tal como antes se indicó. El Tribunal Constitucional valora tal motivación como no razonable ni suficiente al no reparar en los indicios de discriminación aportados y, particularmente, en el efecto eximente que sobre el juicio de culpabilidad por la comisión de la infracción disciplinaria debió haber jugado la denegación de ajustes razonables en su puesto de trabajo a los que tenía derecho el empleado con discapacidad mental.

## VI. CONCLUSIONES

El proceso de implementación y desarrollo del modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad establecido a nivel internacional por la Convención DPD de 2006 se viene desarrollando con cierta lentitud tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. Dicha parsimonia podría encontrar cierta justificación en el profundo calado del cambio de modelo normativo introducido por la Convención en relación con las personas con discapacidad y sus derechos.

En efecto, el llamado modelo social de atención a la discapacidad queda establecido, desde el punto de vista de su articulación jurídica, en los arts. 1, 3 y 5 Convención DPD. De acuerdo con ellos, la afirmación —como premisa esencial— de la igual dignidad de las personas con discapacidad y, en consecuencia, de su plena autonomía individual, conduce inevitablemente a un viraje normativo a favor de la igualdad de trato en materia de derechos humanos frente a la tradicional acción asistencial basada en la diferencia. Al servicio de la consecución de esa igualdad de trato se pondría el recurso de la tutela antidiscriminatoria como principal ariete y garante de ésta. Prueba de ello es también el refuerzo de la prohibición de discriminación mediante la obligación de realizar ajustes razonables y su amplia extensión a todos los tipos de discriminación (arts. 2 y 5.2 Convención DPD). En última instancia, el modelo culmina —a modo de complemento— con la posibilidad de adoptar “las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad” (art. 5.4 *in fine* Convención DPD); lo que incluiría a las medidas de acción positiva.

El caso resuelto por la sentencia *Trib. Const. núm. 51/2021* refleja con claridad la dificultad que supone interiorizar e integrar la nueva relación de técnicas normativas con que atender la discapacidad, así como la necesidad de corregir disfunciones. El planteamiento normativo tradicional, propio de un Derecho rígido y estático basado en el modelo médico, y que subyace en muchas de las instituciones de protección social vigentes, se centraba fundamentalmente en el establecimiento de medidas de carácter prestacional o asistencial concebidas con una lógica protectora y compensadora de la diferencia con que era percibida la discapacidad. Frente a ello, la actual concepción dinámica de la discapacidad, resultante de la realidad viva y variable de las barreras y los entornos concretos con que interaccionan las personas con deficiencias, requieren de un tratamiento normativo más rico, amplio e integrador de técnicas tuitivas que se conciben, primordialmente, desde la igualdad de trato.

Como puede advertirse en el caso analizado, el carácter dinámico de la noción de discapacidad resulta mejor acogido desde la perspectiva de la tutela antidiscriminatoria. En efecto, el enfoque antidiscriminatorio puede prescindir, incluso, de la acreditación formal de la concurrencia de una discapacidad, para valorar en cada caso y circunstancias concretas los elementos contextual y funcional que se han apuntado. Ello dota a la tutela antidiscriminatoria de una enorme fuerza transformadora al servicio de la igualdad de trato y la plena integración de las personas con discapacidad (Rey Martínez 2017: 128) que contrasta con la lógica asistencial y compensadora (no inclusiva) propia del modelo médico.

En tal sentido, la sentencia *núm. 51/2021* pone de manifiesto la insuficiencia del recurso a la jubilación por incapacidad permanente, propia del sistema de seguridad social, para atender la situación de un empleado público aquejado de una deficiencia mental que afectaba a su rendimiento. En particular, la denegación de dicha prestación conforme a su estricta definición legal, no prejuzga o determina la consideración de dicha deficiencia como una discapacidad en el sentido de la Convención y, por tanto, digna de tutela por la vía del derecho a ajustes razonables como forma de plena integración en el entorno laboral en lugar de la *exclusión asistida* que supondría la jubilación por incapacidad.

El casuismo y dinamismo propios de la tutela antidiscriminatoria al servicio de la igualdad de condiciones de disfrute de los derechos de las personas con discapacidad, obliga a realizar un particular seguimiento de los pronunciamientos jurisprudenciales que vayan concretando para cada contexto y derecho el desenvolvimiento del propio concepto de discapacidad, la apreciación de las distintas formas de discriminación proscritas y la articulación concreta de la obligación de realizar ajustes razonables. De todo ello da cuenta el Tribunal Constitucional, por primera vez, en la sentencia analizada para el caso de la discriminación por discapacidad por denegación de ajustes razonables en el empleo.

Además, debe advertirse que resoluciones judiciales como la analizada, estarían evidenciando ciertas distorsiones o disfunciones en el conjunto del sistema normativo de atención a la discapacidad —v.gr. normas laborales, sociales y prestacionales—. Ello pondría de manifiesto la necesidad de llevar a cabo adaptaciones y mejoras en las normativas prestacionales nacionales (Iturri Gárate, 2020), de forma que su configuración y su aplicación práctica estén en sintonía con la lógica de la plena integración de las personas con discapacidad en lugar de inducir, en ocasiones, a ofrecer soluciones asistenciales diferenciadoras no inclusivas o, incluso, materialmente discriminatorias. En tal sentido, y con las reservas que corresponden al análisis de un caso concreto, convendrá estar atentos por si la proliferación de resoluciones similares no acaba por provocar o inducir nuevas reformas legislativas que añadir a la ya larga lista de reformas inspiradas por la Convención DDD.

### BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Héctor (2017): “La tutela constitucional de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1027-1055.
- Bastida Freijedo, Francisco J. (2013): “Constitución, derechos fundamentales y entendimiento constitucional de la discapacidad”, en, *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Presno Linera, Miguel (coord.), Instituto de la Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, España, 147-184.
- Biel Portero, Israel (2009): *Los Derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional y europeo*, Tesis Doctoral, Universidad Jaume I, España.
- Cabra De Luna, Miguel Ángel (2004): “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación

y la accesibilidad universal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 50, 21-46.

Cáceres Rodríguez, Celsa (2004): “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la Oms”, en *Auditio: Revista Electrónica de Audiología*, vol.2, 74-77.

Campoy Cervera, Ignacio (2017): “*La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, Laborum, España.

Carmona Cuenca, Encarna (2017): “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del TEDH”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 1209-1238.

De Asís Roig, Rafael (2008): “*La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*”, Instituto de Derecho Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, España.

Goñi Sein, José Luis (coord.) (2017): “Discapacidad, enfermedad y extinción del contrato de trabajo”, en *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, número extraordinario 6.

Iturri Gárate, Juan Carlos (2020): “¿No puedo trabajar y no soy persona con discapacidad? Sobre la equiparación de situaciones de incapacidad permanente y el reconocimiento de situación de discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 5, 37-64.

Larrazábal Basañez, Santiago (2021): “La discriminación por discapacidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos durante la última década (2009-2019)”, en *Retos del Derecho ante un mundo global*, Emaldi Cirión,

Aitziber y La Spina, Encarnación (ed.), Tirant Lo Blanch, Italia, 903-931.

Martínez-Gijón Machuca, Miguel Ángel (2017), “*La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*”, Bomarzo, España .

Molina Navarrete, Cristóbal (coord.) (2019): “*Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”, colección Monografías de temas laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, España.

Monereo Pérez, José Luis (2019): “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, vol. 9, núm. 1, 681-746.

Padilla-Muñoz, Andrea (2010): “Discapacidad: contexto, concepto y modelos”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 16, 381-414.

Palacios, Agustina (2008): “*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, Colección cermi.es, núm 36, Grupo editorial CINCA, España.

Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco (2007): “*La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, Telefónica, CERMI, Grupo editorial CINCA, España.

Pérez Bueno, Luis Cayo (dir.) (2012): “*2003-2012, 10 Años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*”, Grupo editorial CINCA, España, 95-119.

- Pérez Bueno, Luis Cayo. y De Lorenzo, Rafael (2016): “*La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006/2016. Una década de vigencia*”, Grupo editorial CINCA, España.
- Rey Martínez, Fernando (2017): “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 125-171.
- Victoria Maldonado, Jorge A. (2013): “Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 138, 1093-1109.



---

## La discriminación detrás de las esterilizaciones no consentidas contra mujeres y niñas con discapacidad en México

*Discrimination behind non-consensual sterilizations of women and girls with disabilities in México*

---

MARÍA FERNANDA TÉLLEZ GIRÓN GARCÍA

Universidad Nacional Autónoma de México

ORCID: 0000-0002-1895-0958

*Fecha de recepción: 30 de julio de 2021*

*Fecha de aceptación: 07 de octubre de 2021*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Discriminación en México y modelos de discapacidad. 1. Modelos de discapacidad. 2. Mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad. a. Tratados internacionales. III. Esterilizaciones no consentidas o involuntarias. 1. La institucionalización de la esterilización no consentida. IV. Las consejerías, la información accesible y el consentimiento. 1. Las consejerías. 2. La información accesible. 3. El consentimiento. V. Violencia obstétrica y la capacidad jurídica. 1. Como violencia obstétrica. 2. Reconocimiento de la capacidad jurídica. VI. Conclusiones.

**RESUMEN:** Las mujeres y niñas con discapacidad históricamente se enfrentan a situaciones de discriminación que de forma cotidiana y reiterada violan sus derechos humanos. Especialmente, cuando se trata de tomar decisiones sobre su sexualidad y reproducción se limitan sus derechos sexuales y reproductivos basándose en estereotipos de género y eugenésicos. El desconocimiento de la autonomía reproductiva de mujeres y niñas con discapacidad responde a que no se ha logrado transitar al modelo social de discapacidad que permita asegurar plena capacidad de decisión. La vigencia de modelos de sustitución de voluntad no sólo limita los derechos humanos, sino que constituye una forma de violencia de género que se materializa en las esterilizaciones no consentidas. Se encontró que en México existe un contexto institucional que permite que entidades

de asistencia social, como las casas hogares, junto con autoridades estatales acuerden e impulsen violar los derechos sexuales y reproductivos de mujeres y niñas con discapacidad a través de la esterilización.

**ABSTRACT:** Women and girls with disabilities historically have faced many discriminatory situations that occur on a daily basis which violates their human rights. Especially when it comes to making decisions about their sexuality and reproduction, their sexual and reproductive rights are limited based on gender and eugenicist stereotypes. The lack of recognition of the reproductive autonomy of women and girls with disabilities is a result of the unsuccessful attempts to transition towards a social model of disability that would allow them to ensure full capacity to make their own decisions. The prevalence of will substitution models not only limits human rights, but also constitutes a form of gender violence that manifests in non-consensual sterilizations. It was found that in Mexico there is an institutional context that allows social assistance entities, such as children's homes and shelters, together with state authorities, to agree and promote the violation of the sexual and reproductive rights of women and girls with disabilities through sterilization.

**PALABRAS CLAVE:** *Esterilización, esterilización no consentida, esterilización involuntaria, mujeres, niñas, adolescentes, discapacidad, México, violencia de género, derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos.*

**KEYWORDS:** *Sterilization, non-consensual sterilization, women, girls, children, disability, Mexico, gender violence, human rights, sexual and reproductive rights.*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo abordar la esterilización no consentida o involuntaria como una práctica invisibilizada cometida contra mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad en México. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) identifica que históricamente las personas con discapacidad son uno de los grupos más vulnerables a que les practiquen esterilizaciones sin su consentimiento libre e informado (OMS,

*Eliminando la esterilización forzada, bajo coacción e involuntaria*, 2014: 1-5). De este grupo, son las mujeres, niñas y adolescentes quienes padecen de forma sistemática las consecuencias de la mencionada práctica en el país. Las características principales de esta problemática a nivel nacional son:

- 1) La falta de información oficial respecto al número de mujeres y niñas a quienes a través de este procedimiento se les violan derechos sexuales y reproductivos basándose en estereotipos respecto al libre y autónomo ejercicio de su sexualidad y reproducción.
- 2) La impunidad que goza esta práctica, pues, a pesar de ser considerada como delito a nivel federal y en algunas legislaciones penales locales, quienes las practican no son sancionados ni muchos menos las víctimas reciben alguna forma de reparación. Por el contrario, son encubiertos por instituciones gubernamentales de asistencia social que además fomentan su ejercicio.

Por ello, el presente trabajo está pensado a manera de explicar y comprender por qué ocurren y subsisten las esterilizaciones no consentidas, además de cómo se manifiestan las formas de discriminación interseccional y violencia sistemática en contra de mujeres y niñas con discapacidad. En México, esta forma de discriminación produce el efecto de violar la capacidad jurídica y autonomía reproductiva de las mujeres como sujetas plenas de derechos.

Si bien, en las legislaciones penales en México a esta práctica se le denomina *esterilización forzada*, en el presente trabajo se utilizará el término *esterilización no consentida o involuntaria*. Esto, con el fin de seguir lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en su jurisprudencia. El Tribunal Interamericano reconoció que en la práctica internacional los términos esterilización sin consentimiento, esterilización no consentida, esterilización involuntaria, esterilización obligatoria, esterilización forzada o forzosa y esterilización coerci-

tiva o bajo coacción, se han empleado de formas diversas. Mientras que, la prohibición de las esterilizaciones forzadas se enmarca en el ámbito del derecho penal internacional, por lo que toda esterilización sin consentimiento previo, libre, pleno e informado será considerada como una esterilización no consentida o involuntaria (Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*, 30 noviembre 2016: párr. 204).

## II. DISCRIMINACIÓN EN MÉXICO Y MODELOS DE DISCAPACIDAD

En México habitan poco más de 7.7 millones de personas con alguna discapacidad, lo que equivale al 6.2% de la población nacional (INEGI, *En México somos 126 014 024 habitantes*, 25 enero 2021a: 7).<sup>1</sup> De esta cifra, el 53% son mujeres (INEGI, *Población con limitación o discapacidad*, enero 2021b). Que más de la mitad de la población con discapacidad sean mujeres propicia circunstancias de discriminación múltiple. Es decir, a su condición de discapacidad se suma el género, la edad, la condición socioeconómica u otras circunstancias sociales que agravan la desigualdad.

En este sentido, la Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS) arrojó diversos datos que son una radiografía sobre la situación de discriminación. El 58.3% de las personas con discapacidad declaró haber experimentado alguna situación de discriminación en los últimos cinco años, especialmente respecto al acceso a servicios médicos, de movilidad o sobre aspectos de la familia (CONAPRED, *Encuesta Nacional sobre Discriminación*, agosto 2018: 13, 29).

---

<sup>1</sup> Cabe resaltar que el nuevo Censo de Población y Vivienda 2020 contempla más de 20 millones de personas con diversidad funcional a partir de tres variables: limitación, discapacidad y condición mental. Esto dificulta la medición real de personas con discapacidad pues los criterios de estas variables no son claras y se presta a confusiones, lo cual al final impacta en la efectividad de las políticas públicas.

Dada la compleja situación a la que se enfrentan las personas con discapacidad, nuestro orden jurídico desde la primera reforma al artículo primero constitucional —en el año 2001— estableció la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. Sin embargo, el texto en ese primer acercamiento empleó la terminología *capacidades diferentes*, el cual a todas luces iba en contra del modelo social de discapacidad. Más adelante, con las reformas del 2006 y 2011 evolucionó su redacción para traducirse en el que hoy conocemos:

“[...] *Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*” (Énfasis añadido)

En este sentido, no cabe duda de que nuestro principal instrumento jurídico, base de toda la normativa nacional, reconoce los derechos de las personas con discapacidad y prohíbe su discriminación. Esto es así en primer lugar gracias al paradigma constitucional que desde junio de 2011 asentó que todas las personas gozarán de todos los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Y, en segundo lugar, prohíbe expresamente cualquier discriminación derivada de alguna de las categorías enunciadas —incluidas la edad y el género— que tengan como fin atentar en contra de la dignidad de las personas y menoscabar sus derechos y libertades.

Como parte de la garantía constitucional de no discriminación para las personas con discapacidad, desde el año 2011 que se publicó la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad, los congresos locales también promulgaron leyes análogas. Si bien, contar con leyes especializadas en la protección de grupos históricamente en situación de vulnerabilidad es parte del cumplimiento de obligaciones internacionales, si no hay una armonía

entre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención DPD) y el sistema normativo mexicano, garantizar los derechos humanos se torna incompleto. Además, estas leyes no contemplan estrategias para garantizar la autonomía sexual y reproductiva en igualdad de condiciones que todas las demás personas.

El reconocimiento y respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad en México sigue operando bajo una lógica paternalista de Estado. Lo anterior se debe a que nuestro país no ha logrado transitar jurídica y materialmente al modelo social de discapacidad que introdujo la Convención DPD. Esto, lejos de generar los cambios esperados por la Convención, motiva situaciones de discriminación estructural que constituyen barreras de acceso a todos los derechos humanos de las personas con discapacidad, impactando especialmente en mujeres, niñas y adolescentes.

La discriminación o desigualdad estructurales es la incorporación al análisis y estudio de la discriminación de datos históricos y sociales que explican desigualdades *de jure* —de derecho— o *de facto* —de hecho— (Alegre y Gargarella 2007: 166-167). Es decir, se refiere a grupos que histórica y sistemáticamente han sido excluidos derivado de contextos de discriminación y prejuicios sociales negativos que disminuyen sus posibilidades de acceder plena y libremente a sus derechos y libertades en igualdad de condiciones. En este sentido, es claro que las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad son objeto de esta forma de discriminación. Pues, como se analizará en las siguientes páginas, obedece a la creación y mantenimiento de sistemas paternalistas, eugenésicos y patriarcales que desconocen y limitan sus derechos.

### *1. Modelos de discapacidad*

Las mujeres, niñas y adolescentes y las personas con discapacidad son algunos grupos que a través de los tiempos han padecido las consecuencias de la desigualdad estructural. Esto se explica en parte con los diversos modelos de discapacidad que han per-

meado histórica, social, cultural y políticamente. Además, responden a la percepción que tiene la sociedad ante la discapacidad. Para explicarlos, a continuación, se abordarán brevemente:

El *modelo de prescindencia* se identifica como el primero en surgir, aproximadamente antes de la época del Imperio Romano. Concibió a la discapacidad bajo un modelo de justificación religiosa relacionada con el castigo divino. La marginación, el desprecio y el aislamiento constituyeron formas de tratar a las personas con discapacidad (Palacios 2008: 27-48). Desde este modelo, no fueron nunca consideradas como sujetas de derechos.

El *modelo médico o rehabilitador* surgió aproximadamente en los siglos XVI y XVII extendiéndose incluso hasta la actualidad (Agüero Díaz 1995: 71). Entiende a la discapacidad en términos de salud y/o enfermedad. Así, a través de este modelo las personas con discapacidad necesitan ser curadas o rehabilitadas para lograr asimilarse e integrarse a contextos sociales impuestos de *normalidad*. Fomenta la institucionalización, por lo que orilla a que la única forma de subsistencia sea la asistencia social (Palacios 2008).

Es relevante resaltar que este modelo sigue vigente e incluso opera en México, a pesar de los compromisos adquiridos en la Convención DPD. Esto es así porque las personas con discapacidad constantemente son internadas en instituciones de salud, medicadas y subordinadas a un modelo que intenta *curarlas* en vez de velar por sus derechos humanos. Este modelo nulifica e invalida cualquier posibilidad de autonomía y libertad.

Respecto al tratamiento del cuerpo y corporalidades de las mujeres con discapacidad, las autoras Agustina Palacios y Natalia Acevedo explican que las disparidades respecto a la sexualidad y la reproducción se deben al movimiento eugenésico. El cual explica la vigencia de esterilizaciones no consentidas, abortos forzados, prohibiciones para contraer matrimonio y la eutanasia con el fin de evitar la reproducción de las personas con discapacidad (Palacios y Bariffi 2007: 201).

A pesar de toda la revolución feminista a favor del derecho a decidir sobre nuestro cuerpo, la sociedad aún considera a las mujeres con discapacidad como incompetentes para fundar una familia (Kline 2005: 61-65). Lo cual incluso se traslada a invalidar sus deseos y planes de vida. Además, al ser un tema tabú en las familias, lejos de derribar barreras sociales, las condenan a no poder decidir sobre los aspectos más íntimos de sus vidas como son la sexualidad y la reproducción.

De esta forma, el *modelo social* abre una importante puerta de oportunidad para el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Surge junto con la Convención DPD, primer instrumento internacional que para su elaboración contó con la plena participación de las personas con discapacidad. Por ello el lema que acuñó fue *nada de nosotros sin nosotros*. Se adoptó junto con su Protocolo Facultativo el 13 de diciembre de 2006 en el seno de la ONU en Nueva York. El Estado mexicano la firmó en marzo de 2007 y entró en vigor en mayo del 2008. A partir de ese momento, la Convención es Norma Suprema al integrar el bloque de constitucionalidad y está obligado a cumplirla.

La Convención DPD opta por una definición amplia de discapacidad, la cual se explica no en términos médicos, científicos ni religiosos, sino sociales (Palacios y Bariffi 2007: 19-24). Se basa en los derechos humanos y reconoce a la discapacidad como una construcción social que resulta de la interacción entre las personas con alguna deficiencia y las barreras sociales impuestas que evitan su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones (Corte IDH, *Furlán y Familiares vs. Argentina*, 31 agosto 2012: párr. 133).

A la par, el modelo social explica a la discapacidad como uno de los diversos componentes de la identidad. Así, busca asegurar la autonomía de las personas con discapacidad respecto a la toma de decisiones sobre su vida como sujetas plenas de derechos. Por ello, resulta imperativo eliminar todas aquellas barreras que impidan el goce y disfrute de sus derechos humanos sin discriminación,

siempre considerando su propia diversidad (Comité DPCD, *Observación general núm. 6*, 28 abril 2018: párr. 9).

## 2. *Mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad*

Como se advirtió, en México más de la mitad de la población con discapacidad son mujeres. Adicionalmente, del total de la población infantil en nuestro país aproximadamente el 2% tiene alguna discapacidad, las niñas y adolescentes forman casi la mitad de esa cifra (INEGI, *Estadísticas a propósito del día del niño*, 28 abril 2020: 2; INEGI, *Estadísticas a propósito del día del niño*, 30 abril 2018: 5). Ante la cotidiana discriminación en perjuicio de ellas, los Estados tienen el deber de adoptar medidas gubernamentales —legislativas, sociales, educativas, laborales, entre otras— destinadas a erradicar la discriminación y fomentar su plena inclusión social en todas las esferas (Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 julio 2006: párr.105).

Además de la discriminación por razón de su discapacidad, al mismo tiempo son objeto de discriminación múltiple o interseccional. El género y la edad confluyen, según sea el caso, con otros factores de vulnerabilidad como la condición socioeconómica, etnia, etc. Lo anterior configura una forma específica de discriminación donde las diferentes formas de opresión intersecan de manera particular abonando y agravando la vulnerabilidad a la que se enfrentan mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párr. 2).

Cabe resaltar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Comité DPCD) ha manifestado que la discriminación hacia mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad tiene un especial impacto en el acceso a servicios y derechos como el derecho a la salud —particularmente la sexual y reproductiva— al trabajo, a la educación, al acceso a la justicia, entre otros (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*: párr. 2). De esta forma, el resultado de la confluencia de factores de discriminación potencializa las desigualdades lo cual tiene

un impacto directo en el acceso a los derechos humanos respecto al resto de la sociedad.

a. Tratados internacionales

Actualmente existen diversos instrumentos internacionales que protegen los derechos de mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad. Estos instrumentos son vinculantes y obligatorios para el Estado mexicano, pues fue su voluntad formar parte de ellos, cumplirlos y adoptar las medidas pertinentes para respetar y garantizarlos.

Sistema Universal de Derechos Humanos:

*Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (“CEDAW” por sus siglas en inglés)*

La CEDAW, por su importancia y trascendencia se le llama *la Carta Magna* de los derechos de las mujeres. Es fundamental mencionarla ya que es el instrumento del Sistema Universal que protege los derechos de todas las mujeres, incluyendo aquellas con discapacidad. Genera obligaciones claras para los Estados encaminadas a erradicar patrones sistemáticos de discriminación en perjuicio de las mujeres y niñas y el respeto a sus derechos humanos.

*Convención sobre los Derechos del Niño*

Este instrumento de las Naciones Unidas, además de ser el más firmado por los Estados miembros, protege de forma integral a la niñez. Es la piedra angular para la garantía del interés superior de la niñez tanto en sede nacional como internacional. De forma particular, los artículos 2 y 23 protegen los derechos de las niñas y adolescentes con discapacidad al prohibir cualquier discriminación basada en el sexo y la discapacidad. A su vez, contempla una serie de obligaciones particulares para el acceso a los derechos de aquellas con alguna discapacidad.

### *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

La Convención DPD revolucionó la forma de concebir jurídica y socialmente a las personas con discapacidad con la introducción del modelo social de discapacidad. Contempla explícitamente en el artículo 6, que mujeres y niñas están sujetas a múltiples formas de discriminación por lo que los Estados deben garantizar el goce y ejercicio pleno de sus derechos humanos. Al mismo tiempo, incorpora los derechos de la niñez —artículo 7— e insta a erradicar la discriminación en las esferas de la sexualidad y la reproducción —artículo 23—. Lo cual marca un nuevo paradigma para los derechos humanos de la población con discapacidad y el reconocimiento expreso de su autonomía reproductiva.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

### *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH)*

A través de las interpretaciones de la Corte IDH la expresión *otra condición social* del artículo 1.1 de cabida a incluir otros criterios o categorías sospechosas de discriminación no expresamente indicadas en el texto como, la discapacidad. Asimismo, el mismo artículo prohíbe la discriminación por razón de sexo. Del mismo modo, la Convención ADH protege los derechos de niñas, niños y adolescentes a través del artículo 19 y el derecho a la familia en el 17. Así, los derechos de mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad están protegidos por el Pacto de San José.

### *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”*

Es el instrumento regional de derechos humanos dedicado a la protección de las mujeres de una vida libre de violencia de género. La Convención de Belém do Pará tiene como objeto erradicar las relaciones de poder que sistemáticamente han perjudicado el goce y disfrute de los derechos humanos de las mujeres frente a los hombres y al sistema patriarcal. Las directas influencias del fe-

minismo a través de la perspectiva de género y el lenguaje que emplea en su redacción permean en todo el articulado. En el artículo 9 insta a los Estados a tomar en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres, por ejemplo, por su condición de discapacidad y edad.

*Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Convención IETFD/CPD)*

Antes de la creación de la Convención DPD, la Organización de los Estados Americanos adoptó un instrumento específico para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. A pesar del importante esfuerzo regional, la Convención no incorpora plenamente el modelo social de discapacidad. Contempla a la discapacidad como deficiencias en vez de barreras sociales, lo cual impide de cierta forma una interpretación protectora.

### **III. ESTERILIZACIONES NO CONSENTIDAS O INVOLUNTARIAS**

Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos que tienen como objetivo proteger y garantizar la libertad de todas las personas para decidir sobre su sexualidad y reproducción. Constituyen expresiones relacionadas con la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, la vida privada, la dignidad y otros derechos humanos que deben ser leídos en su conjunto.

Los derechos sexuales y reproductivos de mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad frecuentemente son interpretados a la luz de patrones socioculturales, heteronormados, religiosos y morales que pretenden suplantar su capacidad de decisión y autonomía. Estos patrones, en vez de privilegiar su libertad de decisión y la autodeterminación sobre sus propios cuerpos, las estereotipan y propician violaciones a sus derechos humanos.

Una esterilización involuntaria, es una violación a los derechos sexuales y reproductivos, que se deriva de cualquier proceso o acto quirúrgico sin el consentimiento previo, libre, pleno e informado, conocimiento o autorización de la persona a quien se le práctica. Produce incapacidad permanente de reproducción no justificada por algún riesgo para la salud o la vida de la mujer (CERMI Mujeres y EDF 2017: 13; *I.V. vs. Bolivia*: párr. 204; SCJN, *Amparo en Revisión 1064/2019*, 26 mayo 2021: 68-70). Representa una forma más de invalidar y negar la capacidad jurídica de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad como sujetas plenas de derecho. Además, legitima prácticas eugenésicas al no considerarlas capaces de ejercer y disfrutar su sexualidad y tomar decisiones libres sobre su reproducción.

La esterilización no consentida perpetúa la violencia de género que de forma específica y sistemática sufren en nuestro país más de 3.5 millones de mujeres con discapacidad. Además, vulnera derechos como a la vida, a la integridad personal, el derecho a la salud, el derecho a la vida privada, a la igualdad y no discriminación, entre muchos otros. Inclusive se le reconoce como una forma de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuya prohibición se sustenta en el derecho internacional como norma *ius cogens* (Consejo DH, *Informe del Relator Especial sobre la tortura*, 5 enero 2016: párr.45).

En México, la esterilización involuntaria se encuentra tipificada como el delito de *esterilización forzada* bajo el artículo 199 Quintus del Código Penal Federal y en 18 de los 32 Códigos Penales locales.<sup>2</sup> Asimismo, 19 leyes locales de salud contemplan una sanción para quienes la practiquen, pero en entidades como la Ciudad de México —a pesar de su carácter progresista— se omite incluir la prohibición y sanción de esta práctica. Mientras que, en el Estado de México, desde el año 2001 no existe una ley de salud que siquiera regule estos aspectos.

---

<sup>2</sup> Algunas de las entidades federativas que lo contemplan son la Ciudad de México, Chiapas, Michoacán y Puebla.

Intentar encontrar cifras oficiales respecto a la situación de los derechos sexuales y reproductivos, y el número de mujeres y niñas con discapacidad víctimas de esterilizaciones involuntarias es prácticamente imposible en nuestro país. A la luz de la omisión y ausencia de estos datos, pareciera que ellas son invisibles. Al respecto, el Comité DPCD ya recomendó al Estado mexicano que urgentemente recopilara y sistematizara datos y estadísticas sobre la situación de mujeres y niñas con discapacidad junto con indicadores para evaluar la discriminación interseccional de la que son objeto (Comité DPCD, *Comentario General No. 1*, 19 mayo 2014: párr. 14).

Es importante señalar que la actual crisis sanitaria provocada por el virus SARS-COV-2 ha agravado considerablemente la situación de los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad. Especialmente de aquellas que viven en instituciones como hospitales psiquiátricos o de asistencia social. Si bien, previo a la pandemia no existían acciones claras para que pudieran gozar de sus derechos sexuales y reproductivos, ahora no existen registros ni información sobre la situación en general de sus derechos, especialmente su salud y las carencias que están enfrentando para poder acceder a servicios básicos.

Nuevamente, la falta de interés en conocer y mejorar la situación de miles de mujeres y niñas con discapacidad es la principal falla en la estrategia gubernamental. Incluso la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) exhortó a los Estados a tener datos desagregados por discapacidad en los registros de personas contagiadas, hospitalizadas o fallecidas por COVID19, y estrategias accesibles de comunicación sobre la pandemia. Otras agencias internacionales insisten en la importancia de crear estrategias que no sigan limitando la autonomía y los derechos de las personas con discapacidad (CIDH, Resolución No. 1/2020, 10 abril 2020; DRI 2020; ONU 2020). Además, esta gran omisión genera contextos de mayor impunidad para que se sigan violentando los derechos sexuales y reproductivos pues la falta de monitoreo de estos centros e instituciones las deja completamente desprotegidas.

El anterior señalamiento impone al Estado mexicano la obligación de contar con información real y confiable respecto a la situación de mujeres y niñas con discapacidad. Cabe resaltar que el no contar con datos oficiales no significa que las esterilizaciones no consentidas ya no ocurran. Por el contrario, pareciera que, a los ojos del Estado, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres con discapacidad no son un tema que requiera atención gubernamental pues nunca se ha demostrado el compromiso para siquiera reconocerlos. La única acción que se puede encontrar es la Norma Oficial Mexicana (NOM) 005-SSA2-1993 que habla de los servicios de planificación familiar. Sin embargo, recomienda la aplicación de un método permanente para mujeres con discapacidad psicosocial o cognitiva sin ninguna fundamentación que se sustente en los derechos humanos, la perspectiva de género ni mucho menos el modelo social de discapacidad (DOF, NOM-005-SSA2-1993, 21 enero 2004).

Ante la desatención estatal, diversas organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales han documentado y denunciado esterilizaciones involuntarias practicadas a mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad. También, han revelado la falta de efectividad e idoneidad de las normas penales que buscan sancionar y penar la esterilización no consentida. Por ejemplo, el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) encontró que en las entidades federativas donde se encuentra tipificada como delito no existe información sobre denuncias, juicios penales o sentencias. Mientras que, respecto a las quejas presentadas ante servicios de salud públicos por la realización de este procedimiento quirúrgico no consentido, sólo existen datos de una queja resuelta mediante conciliación en la Comisión de Arbitraje Médico del estado de Hidalgo; una ante los servicios de salud públicos de Morelos y dos en el estado de Veracruz. Sin embargo, no hay información sobre el contenido de las resoluciones ni sobre los mecanismos de reparación integral que debieron haber sido garantizados a las víctimas (GIRE 2015a: 31).

No hay que olvidar el pasado aún insuperable de México con el modelo eugenésico que en cierta forma explica la invisibilización y encubrimiento de las esterilizaciones no consentidas. El Estado de Veracruz es buen ejemplo de lo anterior ya que 1932 aprobó una ley de esterilización eugenésica única en América Latina. Este ordenamiento se basó completamente en el modelo médico de discapacidad donde era percibida incluso como una condición contagiosa y hereditaria. Así, el fin de la Ley 121 era regular la reproducción y la aplicación viable de métodos eugenésicos, incluyendo la esterilización de todas las personas con discapacidad.

Los estereotipos que existen sobre las mujeres con discapacidad como asexuales o hipersexuales (Consejo DH, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 14 julio 2017: párr. 18; Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*: párr. 30), incapaces para decidir sobre su sexualidad, tener y criar hijas o hijos —fundar una familia—, fomentan la legitimación de leyes y prácticas eugenésicas y patologizantes que lo único que hacen es reproducir modelos de violencia de género.

Uno de los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el fomento al respeto a la independencia y autonomía en cuanto a la toma de decisiones. Por ello, la obligación del Estado mexicano radica en garantizar que la Convención sea una realidad para miles de mujeres y niñas con discapacidad en México. Particularmente para que mediante el acceso a la información puedan ejercer su autonomía sexual y reproductiva libre de prejuicios patriarcales y eugenésicos.

La interiorización de las preconcepciones discriminatorias traspasa la capa social y se institucionalizan en todos los niveles de gobierno, especialmente en el acceso a servicios públicos. Esto repercute directamente en la forma en que piensan y se conciben muchas mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad. Toda su vida, desde muy pequeñas, tanto en sus entornos familiares y comunitarios, así como en las instituciones de salud y educativas, han crecido con la idea de que jamás podrán formar una fami-

lia, tener una pareja y ser independientes. Esto añade una barrera más para el reconocimiento, respeto y garantía de sus derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos.

### *1. La institucionalización de la esterilización no consentida*

La organización internacional *Disability Rights International* (en adelante DRI) así como el Colectivo Chuhcan —integrado y fundado por mujeres con discapacidad psicosocial— se dedican a monitorear y documentar la situación de las personas con discapacidad en México. Destaca el importante trabajo que realizan con mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad, particularmente en materia de derechos sexuales y reproductivos. Ambas organizaciones han visibilizado y denunciado las múltiples violaciones a los derechos humanos que son perpetradas con aquiescencia del Estado dentro casas hogares que funcionan como centros de institucionalización para personas con discapacidad.

En México existen centenares de casas hogares e instituciones destinadas al cuidado y habilitación de personas con discapacidad. Organizaciones de la sociedad civil cotidianamente documentan situaciones de violencias como abuso sexual, maltrato, condiciones insalubres, tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, entre otros. Estos escenarios, lejos de incluir a las personas con discapacidad en sus comunidades, tal como lo estipula el artículo 19 de la Convención DPD, propician situaciones de exclusión y de privación de la libertad.

En el Sistema Interamericano, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como la Corte IDH, califican cualquier forma de institucionalización sin consentimiento como una violación a la libertad personal. Esto incluye a quienes se encuentran bajo la custodia y responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales (Corte IDH, *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*, 26 marzo 2021: párr. 139).

En el mismo sentido, el Comité DPCD interpretó que negar la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento sustituto es un problema cotidiano. El cual, a todas luces constituye una violación a los derechos a la personalidad jurídica, libertad personal, derecho a la salud, integridad, entre otros (Comité DPCD, *Observación General No. 1*, 19 mayo 2014: párr. 40).

DRI visitó diversas instituciones que privan de la libertad a personas con discapacidad y funcionaban como casas hogares. Una de ellas fue *Casa Esperanza*, institución privada ubicada en la Ciudad de México donde niñas, niños y adultos con discapacidad eran internados por sus familiares o por los distintos Sistemas Nacionales para el Desarrollo Integral de las Familias (DIF) quienes pagaban su estancia. DRI encontró, por declaraciones del director de la casa hogar, que mujeres y niñas con discapacidad eran esterilizadas como una política interna. Los procedimientos los practicaban personal médico de la institución o del sector público de salud antes de ser internadas. Todo esto como parte de un convenio entre las instituciones y el DIF (DRI 2010: 2-4; Comité DPCD, *Observaciones finales sobre el informe inicial de México*, 27 octubre 2014: párr. 37).

Catalina Devandas, antigua Relatora Especial de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, subrayó que la mayoría de las dañinas y violentas prácticas que buscan limitar los derechos sexuales y reproductivos suceden en instituciones donde mujeres y niñas son segregadas, por lo que son ellas quienes tienen mayor probabilidad de ser institucionalizadas (Consejo DH, *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 14 julio 2017:8). Además, la institucionalización supone una forma evidente de suplantación de la autonomía y la capacidad de decidir dado que la propia dinámica de las casas hogares o albergues imponen relaciones de subordinación extremadamente paternalistas que limitan en todas las formas su libre desarrollo, el goce de sus derechos o cualquier posibilidad de opinar.

El derecho de las mujeres y niñas con discapacidad a la protección en contra de la explotación, la violencia y el abuso se obstaculiza por los estereotipos nocivos que las infantilizan y ponen en duda su capacidad de decisión (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párr.30). Estos se materializan en prácticas como las esterilizaciones no consentidas pues son justificadas bajo el argumento de buscar *prevenir* embarazos consecuencia de abusos sexuales y violaciones. Asimismo, la práctica institucionalizada de las esterilizaciones puede dar lugar a violencia sexual, particularmente en el caso de aquellas que se encuentran internadas en centros psiquiátricos y otros centros análogos (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párr. 45).

Esto, lejos de protegerlas de la violencia sexual, lesiona su integridad física y psicológica, así como su derecho a la vida y a la salud. Además, beneficia y escuda a quienes abusan y podrían abusar física y sexualmente de ellas. La esterilización de mujeres y niñas con discapacidad por supuesto no exime la obligación de Estado de protegerlas contra estos abusos (OMS, *Eliminando la esterilización forzada, bajo coacción e involuntaria*, 2014: 6). El Estado mexicano al avalar estas prácticas por medio de políticas y acuerdos institucionales donde participa el sector público refuerza estereotipos de género que agravan y perpetúan las desigualdades. Las cuales contribuyen a la discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad además de enviar un mensaje de impunidad ante estas claras violaciones.

Sin importar el tipo de institución —pública o privada— que practique los procedimientos de esterilización, el Estado debe fiscalizar y supervisar la prestación de estos servicios, puesto que la atención médica y la salud son un bien público en todo momento a cargo de los Estados (Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 septiembre 2015: párr. 184). A su vez, debe asegurarse que todo procedimiento se realice con consentimiento previo, libre e informado, contemplando los ajustes de accesibilidad particularmente cuando involucra los derechos de una persona con dis-

capacidad y la autonomía reproductiva de las mujeres (*Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*: párrs. 118-121; *I.V. vs. Bolivia*: párrs. 163, 185- 187 y 243; Comité DESC, *Observación general núm. 22*, 2 mayo 2016: párrs. 45-49).

Es claro que el Estado mexicano tenía conocimiento, desde hace más de 20 años, de las múltiples violaciones que ocurrían en instituciones como *Casa Esperanza* o el mediático albergue *La Gran Familia* en Michoacán —donde se rescataron más de 400 personas con discapacidad que vivían en condiciones precarias— (Siscar 2014) y que ponen en una situación de mayor riesgo a las mujeres y niñas que las habitan. Aún así, parece que ninguna política ha sido implementada para revertir los efectos de la institucionalización y buscar alternativas para garantizarles vivir en comunidad.

No obstante, la actuación del Estado mexicano a lo largo de los años no ha ido más allá de simples apariencias de buenas intenciones y discursos vacíos de inclusión e igualdad. Cuando se tolera y permite que instituciones públicas como el DIF practiquen y consientan esterilizaciones sin consentimiento, en primera instancia estamos frente a un claro incumplimiento del deber de prevención respecto al derecho a la vida, integridad personal, la salud y la vida privada. Específicamente, este incumplimiento se deriva de no haber adoptado medidas de debida diligencia para impedir violaciones a los derechos humanos que se agravan cuando se está frente a actos de violencia de género (Corte IDH, *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 noviembre 2009: párrs. 252, 258).

A 13 años de la ratificación de la Convención DPD y 10 años de la paradigmática reforma constitucional en materia de derechos humanos, es inconcebible que la NOM 005 tal y como hoy se encuentra vigente siga siendo la llave para violar los derechos sexuales y reproductivos de miles de mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad. La prescripción de un método anticonceptivo permanente y completamente invasivo, como la esterilización, carece de enfoque de derechos humanos, de género e interseccional. Además, viola la obligación básica de adoptar disposiciones

de derecho interno —artículo 2 Convención ADH— para que estén armonizadas con las obligaciones convencionales y por si no fuera poco, incumple el mandato constitucional en materia de derechos humanos.

De esta forma, este tipo de políticas que prescriben intervenciones médicas involuntarias, coactivas o forzadas violan la obligación de respetar el derecho a la salud sexual y reproductiva. Pues significan una injerencia arbitraria del Estado a la libertad de controlar el propio cuerpo y la capacidad para adoptar decisiones libres, informadas y responsables (Comité DESC, *Observación general núm. 22*, 2 mayo 2016: párrs. 56-60).

Las descritas prácticas de institucionalización y esterilización involuntaria por centros de asistencia como las casas hogares y albergues también generan responsabilidad al Estado mexicano. La omisión en adoptar medidas efectivas para impedir que terceros fomenten y realicen estas prácticas que menoscaben el disfrute de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad constituye también una violación a la obligación de proteger (Comité DESC, *Observación general núm. 22*, 2 mayo 2016: párrs. 56-60). Consentir y no prohibir desde cualquier nivel de gobierno también configura una violación al deber de protección, específicamente respecto la salud sexual y reproductiva, puesto que tampoco en nuestro país se ha implementado ninguna medida —ni normativa ni gubernamental— para prevenir las esterilizaciones no consentidas en estas instituciones.

Como se advirtió, mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad de forma cotidiana son desproporcionalmente afectadas por discriminación múltiple o interseccional, lo cual agrava su vulnerabilidad en la búsqueda de hacer efectivos sus derechos. La esterilización involuntaria como práctica constituye un acto de violencia y una forma de control social y discriminación contra las mujeres.

Los anteriores factores son fundamentales para analizar la práctica como una forma de tortura. La Corte IDH a través de su juris-

prudencia precisó que aquellas personas en entornos institucionales son más vulnerables a actos de tortura u otras formas de tratos crueles o degradantes puesto que se encuentran bajo el control del personal médico que las tiene bajo su custodia (*Ximenes Lopes vs. Brasil*: párrs. 106-107). En ese sentido las mujeres son especialmente vulnerables por los estereotipos en torno a su sexualidad y reproducción y la descalificación sobre la toma de decisiones respecto a estas esferas de su intimidad.

Así, la esterilización involuntaria puede causar un sufrimiento grave, tanto mental como físico que pueden configurar tortura. Las secuelas de poner fin de forma permanente a la capacidad reproductiva, causar infertilidad y la imposición de un cambio físico grave y perdurable sin su consentimiento repercuten en lo más profundo de su dignidad humana (*I.V. vs Bolivia*: párr. 266; Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párrs. 10, 32-45).

#### **IV. LAS CONSEJERÍAS, LA INFORMACIÓN ACCESIBLE Y EL CONSENTIMIENTO**

En el ordenamiento jurídico mexicano, los pilares constitucionales para salvaguardar los derechos sexuales y reproductivos son los artículos 1º y 4º. Su objetivo es proteger contra la discriminación por razón de género y discapacidad en el ejercicio de los derechos humanos constitucionales y convencionales. Además, el artículo 4º protege de forma expresa el derecho de todas las personas a decidir de forma libre, responsable e informada el número y espaciamiento de sus hijas e hijos.

Es fundamental que las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad cuenten con apoyos especializados para que puedan tomar decisiones. También, es necesario que se adopten mecanismos para difundir información sobre los derechos sexuales y reproductivos a fin de garantizar que se alleguen de ella de forma accesible y así

buscar el pleno ejercicio de sus derechos humanos. Para esto, la información sobre servicios de planificación familiar —anticonceptivos— y educación sexual y reproductiva son herramientas para evitar que las esterilizaciones no consentidas sigan practicándose.

La propia NOM 005 de la Secretaría de Salud explica que los servicios de planificación familiar incluyen la impartición —tanto de personas prestadoras públicas como privadas de salud— de actividades sobre: promoción y difusión; información y educación; consejería; selección, prescripción y aplicación de los métodos, entre otros.

### *1. Las consejerías*

Tienen el objetivo de fomentar un proceso de análisis y comunicación entre las personas prestadoras de servicios de salud y las usuarias. En ella se deben brindar las herramientas necesarias —información, orientación, apoyo educativo— para que las usuarias tomen decisiones voluntarias, conscientes e informadas sobre su sexualidad y reproducción, así como elegir el método anticonceptivo más adecuado a sus necesidades (DOF, *NOM-005-SSA2-1993*, 21 enero 2004).

Los servicios de consejerías se encargan de ofrecer el primer acercamiento a la información sobre sexualidad y reproducción en el sector salud. Respecto a la esterilización como método definitivo, deberían informar sobre los siguientes principales aspectos:

- 1) Es un procedimiento permanente, por lo que si en un futuro desean tener hijas o hijos deberían optar por otro método anticonceptivo.
- 2) La existencia de métodos alternativos como los temporales y sus especificidades.
- 3) Los riesgos que conlleva la esterilización puesto que es un procedimiento quirúrgico.

- 4) Los detalles sobre potenciales efectos secundarios y los cuidados posteriores.
- 5) La posibilidad de cambiar de opinión y retirar el consentimiento en cualquier momento.
- 6) Especificar que la esterilización no protege de contraer VIH y otras enfermedades de transmisión sexual o abusos ulteriores.
- 7) La decisión sólo la puede tomar la persona que vaya a someterse a la esterilización. Por lo que la información que se brinde debe ser acorde a las necesidades individuales y en lenguaje comprensible —oral y escrito— (OMS, *Eliminando la esterilización forzada, bajo coacción e involuntaria*, 2014: 11).

De hecho, la NOM 005 precisa que las consejerías deben prestar particular atención respecto adolescentes, personas con discapacidad física o psicosocial y quienes soliciten métodos permanentes como la esterilización. Este proceso debe realizarse antes de cualquier decisión que pueda tomar la persona usuaria. Las consejerías no sólo funcionan para la atención de primer contacto, sino que buscan acompañar en todo el proceso, desde la información, la toma de decisión, la aplicación hasta el seguimiento. En otras palabras, la consejería es el puente entre las mujeres, niñas y adolescentes con el personal de salud en relación con la salud sexual y reproductiva.

Adicionalmente, la NOM 047 para la atención a la salud del grupo etario de 10 a 19 años establece que las personas adolescentes pueden solicitar los servicios de la consejería y de forma opcional podrán estar acompañadas por sus madres, padres, tutores o representante legal. Las NOM antes mencionadas, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes —y sus homólogas locales— y la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad —y sus homólogas locales— deben leerse en conjunto con los tratados internacionales para garantizar la asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva.

En ese sentido, las consejerías son un buen instrumento para que se garantice el acceso a la información para el goce y respeto de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud. Sin embargo, cuando se trata de la accesibilidad de las consejerías para mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad hay una gran disparidad. Prácticamente ninguna institución de salud pública reportó contar con personal capacitado y material adecuado para brindar este servicio a las usuarias con discapacidad de acuerdo con sus necesidades y características. La organización GIRE documentó que, de las 32 entidades federativas, sólo Nayarit, Tlaxcala —el único con algún material para personas con discapacidad visual— y Puebla reportaron haber dado alguna capacitación a su personal para brindar consejería a mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad (GIRE 2018: 33-34).

Esta omisión por parte del sistema de salud tiene grandes repercusiones. Pues al no brindar esta información con los ajustes razonables y los apoyos necesarios para las mujeres con discapacidad, ellas no pueden tomar decisiones previas, libres ni informadas sobre su sexualidad y reproducción, particularmente sobre métodos anticonceptivos. Esto a su vez repercute en la práctica de las esterilizaciones, pues al no contar con la información adecuada, el consentimiento informado no puede ser otorgado con apego al marco normativo de derechos humanos.

El no incluir dentro de las consejerías información adecuada a las necesidades de las mujeres y niñas con discapacidad, el sector salud ejerce discriminación indirecta (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párrs. 18-19). A primera vista, las NOM 005 y 047 regulan para toda la población los servicios de planificación familiar, sin embargo, al ponerlas en operación se omite incluir herramientas para que el derecho a la salud sexual y reproductiva de usuarias con discapacidad se garantice.

## 2. La información accesible

Para tomar decisiones informadas acerca de métodos anticonceptivos seguros y confiables, es vital poder tener acceso a información comprensible, consejerías y otros apoyos (OMS, *Eliminando la esterilización forzada, bajo coacción e involuntaria*, 2014: 10). La accesibilidad de la información incluye el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a la sexualidad y la reproducción. La información debe ser proporcionada de maneras que sean compatibles con las necesidades de las personas (Comité DESC, *Observación general núm. 22*, 2 mayo 2016: párrs. 18-19). Por ejemplo, en el caso de mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad, debe atender al género, la edad y los apoyos que requieran en función de su discapacidad.

Los estándares internacionales indican que la información que debe brindarse para que se lleven a cabo decisiones informadas sobre las esterilizaciones como procedimiento anticonceptivo deben enfatizar en las ventajas y desventajas, los riesgos, los efectos secundarios, los beneficios y su comparativa con otros métodos anticonceptivos (OMS, *Eliminando la esterilización forzada, bajo coacción e involuntaria*, 2014: 11).

Uno de los diversos obstáculos a los que se enfrentan las mujeres y niñas con discapacidad en el acceso a sus derechos —consecuencia de la desigualdad estructural— es la falta de educación e información sobre la salud y los derechos sexuales y reproductivos (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párr. 57). En ese sentido, no solo deben gozar de los servicios de salud sexual y reproductiva en igualdad de condiciones que la demás población, sino que también, deben realizarse los ajustes razonables (Comité DESC, *Observación general núm. 22*, 2 mayo 2016: párr. 24).

De conformidad con el artículo 2 de la Convención DPD, los ajustes razonables son modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas —que no impongan una carga desproporcionada— para

garantizarles el ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás personas, de todos los derechos humanos. Adoptarlos es parte de las obligaciones que tienen los Estados en virtud de la Convención DPD. Se definen como una obligación *ex nunc* —exigible desde el momento en que una persona lo solicita—. Pasar por alto esta obligación se considera una forma de discriminación (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párr. 15).

Frecuentemente se les niega el acceso a información sobre educación sexual y reproductiva, y en general sobre sus derechos sexuales y reproductivos. Lo anterior, basándose en estereotipos eugenésicos y que las suponen como personas asexuales y que por ello no necesitan la información. Otras veces, como en el caso de las consejerías, la información no está en formatos accesibles ni existe personal capacitado para brindarla. Como se mencionó en líneas anteriores, la ausencia de esta información las hace especialmente vulnerables —en particular aquellas con discapacidad intelectual, auditiva y audiovisual— a aumentar el riesgo a que sean objeto de violencia sexual (Comité DPCD, *Observación general núm. 6*, 28 abril 2018: párr. 41).

La información que se brinde a mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad debe proporcionarse de forma oportuna, completa, comprensible y fidedigna en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a sus diferentes necesidades (Rodríguez 2015: 17; Comité DESC, *Observación general núm. 22*, 2 mayo 2016: párr.24). Además, derivado de la obligación estatal de transparencia activa todo el personal de salud —incluyendo consejerías— deben brindarla sin que las usuarias expresamente lo soliciten puesto que es fundamental para tomar decisiones sobre la salud sexual y reproductiva y el ejercicio de sus demás derechos humanos (*I. V. vs. Bolivia*: párrs. 155-156).

A pesar de la enunciación de las diversas obligaciones y deberes constitucionales y convencionales, México continúa fallando en derribar las barreras a las que se enfrentan las mujeres con discapacidad cuando buscan allegarse y recibir información sobre se-

xualidad y reproducción. DRI y el Colectivo Chuhcan denunciaron que los programas médicos las excluye al no contar, por ejemplo, con información en braille o en algún formato accesible (Rodríguez 2015: 18).

### 3. *El consentimiento*

Respetar la dignidad y la integridad física y psíquica de una persona significa brindarles la oportunidad de tomar decisiones autónomas sobre su reproducción y sexualidad (OMS, *Eliminando la esterilización forzada, bajo coacción e involuntaria*, 2014: 9; Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párr. 11). El derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva —junto con los demás derechos sexuales y reproductivos— es fundamental para la autonomía y el derecho a adoptar decisiones importantes sobre la vida y la salud (Comité DESC, *Observación general núm. 22*, 2 mayo 2016: párr. 25).

Los derechos sexuales y reproductivos en su vertiente de salud sexual y reproductiva se relacionan con la autonomía y la libertad reproductiva como derechos que implican tomar decisiones sobre su plan de vida y cuerpo libre de toda violencia y discriminación (*I.V. vs. Bolivia*: párr. 157; Comité DESC, *Observación general núm. 22*, 2 mayo 2016: párr. 5). Por ello, el consentimiento previo, libre e informado representa una forma de asegurar el efecto útil del reconocimiento de la autonomía reproductiva de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad, la cual es inherente a su dignidad (*I.V. vs. Bolivia*: párr. 159).

Adicionalmente, permite balancear la relación entre prestadores de servicios de salud y las usuarias (*I.V. vs. Bolivia*: párrs. 160-161), que históricamente se ha caracterizado por ser asimétrica y basada en relaciones de poder eugenésicas. También, representa un límite a las actuaciones del personal médico para que ni el Estado, ni terceros cometan injerencias arbitrarias en las esferas más íntimas y privadas de mujeres y niñas con discapacidad.

Los tres elementos del consentimiento requieren que los Estados cumplan con una serie de deberes y obligaciones que permitan el acceso a la información sobre los procedimientos, sus derechos, así como los métodos de planificación familiar. El consentimiento es una obligación internacional, la cual no sólo es ética sino jurídica de todo el personal de salud. Deben considerarla como elemento de una buena práctica médica con el fin de garantizar servicios de salud accesibles y aceptables (*I.V. vs. Bolivia*: párr. 164).

Las mujeres con discapacidad deben tener la posibilidad de rechazar cualquier procedimiento de esterilización si no se les brindó información accesible y los ajustes razonables para que pudieran tomar una decisión y brindar su consentimiento previo libre e informado (OMS, *Eliminando la esterilización forzada, bajo coacción e involuntaria*, 2014: 9-10). Incorporar los principios y herramientas de la Convención DPD son fundamentales para que el consentimiento de mujeres y adolescentes con discapacidad se brinde como una forma de respetar y garantizar su autonomía reproductiva.

En relación con los métodos anticonceptivos como las esterilizaciones, de ninguna manera el consentimiento debe obtenerse por sustitución, es decir, terceras personas remplazando la voluntad de las mujeres con discapacidad. Esto es una práctica habitual, pues como se abordó en líneas anteriores, al no reconocer su capacidad jurídica sus familiares, tutores, instituciones de salud y de asistencia o quien se sustenten como a cargo de ellas, deciden sobre un aspecto tan íntimo. La razón por la que el consentimiento por sustitución no aplica se debe a que la esterilización no se considera como un procedimiento de emergencia médica. Inclusive, si el riesgo de un embarazo futuro puede representar una amenaza a la salud y la vida, existen métodos alternativos menos agresivos (*I.V. vs. Bolivia*: párr. 178).

De esta forma, el consentimiento informado respecto a una práctica médica como lo es la esterilización —contemplando las consecuencias permanentes al aparato reproductor y el plan de vida— pertenece a la esfera autónoma y de la vida privada de la

mujer (*I.V. vs. Bolivia*: párr. 162). Ninguna niña o adolescente con discapacidad debería someterse a ese método permanente sin antes haberse garantizado la obtención de su consentimiento previo, libre e informado con todas las salvaguardias de los derechos de la niñez, la discapacidad y la perspectiva de género. Sólo ellas, en acompañamiento de la información y ajustes razonables apropiados podrán decidir sobre mantener o no su capacidad reproductiva y la forma de conducir su plan de vida.

La limitación del consentimiento materializado en la pérdida permanente de la capacidad reproductiva, por medio de las esterilizaciones involuntarias afecta el derecho a la autonomía reproductiva. Éste comprende el derecho a decidir libre e independiente el número de hijas e hijos, así como el intervalo de sus nacimientos. Lo anterior se encuentra protegido constitucionalmente por el artículo cuarto. Así, la autonomía reproductiva forma parte de la esfera más íntima de la vida privada y familiar cobijada por los artículos 11.2 —vida privada— y 17. 2 —derecho a formar una familia— de la Convención ADH (*I.V. vs. Bolivia*: párr. 128).

## V. VIOLENCIA OBSTÉTRICA Y LA CAPACIDAD JURÍDICA

A lo largo del presente texto se ubicó a la esterilización involuntaria o no consentida como una clara violación a los derechos humanos de mujeres, niñas y adolescentes que constituye violencia de género. También, es importante visibilizar que esta nociva práctica configura violencia obstétrica.

### 1. Como violencia obstétrica

La violencia obstétrica es un tipo de violencia de género que resulta de las acciones u omisiones del personal de salud —público

o privado— que degrada, intimida y oprime a las mujeres y adolescentes. Particularmente se ejerce sobre sus cuerpos y procesos reproductivos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Y, de manera mucho más aguda durante las etapas de embarazo, parto y puerperio. Su principal consecuencia es la pérdida de la autonomía, dignidad y capacidad de decisión sobre aspectos de la sexualidad y reproducción (Asamblea General, *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer*, 11 julio 2019: párr. 12; Arguedas Ramírez 2014: 146-147).

La Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias en un reciente informe relativo a la violencia obstétrica denunció a las esterilizaciones involuntarias en contra de mujeres y niñas con discapacidad como parte de una sistemática violación a los derechos humanos basada en el género. Las esterilizaciones son practicadas por profesionales de la salud aduciendo su justificación en un supuesto beneficio del *interés superior de la mujer* (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párr. 54) y del interés superior de la niñez. Además de que se basan en creencias de que ciertos grupos de mujeres —como aquellas con discapacidad— no están en condiciones para ser *buenas madres*. Estas preconcepciones eugenésicas, discriminatorias y estereotipadas llevan a que se les engañe para obtener un consentimiento —muchas veces obtenido a través de terceras personas— para realizar la esterilización.

Tanto la Convención de Belém do Pará, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prohíben la discriminación de las mujeres en la prestación de los servicios de salud. El modelo médico hegemónico de atención respecto a los servicios de salud sexual y reproductiva conlleva una relación asimétrica de poder en la cual resalta el sistema patriarcal que coloca a las mujeres —especialmente si tienen una discapacidad— en una subordinación frente a las y los médicos.

La esterilización no consentida como una manifestación de la violencia obstétrica es el resultado de una serie de factores donde confluyen la violencia de género y la violencia institucional. Es una forma específica de violencia contra las mujeres perpetrada por y desde el Estado y, en consecuencia, constituye una violación a los derechos humanos (GIRE 2015b: 13). En el último informe respecto a México, el Comité CEDAW manifestó preocupación por las crecientes denuncias de esterilización involuntaria y el acceso limitado a los servicios de salud sexual y reproductiva respecto a las mujeres y niñas con discapacidad (Comité CEDAW *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*, 25 julio 2018: párr. 41).

En el orden jurídico nacional, la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia si bien no contempla explícitamente a la violencia obstétrica, los artículos 6 —tipos de violencia— y 18 —violencia institucional— definen actos físicos y psicológicos que se relacionan con ella. A su vez, de las 32 entidades federativas sólo cinco no la reconocen como un tipo de violencia de género: Guerrero, Jalisco, Michoacán, Sinaloa y Tabasco.

No obstante, subsisten severas inconsistencias en el contenido de cada legislación pues aún no hay un entendimiento claro de la esterilización no consentida ni mucho menos de la violencia obstétrica como violencia de género institucional. Además, las leyes de salud tampoco están armonizadas adecuadamente conforme los parámetros internacionales. Esto no sólo complica su entendimiento, sino también la formulación de acciones claras y efectivas para la prevención, erradicación, sanción y reparación de las esterilizaciones como violencia obstétrica. Por ello el Comité CEDAW le ha insistido al Estado mexicano que armonice las diferentes leyes federales y estatales para que adecuadamente se califique como violencia de género e institucional, además de que se prevean mecanismos para el acceso a la justicia.

La discriminación múltiple, además, es un factor para que la esterilización involuntaria como violencia obstétrica configure una forma de tortura (Consejo DH *Informe de seguimiento del Re-*

*lator Especial sobre la tortura*, 17 febrero 2017: párr. 89). De ahí la importante necesidad de que los modelos de atención médica deban tener como base la perspectiva de género, los derechos humanos y la interseccionalidad. La garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad se debe dar a través de una atención accesible, con información libre de estereotipos y comprensible, además de los apoyos y ajustes razonables que se deban realizar para hacer efectiva su autonomía y derechos.

## 2. *El reconocimiento de la capacidad jurídica*

Los estereotipos reproducidos por instancias de gobierno e instituciones privadas limitan la capacidad de mujeres y adolescentes con discapacidad de tomar decisiones sobre sus propias vidas libre de discriminaciones (Comité DPCD, *Observación General Núm. 3*, 25 noviembre 2016: párrs. 8, 18). Suplantar o sustituir la voluntad también configura una clara violación al reconocimiento pleno de la personalidad jurídica protegido en el artículo 12 de la Convención DPCD.

El mencionado artículo, en general, es fundamental para todos los procesos de toma de decisión de las personas con discapacidad. Cobra especial relevancia respecto a los derechos sexuales y reproductivos de mujeres y adolescentes con discapacidad que repetidamente son privadas del control de su salud sexual y reproductiva. Erróneamente se da por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales o planificar su vida reproductiva (Comité DPCD, *Comentario General No. 1*, 19 mayo 2014: párrs. 23, 24) lo cual desconoce por completo tanto su dignidad como su desarrollo progresivo.

Es indispensable que para que a una persona se le reconozca como sujeta de derechos, ella misma pueda tomar decisiones libres que tengan un verdadero efecto jurídico con impacto en todas las esferas individuales y colectivas. Esto constituye el eje central para el ejercicio de todos los demás derechos (DRI 2010). Sin em-

bargo, en México siguen vigentes los procedimientos civiles de sustitución de voluntad de las personas con discapacidad tales como la interdicción y la tutela. El Comité DPCD constantemente recalca lo preocupante que resulta que el Estado mexicano siga sin eliminar estos procedimientos ni adoptar medidas tendientes a armonizar el orden jurídico interno con las obligaciones contraídas en la Convención DPD, particularmente por lo que respecta a la figura de la interdicción (Comité DPCD, *Observaciones finales sobre el informe inicial de México*, 27 octubre 2014: párrs. 23, 24).

De acuerdo con el artículo 23 del Código Civil Federal la minoría de edad y el estado de interdicción son restricciones a la personalidad jurídica. Por tanto, el ordenamiento jurídico considera a las personas con discapacidad como incapaces, por lo que el ejercicio de sus derechos únicamente lo pueden hacer a través de sus representantes o familiares, es decir terceras personas. Estar o no bajo el estado de interdicción no representa una limitante para que las esterilizaciones no consentidas ocurran. De hecho, por el simple hecho de ser personas con discapacidad, en automático se otorga a sus padres, tutores o representantes la facultad de tomar decisiones por ellas, sin importar su consentimiento ni opinión.

Toda la legislación civil federal está infestada de artículos que reafirman la existencia de la interdicción como el mecanismo de sustitución de la personalidad jurídica. Ésta no cesará hasta que la persona sujeta a ella muera o abra un nuevo y tortuoso proceso judicial para levantar la tutela o el estado de interdicción. Respecto a quienes viven con una discapacidad, es sumamente difícil que el estado de interdicción se revoque. En el proceso, se llevan a cabo valoraciones subjetivas sobre su capacidad jurídica las cuales realizan juezas y jueces y, en algunos casos, personal médico quienes la califican en términos de enfermedad. Esto es una clara muestra que el orden jurídico mexicano está muy lejos de un modelo social de discapacidad y sigue más un modelo eugenésico.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sólo en tres resoluciones históricas ha declarado inconstitucional a la figura de interdicción.<sup>3</sup> También afirmó que constituye una restricción desproporcionada al derecho a la capacidad jurídica, lo cual es un claro ejemplo de modelo de sustitución de la voluntad. Por lo que es contraria al derecho a la igualdad y que se debe adoptar el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos, el cual implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas (Comité DPCD *Comentario General No. 1*, 19 mayo 2014: párrs. 8, 37). Pareciera que, a pesar de la obligatoriedad —desde 2008— de la Convención DPD y la importancia de los precedentes de la SCJN, en el ámbito legislativo no hay voluntad política para hacer modificaciones a las legislaciones civiles de antaño que rompen por completo con el paradigma constitucional y convencional de igualdad y no discriminación en el modelo social de discapacidad.

En ese sentido, el reconocimiento de la personalidad de las mujeres y niñas con discapacidad implica no negar su capacidad jurídica y proporcionarles accesos a apoyos necesarios para que tomen decisiones sin coerciones con plenos efectos jurídicos. Además, esta garantía adquiere particular importancia cuando las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad deban tomar decisiones sobre su sexualidad y reproducción. Por lo que, someterlas a procedimientos como la esterilización involuntaria sin su consentimiento informado constituye la negación de su capacidad jurídica en relación con el principio de igualdad y no discriminación.

---

<sup>3</sup> Amparo en revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013; Amparo en revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019; Amparo directo 4/2021, 16 de junio de 2021.

## VI. CONCLUSIONES

La esterilización no consentida además de constituir violencia de género es una grave violación a los derechos humanos pues compromete una serie de derechos esenciales como la dignidad, la libertad, la autonomía, la salud y una vida libre de violencia. Sus efectos son tan lesivos que puede llegar a constituir una forma de tortura que valida el sistema de desigualdad estructural y patriarcal a través del cual mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad son sujetas de opresión.

El incumplimiento estatal de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos respecto a las esterilizaciones involuntarias genera un patrón sistemático de negligencia e impunidad. En este sentido el Estado mexicano no puede dejar de asegurar y respetar las decisiones y elecciones que las mujeres y adolescentes hagan sobre su cuerpo y sexualidad. Por ello, debe garantizar un adecuado acceso a la información tomando en cuenta las diferentes discapacidades y ajustes razonables para que esta información sea accesible y contribuya al proceso de decisión libre.

Si bien, en los códigos penales —tanto federal como locales— existe el tipo penal que sanciona la conducta de la esterilización forzada —así entendida en ellos—, en la realidad el delito es letra muerta. Lo anterior responde a que el objetivo punitivista de la norma no ha demostrado ningún resultado ni en nivel de prevención, sanción ni mucho menos reparación del daño a las víctimas. Al no existir datos claros, públicos y confiables sobre cómo y en qué circunstancias ha operado este delito, en particular la respuesta que genera respecto a las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad, no hay forma en que desde la institucionalidad estatal se esté en posibilidades de evaluar su viabilidad y efectividad.

Así, esta falsa respuesta que se genera desde el derecho penal tampoco se articula con ninguna política pública que busque realmente poner en el centro a las miles de mujeres y adolescentes con discapacidad a quienes rotunda y violentamente se les priva

de su autonomía reproductiva. Se insiste que desde los códigos penales no es la respuesta, la solución es mucho más robusta e integral. Es indispensable que se generen normas oficiales mexicanas (NOM), protocolos y lineamientos claros que contemplen e incorporen el modelo social de la discapacidad a través de las obligaciones de la Convención DFD y todo el *corpus iuris* en materia de violencia de género, derechos de las infancias y adolescencias y derechos sexuales y reproductivos. Es decir, todos estos instrumentos de política pública deben responder al paradigma constitucional y convencional que conmina a todas las autoridades en el marco de sus competencias a observar las obligaciones en materia de derechos humanos con el fin de procurar la dignidad, la igualdad y la no discriminación de todas y todos.

Así, estos lineamientos que busquen remediar y eliminar las esterilizaciones no consentidas deben incorporar las directrices de la OMS antes mencionadas, así como los estándares mínimos —atendiendo a la progresividad y no regresividad— para que se busque asegurar el respeto, la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y adolescentes con discapacidad. Los principales a retomar son los siguientes:

- 1) Incorporar de forma integral las perspectivas de género, social de la discapacidad y de la infancia que permitan ser los ejes rectores para el ejercicio sin discriminación de los derechos sexuales y reproductivos.
- 2) Mencionar de forma expresa que los servicios de consejerías deben contar con herramientas de apoyo y ajustes razonables atendiendo a la discapacidad de cada mujer, niña y adolescente. Por ejemplo, material en braille, herramientas visuales para mujeres con discapacidad auditiva o de habla y estrategias particulares para quienes viven con una discapacidad psicosocial.
- 3) Que la información que se brinde tanto en el sector salud como en los centros de asistencia esté libre de estereotipos eugenésicos y que permitan la comprensión integral de los derechos sexua-

les y reproductivos para que las mujeres y adolescentes puedan decidir sin injerencias o coacciones sobre sus planes de vida.

- 4) No permitir que opere el consentimiento por sustitución en la elección de métodos anticonceptivos, especialmente respecto a las esterilizaciones.
- 5) Contemplar ajustes razonables y modificaciones a los formatos existentes de consentimiento informado para que respondan a las diferentes discapacidades y edades de las mujeres y adolescentes. Además de reconocerlas como jurídicamente capaces para poder otorgarlo.
- 6) Contemplar procedimientos de reparación integral del daño que vayan más allá del punitivismo para que logren ser de vocación transformadora y tengan un verdadero impacto en la sociedad. Particularmente, para derribar los estereotipos de género y prejuicios que existen alrededor de la sexualidad, la maternidad y reproducción de mujeres con discapacidad.

A todo lo anterior es imprescindible que, conforme a los estándares internacionales de disponibilidad y calidad de los servicios de salud sexual y reproductiva, se cuente con personal suficiente y debidamente capacitado para que en todas las unidades médicas e instituciones de asistencia se pueda brindar la atención integral. Estas capacitaciones deben incluir a la sociedad civil como organizaciones y colectivos de personas con discapacidad para que en un proceso articulado sean ellas quienes expresen sus necesidades e inquietudes particulares.

Por ello, para poder asegurar la efectiva garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad se necesitan crear políticas claras desde el Estado. Especialmente en la actual crisis sanitaria donde los servicios básicos de salud no han sido accesibles y se ha precarizado la atención de este colectivo. En ese sentido, la información debe brindarse de oficio —acorde a la obligación de transparencia activa— y to-

mando en cuenta los ajustes razonables necesarios para que sea accesible y disponible y contribuya al proceso de tomas de decisiones libres. Por estas razones, el consentimiento informado es vital, pues es el puente para el reconocimiento útil de la autonomía reproductiva y la capacidad de tomar decisiones íntimas.

Particularmente, al no ser la esterilización un procedimiento médico de emergencia, la decisión y el consentimiento es exclusivo de la mujer a quien se le vaya a practicar. De ahí la importancia de reconocer la capacidad jurídica en todos los ámbitos, para que no se limiten derechos como la autonomía sexual y reproductiva y el libre desarrollo de la personalidad. Además, la sustitución de la capacidad para decidir sobre sus planes de vida tiene efectos irreversibles en sus derechos humanos. Los engaños y coerciones para obtener autorizaciones viciadas o justificaciones con tintes discriminatorios propician el ambiente perfecto para que las esterilizaciones involuntarias se sigan realizando en México con aquiescencia del Estado.

Por otro lado, se demostró que la institucionalización de las personas con discapacidad abona a la impunidad detrás de las esterilizaciones no consentidas o involuntarias. Han sido precisamente las casas hogares y albergues los espacios que, en complicidad con autoridades a nivel local y federal, violan de forma sistemática los derechos reproductivos de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad. El contexto en que ocurre esta forma de violencia de género requiere de especial y urgente atención. Los prejuicios, estereotipos y la vigencia del modelo eugenésico agravan la situación de desigualdad estructural, por lo que es primordial que se garanticen condiciones dignas de vida atendiendo a la independencia de las mujeres con discapacidad.

Estas condiciones deben apuntar a la desinstitucionalización, a fomentar y crear ambientes dignos para que las mujeres y adolescentes con discapacidad puedan vivir en comunidad tal y como lo plantea la Convención DPD. Vivir en comunidad es una forma de generar que las mujeres con discapacidad ejerzan su autonomía

y se apropien de sus decisiones. Esto implica cambiar de paradigma en el que históricamente su opinión no es escuchada y quienes tienen la palabra sobre todos los aspectos de sus vidas son terceras personas. Los ambientes comunitarios también deben ser seguros en el sentido de que respeten las decisiones del plan de vida en temas de sexualidad y reproducción.

A su vez, para aquellas que decidan vivir en instituciones de asistencia social o lugares análogos, el Estado mexicano mediante sus agencias federales y estatales del DIF, las comisiones de derechos humanos y organismos que luchan contra la discriminación deben activar y crear mecanismos de supervisión y fiscalización. No debe existir cabida para la opacidad. Para ello, se deberán crear e implementar protocolos de actuación donde se monitoreen los servicios de salud sexual y reproductiva y la forma en que la información al respecto se brinda.

Asimismo, para aquellas funcionarias y funcionarios y personal de las instituciones que obliguen a las mujeres y adolescentes a aceptar procedimientos de esterilización deben estipularse sanciones claras ya sea en las leyes de salud, del DIF o en sus respectivos reglamentos para evitar la impunidad. Además de las sanciones, las formas de reparación integral son fundamentales, sobre todo, respecto a las medidas de no repetición, por ello las leyes locales de víctimas urgentemente necesitan reconocer a la esterilización no consentida como violencia obstétrica.

De esta forma, para que efectivamente se protejan los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad es fundamental armonizar y adecuar las leyes de salud, las leyes de acceso a las mujeres a una vida libre de violencia, las leyes para la inclusión de las personas con discapacidad y las NOM. Particularmente, es apremiante eliminar el contenido de la NOM 005 que recomienda la aplicación de un método permanente para mujeres con discapacidad psicosocial o cognitiva pues se utiliza como excusa para violar los derechos reproductivos de las mujeres y adolescentes con discapacidad. Además de que dicho contenido

incumple con las obligaciones constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos.

Es hora de que haya una real y material transición al modelo social, eliminar los procedimientos civiles de sustitución de voluntad como la interdicción son también parte importante para el reconocimiento de la capacidad jurídica, pilar para el pleno goce de los derechos humanos. Ninguna política o plan de gobierno será exitosa si no hay cifras e información sobre las condiciones de vida y situación no sólo de mujeres y niñas con discapacidad sino del colectivo en general. México tiene que apostarle a la desinstitucionalización y a realmente operar integralmente sobre la base del modelo social de discapacidad con un enfoque de género e interseccional.

Desde el Estado mexicano y toda la sociedad debemos entender el lema de *nada de nosotros sin nosotros* como la eliminación de barreras jurídicas y sociales, incluyendo los estereotipos en torno a la sexualidad y reproducción. Comprenderlo generará ambientes protectores y respetuosos de las decisiones y los derechos humanos de miles de mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad quienes diariamente se enfrentan a las consecuencias de la discriminación múltiple que les impide gozar de sus derechos humanos en igualdad de condiciones.

### BIBLIOGRAFÍA

- Aguado Díaz, Antonio León (1995): “*Historia de las deficiencias*”, Colección Tesis y Praxis, Escuela Libre, España.
- Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (2007): “*El derecho a la igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitario*”, Lexis Nexis, Argentina.
- Arguedas Ramírez, Gabriela (2014): “La violencia obstétrica: propuesta conceptual a partir de la experiencia costarricense”,

en *Cuadernos Intercambio sobre Centroamérica y el Caribe*, vol. 11, núm. 1, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

CERMI Mujeres y EDF (2017): “*Poner Fin a La Esterilización Forzosa de las Mujeres y Niñas con Discapacidad*”. Colección Generosidad, Género y Discapacidad, fundación CERMI Mujeres, núm 7, Madrid.

CONAPRED (2018): “*Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017 ENADIS Principales Resultados*”, INEGI, CONACYT, CONAPRED, CNDH, UNAM, México, disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2017/doc/enadis2017\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2017/doc/enadis2017_resultados.pdf)

DRI (2020): “Action steps to protect children and adults with disabilities during COVID-19 pandemic – especially in institutions and orphanages”, en DRI, Washington D.C, disponible en: «<https://www.driadvocacy.org/covid19-action-steps/>»

DRI y CMDPDH (2010): “*Abandonados y Desaparecidos: Segregación y Abuso de Niños y Adultos con Discapacidad en México*”, DRI, México.

GIRE (2018): “*La pieza faltante. Justicia reproductiva*”, GIRE, México, disponible en: «<https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2019/11/JusticiaReproductiva.pdf>»

GIRE (2015a): “*Niñas y mujeres sin justicia, derechos reproductivos en México*”, GIRE, México, disponible en: «<https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>»

GIRE (2015b): “*Violencia obstétrica. Un enfoque de derechos humanos*”, GIRE, México, disponible en: «<https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/informeviolenciaobstetrica2015.pdf>»

- INEGI (2021a): “En México somos 126 014 024 habitantes: censo de población y vivienda 2020”, en *Comunicado de prensa núm. 24/21*, INEGI, México, disponible en: «[https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/Est-Sociodemo/ResultCenso2020\\_Nal.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/Est-Sociodemo/ResultCenso2020_Nal.pdf)»
- INEGI (2021b): “Población con limitación o discapacidad por entidad federativa y tipo de actividad que realiza o condición mental según sexo”, INEGI, México, disponible en: «[https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/interactivos/?pxq=Discapacidad\\_Discapacidad\\_02\\_3cd087c1-6581-4865-b050-0436af00ea54](https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/interactivos/?pxq=Discapacidad_Discapacidad_02_3cd087c1-6581-4865-b050-0436af00ea54)»
- INEGI (2020): “Estadísticas a propósito del día del niño datos nacionales” en *Comunicado de prensa núm. 164/20*, INEGI, México, disponible en: «[https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP\\_Nino.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Nino.pdf)»
- INEGI (2018): “Estadísticas a propósito del día del niño (30 de abril)”, en *Comunicado de prensa núm. 167/18*, INEGI, México, disponible en: «[https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2018/nino2018\\_nal.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2018/nino2018_nal.pdf)»
- Kline, Wendy (2005): “*Building a Better Race. Gender, Sexuality and Eugenics from the turn of the Century to the Baby Boom*”, University of California Press, Estados Unidos.
- ONU (2020): “Las personas con discapacidad, en riesgo por el coronavirus”, en *ONU Noticias*, 17 marzo. Disponible en: «<https://news.un.org/es/story/2020/03/1471282>»
- Palacios, Agustina (2008): “*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, colección CERMI, núm. 36, grupo CINCA, Madrid.

Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco (2007): “*La Discapacidad como una Cuestión de Derechos Humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, CERMI, Telefónica y grupo CINCA, Madrid.

Rodríguez, Priscila (2015): “*Abuso y negación de sexuales y reproductivos a mujeres con discapacidad psicosocial en México*”, DRI y Colectivo Chuhcan, México.

Siscar, Majo (2014): “Mamá Rosa, entre dos historias”, en *Animal Político*, 17 julio. Disponible en: «<https://www.animalpolitico.com/2014/07/mama-rosa-entre-dos-historias/>».

---

## El derecho a la igualdad y no discriminación de la población autóctona en México

*The right to equality and non-discrimination of the autochthonous population in Mexico*

---

**LAURA SABLJAK**

*Universidad Panamericana campus Guadalajara*

ORCID:0000-0001-6122-9093

**ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES**

*Universidad Panamericana campus Guadalajara*

ORCID: 0000-0002-6456-3545

*Fecha de recepción:28 de julio de 2021*

*Fecha de aceptación:16 de noviembre de 2021*

SUMARIO: I. ¿Qué significa el derecho a la igualdad y no discriminación? 1. La legislación aplicable. 2. Peculiaridades de este derecho fundamental. 3. Un acercamiento a la filosofía moral. 4. La problemática en el contexto de las comunidades precuauhtémicas. II. El ámbito educativo. III. El ámbito laboral. IV. Una perspectiva de género. V. Impartición de justicia. VI. Acceso a servicios básicos. 1. Energía eléctrica. 2. Agua y saneamiento. 3. Salud y alimentación. 4. Exposición y análisis de un caso. VII. Mecanismos de tutela existentes y soluciones propuestas VIII. Conclusiones.

RESUMEN: Los Estados Unidos Mexicanos conforman un vasto territorio donde se asentaban diversos pueblos indígenas antes de la Conquista, la llegada de otras culturas más dominantes implicó para ellos una desigualdad creada y auspiciada, que ha permanecido y hoy en día se traduce en discriminación: una conducta reprochada y tutelada por el artículo 1º de la Constitución Federal mexicana y numerosas legislaciones nacionales e internacionales. El artículo sigue una estructura metodológica trazada que tiene como finalidad mostrar a los lectores la concatenación que existe entre los derechos fundamentales y los eventos que pueden

ocasionar su interdependencia, para mostrar las violaciones que se cometen en caso de incumplimiento, aterrizando precisamente al contexto de las comunidades autóctonas los daños que les han sido inferidos por haber recibido tratos discriminatorios a lo largo de varios siglos y en diferentes aspectos de su vida.

**ABSTRACT:** The United Mexican States are a vast territory where various indigenous peoples settled before the Conquest, the arrival of other more dominant cultures implied for them a created and encouraged inequality, which has remained and today is translated into discrimination, a reproached and protected behavior by the first Article of the Mexican Federal Constitution and numerous national and international laws. The article follows an outlined methodological structure that aims to show readers the concatenation that exists between fundamental rights and the events that their interdependence might cause, to show the violations committed in case of incompliance, landing precisely on the context of the autochthonous communities and the damages that they have been inferred for having received discriminatory treatment over several centuries and in different aspects of their lives.

**PALABRAS CLAVE:** *pueblos indígenas, discriminación, desigualdad, marginación, derechos humanos.*

**KEYWORDS:** *indigenous peoples, discrimination, inequality, marginalization, human rights.*

**E**n México hay una gran diversidad cultural que se define especialmente por las comunidades autóctonas que se asientan en este territorio, el bagaje cultural que llevan consigo comprende tradiciones, costumbres, creencias, cosmogonías y cosmovisiones, los cuales en su conjunto permiten su subsistencia y enriquecen la cultura del país en su totalidad.

Las comunidades autóctonas que actualmente se encuentran en el territorio mexicano son 68 y se denominan respectivamente: *amuzgos, awakateko, cochimí, cora, cucapá, cuicateco, chatino, chichimeco jonaz, chinanteco, chocholteco, ch'ol, chontal de Oaxaca,*

*chontal de Tabasco, chuj, guarijío, huasteco, huave, ixcateco, ixil, jakalteko, k'iche, kanjolabal, kaqchikel, kickapoo, kiliwa, kumiai, lacandon, mam, matlazinca, maya, mayo, mazahua, mazateco, mixe, mixteco, motozintleco, nahua, otomí, paipai, pame, pápago, pima, popoluca, purépecha, q'eqchí, seri, tacuate, tarahumara, tepehua, tepehuán del Norte, tepehuán del Sur, tlahuica, tlapaneco, tojolabal, totonaco, triqui, tzeltal, tsotsil, wixárika, yaqui, zapoteco y zoque* (Miranda Torres y Sabljak 2020: 141).

A su vez, estas comunidades conforman 11 familias lingüísticas, 68 agrupaciones lingüísticas y 364 variantes lingüísticas; los criterios generales que se emplean para realizar dicha subdivisión se relacionan con: la genealogía lingüística, la dialectología y la sociolingüística (Instituto Nacional de Lenguas Indígenas 2018: 3).

No obstante, los miembros de estas comunidades, así como las comunidades en sí mismas, están expuestas constante y repetidamente a situaciones discriminatorias que afectan el día a día en su vida y fomentan un mayor distanciamiento de la sociedad *dominante*, agudizando su segregación, desigualdad y estereotipos erróneos. Cabe añadir que la población indígena corresponde al 10.1% del total de la población en México, el 50% de ellos reside en localidades rurales y el 69.5% vive en una situación de pobreza o pobreza extrema (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2019: 5, 8, 13).

El objetivo primordial de este artículo involucra exponer a detalle la problemática que viven los pueblos indígenas en relación con esto, partiendo por la normativa aplicable que señala muchas pautas a seguir y tener en consideración, su definición y rasgos característicos, para posteriormente abundar en los ámbitos donde este trato discriminatorio se agudiza, y proporcionar información valiosa que pueda servir de referencia para comprender este tópico.

Las metodologías que permitieron recabar y sistematizar la información encontrada son principalmente los métodos: nomológico, histórico, jurídico, inductivo y analítico. Lo anterior permitirá

interrelacionar el derecho con otras disciplinas que concurren para el estudio de los pueblos indígenas, dentro de diversas épocas históricas que contarán la evolución de la discriminación a lo largo de los años, con el objetivo de mostrar los ordenamientos jurídicos que tutelan las cuestiones pertinentes a las problemáticas planteadas, partiendo de hechos y fenómenos que permitirán la comparación y análisis de los datos obtenidos, tomando en consideración que la información recolectada deberá ser sistematizada y seleccionada para llevar un orden lógico y coherente, y que al mismo tiempo no resulte excesivamente extensa.

## **I. ¿QUÉ SIGNIFICA EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN?**

### *1. La legislación aplicable*

El derecho a la igualdad y no discriminación es concebido en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de la manera que sigue: “Queda prohibida toda discriminación originada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Ahora bien, este concepto dentro del texto constitucional, según la doctrina tiene dos vertientes, la primera es el *derecho a la igualdad*, el cual es un “medio para vigilar cualquier tipo de distinción, sin atender necesariamente a las razones” (Vela 2012: 78), mientras que el *derecho a la no discriminación* implica “erradicar comportamientos que menoscaban el disfrute más básico de derechos [...] de ciertas personas. [...] No es cualquier discriminación, sino la que tiene como trasfondo una de las categorías” (Vela 2012: 79) que señala el párrafo quinto del artículo primero constitucional

citado con anterioridad —origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil, entre otras—.

Las categorías específicas que conciernen a este artículo, por ser los rubros que afectan de manera directa a la población autóctona son: el origen étnico, dada su relación con todo lo que atañe a las comunidades precuauhtémicas<sup>1</sup>; el género, debiendo entenderse con esto un trato diferenciado con base en una distinción entre hombres, mujeres o cualquier otro género con el que un individuo se sienta identificado; la condición social, fomentada por una creencia en la disparidad entre clases sociales y su situación de pobreza por *default*, aunque lo mencionado no excluye de ninguna manera otras categorías que en casos específicos pudieran vulnerarse y actualizarse.

En este contexto, ha surgido una ley reglamentaria titulada *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de junio de 2003, que dispone como principal objetivo la prevención y eliminación de la discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional.

Por otro lado, en el plano internacional se denotan otros documentos de suma relevancia en el tema que se quiere abordar, uno de ellos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), al cual los Estados Unidos Mexicanos se adhirieron el 24 de marzo de 1981; este señala en su Artículo 2.1:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los de-

---

<sup>1</sup> Se considera a la población autóctona, aborigen, cuyas referencias raciales, religiosas y culturales datan de la época de *Kuauhtemook* o a la llegada de los ibéricos a México, época de la Conquista y Colonización de México (Covarrubias Dueñas y Miranda Torres 2020: 214).

rechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Convención ADH) constata algo muy parecido, en el artículo 1:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reúne en su segundo numeral el derecho a la igualdad y no discriminación: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni ninguna otra”.

El Protocolo Adicional a la Declaración Americana de los Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— (Pss), indica en su artículo 3: “Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que entró en vigor en México el 5 de septiembre de 1991, también contempla el numeral tres punto uno que versa sobre un especial énfasis en la necesidad de dejar a lado la discriminación, especialmente cuando se trate de pueblos indígenas, a saber: “Los pueblos indí-

genas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”.

Finalmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas recalca una vez más este derecho en el artículo 2, plasmándolo de esta manera: “Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”.

En el ámbito de los entes federativos mexicanos, hasta hoy, 28 Estados han incluido dentro de su Constitución Política estatal la protección a los derechos fundamentales de los indígenas, y 25 Estados han creado leyes especiales en la materia. Por lo que se puede advertir que hay una inquietud tanto nacional, como internacional, que es constante y que se preocupa de una u otra manera por buscar una igualdad de trato y circunstancias para estas comunidades, con la finalidad de evitar su marginación, subdesarrollo y las consecuencias que éstas acarrearán.

## 2. Peculiaridades de este derecho fundamental

Entre las características propias de los derechos humanos, es posible identificar que éstos son *indivisibles*, *interdependientes*, *complementarios* y *no jerarquizables*, puesto que “están relacionados entre sí [...] no podemos hacer ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros. La negación de algún derecho en particular significa poner en peligro el conjunto de la dignidad de la persona, por lo que el disfrute de algún derecho no puede hacerse a costa de los demás” (Giménez 2020: 269), lo cual establece y confirma una vez más que estas disposiciones se interrelacionan estrechamente entre sí, y para el goce de unas, deben actualizarse otras; no se puede pretender dar el debido cum-

plimiento a estos ordenamientos si en la realidad el goce de tan sólo uno de estos derechos está impedido o limitado.

### La discriminación implica

“dar un trato distinto a las personas que en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos; ese trato distinto genera una desventaja o restringe un derecho a quien lo recibe. Todas las personas pueden ser objeto de discriminación; sin embargo, aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja, [...] son quienes la padecen en mayor medida” (Comisión Nacional de Derechos Humanos 2018: 6-7),

dando a entender que podemos afectar gravemente a otras personas si el propio actuar no se guía por la razón, aunque una de las principales preocupaciones debería ser velar por los intereses de aquellos que se pueden ver perjudicados por un actuar incorrecto.

En el mismo orden de ideas, la discriminación usualmente es alentada por y basada en *estereotipos*, debiendo entenderse éstos como “una imagen o idea que se tiene de un grupo basada en una generalización, donde se simplifican las características de esos/as otros/as y se cristalizan sobre unos pocos rasgos, comúnmente asociados a prejuicios” (Hirschhorn y Lubertino 2020: 389), práctica que conlleva a la *estigmatización* de individuos.

Esta estigmatización desde luego proviene también de la —equivocada— denominación que se les ha atribuido desde un principio al llamarlos *indios*, *pueblos indios* o *indígenas*, dando a entender que son los sometidos de la Conquista, además que no son *indios* o *indígenas* puesto que no son originarios de la India, esto es, que su nacionalidad no es hindú; asimismo este apelativo alude a que son ignorantes e incapaces, lo cual hace que se añadan más denigraciones hacia estas personas (Covarrubias Dueñas y Miranda

Torres 2021: 211), aunque en realidad sean totalmente insensatas, infundadas y equivocadas.

Otro factor que incide directamente en la discriminación son los prejuicios, comprendidos como una forma de “juzgar a una persona con antelación, es decir, prejuzgarla, emitir una opinión o juicio —generalmente desfavorable— sobre una persona a la que no se conoce, a partir de cualquier característica o motivo superficial” (Comisión Nacional de Derechos Humanos 2018: 8), con éstos se designan atributos en su mayoría negativos a entes que no se conocen con certeza, considerándolos equivocados, malos o erróneos sin estar seguros de ello.

Por otro lado, la *igualdad* puede ser entendida como “coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes” (Pérez Luño 2005: 17) y de acuerdo con el pensamiento del mismo autor, tiene tres características primordiales:

- 1) exige una pluralidad de personas, objetos o situaciones;
- 2) consiste en relaciones bilaterales o multilaterales; y
- 3) se realiza una comparación entre los entes involucrados.

De la misma manera el principio de igualdad que se presenta en la doctrina de los derechos humanos es interpretada sosteniendo que:

“Las personas deben ser consideradas iguales entre sí y tratadas como iguales respecto de aquellas cualidades que constituyen la esencia del ser humano y su naturaleza, como la dignidad, el libre uso de la razón y la capacidad jurídica. [...] establece que todas las personas tienen los mismos derechos y comprende la necesidad de crear las condiciones ideales para que aquellos que se encuentren en una situación de desigualdad tengan garantizado el disfrute de sus derechos y libertades fundamentales” (Comisión Nacional de Derechos Humanos 2018: 14).

### 3. *Un acercamiento a la filosofía moral*

Las citas y reflexiones que se han plasmado acerca del significado de la *discriminación* también han sido un tema de reflexión filosófica y por supuesto que se podría abundar en el estudio de la discriminación, las formas para abordarla y resolverla desde el punto de vista de esta materia, pero no sería propiamente el tema de este artículo.

No obstante, una introducción a este tema tomando como referencia algunos esbozos de esta perspectiva, permitiría un mejor entendimiento sobre el hecho que “la discriminación contra cualquier grupo [...] es una cuestión grave. Es objetable porque consiste en tratar a algunas personas de modo diferente de otras cuando no hay diferencias pertinentes que lo justifiquen” (Rachels 2007: 29).

El *requisito de imparcialidad* es una de las cuestiones más importantes que plantean las teorías de la moral, con la cual se establece que “los intereses de todos son igualmente importantes; desde un punto de vista moral, no hay personas privilegiadas. [...] el bienestar de otras personas es tan importante como el nuestro” (Rachels 2007: 35). Por lo que es hora de dejar de lado ideas de superioridad, basándose en criterios subjetivos como pueden serlo el origen de una persona, su género o situación social, puesto que ninguno de estos criterios permite emitir un juicio real acerca de la persona misma ni sobre sus capacidades, y se reducen a juicios aleatorios infundados.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, “el requisito de imparcialidad excluye cualquier esquema que trate a los miembros de grupos particulares como moralmente inferiores, como en ocasiones se ha tratado a los negros, judíos y otros” (Rachels 2007: 35), y esto se puede extrapolar a la situación que viven los pueblos autóctonos, condenados a vivir en la marginación y denigración desde hace quinientos años, aunque lo cierto es que se está muy lejos de lograr una verdadera igualdad entre todos los miembros de la sociedad, el primer paso es dejar en el pasado las polarizaciones,

para en su lugar trabajar y luchar por objetivos comunes que busquen el beneficio de todos.

Por lo que

“si no hay una buena razón para tratar a la gente de distinto modo, la discriminación es inaceptablemente arbitraria. [...] el requisito de imparcialidad no es más que una prohibición contra la arbitrariedad al tratar a la gente; es una regla que nos prohíbe tratar a una persona de modo diferente de otra cuando no hay una buena razón para hacerlo” (Rachels 2007: 36),

lo cual constata que la discriminación no es más que una acusación arbitraria que ciega ante las razones para tratar con respeto y dignidad a cada individuo.

Lleva a la inevitable conclusión que el derecho a la igualdad y no discriminación es un precepto necesario para el disfrute de otros derechos fundamentales, tal y como se explicará en las siguientes páginas de este artículo, donde se pretende también mostrar la concatenación de violaciones a derechos humanos que surge y cómo afecta a los pueblos indígenas cuando no se logra cumplir con tan sólo uno de ellos, y se buscará dar énfasis a una arbitrariedad injustificada que conlleva al retroceso generalizado de la sociedad.

#### *4. La problemática en el contexto de las comunidades precuahtémicas*

Habiendo entendido gracias a los apartados anteriores, en qué consiste la discriminación desde varias posturas, así como las preocupaciones en materia legislativa que han surgido en los planos nacional e internacional, es menester aterrizar al contexto propio de este artículo para exponer en qué rubros sufren discriminación estos pueblos, y servirá como punto de partida para desarrollar las siguientes secciones.

Las comunidades autóctonas americanas son “la población originaria de nuestro continente, dada su enorme diversidad, se les agrupa en familias, que en algunos casos comparten una ubicación

geográfica, rasgos culturales, lengua e historia común” (Miranda Torres 2019: 16). Como se ha mencionado en párrafos antecedentes, el término *indio* se sigue refiriendo al antiguo poblador de las Indias Occidentales, o América, porque Cristóbal Colón en su Conquista creyó haber llegado a las Indias y denominó a sus pobladores como *indios* (Miranda Torres 2019: 19).

Posteriormente, los conquistadores se empeñaron en someter a estos pueblos y además encontrar los términos peyorativos que más se acoplaran a las supuestas características de estas personas: se les consideraba una raza inferior, mentalmente discapacitada y menos inteligente que el hombre blanco; se les esclavizó y se les imputó a ellos mismos la causa de su propia miseria (Miranda Torres 2019: 19-20).

Los siglos que siguieron estos acontecimientos tampoco representaron avances, ya que las comunidades originarias fueron exterminadas completamente —etnocidio—, sufrieron los despojos de sus tierras, la imposición de una religión que no concordaba con su cosmovisión ni cosmogonía, la obligación a hacer suya una cultura que se encontraba lejos de ser ejemplar (Miranda Torres 2019: 31, 36).

La discriminación hacia las comunidades autóctonas, lamentablemente, es parte de su historia desde hace quinientos años y lo sigue siendo hasta hoy en día, la deuda de justicia que se tiene con estos pueblos es de una magnitud inconmensurable.

A manera de introducción se plantearán los temas que serán propios de los apartados que se expondrán enseguida. Las áreas más afectadas en las vidas de estas personas son:

- 1) El *ámbito educativo*: desde la posibilidad de cursar la educación básica hasta la superior, los autóctonos se enfrentan a situaciones poco gratas al ser denigrados por su etnia. El ámbito educativo para ellos representa serias limitantes en cuanto a las barreras lingüísticas, poder transportarse desde sus comunida-

des a los centros escolares más cercanos, la misma inseguridad que pueden llegar a sufrir por el hecho de tener que trasladarse a otros poblados o ciudades, su situación socioeconómica y en la época moderna actual incluye también la falta de acceso a las tecnologías de la información. Todos estos factores sumados, crean una infinidad de vulneraciones a derechos humanos, pero el que más se ve menoscabado es el derecho a la educación.

- 2) El *ámbito laboral*: los obstáculos para encontrar oportunidades de trabajo adecuadas son igual de numerosos que en el caso presentado en el inciso pasado, pues siguen siendo explotados laboralmente al ser que sus jornadas laborales exceden los límites previstos por la ley, no se les otorgan las prestaciones debidas y los salarios que reciben son muy bajos como para permitirles vivir una vida digna. Lo cual impide su desarrollo profesional y sigue fomentando una profunda desigualdad laboral por cuestión de su origen étnico.
- 3) El *género*: una cuestión multifacética que se desdobra en diversos aspectos, incluye la asignación de roles entre los géneros dentro de las comunidades e impide a la mujer autóctona participar en actividades escolásticas, políticas, laborales; fuera de las comunidades, son sometidas a una *triple discriminación* por ser indígenas, mujeres y debido a su clase social, se está en presencia de una evidente subordinación que impide a estas mujeres lograr su máximo desarrollo como seres humanos.
- 4) La *impartición debida de la justicia*: los miembros pertenecientes a pueblos originarios se ven diferenciados de nueva cuenta a la hora de acceder a la justicia, puesto que las instancias gubernamentales fallan al no identificarlos como miembros de comunidades autóctonas de acuerdo con el artículo 2º, párrafo segundo, no se les asignan peritos traductores autorizados por el Estado para que puedan entender a cabalidad los procesos en que se ven involucrados, no se toman en cuenta sus sistemas normativos y su derecho consuetudinario, lo cual es imperativo para respetar su cosmogonía y cosmovisiones.

5) El *acceso a los servicios básicos*: por último, pero no menos importante, los lugares donde se encuentran asentados se consideran en su mayoría como zonas remotas y de difícil acceso, por lo cual muchas de estas comunidades no cuentan con servicios básicos tales como: electricidad, agua potable, saneamiento de éstas, hospitales o centros médicos que puedan proporcionar una ayuda básica en casos de urgencia, aseo público, seguridad; sin mencionar otros servicios que caen en un segundo plano, tales como telefonía, internet, o los muchos otros estipulados en el artículo 115, fracción III, de la Constitución Política del país que están a cargo de alguno de los niveles de gobierno del Estado.

## II. EL ÁMBITO EDUCATIVO

Los antecedentes históricos en materia de educación hacen denotar una brecha creada hace casi quinientos años que hoy en día no ha podido ser cerrada en su totalidad.

En la colonia, las instituciones religiosas eran las que se encargaban de la educación. Ésta era accesible a españoles y criollos, tal es el caso de la Universidad de México que fue fundada en 1553; el Colegio de la Santa Cruz de Tlatelolco por el contrario estaba abierto a los indios, pero sólo para los descendientes de los caciques prehispánicos, este claramente fue un paso estratégico, puesto que los franciscanos que lo fundaron creían que si la clase dirigente de estas comunidades guiaba a sus pueblos a la cristiandad, se podría evangelizar y salvar a las almas de los indios que sus alumnos gobernaban (Tapia Segura 2021: 3), pero no sólo se les enseñaba la teología, sino que se incluyó también el latín, la gramática y las artes (Gonzalbo Aizpuru 1990: 90, 111-112); mientras que los demás indígenas, mestizos y castas tenían acceso únicamente a una educación rudimentaria (Guerrero Galván y Castillo Flores 2016b: 333).

En los debates acerca de qué instruir a los indios, la mayoría versaba sobre la educación religiosa, y se asentó que no quedaba duda acerca del hecho que los originarios tenían capacidad y suficiencia para comprender la fe cristiana; por lo que se les empezó a educar en el catecismo en sus lenguas pero al mismo tiempo debían aprenderse frases en latín para la misa (Gonzalbo Aizpuru 1990: 90, 94-95), lo cual era totalmente descabellado dado que no se les explicaba el significado de estas palabras, por lo que se volvía una mera recitación.

Pronto el hombre europeo se encontró con el desconcierto que los indios a los que se les enseñaban estas materias adquirirían excesivos conocimientos y comenzaron a entender perfectamente el latín, eran virtuosos también como traductores e intérpretes; hechos que causaron furor y conllevaron al fin de las donaciones que hacían los fundadores para que el Colegio de Tlatelolco pudiera operar. Sucedido esto, solicitaron apoyo a los superiores franciscanos constatando que los indios son torpes e ignorantes, por eso había que ayudarles para que pudieran seguir con sus estudios, negando que alguna vez hubieran sido considerados inteligentes (Gonzalbo Aizpuru 1990: 115, 119, 124-125).

“Aquellos indios que no eran descendientes de los caciques y señores, quedaron profundamente relegados de la cultura, arte y ciencia del virreinato [...] Esta marginación del núcleo académico, literario y científico se hizo patente en el siglo XVIII” (Vázquez Parra y Campos Rivas 2016: 830).

La problemática específica que se vive en materia de educación en la presente época implica primeramente la necesidad de migrar, esto es, dejar sus comunidades de origen para desplazarse a zonas urbanas donde además de la educación, puedan encontrar otros servicios estatales básicos y alejarse de la pobreza en que vivían. La llegada a las instituciones educativas no es cálida. Son denigrados sistemáticamente por su etnia, cultura, condición social, y también por el género, como es el caso de las niñas y mujeres.

Los límites que se presentan diariamente para los miembros de estas comunidades son el acceso a medios de transporte para poderse trasladar a las escuelas, la inseguridad física a la que son expuestos por deber atravesar largas distancias, su situación económica, las barreras lingüísticas y la falta de acceso a tecnologías de la información. Todo lo anterior causa que, en algún momento de su trayectoria académica, comience una disminución en su asistencia a estos lugares y finalmente, un abandono total de sus estudios (Miranda Torres y Sabljak 2020: 147); pues todo señala que las escuelas les deparan acoso y discriminación.

Además, cuando llegan a las instituciones educativas, se percatan que el Estado moderno promueve en su mayoría un ambiente hostil para el aprendizaje, fomentando:

“La competencia desenfadada y la asimilación de información poco útil, que no les enseña técnicas de supervivencia ni de trabajo adecuadas para las necesidades de las economías indígenas, y tienden a favorecer el individualismo en vez de promover la cooperación y formas comunitarias de vida, contraviniendo con su manera de concebir las relaciones sociales. [...] en estos centros escolares se busca que olviden su identidad e ideología para que *encajen* con el resto de la sociedad” (Miranda Torres y Sabljak 2020: 147-148).

Schmelkes señala que las escuelas instituidas con la finalidad de atender población indígena presentan también grandes rezagos porque los profesores en su mayoría no cuentan con un título de licenciatura y son pocos los que tienen una Licenciatura en Educación Primaria Intercultural Bilingüe (Miranda Torres y Sabljak 2020: 148-149); mientras que en muy contadas instituciones educativas abiertas al resto de la población se ofrece educación bilingüe.

Entre los *tercios de comparación*, entendidos como los puntos de vista desde los cuales se predica la igualdad o desigualdad que son enlistados por el artículo 1º constitucional, actualmente no se encuentra el *idioma*, pero se puede realizar un ejercicio de interpretación con la última parte de dicho párrafo que prevé

una cláusula de apertura hacia otros motivos que perjudican la dignidad humana y/o pretenda menoscabar los derechos y libertades de las personas (Soberanes Díez 2021: 317-319).

Pasando ahora a la exposición y análisis de los datos cuantitativos, en concordancia con los datos recabados por Gallardo Vásquez, se puede apreciar que:

“en México existen 99 899 profesionistas indígenas de los cuales el 43 915 (44%) son mujeres y 55 984 (56%) son hombres. Sumados representan el 0.98% de la población total indígena y el 0.10% de la población total de nuestro país. Existen 7 232 personas indígenas con estudios de maestría o doctorado, 2 852 (39%) son mujeres y 4 380 (61%) son hombres. Representan el 0.07% del total de la población originaria y el 0.007% de la población total de México” (Miranda Torres y Sabljak 2020: 148).

Asimismo, la actual tasa de analfabetismo en la población indígena es del 17.8% (Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas 2018) y justamente esta escasa formación educativa es la que más tarde en sus vidas, se vuelve la excusa por excelencia de los empleadores para marginarlos laboralmente hablando (Vázquez Parra y Campos Rivas 2016: 831).

### III. EL ÁMBITO LABORAL

Retomando lo dicho en líneas anteriores, la discriminación laboral es una constante que ha perdurado en la historia y se remonta claramente a la Conquista, pero sus orígenes se ven marcados por la caída de México-Tenochtitlán ocurrida en 1521, porque este acontecimiento permitió que el poder virreinal finalmente pudiera echar raíces, tanto para subordinar a los ahora conquistados, los *indios*, e imponer el sistema de tributación propio de los esquemas feudalistas europeos vigentes en esas épocas (Vázquez Parra y Campos Rivas 2016: 829). Pensadores del momento, al debatir entorno a la legitimidad de la Conquista, concordaban acerca

del hecho que “los indios eran bárbaros y siervos por naturaleza” (Guerrero Galván y Castillo Flores 2016: 207), este pensamiento dominó y siguió a través del tiempo.

El primer instrumento normativo de índole laboral que buscaba proteger a los indios fue la *Ley de Burgos*, expedida en 1512, donde se establecían periodos de descanso de 40 días por cada cinco meses de trabajo, la prohibición de trabajo de niños menores de 14 años y mujeres con más de cuatro meses de embarazo. Años después, con las *Leyes Nuevas* de 1542 se abolió la esclavitud de estos pueblos y se fijaron castigos para quienes los maltrataran (Guerrero Galván y Castillo Flores 2016a: 207-209).

Pasaron los siglos, y en 1810 Miguel Gregorio Antonio Ignacio Hidalgo y Costilla Gallaga Mandarte y Villaseñor se percató de la necesidad de ponerle fin a la explotación del hombre por el hombre (Guerrero Galván y Castillo Flores 2016c: 437-438), es en este contexto que se expide un *Decreto contra la Esclavitud, las Gabelas y el uso de Papel Sellado* donde se dispone que los dueños de los esclavos deben de ponerlos en inmediata libertad y, en caso de no hacerlo, se les condenaría a la *pena de muerte*.

Pero ni la Constitución de Cádiz —1812—, ni el Decreto Constitucional para la Libertad de las Américas de José María Morelos Tecla Pérez y Pavón —1814— se ocuparon de abolir la esclavitud. Fue hasta Agustín Iturbide, quien encabezó el Plan de Iguala —1821— que se retomó la temática, sin embargo, tampoco se incluyó explícitamente dentro de este texto; Vicente Ramón Guerrero Saldaña emitió el *Decreto para la Abolición de la Esclavitud* —1829— donde además de liberar a los esclavos, disponía una indemnización para los propietarios, puesto que se quedarían sin fuerza laboral para sus campos (Guerrero Galván y Castillo Flores 2016a: 210-212).

Años más tarde, en las Bases Orgánicas de la República Mexicana —1843— se decreta mediante el artículo 9º, fracción I, que “Ninguno es esclavo en el territorio de la Nación, y el que se introduzca,

se considerará en la clase de libre, quedando bajo la protección de las leyes” (Instituto de Investigaciones Jurídicas s.f.: 2); artículos parecidos fueron introducidos en las diversas Cartas Magnas que subsiguieron, promulgadas respectivamente en 1857 y en 1917.

Esta breve reseña histórica se puede considerar como un prelude para entender el comienzo y las causas de la discriminación, especialmente la laboral, pero ahora será indispensable el análisis de la época actual para comprender la manera en que han permanecido ciertos rasgos de estas praxis.

Esta recurrente práctica en perjuicio de los pueblos precuahtémticos en lo relativo al trabajo es un tema que implica dar “un trato diferencial a los individuos de ciertos grupos sociales en el proceso de reclutamiento, desempeño y promoción, fundándolo en criterios diferentes a las calificaciones y méritos requeridos para desempeñar una actividad productiva” (Horbath Corredor 2008: 26).

Sus rasgos biológicos —ejemplo de ello son sus facciones, color de la piel, estatura—, su idioma natal, su vestimenta diferente a la del resto de la sociedad, son factores que desde un inicio los predisponen a la discriminación ante un grupo social que se define a sí mismo como superior y considera a los indígenas como biológicamente inferiores. Otros factores que les impiden alcanzar la equidad en el mercado laboral son sus elevados niveles de analfabetismo y escasa educación, como se ha mencionado en el apartado anterior a este, pero también concurren otras circunstancias, como deficiencias en sus condiciones de salud y alimentarias, cuestiones que se abordarán a detalle posteriormente en este trabajo.

Como si no fuera suficiente enlistar todo lo anterior, la mayoría de los miembros de estas comunidades se ven obligados a desplazarse a zonas urbanas donde pueden acceder a una mayor oferta laboral, esto representa otro desafío puesto que involucra un desprendimiento de su propia cultura para incorporarse a otra, y ésta última se niega a su inclusión completa y apropiada.

Se puede constatar que sus antecedentes en conjunto marcan por sí mismos un inmediato rezago para acceder al mercado laboral, si a esto se le suma que tienen “poca o nula capacitación laboral” (Horbath Corredor 2008: 31), es como si se determinara *a priori* que tienen un impedimento para conseguir trabajos que les permitan llevar una vida digna.

Finalmente conduce a que cuando encuentran un trabajo, éste usualmente entra dentro de la categoría de *empleos informales*, es flexible, no requiere de una capacitación previa y es de bajo nivel; los sectores donde hay más presencia de trabajadores indígenas son la construcción, la agricultura, las maquiladoras, la producción de artesanías y el turismo (Horbath Corredor 2008: 31-34).

“La marginación laboral de la que son víctimas las personas indígenas tienen a excusarse, fundamentalmente, en la falta de capacidades de competencia respecto a su formación educativa” (Vázquez Parra y Campos Rivas 2016: 831), pero lo constatado es totalmente absurdo, porque el mismo sistema educativo los discrimina, los constriñe a marcharse de las instituciones educativas por no aceptar el contexto al que pertenecen y del cual provienen.

Esta *mano de obra barata* crea un cúmulo de situaciones desfavorables y un círculo vicioso, puesto que se les sigue sometiendo: no cuentan con prestaciones laborales, son poco remunerados por el trabajo que realizan, vienen de situaciones de pobreza y el sueldo que perciben les obliga a seguir en tal situación, y aun llegando a los centros urbanos, se ven forzados a vivir en las periferias de las ciudades, donde adolecen de servicios básicos, en colonias pobres, sus hijos dejan las instituciones educativas tanto por las razones ya vistas, como porque desde jóvenes deben contribuir a los gastos del hogar por falta de recursos.

El caso de las mujeres reitera una vez más la existencia de la *triple discriminación* antes aludida, dado que el único empleo para el que se les considera capaces es el trabajo en el hogar, esto es, como trabajadoras domésticas, porque *eso es lo que saben hacer*.

Concluyendo que se les desprestigia constantemente, están propensos a mayores riesgos, no cuentan con seguridad social, deben trabajar jornadas más largas que las permitidas por ley, su empleo es el peor remunerado de todo el país; este es el escenario que se vive actualmente en materia de discriminación laboral de los pueblos indígenas.

Tomando en consideración nuevamente los planteamientos del *requisito de imparcialidad* propuesto por la filosofía moral,

“[...] podemos preguntar por qué se trata a esta persona de modo diferente. ¿Es menos capaz de hacer el trabajo? ¿Es más estúpida o menos laboriosa? ¿Es que de algún modo merece menos el trabajo? ¿Es menos capaz de beneficiarse del empleo? Si no hay buenas razones para excluirla, entonces es una mera arbitrariedad tratarla de esa manera” (Rachels 2007: 29).

A pesar de lo mencionado, lo único que resalta en todos estos sucesos es que al final, la marginación que han sufrido los obliga a cumplir con un rol que ellos no escogieron, un rol de pobreza, estupidez inherente, incapacidad para realizar labores que se asignan a los mestizos o blancos. Esto se refleja en que, aunque muchos integrantes de comunidades indígenas

“culminan licenciaturas, maestrías y doctorados, siguen padeciendo una gran dificultad para obtener empleo [...] a pesar de estar igualmente capacitados que el resto de la población, a los indígenas no se les considera para ocupar puestos gerenciales o de decisión en los centros laborales, lo cual [...] es una clara evidencia de la discriminación que aún se manifiesta en México” (Vázquez Parra y Campos Rivas 2016: 832).

Un instrumento dirigido a regular la discriminación laboral en el plano internacional es el Convenio N°111 de la OIT sobre la Discriminación (empleo y ocupación), el cual fue adoptado por México a partir del 11 de septiembre de 1961, sobre la Discriminación (empleo y ocupación) donde se constata en el arábigo 1° que: “A efectos de este Convenio, el término discriminación

comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación”.

No obstante, la multitud de legislaciones que existen en México tampoco resultan ser la solución ni el método correcto para acercarse a este problema, porque no concuerdan con la conciencia colectiva de la comunidad, sino que son una mera imposición que no considera el contexto sociológico, la conciencia histórica, los valores, los principios o los intereses del pueblo mexicano (Covarrubias Dueñas y Miranda Torres 2021: 19-20).

Pudiendo afirmarse que en el contexto nacional es imperante la necesidad de cambiar el curso de los acontecimientos, romper los lazos que alguna vez definieron a los pueblos originarios: desprenderse de esa concepción de pobres, ignorantes e ineptos a la que usualmente se asocian, pues ellos son igualmente capaces de pensar, actuar y trabajar como cualquier otra persona, si tan sólo se les diera una oportunidad para hacerlo.

#### **IV. UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Las mujeres indígenas en México son un sector desprotegido y totalmente vulnerable, sufren segregación, abuso, carencia de oportunidades y una doble o triple discriminación por el Estado, la sociedad y en ocasiones por su misma comunidad (González Ortiz 2006: 25). La mayoría de las tradiciones y prácticas indígenas mantienen a las mujeres en una total sumisión.

El sistema de usos y costumbres que rige la vida política, social, económica, jurídica y religiosa de la mayor parte de las comunidades indígenas de nuestro país perpetúa el régimen patriarcal, los hombres son la autoridad en los hogares, tienen el poder de decisión sobre la vida familiar, incluso ejercen violencia, éstos

resguardan la tierra de sus antepasados, proveen el sustento, se les enseña a trabajar la tierra y a mandar en su familia (Hieras y Questa 2018: 68). Las mujeres son relegadas en el ámbito doméstico y familiar, se les enseñan actividades hogareñas, los matrimonios son pactados y endogámicos, tienen embarazos sucesivos sin servicios de salud, padecen violencia, abuso, por tanto, una devaluada condición (Pineda 2002: 20).

Este rol de las mujeres en la organización social indígena obedece a una visión mítico-religiosa no reciente, sino que deviene desde las sociedades prehispánicas mesoamericanas, donde se creía en una dualidad creadora, es decir, lo femenino y lo masculino como planos de organización; en este sentido se observa el caso de los antiguos otomíes, dicha dualidad se manifiesta en el Padre Viejo —*Makata*— y la madre vieja —*Makamé*— (Garibay Kintana 1957: 60).

Así, dicha relación divina entre los sexos es determinante para entender la distribución de actividades entre los géneros, eran asimétricos pero complementarios. Por tanto, los roles del hombre y la mujer existen desde épocas milenarias, la mujer al cuidado del hogar, lo privado, tiene un rango de subordinación al hombre y el hombre en la actividad económica o la guerra, en la vida pública. La familia funciona como una unidad económica, hay división del trabajo entre hombres y mujeres, se involucra a los niños desde temprana edad y tienen obligaciones de participación y colaboración que descansan en la reciprocidad (Hieras y Questa 2018: 62).

En la actualidad, dichos roles persisten, el núcleo familiar sigue siendo fuerte, existe la familia extendida, los matrimonios son acordados entre los padres o abuelos, se paga por la futura esposa, se practica la dote, existe la poligamia, además de ritos específicos para el matrimonio, el nacimiento o la muerte y la discriminación a la mujer es una conducta constante (Covarrubias Dueñas y Miranda Torres 2008: 300).

Hasta hace algunos años, en casi todas las comunidades indígenas las mujeres no podían participar como autoridades, en algunas

del sur del país, se les otorga el cargo de mayordomas sólo cuando enviudan y no pueden acceder a un cargo público dentro o fuera de la comunidad. Situación que se ha ido modificando debido a los ordenamientos internacionales y las reformas constitucionales en materia de equidad y paridad de género, aunque falta un gran trabajo por hacer para lograr la aplicación de dichas normas en un diálogo intercultural y de armonización entre el derecho del Estado y el derecho indígena. Otra forma de discriminación surge cuando se obstaculiza su *derecho a la educación* por razón de género, lenguaje, transporte o pobreza (Olivé, 2006: 50).

Las mujeres tienen un papel fundamental en sus comunidades, a ellas corresponde la crianza de los niños y la transmisión a las hijas de todos los elementos culturales que les permitirán su desempeño adecuado dentro del grupo, ellas son el eslabón principal para la continuidad del idioma y las depositarias de las normas y valores que integran su cultura (Hieras y Questa 2018: 62).

En este sentido, ser mujer indígena en la actualidad representa un verdadero desafío en la sociedad: siempre tendrán una condición vulnerable por razones étnicas, de clase y de género. Sin embargo, la lucha de las mujeres indígenas ha estado presente en la historia, han constituido un frente común en la preservación de su cultura y en la protección de sus derechos, así a manera de ejemplo, tenemos a las *Hijas de Cuauhtémoc*, grupo creado durante la Revolución Mexicana en 1911, cuyo objetivo principal era conquistar las garantías, derechos y libertades perdidas del sector indígena (Covarrubias Dueñas y Miranda Torres, 2008: 70).

Actualmente este sector femenino ha creado espacios autónomos y forjado líderes que siguen en la movilización política y social, se han logrado organizar de forma independiente (Rousseau y Morales 2018). En el ámbito político se advierten los avances, siendo que durante mucho tiempo su participación fue casi nula, la colaboración se reducía en ocasiones a votar en las asambleas comunitarias, preparar la comida y repartirla en los procesos de elec-

ción interna, pero ciertos acontecimientos han dado la pauta para una mayor apertura y diálogo entre culturas.

Mujeres indígenas han protagonizado cambios importantes, Eufrosina Cruz en Oaxaca, a través de su liderazgo se convirtió en un símbolo para proteger las prácticas democráticas en las comunidades indígenas y garantizar la participación de la mujer, poder votar, ser votadas y ejercer cargos de elección popular (Castillo Vaquera e Ibarra Romo, 2019). Marichuy, precandidata a la presidencia de la república en 2018, llevó al plano nacional la situación de pobreza, discriminación y abuso de los pueblos y mujeres indígenas. En Latinoamérica, Elisa Loncón es un ejemplo de perseverancia: esta lingüista mapuche fue elegida por la mayoría absoluta en el Congreso Nacional chileno para presidir el órgano que creará la nueva Constitución (El Informador 2021: 8-A).

En este orden de ideas, se puede percibir que la discriminación hacia las mujeres indígenas se relaciona desde diferentes ámbitos, en su comunidad como producto de sus tradiciones y costumbres, cosmogonía y cosmovisión; por parte de la sociedad que las subestima por su color de piel, lenguaje e indumentaria, y por parte del Estado, aunque este último ha ido avanzando en la creación de ordenamientos para su protección, lo cierto es que se requiere un compromiso formal para combatir el rezago, la pobreza, sus necesidades básicas; la participación política, la educación, el empoderamiento y protección.

## V. IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

El artículo segundo constitucional en su apartado A, fracción VII, estipula que las comunidades indígenas tendrán derecho de acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, además dispone que se tomarán en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, así como deberán ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Esta disposición es el resultado de las luchas y movimientos nacionales e internacionales para el reconocimiento de sus derechos, concretada en la reforma a la Carta Magna en agosto de 2001; sin embargo, se les han tratado de imponer las normas o disposiciones que desde la visión mestiza son correctas, existe una total colisión entre las normas del Estado y el derecho consuetudinario; los valores, principios e intereses protegidos obedecen a realidades distintas, “el mundo en que vivimos es eminentemente pluricultural y en él existe una gran cantidad de formas de conocimiento” (Carrillo 2013: 13).

En el acceso a la justicia, los pueblos indígenas también sufren discriminación, se destacarán dos aspectos fundamentales, por un lado, el tema de la *autoadscripción*, concepto relativo a la capacidad de una persona a considerarse parte de un grupo indígena asumiendo como suyos ciertos rasgos sociales y elementos culturales (Hoyos Ramos 2017: 129), las inconsistencias que existen en el tema, quién será considerado indígena y sus derechos en los procesos judiciales; por otro lado, la gran diversidad de las lenguas indígenas y la incapacidad del Estado para auxiliar en su idioma a cada miembro de las 68 comunidades presentes en el país.

El concepto de *autoadscripción* se encuentra en diversos ordenamientos en el ámbito nacional e internacional, tales como la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio núm. 169 de la OIT y en la CPEUM, así como en varios protocolos de actuación para quienes imparten justicia emitidos tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), como por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

De dichos ordenamientos se desprenden ciertos elementos para comprobarla: la continuidad histórica, la conexión territorial, las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas o parte de ellas y la existencia de un vínculo cultural, histórico, político o lingüístico; la importancia de la *autoadscripción* radica

en hacer exigibles los derechos de las personas indígenas, lo que los coloca en una situación diferenciada (Hoyos Ramos 2017: 134).

Sin embargo, en este tema la discriminación proviene por parte del Estado de encasillar a las personas en el término *indígenas* sin reconocer las diferentes identidades dependiendo de cada pueblo y comunidad ante la idea de un solo Estado-Nación, también concurren la ignorancia, desinterés o pericia de las autoridades para tomar en cuenta las especificidades culturales o la identificación del indígena durante el proceso judicial y otorgar a las personas indígenas la garantía de una tutela judicial efectiva de sus derechos (Nieto Castillo 2016: 58).

La diversidad cultural se refleja en las diferentes lenguas, existen 11 familias lingüísticas, 68 idiomas y 364 variantes como ya se estipuló al principio de este texto; el Estado mexicano ha hecho un gran esfuerzo para su protección, preservación y revitalización. A partir de 2001 se han creado diferentes ordenamientos, órganos e instituciones para su protección, tales como la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, diferentes programas de fortalecimiento y desarrollo de las lenguas nacionales (Covarrubias Dueñas y Miranda Torres 2008); hasta ahora 28 entidades federativas han previsto en sus ordenamientos cuestiones concernientes a su preservación, el acceso a la justicia con un intérprete o traductor, incluso ciertas actuaciones, como los actos del registro civil, se dispone que pueden ser redactados en su lenguaje, como acontece en el Estado de Morelos.

La importancia de las lenguas radica en que contienen conceptos, creencias, tradiciones que constriñen a aquello de lo que les es posible hablar y que se puede reconocer; constituyen de alguna manera su universo, conocimientos que se transmiten en la tradición oral, de generación en generación; mostrando que los seres humanos viven en un mundo y realidades diferentes, a veces inconmensurables (Lenkersdorf, 1996); la situación del desplazamiento y muerte de las lenguas obedece principalmente a los

valores e ideologías diferentes que reproducen, un desprecio a lo indígena, los factores económicos que han hecho que estos grupos migren dentro y fuera del país o como una forma de protección ante la discriminación.

En la administración de justicia, la discriminación consiste en el actuar de la autoridad, pues, a pesar del amplio marco jurídico en el tema, los registros nacionales de intérpretes son insuficientes; los programas, ordenamientos y demás disposiciones son desconocidos por las autoridades o si las conocen, las ignoran. En algunos procesos han preguntado a la persona indígena si entiende el idioma español, y si ésta contesta afirmativamente, omiten la búsqueda del traductor; situación que contraviene totalmente sus derechos en el debido proceso, pues entender español no implica que comprenda el sistema jurídico mexicano, el actuar de las autoridades y las diferentes situaciones a las que se enfrentará; por tanto, el desinterés, la ignorancia e incompetencia de la autoridad son actos discriminatorios y también de corrupción.

La *autoadscripción*, el intérprete y traductor en los procesos que involucren a personas indígenas son elementos indispensables que deben tomar en cuenta los juzgadores para la tutela judicial efectiva de sus derechos. Se debe seguir trabajando en la formación y concientización sobre la diversidad cultural que existe en México, en el respeto a las diferentes identidades y, sobre todo, en la preservación y continuidad de los pueblos indígenas.

## VI. ACCESO A SERVICIOS BÁSICOS

Como ya se aludió en otras partes de la presente investigación, este apartado será dedicado en su totalidad a la falta de acceso a los servicios básicos en los lugares donde se encuentran asentados los pueblos originarios, por lo que será menester abordar ese problema abarcando todas sus facetas, a excepción de la educativa y de

la impartición de justicia, que se trataron de una manera más extensiva en páginas anteriores.

Es considerado como un tema de suma importancia a tratar con la debida diligencia: si bien es cierto que dentro de la norma rectora no se incluye explícitamente que el acceso a los servicios básicos sea una forma de discriminación, los años de estudio sobre estas comunidades conllevan a la ineludible conclusión que sí es una manera de discriminar, marginar y marcar una desigualdad.

El hecho que en la mayoría de éstas no tengan agua, saneamiento de las mismas, electricidad, centros médicos, centros escolares, por no hablar de servicios públicos y privados más *avanzados* como el internet, la telefonía fija y móvil, el aseo público, seguridad pública, entre muchos otros, que si bien algunos de ellos deberían ser prestados por el Estado de acuerdo con el reparto de actividades previsto por el mismo texto constitucional y que deben realizarse por los distintos órdenes del poder, actualmente no se cumple a cabalidad con dicha disposición.

El asunto entra a formar parte de aquellos tercios de comparación que no han sido enlistados explícitamente dentro de la Carta Magna, pero eso no implica que no puedan ser invocados, porque es una realidad y las cifras más recientes indican que el 57.5% de la población indígena no cuenta con servicios básicos en sus viviendas (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2019: 25).

Algunas de las preguntas que surgen son: ¿quién establece que no conviene llevar estos servicios básicos a las comunidades que los necesitan? ¿conforme a qué parámetros? El trasfondo de la respuesta fácilmente pudiera comprender argumentos arbitrarios, así como muy probablemente sería incompleta e incoherente. Pero, ni el objetivo, ni el tema de este artículo son los de evidenciar las contradicciones del Presupuesto de Egresos, los probables usos indebidos de los tributos contemplados en la Ley de Ingresos o las contradicciones de la administración pública, sino mostrar

a los lectores la tajante brecha en el desarrollo que ha sido marcada entre la sociedad mestiza y los indígenas, que hoy bajo la luz de los derechos humanos, se ha vuelto más evidente.

### *1. Energía eléctrica*

El rezago en materia de electricidad compromete el uso y acceso a éste para 500 mil viviendas, las cuales se encuentran principalmente en comunidades indígenas y rurales (Cámara de Diputados 2016). Y aunque se ha intentado avanzar, no se ha podido cubrir la mayoría de esta brecha; en este sentido, se firmó un convenio de colaboración entre la Comisión Federal de Electricidad y el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, pero no se especificó cuáles serían los esquemas o tecnologías para llevar energía eléctrica a estas comunidades (Zarco 2019), ni cuál sería su proveniencia para permitir evaluar su sustentabilidad.

Claramente la falta absoluta de electricidad afecta muchos aspectos básicos de la vida, desde las tareas domésticas más simples, interfiriendo con el concepto de vivienda digna, pero también repercute en otros derechos humanos, por ejemplo, los de tercera generación que son casi impensables en este tipo de situaciones, sin embargo, sí hay una vulneración del derecho al internet y a las tecnologías de la información.

### *2. Agua y saneamiento*

El acceso al agua y el saneamiento de la misma también es un tema de vital importancia en el sentido literal de la cuestión, pues aunque el agua no es catalogada como un nutriente por la ciencia nutricional, sí es indispensable para la vida, tan es así que es un derecho humano previsto por el artículo 4º, párrafo sexto, de la CPEUM y cuenta con un marco legal estructurado que se enfoca sobre todo en su preservación y consumo responsable; la falta de acceso a este tipo de servicios tiene consecuencias en la salud, bienestar y desarrollo de estas personas, porque la contaminación de ésta puede provocar enfermedades y contaminar aguas

del subsuelo que después entran a los cuerpos de agua usados en las viviendas.

En México actualmente hay alrededor de 2.4 millones de viviendas indígenas, de las cuales 1.7 disponen de agua entubada y 1.5 cuentan con drenaje (Villagómez Velázquez y Gómez Martínez 2020: 17), el rezago es muy grande si se toma en consideración que en un hogar indígena por lo regular no vive solamente una persona. El derecho a la igualdad y no discriminación además de cobrar la relevancia ya constatada, se vuelve un componente crítico del derecho al agua, pues la sistemática exclusión de ciertas personas al goce de esta prerrogativa, así como la escasez o inexistencia de infraestructura que les permita abastecerse de agua, disponer de ella y sanearla una vez usada, constituyen en su conjunto una práctica discriminatoria que los deja expuestos a riesgos adicionales (Organización Mundial de la Salud 2011: 14-15).

Un caso en concreto es la comunidad *Mixe* que lleva más de cuatro años sin acceso al agua debido al despojo de su manantial (Miranda 2020), lo cual conlleva a la violación de otros derechos fundamentales, como el de la propiedad, contemplado de manera general por el numeral 27 constitucional, pero ligado estrechamente al artículo 2º, apartado A, fracciones V y VI, porque no hay un interés por preservar la integridad de sus tierras ni se les respeta el uso y disfrute preferente de los recursos naturales ubicados en los lugares donde radican. Otro derecho violado en esta situación es el *derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado*, siendo que en ningún momento se les consultó para obtener su consentimiento sobre un asunto que afecta directamente su calidad de vida como comunidad.

Pero acontecimientos como estos han pasado desde siempre, por ejemplo, con las construcciones de diversas presas hídricas e hidroeléctricas se han desplazado más de 113 mil individuos indígenas en el período comprendido entre 1949 y 1990 debido a las afectaciones que ha habido a los ecosistemas y biodiversidad que abundaban en dichos lugares, lo cual les imposibilitó seguir

viviendo de la misma manera que antes. Por otro lado, en el período comprendido entre 1991 y 2004 hay vacíos de información significativos que permitieron al Estado mexicano escudarse en los mismos, puesto que justamente en esas fechas se ratificó el Convenio núm. 169 de la OIT, y los representantes de cada pueblo autóctono afectado pudieron haber demandado al Estado por el incumplimiento de dicho convenio (Villagómez Velázquez y Gómez Martínez 2020: 10-11).

Lo anterior se encuentra vinculado a lo aludido en el ámbito de impartición de justicia, al ser obligación del Estado mexicano darle una protección especial a sus territorios y recursos naturales, lo cual deriva en parte de las injusticias y discriminación histórica que han sufrido por la desposesión de sus tierras después de la Conquista, pero también porque las injusticias cometidas en el pasado siguen perpetrándose indefinidamente, afectan su *dignidad de grupo* y generan aún más desconfianza, puesto que el Estado “reclama su autoridad sobre los pueblos indígenas como resultado de ese mismo agravio histórico. [...] Muchas de las dificultades a las que se enfrentan hoy día los pueblos indígenas tienen su origen en agravios pasados” (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2014: 43).

Pero lo más lamentable aún es la inexistencia de planes para expandir el abastecimiento de agua potable a esas comunidades ni cómo se llevará a cabo el saneamiento de dichas aguas; se generan, por lo tanto, una serie de afectaciones que menoscaban su dignidad como personas y como miembros de una comunidad, porque ni lo más básico les puede ser garantizado, con todas las consecuencias que aquello implica.

Mientras que la sociedad occidental actúa guiándose por el aprovechamiento económico de los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas, estos últimos tienen una conexión diferente con la *Madre Tierra* guiada principalmente por el respeto y la conservación; esto también debe destacarse, ya que forma parte de su *cosmogonía*, entendida como el entendimiento que la naturaleza no es susceptible de apropia-

ción y se encuentra cargada de valores e interpretaciones culturales y espirituales (Miranda Torres 2019: 36).

### 3. Salud y alimentación

En cuanto a los servicios de salud, supuestamente son una obligación de todos los niveles de gobierno encaminada a tener una cobertura nacional, tal y como lo estipula el artículo 2º, apartado B, fracción III, de la Constitución Política del país, que prevé la inclusión de la medicina tradicional y busca asegurar el acceso efectivo a servicios de salud, relacionándose con el *derecho a la salud* previsto en el artículo 4º, párrafo cuarto. Asimismo, se menciona explícitamente la necesidad de apoyar la alimentación adecuada mediante programas de alimentación, respetando el *derecho a la alimentación* contemplado en el artículo 4º, párrafo tercero, de la CPEUM. Otro de los documentos internacionales que salvaguarda estos derechos es el artículo 7º, inciso 2, del Convenio núm. 169 de la OIT, el cual establece el mejoramiento del nivel de salud como una prioridad en los planes de desarrollo de los países donde viven estas comunidades.

La realidad difiere de la ley, pues el 78.2% de la población indígena no tiene acceso a la seguridad social, mientras que en las zonas rurales esta cifra asciende al 88.2%; sus elevados índices de pobreza les impiden adquirir una canasta básica alimentaria (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2019: 25), por lo que se ven afectados gravemente sus derechos a la alimentación adecuada y a la salud. Asimismo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos reporta que, entre los hechos denunciados de forma más recurrente en las quejas contra las autoridades sanitarias federales, se encuentra la *discriminación* y la *negativa de atención médica* (Comisión Nacional de Derechos Humanos 2015: 22).

Un lamentable ejemplo en la materia es que el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas realice capacitaciones, en este caso para miembros de la comunidad *Wixaritari* para enseñarles a brindar primeros auxilios básicos, puesto que en sus comunidades no existe

la asistencia médica rápida (Navarro 2021). El problema que debe atenderse no consiste en la capacitación en sí misma, el problema consiste en no contar con centros médicos apropiados y la solución de lo anterior es la instalación de clínicas que les pueda ayudar y atender, no considerar que por una capacitación están eximidos de brindarles servicios de salud a su comunidad; ni el peso de dicha cuestión debe recaer en los hombros de estos individuos.

#### 4. Exposición y análisis de un caso

Un caso muy interesante que merece ser analizado en este contexto, es una consulta llevada a cabo por la Sala Regional Guadalupe del Tribunal Electoral Federal (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *SG-JDC-35/2019*, 22 enero 2020) donde estaba en disputa el otorgamiento de una partida del presupuesto municipal a la comunidad autóctona *Wixárika* ubicada en el municipio de San Sebastián Teponahuatlán —Estado de Jalisco— para hacer frente a gastos de los servicios básicos de la misma.

La asamblea de los *Wixaritari* solicitó a las autoridades municipales de Mezquitic que se les asignara, entregara y se les diera la libre administración de las aportaciones federales y estatales que les corresponden; la solicitud de consulta que hicieron para poder administrar directamente sus recursos económicos se resolvió en sentido negativo porque se consideraba que no se les pueden asignar partidas presupuestales a autoridades tradicionales de dicha comunidad.

Por lo cual, los representantes de la comunidad *Wixárika* promovieron un Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales ante el Tribunal Electoral estatal y dicho órgano jurisdiccional ordenó que el ayuntamiento de Mezquitic emitiera un nuevo acto condicionado a la aprobación total del Cabildo; a raíz de lo anterior, los representantes decidieron recurrir al Tribunal Electoral Federal.

Una vez presentado el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales ante el órgano del Poder Judicial Federal, se revocó la sentencia del Tribunal Electoral jalisciense y se ordenó la asignación a las partidas presupuestales, pero el municipio en cuestión omitió y se negó rotundamente al cumplimiento de la sentencia, por lo que se presentó un incidente en este sentido — incumplimiento de sentencia— y otro fue presentado por el municipio para alegar la imposibilidad material y jurídica para cumplir con la sentencia por parte del municipio en cuestión; el primero de estos incidentes fue declarado fundado, mientras que el segundo resultó ser infundado.

La autoridad municipal afirmó en sus argumentaciones que se estaba realizando una *discriminación inversa* al pretender otorgar recursos para obras y acciones a este pueblo indígena sin que se otorguen a los demás habitantes no indígenas de la zona, a lo cual el Tribunal Electoral Federal replicó que la misma autoridad es la que está propiciando una discriminación inversa “al pretender etiquetar tratos diferenciados derivados de categorías sospechosas; además los gastos y asignaciones se realizan en general a la comunidad, y no a sectores indígenas o no indígenas, con grado de marginación o sin grado de marginación” (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *SG-JDC-35/2019*: párr. 38, 73, 74).

Lo anterior recalca una vez más el alto umbral de arbitrariedad y discriminación que acontece en la administración pública de México, que permite tales grados de discrecionalidad y decisiones inoportunas, totalmente contrarias a derecho y sin acatar los protocolos para la impartición de justicia en casos que atañen a comunidades autóctonas; una clara muestra de la extralimitación en las decisiones que toman las autoridades bajo el pretexto de no querer discriminar por evitar contradecir la ley, cuando eso es justo lo que se produce.

Aunque la intención del Tribunal Federal Electoral estaba encaminada a garantizar los derechos de estos pueblos a través de la organización de una consulta de conformidad con sus facultades, éste no podía decretar si se les otorgaba o no dicho apoyo, puesto que no se encuentra dentro de sus competencias; al final no se obtuvo ningún beneficio y aunque se dictó sentencia favorable, dicho presupuesto nunca fue entregado, por lo que esta comunidad sigue sin tener partidas asignadas, y menos puede hacer uso de ellas libremente.

## **VII. MECANISMOS DE TUTELA EXISTENTES Y SOLUCIONES PROPUESTAS**

Se considera que, a pesar de que existen muchos mecanismos constitucionales, como el Juicio de Amparo en caso de violaciones a derechos fundamentales, el derecho a la consulta a través del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y otros consagrados en la misma Constitución, así como todas las leyes especiales en la materia que pretenden enfrentar esta situación de distintas maneras; lo que falta no es la actividad de las comunidades frente al Estado, esto es, estimular la actividad estatal persistentemente para exigir lo que les corresponde.

Tampoco es oportuna la creación de más legislaciones, pues son pocos o nulos los problemas que se solucionan a través de la actividad meramente legislativa, además que en México actualmente se cuenta con un sistema normativo complejo y saturado de leyes en todos los órdenes de gobierno, por lo tanto, la creación y emisión de una ley no resuelve automáticamente un problema, tal vez solamente contribuya a su reconocimiento público pero también aquello es dudoso, ya que en muchas ocasiones se crean leyes sin estudios ni asesoramientos previos.

Lo que en verdad se necesita en este sentido es la educación, el conocimiento, la tolerancia de todas las personas hacia los pueblos indígenas, desde los valores inculcados en los hogares, en los centros escolares, en los lugares de trabajo, en aras a que México se reconozca y conduzca desde adentro como la nación pluricultural que es; permitir la sana coexistencia de una multitud de culturas en este espacio sin estar en un constante conflicto, porque atrasa el desarrollo integral de la población y demuestra la incapacidad de acatar los postulados más básicos de las exigencias de respeto a la dignidad humana en un Estado de Derecho que se jacta de ser moderno, dado que justamente esa dignidad guarda un lugar destacado, sino casi protagónico, en la doctrina moderna del derecho, sobre todo tratándose de derechos humanos.

### VIII. CONCLUSIONES

Primera: La riqueza cultural de todas las comunidades que se encuentran asentadas en México permite el entendimiento del mundo desde cosmogonías y cosmovisiones distintas; sus diferencias con la cultura occidental no deben ser entendidas en un plano de desigualdad, sino en un plano de complementariedad, no hay intereses opuestos porque todos vivimos en la misma nación, anhelamos por la prosperidad de la misma e inclusión de todos los miembros de la sociedad en las cuestiones trascendentales que nos atañen.

Segunda: La normativa aplicable en materia de igualdad y no discriminación es extensa y abarca tanto el ámbito nacional como internacional, abordando la discriminación desde diversos puntos de vista, pero con el objetivo común de no permitir tratos diferenciados y fomentar la igualdad de circunstancias entre todos los individuos, puesto que se parte de la premisa que todos cuentan con la misma dignidad —*dignidad óptica*—. Se instituyen categorías sospechosas o tercios de comparación preliminares, sin quedar excluidas otras formas de discriminación que pudieran acontecer, con la finalidad de individuar más fácilmente las causas de desigualdad.

Tercera: Otras materias como la filosofía también ofrecen una aproximación a este tema para comprender la arbitrariedad que se encuentra detrás de los tipos de juicios que se emiten acerca de una persona o un grupo de ellas, constatando en otras palabras la visión reduccionista del ser humano, puesto que se le acusa y vincula a un estereotipo lejano a la realidad.

Cuarta: La problemática aterrizada al contexto social que viven las comunidades autóctonas es compleja, puesto que han sido constantemente discriminadas y marginadas desde los inicios de la Conquista, su libertad de decisión y actuación se ha visto menoscabada de manera reiterada, se les ha considerado como incompetentes, inferiores, miserables, ignorantes, entre muchos otros adjetivos poco agradables. Lo anterior se ha usado como pretexto para dominarlos y reprimir los conocimientos que habían creado hasta entonces, fueron condenados a cumplir con un rol de sometimiento total a la raza blanca.

Quinta: Las razones por las cuales siguen siendo discriminados en la actualidad se remontan a la Conquista, son una herencia del periodo virreinal donde se originaron y muchas de esas formas de discriminación han perdurado, pero mutando sus modalidades de acuerdo con el avance de los siglos y los progresos de la sociedad que los conquistó, por lo cual son injusticias petrificadas y perpetuas, agravios históricos que se siguen repitiendo una y otra vez.

Sexta: En el ámbito de la educación resalta una necesidad de oprimir e imponer el conocimiento occidental sin apertura a las características propias de la adquisición de aprendizaje indígena, lo cual incita al alejamiento de los alumnos porque nuevamente no concuerda con su cosmogonía; otras limitantes relacionadas con el transporte, inseguridad, situación socioeconómica y el rechazo de su idioma natal, así como la discriminación por razones de género obstaculizan la preparación académica de estos individuos y los obliga a abandonar sus estudios.

Séptima: En el contexto laboral hubo una transición desde una situación de esclavitud a una *semi-esclavitud* laboral moderna, donde se les sigue explotando porque se les impide conseguir mejores trabajos, que los remuneren dignamente, en este sentido su escasa educación se vuelve la excusa principal de los empleadores y se les margina a trabajos de bajo nivel que les impiden progresar laboralmente.

Octava: La condición de discriminación de las mujeres indígenas obedece a distintas circunstancias en su comunidad, en la sociedad y el Estado; sin embargo, las luchas por la igualdad y la equidad emprendidas por algunas de ellas nos han llevado a cambios importantes en los ordenamientos nacionales e internacionales, debemos seguir avanzando en asegurar las mismas oportunidades y desarrollo para todas.

Novena: La colisión entre las costumbres de los pueblos indígenas y el derecho del Estado se evidencia en la impartición de justicia; los elementos indispensables para acercar nuestro sistema de justicia son la debida traducción y la interpretación en su lengua de origen, situación en la que existe mucho rezago a pesar de los diferentes ordenamientos e instituciones para su protección y revitalización.

Décima: Mientras que en el ámbito de acceso a servicios básicos se ha podido ver que la pobreza casi generalizada en que viven estas comunidades implica que sus viviendas no tengan agua para uso doméstico, tuberías para la disposición del agua o instalaciones eléctricas. En materia de salud se ha denotado que casi toda la población indígena no cuenta con seguridad social, en sus comunidades no hay centros médicos que los puedan atender oportunamente, su alimentación es de escasa cantidad y calidad porque no cuentan con los ingresos mínimos para poder hacerse de una canasta básica alimentaria. Otros servicios como el internet, aseo público, seguridad, deporte, por el momento son sólo aspiraciones, pues estas comunidades ni siquiera tienen acceso a lo

mínimo, una base de la que partir para construir las comunidades que quieren y que merecen. Cuando ellos tienen iniciativa para pedir lo que les corresponde para mejorar sus servicios básicos no se les considera capaces de administrar su propio presupuesto, justo como eran vistos hace quinientos años, por lo que las cosas han cambiado poco o nada.

Décima Primera: Finalmente se concluye que ningún ser humano es igual en práctica, en la teoría sí, pero justamente esa “igualdad desigual” lo hace único y permite ver la luz que irradia cada persona debido a la dignidad que le es inherente. No obstante, la mentalidad de predominación, someter al otro para impedirle que progrese y sobresalga parece prevalecer sobre estos aspectos. El problema de la sociedad occidental es la envidia, la avaricia de no compartir el conocimiento, no compartir los logros laborales, pero tampoco querer compartir lo mínimo para tener una vida digna, favoreciendo en todo momento la marginación de los pueblos indígenas.

## BIBLIOGRAFÍA

Cámara de Diputados (2016): “Plantea Celis Aguirre reformar la Constitución para garantizar a toda persona el derecho y acceso a este servicio”, en *Boletín núm. 1343 En México, hay 500 mil viviendas sin electricidad, principalmente en comunidades indígenas y rurales*, disponible en: «<http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2016/Abril/15/1343-En-Mexico-hay-500-mil-viviendas-sin-electricidad-principalmente-en-comunidades-indigenas-y-rurales>» [Consultado el día 21 de julio de 2021].

Carrillo Trueba, César (2013): *Pluriverso. Un ensayo sobre el conocimiento indígena contemporáneo*, Programa Universitario de México Nación Multicultural, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Castillo Vaquera, Jorge e Ibarra Romo, Mauricio (2019): “Participación electoral femenina en el contexto de usos y costumbres: el caso de Eufrosina Cruz”, en *Veredas Revista del Pensamiento Sociológico*, núm. 24, 111-131.

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2018): “*El derecho a la no discriminación*”, segunda edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, disponible en: «<https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/21-Discriminacion-DH.pdf>» [Consultado el día 7 de julio de 2021].

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2015): “*El derecho a la salud de los pueblos indígenas. Servicios y atención en las clínicas de las comunidades*”, segunda edición, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, disponible en: «<https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/04-Salud-Pueblos-Indigenas.pdf>» [Consultado el día 25 de julio de 2021].

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2019): “*La pobreza en la población indígena de México 2008-2018*”, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México, disponible en: «[https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobreza\\_Poblacion\\_indigena\\_2008-2018.pdf](https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobreza_Poblacion_indigena_2008-2018.pdf)» [Consultado el día 25 de julio de 2021].

Covarrubias Dueñas, José de Jesús y Miranda Torres, Roxana Paola (2021): *Nomología*, Editorial Tirant lo Blanch, México.

Covarrubias Dueñas, José de Jesús y Miranda Torres, Roxana Paola (2008): “*La Nomología de las Comunidades Precauhtémicas (preibéricas) en México, siglos XV-XXI*”, Congreso del Estado de Oaxaca, México.

El Informador (2021): “Chile elige a mujer indígena para liderar nueva Constitución”, en *El Informador*, 5 de julio, 8-A, dis-

ponible en: «<https://www.informador.mx/internacional/Chile-elige-a-mujer-indigena-para-liderar-nueva-Constitucion-20210705-0004.html>» [Consultado el día 27 de julio de 2021].

Garibay Kintana, Ángel María (1957): “Supervivencias religiosas precolombinas de los otomíes de Huixquilucan, Estado de México”, en *América Indígena*, vol. XVII, núm. 3, julio, 210-211.

Giménez, Virginia (2020): “Derechos humanos. Concepto y características”, en *Derecho, armonía y felicidad: principios de derechos humanos y derecho constitucional desde una perspectiva de diversidad, feminista y ecologista*, Lubertrino Beltrán, María José (coord.), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 269.

Gonzalbo Aizpuru, Pilar (1990): “*Historia de la educación en la época colonial: el mundo indígena*”, El Colegio de México, México. Disponible en «<https://www.jstor.org/stable/j.ctv47w4n0>» [Consultado el día 11 de julio de 2021].

González Ortiz, Felipe (2006): “*Mujeres indígenas en el Estado de México*”, El Colegio Mexiquense, México.

Guerrero Galván, Luis René y Castillo Flores, José Gabino (2016a): “Artículo 1. Introducción Histórica” en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, novena Edición, Tomo VI, Sección Tercera, Editorial Porrúa, México. Disponible en «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/4.pdf>» [Consultado el día 11 de julio de 2021].

Guerrero Galván, Luis René y Castillo Flores, José Gabino (2016b): “Artículo 3. Introducción Histórica”, en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, novena Edición, Tomo VI, Sección Tercera, Editorial Porrúa, México.

Disponible en «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/6.pdf>» [Consultado el día 11 de julio de 2021].

Guerrero Galván, Luis René y Castillo Flores, José Gabino (2016c): “Artículo 5. Introducción Histórica” en *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones*, novena Edición, Tomo VI, Sección Tercera, Editorial Porrúa, México. Disponible en «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/8.pdf>» [Consultado el día 11 de julio de 2021].

Heiras, Carlos *et al* (2018): “*Las Culturas Indígenas de México. Atlas Nacional de Etnografía*”, Millán, Saúl (coord.) Instituto Nacional de Antropología e *Historia*, México.

Hirschhorn, Tatiana y Lubertino Beltrán, María José (2020): “No discriminación, igualdad y diversidad”, en *Derecho, armonía y felicidad: principios de derechos humanos y derecho constitucional desde una perspectiva de diversidad, feminista y ecologista*, Lubertino Beltrán, María José (coord.), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina.

Hoyos Ramos, Yuteita Valeria (2017): “Autoadscripción e identidad en el texto constitucional mexicano, crítica a la tendencia jurídica monocultural actual” en *Diké Revista de Investigación en Derecho y Consultoría Jurídica*, núm. 21, 125-147.

Horbath Corredor, Jorge Enrique (2008): “La discriminación laboral de los indígenas en los mercados urbanos de trabajo en México: revisión y balance de un fenómeno persistente”, en *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico racial en América Latina y el Caribe*, Siglo del Hombre (ed.), Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Colombia.

Instituto de Investigaciones jurídicas (s.f.): *Bases Orgánicas de la República Mexicana*, México, disponible en: «[---

Año 2021, Volumen 4, Número 2: Julio-Diciembre 2021 | 245](https://ar-</a></p></div><div data-bbox=)

*chivos.juridicas.unam.mx/www/legislacion/federal/historicos/1842.pdf*» [Consultado el día 11 de julio de 2021].

Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (2018): “Catálogo de las lenguas indígenas nacionales: Variantes lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geoestadísticas”, Secretaría de Cultura, México. disponible en: «[https://site.inali.gob.mx/publicaciones/cuadernillo\\_catalogo.pdf](https://site.inali.gob.mx/publicaciones/cuadernillo_catalogo.pdf)» [Consultado el día 14 de julio de 2021].

Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (2018): “Mujeres Indígenas: datos estadísticos en el México actual”, Gobierno de México, disponible en: «<https://www.gob.mx/inpi/es/articulos/mujeres-indigenas-datos-estadisticos-en-el-mexico-actual?idiom=es>» [Consultado el día 13 de julio de 2021].

Lenkersdorf, Carlos (1996): “Los hombres verdaderos”, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Miranda, Fernando (2020): “Graba temas con la Banda Filarmónica de Ayutla”, en *El Universal*, 5 junio, disponible en «<https://www.eluniversal.com.mx/espectaculos/musica/julieta-venegas-graba-temas-con-la-banda-filarmonica-de-ayutla-mixe>» [Consultado el día 23 de julio de 2021].

Miranda Torres, Roxana Paola (2019): “Los pueblos originarios en Latinoamérica y el derecho humano a la propiedad,” Editorial Tirant lo Blanch, México.

Miranda Torres, Roxana Paola y Sabljak, Laura (2020): “Los grandes desafíos del Estado para combatir la desigualdad y discriminación de la mujer autóctona en México en el siglo XXI”, en *Derechos Fundamentales a Debate*, Año 2020, núm. 14, septiembre-diciembre, disponible en: «<http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/revista%20pdf/ADEBATE%2014-2020.pdf>» [Consultado el día 13 de julio de 2021].

- Navarro, Myriam (2021): “Wixárikas aprenden a atender emergencias”, en *La Jornada*, 20 julio, disponible en: «<https://www.jornada.com.mx/notas/2021/07/20/estados/wixarikas-aprenden-a-atender-emergencias/>» [Consultado el día 25 de julio de 2021].
- Nieto Castillo, María (2016): “Identidad y autoadscripción, una aproximación conceptual” en *Ciencia Jurídica*, Año 5, núm. 9, 53-64.
- Olivé, León (2006): “Discriminación y pluralismo”, en *Derecho a la no discriminación*, De la Torre Martínez, Carlos (coord.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 81-101.
- Organización Mundial de la Salud (2011): “*El derecho al agua*”, Organización de las Naciones Unidas, Suiza.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2005): “*Dimensiones de la igualdad*”, Editorial Dykinson, España.
- Pineda Ruiz, Siboney (2002): “La mujer indígena ante la pobreza”, en *Convergencia - Revista de Ciencias Sociales*, vol. 9, núm. 28, enero-abril, 251-300.
- Rachels, James (2007): “*Introducción a la filosofía moral*”, Fondo de Cultura Económica, México.
- Rousseau, Stéphanie y Morales, Anahí (2018): “*Movimientos de mujeres indígenas en Latinoamérica*”, Fondo Editorial, Perú.
- Soberanes Díez, José María (2021): “La cláusula antidiscriminatoria”, en *El artículo 1º. Constitucional: Una teoría de los derechos humanos*, Ramírez García, Hugo Saúl y Soberanes Díez, José María (coords.), Instituto de Investigaciones Jurídicas y Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014): “*Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Tapia Segura, Carlos (2021): “El Colegio de la Santa Cruz de Tlatelolco. Representación histórica de un proyecto”, en *Contribuciones desde Coatepec*, núm. 34, enero-junio 2021.

Vázquez Parra, José y Campos Rivas, Carlos (2016): “Discriminación Laboral Indígena: una aproximación desde el imaginario colonial y la Teoría Elsteriana”, en *Saber Revista Multidisciplinaria del Consejo de Investigación de la Universidad de Oriente*, vol. 28, núm. 4, 828-837.

Vela Barba, Estefanía (2012): “*El derecho a la igualdad y no discriminación en México*”, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación e Instituto Electoral del Distrito Federal, México.

Villagómez Velázquez, Yanga y Gómez Martínez, Emanuel (2020): “Los recursos hídricos en las regiones indígenas de México”, en *Región y Sociedad*, Año 32, e1288, 1-26.

Zarco, Jorge (2019): “Energía eléctrica a comunidades indígenas: Acuerdo de la Comisión Federal de Electricidad y el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas”, en *PV Magazine*, 7 junio. Disponible en «<https://www.pv-magazine-mexico.com/2019/06/07/energia-electrica-a-comunidades-indigenas-acuerdo-de-la-comision-federal-de-electricidad-y-el-instituto-nacional-de-los-pueblos-indigenas/>» [Consultado el día 21 de julio de 2021].

---

# Educación inclusiva y alfabetización digital pedagógica en la realidad educativa brasileña

*Inclusive education and digital literacy pedagogical in the brazilian educational reality*

---

**GILSON DE OLIVEIRA CARDOSO**

*Faculdade Dom Bosco*

ORCID: 0000-0002-9448-2287

**ADILSON CRISTIANO HABOWSKI**

*Universidade La Salle*

ORCID: 0000-0002-5378-7981

*Fecha de recepción: 31 de julio de 2021*

*Fecha de admisión: 29 de noviembre de 2021*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Educación inclusiva en Brasil y en el mundo: una breve referencia. III. Alfabetización digital pedagógica. IV. La realidad – y las diferencias de las escuelas brasileñas en el contexto de la pandemia y más allá. V. Educación inclusiva y alfabetización digital pedagógica en una red brasileña de educación privada. VI. Colaboración de tecnologías digitales para la alfabetización pedagógica digital. VII. La tecnología de asistencia y el contexto brasileño. VIII. Posibilidades para el desarrollo de la educación inclusiva. IX. Consideraciones finales.

**RESUMEN:** El presente artículo hace públicas algunas reflexiones surgidas de la experiencia de los autores como profesores y como formadores en los contextos de educación inclusiva. Se investiga el concepto de alfabetización digital y se reflexiona sobre la educación inclusiva en el contexto de tecnologías digitales en la educación privada. También se ofrecen consideraciones sobre la educación inclusiva desde la perspectiva de las tecnologías digitales asociadas a la educación, como las tecnologías de asistencia, el Diseño Universal para el Aprendizaje (DUA) y el Design *Thinking*. Las conclusiones señalan que las tecnologías de asistencia,

los principios de DUA y *Design Thinking* traen consigo la posibilidad de incorporar actividades con relación a la diversidad y la generación de herramientas tecnológicas para profesores que sirvan a toda la comunidad académica.

**ABSTRACT:** This article makes public some reflections arising from the authors' experience as teachers and trainers in inclusive education contexts. It investigates the concept of digital literacy and reflects on inclusive education in the context of digital technologies in private education. Considerations on inclusive education from the perspective of digital technologies associated with education, such as assistive technologies, Universal Design for Learning (DUA in Spanish) and Design Thinking, are also offered. The conclusions point out that assistive technologies, the principles of DUA and Design Thinking bring with them the possibility of incorporating activities related to diversity and the generation of technological tools for teachers that serve the entire academic community.

**PALABRAS CLAVE:** *Educación inclusiva, alfabetización digital pedagógica, tecnología de asistencia.*

**KEYWORDS:** *Inclusive education, pedagogical digital literacy, assistive technology.*

## I. INTRODUCCIÓN

La educación inclusiva en Brasil es un reto actual y complejo para las escuelas comprometidas con el desarrollo integral de los estudiantes, ya sean pertenecientes a la red pública o privada. Además, el actual escenario educativo brasileño, afectado por lo contexto pandémico de COVID-19, destaca las discrepancias entre los dos tipos de enseñanza, fortaleciendo la idea de que las dificultades mayores se encuentran en la educación pública. A partir de la reflexión sobre la educación inclusiva en el contexto de las tecnologías digitales presentes en un escenario de educación privada, intentamos contribuir con la discusión sobre la necesidad de garantizar la alfabetización digital pedagógica para todos los estudiantes. Creemos que es necesario reducir las desigualdades

educativas que surgen y se espesan de alguna manera con todas las demás formas de exclusión e injusticias sociales. Percibiremos este resultado reflejado en las principales evaluaciones oficiales y, muy probablemente, en los resultados del Examen Nacional de Bachillerato (ENEM) y en los exámenes de ingreso de las principales universidades públicas brasileñas. Cabe subrayar que el momento actual puede configurarse en una ola de desigualdad que tiene todo para mantenerse en los próximos años. Los estudios realizados sobre el periodo de interrupción de las clases presenciales evidencian la desigualdad en la oferta educativa.

Según el Instituto Península (2020: 56), a través de una investigación sobre retratos de la educación en el contexto de la pandemia:

“El periodo de interrupción de las clases presenciales nos ha dejado una gran lección: no podemos esperar avanzar en la reducción de las desigualdades educativas –intensificadas en este periodo–, sin contar la articulación y las estrategias sistémicas de implicación entre el colegio y la familia y, asimismo, sin el trabajo en red y la acción conjunta entre los poderes públicos y la sociedad”.

En nuestras investigaciones y escritos hemos adoptado el término *Alfabetización Pedagógica Digital* con la intención de ampliar nuestras miradas y descubrir nuevas posibilidades de discusión sobre la educación digital. Según Sartoretto y Bersch (2018):

“El término educación inclusiva presupone la voluntad de la escuela de satisfacer la diversidad total de las necesidades de los estudiantes en las escuelas ordinarias. Esto se puede lograr a través de un ambiente de aprendizaje escolar que tenga altas expectativas sobre sus estudiantes, que sea seguro y acogedor y que entienda la diferencia como un factor positivo. La educación inclusiva se ha discutido no sólo en términos de nuevas estrategias de enseñanza, sino mucho más ampliamente como acciones que conducen a reformas escolares, mejoras en los programas de enseñanza y nuevas medidas de justicia social. Por lo tanto, la inclusión presupone una escuela que se adapte a todos los niños, en lugar de esperar

a que un niño en particular con discapacidades se adapte a la escuela. Pero sobre todo, es necesario entender que la escuela tiene la tarea de enseñar a los estudiantes a compartir conocimientos, los sentidos de las cosas, las emociones; discutir e intercambiar experiencias y puntos de vista. En este sentido, la escuela tiene un compromiso primordial e insustituible: introducir al alumno en el mundo social, cultural y científico; y este es el derecho incondicional de todo ser humano, independientemente de las normas de normalidad establecidas por la sociedad o de los requisitos previos impuestos por la escuela. La administración de la escuela debe alentar las prácticas innovadoras y la planificación que se realicen en colaboración entre todos sus miembros, incluidos los familiares y los estudiantes. Una escuela inclusiva debe ser capaz de guiar la enseñanza y la formación, con vistas a la ciudadanía, imbuida de una noción clara de que la excelencia humana es superior a la excelencia puramente académica”.

Desde esta visión de la educación inclusiva, se añaden cuatro ideas que sirven de parámetro para elegir el escenario educativo utilizado como ejemplo en este artículo y para proponer el término *alfabetización digital pedagógica* como posibilidad conceptual en las discusiones actuales sobre tecnologías digitales como apoyo a las mejores prácticas pedagógicas para la educación inclusiva:

- 1) la educación inclusiva se ha discutido no solo en términos de nuevas estrategias de enseñanza, sino de manera más amplia, como acciones que conducen a reformas escolares, mejoras en los programas de enseñanza y nuevas medidas de justicia social;
- 2) la escuela tiene la tarea de enseñar a los estudiantes a compartir conocimientos, significados de las cosas, emociones, así como discutir e intercambiar experiencias y puntos de vista;
- 3) la administración escolar debe estimular prácticas innovadoras, y la planificación debe realizarse en colaboración entre todos sus miembros, incluidos la familia y los estudiantes;

4) la excelencia humana es superior a la excelencia puramente académica.

A estas ideas se suma la reflexión sobre la alfabetización, reconociendo también la necesidad de la alfabetización digital pedagógica, ya que el uso de las tecnologías digitales, especialmente las asociadas a la red Internet, alcanza cada vez más relevancia en el escenario educativo. Todavía desde la perspectiva de Sartoretto y Bersch (2018), una escuela inclusiva es aquella con igualdad de oportunidades para todos y estrategias diferentes para cada uno, lo que nos lleva a entender que es necesario pensar en propuestas de alfabetización pedagógica digital que consideren las individualidades y pluralidades de los estudiantes.

Según Campos (2009), el proceso escolar se encuentra presionado para realizar cambios estructurales y organizacionales. Un ejemplo de este cambio puede ser uno que involucre los medios tradicionales explorados por los maestros, como la oralidad, la pizarra, el libro impreso y las diapositivas. ¿Son estos medios accesibles para todos los estudiantes? No para todos. Esto es más evidente para las personas con dificultades auditivas, visuales o intelectuales. Sin embargo, unos cuantos perfiles de estudiantes experimentan dificultades de aprendizaje frente a estos medios más tradicionales. Lo mismo ocurre con las tecnologías digitales. Por eso mismo, intentamos ofrecer indicaciones que favorezcan la reflexión sobre la educación inclusiva desde la perspectiva de las tecnologías digitales asociadas a la educación, esencialmente como apoyo a las buenas prácticas pedagógicas para la educación inclusiva.

## **II. EDUCACIÓN INCLUSIVA EN BRASIL Y EN EL MUNDO: UNA BREVE REFERENCIA**

El derecho fundamental y constitucional a la educación<sup>1</sup> forma parte de la dignidad de todo ser humano, es decir, ninguna persona puede ser excluida, discriminada o privada de educación por su

condición o limitación. Reforzando este derecho, se especifican algunas leyes y algunos documentos relativos a la inclusión de las personas con discapacidad, con vistas a dar oportunidades, a quienes lo deseen, para profundizar en el tema:

Declaración Mundial de Salamanca y líneas de acción sobre necesidades educativas especiales: acceso y calidad, 1994;

- 1) Decreto núm. 3.956/2001: promulga la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad;
- 2) Decreto núm. 5.296/2004: establece normas generales y criterios básicos para promover la accesibilidad de las personas con discapacidad o movilidad reducida;
- 3) Decreto núm. 5.626/2005: reglamenta la Ley N° 10.436/2002, destinada a la inclusión de los estudiantes sordos, prevé la inclusión de libras como disciplina curricular, la formación y certificación de un maestro, instructor y traductor/traductora/intérprete de libras, la enseñanza de la lengua portuguesa como segunda lengua para los estudiantes sordos y la organización de la educación bilingüe en la educación regular;
- 4) Decreto núm. 6.949/2009: promulga la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, firmado en Nueva York el 30 de marzo de 2007. Este decreto confiere al texto de la Convención el carácter de norma constitucional brasileña;
- 5) Historia del Movimiento Político de las Personas con Discapacidad en Brasil, 2010;
- 6) Decreto núm. 7.611/2011: prevé la educación especial y la atención educativa especializada;
- 7) Decreto núm. 7.612/2011: establece el Plan Nacional para los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Plan Vivir sin Límite;

- 8) Ley núm. 13.005/2014: aprueba el Plan Nacional de Educación (PNE);
- 9) Ley núm. 13.146/2015: establece la Ley brasileña para la inclusión de las personas con discapacidad (Estatuto de las personas con discapacidad).

En el mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>2</sup>, al hablar de educación, indica valores como la igualdad, el respeto a la diversidad, la tolerancia y la no discriminación. Para asegurar estos preceptos, es importante desarrollar un proceso de gestión democrática, en el que la propia escuela se perciba a sí misma como un lugar de ejercicio práctico de la democracia y el respeto por el otro. El profesor Juan Carlos Tedesco (1944-2017), experto educador y también exministro de Educación de Argentina, habló una vez sobre los desafíos de la Educación en América Latina y el Caribe<sup>3</sup>. Desde esta línea, destacamos una idea: la educación debe promover la justicia social. En nuestra percepción, como ya hemos dicho, entre las muchas consecuencias de la Pandemia de Covid-19, la vigorización de las diferencias de calidad entre la educación pública y privada brasileña es cada vez más evidente.

A pesar de la Ley núm. 14.172/2021, que garantiza recursos financieros para la conectividad a internet de banda ancha para estudiantes y docentes del sistema escolar público para el año 2024 (en el caso de los estudiantes, solo para aquellos pertenecientes a familias inscritas en cadúnico - Registro Único de Programas Sociales del Gobierno Federal, y para los matriculados en escuelas de comunidades indígenas y quilombolas), el MEC redujo en 45.1% los recursos asignados al programa Educación Conectada durante

---

<sup>2</sup> Artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> Encuentro “E2030: Educación y Habilidades del Siglo XXI”, realizado los días 24 y 25 de enero de 2017 en Buenos Aires y organizado por el Ministerio de Educación y Deportes de Argentina y la Oficina Regional de Educación de la UNESCO para América Latina y el Caribe.

la pandemia<sup>4</sup>. Además, el 75% de las escuelas tienen acceso a Internet, sin embargo, solo el 3% ofrece velocidad de acuerdo con los estándares internacionales, según una encuesta realizada por la Fundación Lemann y el Centro de Información y Coordinación de Ponto BR - NIC.br<sup>5</sup>, que monitorea la velocidad de las conexiones, del Censo de Educación Básica (2020). La encuesta también señala que la velocidad que llega a las escuelas es de 17 mbps (megabits por segundo), lo que no es suficiente para las clases a distancia o en el modelo híbrido (adoptado por la mayoría de las escuelas durante el período de pandemia). Para una videollamada se requieren más de 100 megabits. Lo que vemos ante esta información es que parece estar surgiendo un nuevo tipo de exclusión social: los excluidos digitalmente, lo que, en el contexto escolar, parece ser aún más perjudicial, ya que no se trata solo de que el alumno no tenga acceso a herramientas o tecnologías digitales en un momento dado, sino de no poder ser adecuadamente educado para su uso. Datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2021) indican que el 67% de los estudiantes de 15 años en Brasil no pueden diferenciar los hechos de las opiniones al leer textos. Haber nacido en la era digital y ser nativo digital no significa que el estudiante desarrollará naturalmente habilidades digitales para usar la tecnología de manera efectiva. Por el contrario, es necesario que esté educado y pedagógicamente preparado para utilizar las tecnologías digitales.

Además, otros factores relacionados con la educación híbrida también son relevantes para la promoción de una educación de calidad durante la Pandemia, como la formación docente; la propiedad de herramientas digitales (teléfono móvil, tableta, notebook, etc.) por parte de estudiantes y profesores; sistemas en línea apropiados; el cumplimiento de la distancia, la higiene y el uso de equi-

---

<sup>4</sup> Disponible en: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2021/06/11/governo-promulga-lei-que-garante-internet-gratuita-a-alunos-e-professores-de-escola-publica.ghtml>»

<sup>5</sup> Disponible en: <https://noticias.r7.com/educacao/so-3-das-escolas-publicas-tem-internet-nos-padroes-internacionais-11062021>»

pos de protección individual. En este escenario, observamos que la Pandemia ha evidenciado el rezago de las escuelas públicas hacia un mundo digital, una vez que el sistema escolar público no tiene las mismas condiciones que las redes privadas para adaptarse y seguir ofreciendo una educación de calidad, lo que, de hecho, no contribuye a la práctica de la justicia social. Lo que necesitamos, en la práctica, son políticas públicas que puedan reducir la desigualdad de acceso entre los estudiantes brasileños.

### III. ALFABETIZACIÓN DIGITAL PEDAGÓGICA

En este apartado nos detenemos específicamente en el término *alfabetización digital pedagógica*, y en una breve reflexión sobre las dimensiones de la alfabetización y la alfabetización digital. Según Chartier (2009: 36), “[...] todavía hay una brecha profunda entre la presencia obsesiva de la revolución electrónica en los discursos y la realidad de las prácticas de lectura”. La persona que utiliza la lectura y la escritura en sus actividades diarias se considera alfabetizada, yendo mucho más allá de la adquisición de la decodificación de signos, mediante la realización de reflexiones, interpretaciones, argumentos y la emisión de opiniones críticas sobre diferentes temas. Soares (1998: 33) refuerza esta concepción definiendo que:

La alfabetización es dar condiciones para que el individuo –niño o adulto– tenga acceso al mundo de la escritura, pudiendo no sólo leer y escribir, como habilidades de decodificación y codificación del sistema de escritura, sino, sobre todo, hacer un uso real y adecuado de la escritura con todas las funciones que tiene en nuestra sociedad y también como instrumento en la lucha por la conquista de la ciudadanía plena.

En otras palabras, el concepto de alfabetización va más allá de la lectura y la escritura; es una cuestión de significado leer y escribir y darles sentido en las actividades que cada persona realiza. Es un

acto de comprensión de lo que se ve en las páginas de un libro o en la pantalla del televisor o tableta; lo que se escucha en las canciones descargadas en el teléfono; lo que se percibe en simulaciones, animaciones o juegos; de lo que compartes o recibes de otros a través de redes sociales y aplicaciones. Actualmente, se observa que los niños comienzan a interactuar con las tecnologías digitales mucho antes de entrar en la escuela, porque viven en un mundo donde estas tecnologías forman parte de la vida cotidiana en diversas situaciones, especialmente en la dimensión del ocio. Mediante el uso de las tecnologías digitales, los modelos educativos y pedagógicos proporcionan contacto con diferentes idiomas, y esto es un hecho positivo, ya que despierta a la novedad y agudiza la curiosidad.

El concepto de alfabetización digital se asocia a un escenario de cibercultura (Lévy 1999), en el que la alfabetización en la lengua materna no es suficiente, sino también la alfabetización para vivir en el mundo digital. Una primera y básica definición de alfabetización digital, alineada con los programas de inclusión digital presentes en Brasil a mediados de la década de 2000<sup>6</sup>, puede ser presentada como la iniciación al uso y comprensión de los recursos informáticos, tales como editores de texto y hojas de cálculo, así como la navegación y la investigación en Internet. La alfabetización digital, sin embargo, no trata solo de aprender a utilizar estas herramientas, sino de aplicarlas en situaciones prácticas cotidianas, utilizando también las tecnologías digitales<sup>7</sup> para encontrar, evaluar, crear y transmitir información, lo que requiere habilidades cognitivas y técnicas.

---

<sup>6</sup> Informe de verificación publicado en Jornal Folha de São Paulo, el 5 de julio de 2005, disponible en: «<https://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u18699.shtml>»

<sup>7</sup> El concepto de tecnología digital se utiliza a partir de la visión de Cerutti y Giraffa (2015), que concentran su observación e investigación relacionada con los recursos tecnológicos digitales asociados al acceso a internet, llevados a cabo en los diferentes artefactos que están disponibles hoy en día, a saber: computadoras, tabletas, teléfonos inteligentes, netbooks, etc.

Según Cardoso y Giraffa (2019: 159):

“es importante hablar de una alfabetización digital pedagógica, lo que significa dejar de ser un mero usuario de los diversos medios digitales y tener el dominio de ellos como un recurso didáctico. La alfabetización digital pedagógica, así, comprende la incorporación progresiva de elementos de comunicación más sofisticados generados en la cultura y en las formas más complejas de lectura y escritura. Así como la lectura y la escritura representaron un avance tecnológico educativo y cultural, ampliado y generalizado desde la prensa, la alfabetización digital también está anclada en un hecho tecnológico, cultural y educativo, y es necesario prestarle la debida atención”.

En este sentido, la UNESCO ha promovido un debate<sup>8</sup> sobre cómo las nuevas tecnologías digitales pueden ayudar a ampliar el acceso al aprendizaje y mejorar la calidad de la educación. Desde la perspectiva de la educación inclusiva, la parte más fácil de lograr es la que se relaciona con el equipo (hardware). Existen, por ejemplo, protocolos<sup>9</sup> relacionados con la accesibilidad que deben observarse en el desarrollo de una plataforma pedagógica. Sin embargo, para el uso adecuado de las tecnologías digitales, no basta con garantizar el acceso; es necesario desarrollar la capacidad crítica, el discernimiento, el análisis y la comprensión de los medios utilizados, así como la comprensión de la información que se difunde a través de ellos. Es decir, “[...] dominar la tecnología para que, además de buscar información, seamos capaces de extraer conocimiento” (Pereira 2007: 20).

Por todo ello, se entiende que saber leer y escribir e interactuar en diferentes contextos son factores fundamentales para el proceso de inclusión educativa y digital, ya que, desde el punto de vista

---

<sup>8</sup> El “Hangout UNESCO: los desafíos de la alfabetización en un mundo digital” tuvo lugar en el canal de YouTube de la UNESCO en Brasil el 13 de noviembre de 2017, con motivo de las festividades del Día Internacional de la Alfabetización, que se celebran anualmente el 8 de septiembre.

<sup>9</sup> El sitio “Accessibility Brazil” presenta las regulaciones brasileñas para sistemas digitales.

social y educativo, es necesario “[...] enfrentar el desafío de implementar prácticas de acceso al aprendizaje, a través de la lectura y la escritura, con el objetivo de permitir a los estudiantes comprender lo que se lee y escribir lo que se quiere decir, es decir, ‘comunicar gráficamente’” (Freire 2007: 119). Esta comprensión del autor refuerza la percepción de que la alfabetización pedagógica digital marcha paso a paso con la alfabetización básica.

El papel de la escuela y de los profesores con los alumnos es ayudarles en su crecimiento como ciudadanos autónomos y conscientes en una sociedad diversa, respetando sus diferencias y el desarrollo de las capacidades cooperativas. Además, el dominio de diferentes idiomas, incluido el lenguaje tecnológico, es indispensable. Para Kenski (2009, p. 45), “[...] las nuevas tecnologías de la comunicación (ITCs) [...] cuando están bien utilizadas provocan el cambio en los comportamientos de profesores y alumnos, llevándolos a un mejor conocimiento y a una mayor profundización de los contenidos estudiados”.

Con tales reflexiones se percibe que existe un complemento entre la alfabetización básica y la alfabetización digital pedagógica: la alfabetización pedagógica digital requiere el dominio y desarrollo de la alfabetización básica por parte de los estudiantes, mientras que puede ser observada como una estrategia metodológica que contribuye y estimula la alfabetización básica, favoreciendo la participación de los estudiantes en diferentes entornos de aprendizaje.

#### **IV. LA REALIDAD – Y LAS DIFERENCIAS DE LAS ESCUELAS BRASILEÑAS EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA Y MÁS ALLÁ**

Según CIEB, (2016: 4), “El estudio elaborado por la Prof. Elisabeth Almeida (PUC-SP) y el Prof. José Valente (UNICAMP) revela que Brasil estuvo, junto con otros países, a la vanguardia de la creación de políticas de tecnología educativa en la década de 1980.

El Proinfo - Programa Nacional de Informática en la Educación, elaborado en 1997, preveía acciones integradas de formación docente, generación de contenidos digitales y recursos e infraestructura, pero con el tiempo se ha ido transformando en acciones aisladas y episódicas”.

Este hallazgo de un escenario educativo, en cuanto a la tecnología educativa, caracterizada por acciones aisladas y episódicas, fue evidente ante las adaptaciones necesarias con la llegada de la Pandemia del Coronavirus. Los siguientes datos fueron tomados de dos grandes encuestas<sup>10</sup> realizadas en Brasil entre marzo y agosto de 2020, en el contexto de la Pandemia, con el fin de producir información sobre la situación educativa del país, considerando las soluciones de emergencia desde la perspectiva de las redes educativas, los docentes, los estudiantes y sus familias. Estrictamente, presentamos los datos pertinentes a nuestra reflexión sobre Educación Inclusiva y Alfabetización Digital Pedagógica.

Con base en datos del Censo Escolar 2019, Brasil tiene casi 48 millones de estudiantes en educación básica. Aproximadamente 39 millones de ellos (81%) están en la red pública y 9 millones (19%) en la red privada. Alrededor del 99% de los estudiantes entre 6 y 14 años están matriculados en la escuela, mientras que en el grupo de edad que comprende estudiantes entre 15 y 17 años, solo 7 de cada 10 (71%) están matriculados en la escuela secundaria, con una amplia disparidad entre el 25% más pobre (62%) y el 25% más rico (91%). Esta diferencia puede acentuarse a partir de los problemas que surgen con la pandemia, porque el grupo de edad de los estudiantes, la oferta –o no– de actividades no presenciales a través de diferentes escuelas y redes educativas, así como las condiciones de los estudiantes para acceder a ellos en diferentes medios y formatos son factores que contribuyen a la decisión entre

---

<sup>10</sup> “Retratos de la educación en el contexto de la pandemia de coronavirus: perspectivas en diálogo” y “Retratos de la educación en el contexto de la pandemia de coronavirus: una mirada a las desigualdades múltiples” disponibles en: «<https://www.institutopeninsula.org.br/retratos-da-educacao-na-pandemia/>»

la permanencia escolar o la deserción escolar. Según el Instituto Península (2020: 36), tres meses después del inicio de la suspensión de las clases presenciales, todavía quedaban unos 4,8 millones de alumnos, equivalentes al 18% del total de alumnos de primaria y bachillerato del sistema escolar público, que no habrían recibido ningún tipo de actividad, ni por medios electrónicos, ni impreso.

Es cierto que el distanciamiento físico de la escuela ha despertado la discusión sobre dos desafíos importantes de la educación brasileña: asegurar que los estudiantes no sean perjudicados en su proceso escolar y evitar la intensificación de las desigualdades de acceso y oportunidades. En la encuesta realizada entre marzo y junio de 2020<sup>11</sup>, la mayoría de los maestros de escuelas privadas informaron que estas escuelas ya practicaban acciones de apoyo remoto para los estudiantes. Ya sea por la mayor disponibilidad de recursos financieros, humanos y tecnológicos, o por una mayor autonomía para ofrecer soluciones capaces de satisfacer las demandas específicas o el perfil de los estudiantes que asisten a escuelas privadas, hubo una mayor agilidad en la prestación de actividades a distancia en esta red. En la red pública, los retos fueron mayores, optando en un primer momento por la suspensión de clases o la anticipación de vacaciones. La tabla 1 a continuación muestra la lista de herramientas digitales utilizadas para el acceso a los estudiantes y el porcentaje de profesores que las utilizaron, según las redes educativas:

---

<sup>11</sup> “Portraits of Education in the Context of the Coronavirus Pandemic: perspectives in dialogue”.

Tabla 1: Proporción de profesores que utilizan diversas formas de acceso a los estudiantes.

Proporción de profesores que utilizan diversas formas de acceso a los estudiantes.			
	Redes Municipales	Redes Estatales	Red privada
Whatsapp	88%	85%	56%
Redes sociales	43%	49%	33%
AAV	14%	43%	69%
Correo electrónico	10%	33%	34%
Llamadas telefónicas	25%	21%	10%
Youtube	5%	8%	15%

Fuente: IBGE/Pnad Continua. (Adaptación nuestra).

Las disparidades entre las posibilidades de acceso a las oportunidades de aprendizaje también aparecieron claramente en las declaraciones de los jóvenes de secundaria, según el cuadro 2, que, dialogando con la percepción de los educadores, señaló diferencias importantes entre los que asisten a escuelas públicas o privadas:

Tabla 2: Percepción de los docentes sobre el papel de la tecnología en el aprendizaje, después de esta experiencia de enseñanza remota.

Proporción de estudiantes de secundaria que reportan tener actividades o materiales ofrecidos o indicados por la escuela.			
	Total	En público	En privado
Materiales en aplicaciones o plataformas online	59%	51%	81%
Clases en plataforma digital con mediación docente	49%	35%	90%
Contenido y ejercicios por WhatsApp	41%	47%	24%
Videos de YouTube	39%	38%	43%
Impreso	19%	17%	27%
Clases en TV abierta con mediación docente	13%	16%	4%
Clases en plataforma digital sin mediación docente	12%	12%	10%
Clases en TV abierta sin mediación docente	8%	10%	1%

Fuente: Conjuve & Partners - Peninsula Institute. (Adaptación nuestra).

Los datos demuestran que la red privada tiene más alternativas de contacto con los estudiantes que la red pública, especialmente en lo que respecta a los entornos virtuales de aprendizaje (AVA). Para las escuelas públicas, WhatsApp fue la alternativa más utilizada para que los maestros se mantuvieran en contacto con los estudiantes y sus familias. Todas las herramientas mencionadas tienen características específicas que facilitan el proceso de comunicación. La reflexión relevante, entonces, sería sobre cuál de ellas sería la más adecuada para el entorno escolar, teniendo en cuenta diferentes variables: acceso, adaptabilidad, aprendizaje, inclusión, etcétera.

Cuando se les invitó a evaluar las condiciones de disponibilidad y uso de equipos para acceder a internet durante el período de aislamiento social, los estudiantes de secundaria reafirmaron WhatsApp como el principal canal de comunicación y revelaron, una vez más, la desigualdad entre los estudiantes de las redes públicas y privadas: solo WhatsApp proporcionó condiciones de acceso equivalentes para los estudiantes de las redes públicas y la red privada, siendo accedidos por el 97% y el 98% de estos estudiantes, respectivamente; para todos los demás equipos, la posibilidad de acceso de los estudiantes desde la red privada fue significativamente más grande. En promedio, los estudiantes de escuelas privadas tenían 2,3 equipos disponibles, frente a 1,6 entre los estudiantes de escuelas públicas, como se observa en la tabla 3.

Tabla 3: Equipos utilizados para acceder a internet en el hogar durante el aislamiento social.

Equipos utilizados para acceder a internet en el hogar durante el aislamiento social.		
	Escuela secundaria pública	Escuela secundaria privada
Móvil/smartphone	97%	98%
TV	28%	38%
Ordenador/portátil	29%	71%
Videojuegos	3%	9%
Tableta	4%	11%
Multiplicidad (media de las respuestas)	1,6	2,3

Fuente: Conjuve & Partners - Peninsula Institute. (Adaptación nuestra).

En cuanto a la posesión de equipos, el 94% de los estudiantes reportó tener al menos un dispositivo móvil con acceso a internet, y el 51% de ellos dijo que podría usarlos para su propio uso, mientras que el 38% informó que comparte los dispositivos con otras personas. La proporción de quienes declararon tener al menos un ordenador o portátil con acceso a internet fue mucho menor: 41%, siendo sólo el 13% el que podía contar con el equipo para su uso exclusivo. Mientras 98% de los estudiantes con un ingreso familiar de más de 5 salarios mínimos reportaron que tenían acceso a ordenadores o notebooks con acceso a internet para su propio uso, esta proporción cayó a 74% para estudiantes con ingresos entre 2 y 5 salarios mínimos y no superó el 30% en familias con ingresos

de hasta 2 salarios mínimos, un rango de ingresos que concentra a la mayoría de los estudiantes en el sistema de escuelas públicas.

Cuando se les invita a evaluar la idoneidad de dichos equipos para fines de estudio, el 69% de los estudiantes que asisten a la escuela secundaria en las escuelas públicas están de acuerdo - total o parcialmente - en que el equipo a su disposición es inadecuado para el estudio. Esta proporción desciende al 48% entre los estudiantes de escuelas privadas.

Los retos de conectividad también fueron percibidos en las investigaciones: según datos de ANATEL (2020), 28% de los municipios, la mayoría de ellos en las regiones Norte y Nordeste del país y correspondientes a 7,4% de la población brasileña, no tienen una estructura de conexión de fibra óptica, y otro 19% sólo tienen conexiones de baja velocidad. En el 13% de los municipios no hay cobertura 4G, limitando o incluso impidiendo el acceso a diversas plataformas y contenidos. Según los datos de la encuesta de hogares de TIC<sup>12</sup>, 20 millones de hogares brasileños (28% del total) no tienen acceso a Internet, proporción que alcanza el 48% en el área rural y el 45% en el rango de ingresos más bajos.

Estos datos sacan a la luz no solo un acceso heterogéneo a la red internet sino también una experiencia educativa remota de mayor o menor calidad, dependiendo del tamaño de la pantalla, la capacidad de procesamiento y la velocidad de conexión.

Según datos del INEP/SAEB (2019), en relación con los niveles de aprendizaje adecuados, es también en la escuela pública donde se concentran los mayores retos: al final de los primeros 5 años de escolaridad, correspondientes a los primeros años de primaria, solo algo más de la mitad (57%) de los estudiantes de las escuelas públicas tienen un aprendizaje adecuado en la lengua materna; en la red privada, la proporción, aunque todavía abajo de lo deseable, asciende al 82%. Aún más preocupantes las tasas de aprendizaje y desigualdades similares se encuentran en el rendimiento en matemáticas. En el 5º curso, solo 47% de los niños de las escuelas

públicas tienen un aprendizaje adecuado en esta área, mientras que en la red privada esta proporción es del 73%. En el contexto de la Pandemia, según la investigación “Retratos de la Educación en el Contexto de la Pandemia de Coronavirus: una mirada a las desigualdades múltiples” (Instituto Península, 2020), la proporción de los docentes que realizaron actividades evaluativas entre marzo/agosto de 2020 y estimó que al menos la mitad de los estudiantes aprendieron es el siguiente: redes municipales 19%; redes estatales 26% y redes privadas, 50%. Estos porcentajes reflejan de nuevo las desigualdades entre la educación pública y privada en Brasil. La misma investigación también presenta los principales retos de la enseñanza a distancia según los docentes: el desconocimiento de las herramientas virtuales, 46%; la falta de formación para hacer frente a los retos de la educación a distancia, 49% y el desconocimiento de los recursos de accesibilidad a la comunicación, 26%. Estos y muchos otros datos encontrados en la investigación antes mencionada:

“... evidencia inequívocamente las profundas desigualdades educativas en Brasil y la necesidad urgente de enfrentarlas y minimizarlas. A menudo se dice que las desigualdades no nacen en la escuela, sino que se reflejan en ella. De hecho, al establecer la garantía de acceso y asistencia obligatoria a la escuela para todos los niños y adolescentes, la Constitución brasileña configura la educación básica como un derecho de todos. Las redes públicas –responsables de más del 80% de los estudiantes de educación básica en el país– al garantizar la acogida de todos los niños de entre 4 y 17 años, se convierten en los espacios en los que se materializa este derecho y, al mismo tiempo, donde se refleja la imagen de una sociedad profundamente desigual” (Instituto Península 2020: 7).

Sin embargo, al observar la realidad de la Pandemia en el contexto brasileño, también es posible observar consecuencias positivas, tales como:

- 1) Las redes educativas, apoyadas por empresas y organizaciones del tercer sector, ayudaron a facilitar el acceso a una amplia gama de contenidos educativos en diferentes medios y formatos, tanto para estudiantes como para educadores, con un elevado número de accesos;
- 2) Se ofrecieron numerosas oportunidades de capacitación a los gerentes y equipos de los Departamentos de Educación, directores de escuelas y educadores, que pudieron acceder a ellas a distancia en todo el país;
- 3) Las redes educativas han realizado oportunidades de colaboración entre sí y con otras instancias de gestión pública y sociedad civil, lo que ha dado un grado de flexibilidad y agilidad en sus procesos de gestión;
- 4) Se construyeron procesos de colaboración mejor estructurados entre el sistema educativo y las áreas de salud y asistencia social;
- 5) Los proyectos y prácticas pedagógicas lograron ser reevaluados, creando la base para nuevas propuestas más consistentes con los contextos y desafíos de cada comunidad escolar;
- 6) Los directores y maestros de las escuelas comenzaron a identificar más claramente la importancia de construir y fortalecer los vínculos con los estudiantes y sus familias;
- 7) Las madres, los padres y los tutores pudieron acercarse y comprender mejor el trabajo realizado por las escuelas y las posibilidades de apoyar a sus hijos en sus estudios;
- 8) Se valoró el papel de los docentes y sus cualificaciones, creando innumerables nuevas oportunidades para la educación continua y una reflexión ampliada sobre la formación inicial;

- 9) Profesores y estudiantes fueron capaces de ampliar sus habilidades en el uso de la tecnología y otras estrategias, desarrollar la autonomía en la búsqueda del conocimiento y asumir un mayor protagonismo experimentando con nuevas formas de enseñanza y aprendizaje.

Cuando se les invitó a dar su opinión sobre qué legados dejaría la pandemia para la profesión docente en Brasil, los educadores señalaron múltiples contribuciones, organizadas aquí en 4 dimensiones, según la tabla 4:

Tabla 4: Posibles legados de la pandemia para la profesión docente.

Posibles legados de la pandemia para la profesión docente	
Papel de los actores de la comunidad escolar	
La valorización de la carrera docente por la sociedad	72%
Importancia de mantener y crear vínculos con los estudiantes	47%
Importancia de mantener y establecer vínculos con las familias	44%
Aproximación entre escuelas y redes educativas	28%
Papel de la tecnología	
La importancia de la tecnología para uso pedagógico	72%
Importancia de la tecnología en la formación inicial del profesorado	55%
Aparición de formas más dinámicas de estudiar y aprender	54%

**Estrategias de recuperación de aprendizaje**

Importancia de las estrategias de refuerzo/recuperación para los estudiantes con discapacidades de aprendizaje 41%	27%
Importancia de evaluar a los estudiantes con fines de diagnóstico	

**Priorización de la reducción de la exclusión de grupos específicos**

Importancia de la atención educativa especializada para la planificación de estrategias pedagógicas accesibles a todos los estudiantes	46%
Importancia de las estrategias pedagógicas con recursos de accesibilidad	42%

\*Sólo el 1% de los educadores afirmaron que las experiencias vividas durante este período no dejarían ningún legado para el campo de la educación.

Fuente: Peninsula Institute - pulso 3. (Adaptación nuestra).

Aún para la misma investigación,

“Por un lado, la falta de contacto diario cara a cara de los estudiantes con sus docentes amplió la percepción de la complejidad del trabajo de los docentes y docentes en las diversas etapas de la enseñanza y el reconocimiento de la comunidad escolar integral sobre el rol docente; por otro lado – dada la dificultad señalada por los alumnos de todos los perfiles para organizarse para los estudios – se hizo más evidente la importancia de asegurar una formación y unas condiciones de trabajo que consoliden el papel del profesor como mediador del aprendizaje, formando sujetos autónomos, capaces de gestionar procesos de aprendizaje y rutinas de estudio en la búsqueda del conocimiento y el desarrollo personal” (Peninsula Institute 2020: 48).

A pesar de todo el apoyo también disponible en la red pública, ya sea municipal o estatal, la enorme diversidad de realidades educativas, sociales y económicas en Brasil es un desafío constante, desde mucho antes de la pandemia. Para las escuelas privadas será más fácil mantener y mejorar los recursos tecnológicos utilizados durante la pandemia.

También cabe enfatizar aquí el documento “Protocolos sobre educación inclusiva durante la pandemia de COVID-19 - Un sobrevuelo de 23 países y organismos internacionales”, publicado por el Instituto Rodrigo Mendes. Sobre la base de referencias elaboradas por UNICEF, el estudio recomienda garantizar que las plataformas de aprendizaje a distancia sean seguras y accesibles para los niños con discapacidades, así como capacitar a los maestros para apoyar a los niños con discapacidades de forma remota y que cualquier programa de educación especial se incluya en las medidas para garantizar la continuidad de la educación (Instituto Rodrigo Mendes 2020).

## **V. EDUCACIÓN INCLUSIVA Y ALFABETIZACIÓN DIGITAL PEDAGÓGICA EN UNA RED BRASILEÑA DE EDUCACIÓN PRIVADA**

Una de las contribuciones importantes de la tecnología a la calidad y equidad de la educación es permitir el acceso a recursos educativos digitales que ofrezcan materiales didácticos en múltiples formatos y plataformas. El ejemplo presentado a partir de ahora<sup>13</sup> destaca otras aportaciones de una propuesta pedagógica que entiende las Tecnologías Digitales como una ayuda a la educación inclusiva. Después de exponer (sin identificar) la comprensión de una red educativa privada<sup>14</sup> brasileña sobre educación inclusiva, haremos una relación con la alfabetización digital pedagógica.

---

<sup>14</sup> RSB-Escuelas se inició en 2002 con la propuesta de formar una red educativa basada en la concepción educativo-pastoral salesiana. RSB-Escuelas invierte en el desarrollo de soluciones educativas innovadoras, en la construcción de material

Para comprender adecuadamente la importancia de la educación inclusiva para la red, es necesario, en primer lugar, aclarar la concepción que la educación inclusiva tiene:

“[...] integral, inclusiva e interdisciplinaria, que se estructura, de acuerdo con las áreas de conocimiento, a partir del desarrollo de habilidades, habilidades, actitudes y valores y abrazando los diferentes conocimientos, derivados de las diferencias culturales, sociales, étnicas, etc., para que podamos promover una enseñanza contextualizada que sea significativa en el sentido de dar motivación, razón y esperanza para la vida de los estudiantes” (Red Salesiana de Escuelas Brasil 2018: 7).

Esta concepción sugiere una propuesta de educación basada en una visión integral del ser humano, preocupándose por todas las dimensiones de la persona estudiante, y no solamente de la dimensión intelectual. Esta comprensión es esencial para el contexto de la educación inclusiva. En este sentido, las Directrices Pedagógico-Evangelizantes de la Red proponen una enseñanza y aprendizaje cuyas funciones van más allá de las tendencias de la llamada era de la información o de la enseñanza pragmática y mecanicista. Esto se evidencia en la presentación de las metodologías y estrategias adoptadas por la red, que indican:

“[...] la necesidad de soluciones educativas, que efectivamente proporcionen tecnologías digitales y metodologías activas, incluyendo pedagogía de proyectos, estudios de caso, clases invertidas, problematización, grupos cooperativos, investigación, entre otros, que son recursos fundamentales para fortalecer los procesos pedagógicos y la propuesta de educación salesiana” (Red Salesiana Brasil de escuelas 2018: 8).

Estas metodologías refuerzan la idea previamente presentada de que es necesario proponer diferentes recursos en el campo de la alfabetización digital pedagógica. Permitir que estudiantes y pro-

---

didáctico impreso y digital propio, en el desarrollo de una plataforma digital compatible con las necesidades educativas actuales, en la formación continua de directivos y educadores, entre otras iniciativas.

fesores tengan varias condiciones y herramientas necesarias para el proceso pedagógico de alfabetización digital significa entender que las personas aprenden de diferentes maneras y ritmos y que se respeta la individualidad de cada estudiante y profesor. En esta idea, una relación con la educación inclusiva está presente. La Red busca garantizar el derecho a aprender de todos los estudiantes en sus diferencias, posibilitando la participación en el proceso educativo, enfatizando habilidades y potencialidades en la superación de dificultades. Así, para la Red:

“[...] La educación inclusiva es una cuestión de justicia e igualdad, ya que proporciona una educación de calidad para todos aquellos que tienen dificultades para aprender. Además, brinda oportunidades para conocer la diversidad y hacer efectivo el aprendizaje, garantizando la igualdad de derechos y oportunidades para todas las asignaturas” (Red Salesiana de Escuelas de Brasil, 2018, p. 34).

Garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para todas las personas requiere un compromiso para realizar cambios graduales y continuos en la adopción de prácticas inclusivas. En este sentido, se llevan a cabo algunas acciones, de acuerdo con las Directrices Pedagógico-Evangelizantes (2018: 35):

- 1) la formación continua de directivos y profesores;
- 2) preparación de becas y libros de estudio;
- 3) grupos de trabajo para debates para la preparación de propuestas y proyectos;
- 4) actualización constante del material didáctico, con el fin de organizar mejor el plan de acción de las unidades escolares, dando cabida a la cooperación, el diálogo, la innovación, el aprendizaje y la solidaridad, evitando todo tipo de prejuicios e injusticias aún presentes en la sociedad;

5) existencia de centros de formación preprofesional, que funcionan de manera especial y con propuestas diversificadas, tales como: itinerarios de orientación, instrucción y formación; actualización; recalificación; la inserción social y la reintegración en el entorno laboral; promoción del emprendimiento. En ellas se encuentra, de hecho, una serie de intervenciones adecuadas para preparar el tema para afrontar bien las fases de acceso a la profesión y al mundo laboral.

Por otra parte, atentos a los temas que tratan las nuevas tecnologías en clase, especialmente en lo que se refiere al material didáctico digital (MDD), desde 2013 la Red cuenta con el apoyo de una empresa editorial que actúa en la implementación gradual de este material. Actualmente, la editorial cuenta con un sistema virtual que reúne en un solo espacio libros de texto digitales, actividades interactivas, libros de literatura y paradidacticos, así como un sistema de gestión académica y un centro de formación docente que funciona utilizando la modalidad online (EAD)<sup>15</sup>. En 2017, comenzó a desarrollar nuevas obras de literatura y apoyo pedagógico a docentes, coordinadores y directores. La editorial también lanzó una plataforma que conecta a estudiantes, docentes y familiares, difunde y comparte los logros y actividades pedagógicas de las escuelas con mayor agilidad y efectividad.

La convocatoria de las Escuelas de la Red para mejorar el seguimiento pedagógico llevó a la editorial a debatir sobre el uso de plataformas de aprendizaje adaptativo. El desafío fue crear un ambiente en el que los profesores, asesores y coordinadores pedagógicos lograsen ejercer su papel como mediadores de la enseñanza y el aprendizaje sin perjudicar el papel del estudiante en el proceso educativo. Este desafío hizo posible, a partir de 2016, hacer la implementación de la Plataforma Pedagógica Adaptativa, disponible en el ecosistema de contenidos de la editorial.

---

<sup>15</sup> Se adopta el término educación en línea en lugar de educación a distancia (Educación a Distancia) con el fin de expresar mejor el momento en que vivimos en términos de alineaciones conceptuales.

La Plataforma Pedagógica Adaptativa se entiende como el sistema capaz de ofrecer contenidos y actividades educativo-pedagógicas, a la medida de cada alumno, en función de las respuestas y reacciones de los usuarios en la realización de las tareas propuestas. La Plataforma Adaptativa de la Red incluye: herramientas de enseñanza y aprendizaje a medida, como el diagnóstico simulado, que tiene como objetivo identificar el potencial de aprendizaje y las brechas del estudiante, diseñando un plan de estudio personalizado para que pueda mejorar sus conocimientos y habilidades; un entorno de diagnóstico para mejorar la acción docente; y un área específica para que los padres y tutores observen el desarrollo de sus hijos.

También es importante destacar que el Plan de Atención Educativa Especializada (ESA)<sup>16</sup> forma parte del proceso inclusivo de las escuelas, desarrollándose en conformidad entre la escuela, la familia y los profesionales que trabajan con el estudiante. Es fundamental la participación de toda la comunidad educativa para dar la bienvenida a este proceso y comprensión para un trabajo eficaz y de promoción del aprendizaje. En este contexto, la Red garantiza un currículo común para todos los centros educativos, de forma que los contenidos sean los mismos, pero a partir del desarrollo de prácticas que aseguren la accesibilidad, adaptadas a la realidad de cada escuela.

En el contexto de la evaluación del estudiante, la Red trabaja con recursos adaptados, creyendo que todo el proceso de evaluación debe ser incesante y flexible, además de creer esencial evaluar cada actividad de una manera particular, respetando la cognición y, sobre todo, identificando cuáles son las habilidades, competencias y avances individuales del estudiante. Por lo tanto, es posible verificar la etapa de desarrollo de los estudiantes que necesitan evaluaciones individualizadas y propias para cada uno.

---

<sup>16</sup> El reglamento de la ESA se encuentra en el Decreto núm. 7.611/2011.

Para la aprobación o reprobación de un alumno de la ESA, se llevan en cuenta aspectos socioafectivos (estabilidad emocional, interacción con el grupo, autonomía, etc.) y cognitivos (construcción del conocimiento), verificando los avances que se han producido y los que aún están en proceso. A partir de tales observaciones, se considera qué competencias alcanzó el estudiante para evaluar su aprobación o fracaso, con el objetivo de garantizarle mejores condiciones generales a perseguir en el proceso de aprendizaje. Así, la Red propone proveer condiciones para que las personas con discapacidad se desarrollen lo más enteramente posible, promoviendo un aprendizaje significativo, confiable, favoreciendo su crecimiento y el derecho a la educación.

Claro está que la alfabetización digital no es lo mismo que la tecnología digital para los procesos de inclusión, aunque la alfabetización digital sea actualmente un factor relevante para la inclusión de las personas en un escenario de cibercultura. Lo que deseamos subrayar es que la primera se refiere a familiaridad y manejo del ordenador, Internet y otras herramientas digitales en distintas circunstancias cotidianas - y no necesariamente que la familiaridad y manejo de tales tecnologías sirven para promover la inclusión. La idea es que la tecnología digital para la inclusión aporta la noción de que se pueden utilizar diferentes recursos para convenir que los estudiantes con trastornos del desarrollo integral, altas habilidades/capacidad, limitación motora, ciegos, sordos o cualquier otro tipo de discapacidad puedan alcanzar resultados meritorios en una clase.

Las acciones desarrolladas y sus respectivos ejemplos nos permiten hacer la defensa de la idea de que es posible utilizar las tecnologías digitales para suscitar procesos de aprendizaje inclusivos. No es una tarea fácil, sino un verdadero reto, actual y constante. Por eso mismo, las escuelas necesitan prestar atención a sus propias propuestas pedagógicas, renovar conceptos y reflexionar cómo dialogar con la realidad, planteando acciones prácticas, motivadoras, interactivas e inclusivas.

Las Directrices Pedagógico - Evangelizantes de la red (2018) animan a los docentes a reflexionar sobre qué modelo de sociedad y seres humanos quieren ayudar a desarrollar y, en consecuencia, cuáles son sus concepciones de la enseñanza y aprendizaje y en qué soportes teóricos se asientan. Es sustancial aseverar que el uso de los medios digitales —por sí solo— no acarrea logro o cambio, pues el aprendizaje demanda uso intencional y planeado, principalmente si tiene carácter interdisciplinario, extendido a una educación emancipadora y a la formación de personas críticas y interactivas.

La propuesta pedagógica de esta Red se fundamentó en el Sistema Preventivo de Don Bosco y se basó en el trípode razón, religión y bondad. Estimado a manera de un conjunto ideal de convicciones y prácticas, el Sistema Preventivo alcanza su sentido orgánico y su fuerza institucional en la praxis educativa de Don Bosco (1815-1888). Hoy expone la identidad, el ideal educativo y el carácter específico de cada unidad en su contexto particular, así como sus prioridades. Además, este sistema educativo se robustece a través de una cadena de intervenciones educativas concretas a nivel personal, colectivo y/o ambiental, constituyendo una fuente de inspiración y sirviendo de referencia para la planificación y desarrollo de programas y la evaluación de la estructura organizativa y las actividades educativas. En este sentido, existen algunas ventajas educativas observadas en el Sistema Preventivo, porque es, por excelencia, inclusivo y permite una mirada más atenta a los niños, adolescentes y jóvenes que están echados del otro. Es común en la práctica pedagógica salesiana proyectos que consideran el grupo, la autonomía, el protagonismo, la autoría, la pertenencia y demás peculiaridades relacionadas con la inclusión.

Otro aspecto significativo es que no hay que dudar en conceder los más variados recursos en la dimensión de la educación inclusiva. Ejemplo de eso es la Ley núm. 13.146/2015, que, entre distintas pautas, obliga a las escuelas a recibir las personas con discapacidad, independiente de la gravedad de la dificultad. Según una de

las pautas, dichas instituciones deben hacer las adaptaciones necesarias para atender a todos los estudiantes matriculados, sin que esto resulte coste añadido por tales avances en la infra estructura. La esencia de la pedagogía salesiana es *formar buenos cristianos y ciudadanos honestos*. Es difícil educar a un buen cristiano o a un ciudadano bueno y honesto sin enseñarle también con el ejemplo, a acoger y respetar a todas las personas, sin distinción.

## **VI. COLABORACIÓN DE TECNOLOGÍAS DIGITALES PARA LA ALFABETIZACIÓN PEDAGÓGICA DIGITAL**

La encuesta ICT Education-2013<sup>17</sup> encontró que, a pesar de la expansión del uso de la Internet y el ordenador en las actividades colegiales, la tecnología todavía se enseñaba de manera instrumental, no como una herramienta pedagógica. Al presente, se observa que el uso de las tecnologías digitales en el contexto educativo parece haber encontrado una trayectoria apropiada, a empezar por la utilización adecuada por parte del profesor de los recursos disponibles, que, a través de búsquedas en sitios web confiados, puede identificar y seleccionar software, videos, infografías interactivas, juegos educativos, libros electrónicos, entre otras acciones.

Algunas instituciones se destacan por el desarrollo de plataformas educativas, softwares y aplicativos. Sin embargo, cuando se habla de alfabetización digital pedagógica, es pertinente acordarse que es necesario nivelar los recursos digitales con los recursos didácticos, tales como coloquios, lecturas, conferencias, trabajo

---

<sup>17</sup> La investigación fue llevada a cabo por el Centro Regional para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (CETIC BR), que fue creado en 2005 y tiene la misión de monitorear la adopción de las tecnologías de la información y la comunicación, en particular el acceso y uso de computadoras, internet y dispositivos móviles. El CETIC.BR es un departamento del Centro de Información y Coordinación de Ponto BR (NIC.BR), que implementa las decisiones y proyectos del Comité Directivo de Internet de Brasil (CGI.BR). La búsqueda está disponible en: «<https://cetic.br/tics/educacao/2013/professores/>».

en conjunto, y, especialmente, proponer metodologías activas para que los estudiantes confieran sentido a su aprendizaje. Juzgamos que esta variedad de rasgos le permite examinar el intento de las diferentes tipologías de texto, ya sean impresos o digitales, y utilizarlos de acuerdo con las necesidades específicas de cada grupo de estudiantes. El entorno digital de las plataformas también promueve la realización del trabajo en grupo, reconociendo el intercambio de conocimientos y la enseñanza sobre la importancia de escuchar al otro y respetar los diferentes puntos de vista. Como se señaló, la alfabetización pedagógica digital va más allá de saber cómo utilizar las herramientas tecnológicas. Un estudiante que sabe cómo hacer una búsqueda en Internet, pero no es capaz de evaluar si los sitios sugeridos son confiables, por ejemplo, no se puede considerar un alfabetizado digital. Por lo tanto, es esencial que los profesores desarrollen habilidades que monopolicen la capacidad de investigación científica para que los estudiantes puedan manifestarse de acuerdo con la información encontrada. También es necesario discutir sobre la importancia de la alfabetización pedagógica digital con los estudiantes, para que entiendan lo que este concepto significa en las diversas extensiones de la vida: escolar, personal y profesional.

Las tecnologías digitales en el contexto escolar, en las últimas décadas, permiten un aprendizaje más personalizado, socializan el conocimiento y amplían el volumen y la calidad de la información para todas las clases sociales. Muchos proyectos pueden ser planificados y desarrollados por todos los profesores de una escuela determinada, mejorando la forma de convertir la información en conocimiento vivo y presente en la vida cotidiana de todos los estudiantes. Cuando se utilizan como herramientas de aprendizaje, se convierten en facilitadores del aprendizaje, porque proporcionan una interacción entre diferentes áreas de conocimiento, además de permitir evaluaciones alternativas y particulares, centrándose en las características de un grupo determinado y/o incluso teniendo en cuenta las potencialidades individuales, a través del respeto por el tiempo y cadencia de aprendizaje de cada estudiante.

## VII. LA TECNOLOGÍA DE ASISTENCIA Y EL CONTEXTO BRASILEÑO

En el escenario brasileño, el Comité de Ayuda Técnica (CAT)/ Secretaría Especial de Derechos Humanos de la Presidencia de la República (SEDH) propone el siguiente concepto de tecnología de asistencia:

“La Tecnología de Asistencia es un área de conocimiento, de característica interdisciplinaria, que abarca productos, recursos, metodologías, estrategias, prácticas y servicios que tienen como objetivo promover la funcionalidad, relacionada con la actividad y participación de las personas con discapacidad, discapacidad o movilidad reducida, con el objetivo de su autonomía, independencia, calidad de vida e inclusión social” (Brasil, 2007).

Sobre esto, Bersch (2007: 31) arguye que la tecnología de asistencia es un término “[...] utilizado para identificar todo el arsenal de Recursos y Servicios que contribuyen a proporcionar o ampliar las habilidades funcionales de las personas con discapacidades y, en consecuencia, promover la vida independiente y la inclusión”.

En el campo de la educación, Bersch (2009: 6) asevera que “[...] la educación hace tecnología de asistencia, ya que investiga las necesidades y propone alternativas que promueven la participación de los estudiantes con discapacidad en los desafíos del contexto escolar, con el objetivo de promover la autonomía y el aprendizaje”.

Freitas (2000) comenta que el uso de la tecnología es un recurso atractivo, emocionante y estimulante para el aprendizaje de los estudiantes con necesidades especiales, ayudándoles a ingresar sin traumas en las escuelas regulares. Según el mismo autor, los entornos de aprendizaje basados en las tecnologías de la información y la comunicación, que incluyen el uso de la informática, el internet, las herramientas para la educación a distancia y otros recursos e idiomas digitales, proporcionan actividades con fines educativos interesantes y provocadores, ayudando la construcción del conocimiento -o sea- conocimiento que señala la búsqueda del estudiante,

sus investigaciones, sus dudas, sus incertidumbres. Un estudiante curioso, que indaga y propone soluciones.

Sobre el tema, Bersch (2017) presenta la actualización del inventario de categorías de la tecnología de asistencia<sup>18</sup>. De estas categorías, se concibe que algunas son relevantes para ser desarrolladas en el entorno escolar:

- 1) comunicación mejorada y alternativa;
- 2) características de accesibilidad a la computadora;
- 3) proyectos arquitectónicos para la accesibilidad;
- 4) adecuación postural;
- 5) ayudas para expandir la función visual y las características que traducen el contenido visual en información audio o táctil;
- 6) ayuda para mejorar la función auditiva y los recursos utilizados para traducir el contenido de audio en imágenes, texto y lenguaje de señas;
- 7) deporte y ocio.

La misma teórica también hace *hincapié* en la diferencia entre la tecnología educativa y la tecnología de asistencia. Para ella, la tecnología educativa es una herramienta tecnológica aplicada en el contexto educativo, sin considerar necesariamente la presencia de una discapacidad física. Como ejemplo, cita a un estudiante con discapacidades físicas en las extremidades inferiores que utiliza una silla de ruedas. Este estudiante utilizará la computadora para el mismo propósito que sus colegas (Bersch, 2017). Sin embargo, es tecnología de asistencia:

---

<sup>18</sup> La lista completa se puede encontrar en: «[http://www.assistiva.com.br/Introducao\\_Tecnologia\\_Assistiva.pdf](http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf)».

“[...] cuando sea utilizado por un estudiante con discapacidad y tenga como objetivo romper las barreras sensoriales, motoras o cognitivas que limitan / impiden su acceso a la información o limitan / impiden el registro y la expresión sobre los conocimientos adquiridos por él; cuando favorezcan su acceso y participación activa y autónoma en proyectos pedagógicos; cuando permiten la manipulación de objetos de estudio; cuando nos dimos cuenta de que sin este recurso tecnológico la participación activa del estudiante en el reto de aprendizaje sería restringida o inexistente” (Bersch 2017: 12).

A partir de las ideas presentadas, percibimos la importancia de mejorar las estrategias y prácticas pedagógicas enderezadas a las personas con discapacidad. Cuando se mencionó la plataforma adaptativa disponible para las escuelas, se procuró un ejemplo de recurso que contribuye a la educación inclusiva. Sin embargo, conviene profundizarlo en dos ideas: la primera se refiere a la comprensión de que otros recursos, tales como juguetes y ropa adaptada, dispositivos para la adecuación de la postura sentada, recursos para movilidad manual y eléctrica, dispositivos de escucha asistida, “[...] ratones diferenciados, teclados virtuales con escaneos y disparadores, software de comunicación alternativo, lectores de texto, textos ampliados, textos Braille, textos con símbolos y muebles accesibles” (Bersch 2017: 12), se pueden ofrecer en el contexto educativo. La segunda idea aporta el tema de los valores de la tecnología asistencial que suelen ser transdisciplinarios, involucrando a profesionales de diversas áreas de conocimiento, tales como: Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Logopedia, Psicología, Enfermería, Medicinas, Ingeniería, Arquitectura, Diseño Gráfico y demás mercados.

Si, por un lado, se observa la oportunidad de repensar y mejorar las estrategias y prácticas pedagógicas, por otro lado, se entiende que la red ya logra lo que, en la concepción de Bersch (2017, p. 13), implica la tecnología de asistencia:

“Todo el trabajo desarrollado en un servicio de AT debe involucrar directamente al usuario y se basará en el conocimiento de su contexto de vida, la valorización de sus intenciones y necesidades funcionales personales, así como la identificación de sus habilidades actuales. El equipo de profesionales contribuirá a la evaluación del potencial físico, sensorial y cognitivo del usuario; con conocimientos sobre los recursos de asistencia técnica disponibles en el mercado o que deben diseñarse para una necesidad particular”.

En la investigación “Retratos de la educación en el contexto de la pandemia de coronavirus: una mirada a las múltiples desigualdades” (Instituto Península, 2020), hay claros indicios de que los educadores reconocen potencialidades en el papel de la tecnología en el aprendizaje: el grado de importancia imputado por los educadores acerca del uso de la tecnología en el proceso de aprendizaje ha aumentado significativamente, del 57% al 94% la proporción de quienes la consideran *muy importante* o *completamente*, presentando escasa variación entre las etapas de enseñanza. También hubo varios puntos positivos percibidos por los educadores con respecto al papel de la tecnología, como se observa en la Tabla 5:

Tabla 5: Percepción de los docentes sobre el papel de la tecnología en el aprendizaje después de esta experiencia de enseñanza remota.

Percepción de los profesores sobre el papel de la tecnología en el aprendizaje después de esta experiencia de enseñanza remota	
Apoyar el uso de diferentes metodologías de aprendizaje	63%
Ayudar a adaptar las clases y los materiales didácticos a formatos no presenciales	58%
Potenciar el papel del docente como facilitador del proceso de aprendizaje	53%

Facilitar el seguimiento de las familias en el proceso de aprendizaje	40%
Ayudar a adaptar las clases y los materiales didácticos a formatos accesibles para todos los estudiantes, con o sin discapacidades	39%
Fomente la participación de los estudiantes	36%
Potenciar la creación de un vínculo con los alumnos un	27%

Fuente: Peninsula Institute - Pulse 3. (Adaptación nuestra).

### VIII. POSIBILIDADES PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Con el fin de colaborar con reflexiones y prácticas relacionadas con la educación inclusiva en contextos educativos marcados por la presencia de tecnologías digitales, se proponen metodologías que consiguen ser desarrolladas por los docentes para favorecer este proceso. Así, una breve descripción del Diseño Universal para el Aprendizaje (DUA) del pensamiento de *diseño instrumental como* estrategias distintas para la promoción de las mejores prácticas pedagógicas en la educación inclusiva, además del Diseño Instrumental. Rose *et al.* (2002: 15) presenta el concepto de DUA como:

“[...] un conjunto de principios basados en la investigación y es un modelo práctico para maximizar las oportunidades de aprendizaje para todos los estudiantes. Los principios de diseño universal se basan en la investigación del cerebro y los medios de comunicación para ayudar a los educadores a lograr a todos los estudiantes mediante el establecimiento de metas de aprendizaje adecuadas, la elección y el desarrollo de materiales y métodos eficientes, y el desarrollo de formas justas y precisas de evaluar el progreso de los estudiantes”.

En otras palabras, se entiende que el DUA es algo práctico, que amplía las oportunidades de aprendizaje del estudiante a través de la planificación pedagógica continua y el uso de medios digitales. Además, permite la solución de dificultades relacionadas con la enseñanza, tales como: la elección del material didáctico, la definición de estrategias pedagógicas, la posible falta de conexión entre los contenidos curriculares y la vida cotidiana de los estudiantes y la construcción de herramientas de evaluación. Esto porque se presupone que los profesores varíen los formatos de los materiales didácticos, las estrategias pedagógicas y las interrelaciones entre el contenido y la vida real del estudiante. Según el pensamiento de Rocha (2018: 153):

“Design thinking (DT) es el nombre dado a la apropiación por otras áreas de conocimiento de la metodología y sistemática utilizada por los diseñadores para generar, mejorar ideas y hacer soluciones. DT tiene características muy particulares que tienen como objetivo facilitar el proceso de resolución de retos cotidianos con creatividad y colaboración. Gracias a ellos, se puede decir que DT provoca la innovación y la acción práctica”.

La metodología *Design Thinking* empezó con estudios sistemáticos en el contexto educativo en 2011, extendiendo sus avances desde entonces. Eso tiene como causa percibirse un conjunto de métodos y procesos para abordar problemas relacionados con futuras adquisiciones de información, análisis de conocimiento y propuestas de soluciones. Como guía, se considera la capacidad de armonizar la empatía en el contexto de un problema, con el fin de poner a las personas en el centro de un proyecto y desarrollar la creatividad para la generación de soluciones de dificultades en distintas situaciones, a través de la concepción, idealización, creación y progreso de artefactos y productos.

La importancia del *Design Thinking* para la educación inclusiva se puede observar porque es un proceso centrado en la persona, buscando acercar a todos los estudiantes a una clase para especular juntos sobre las mejores formas de solucionar problemas

del cotidiano, ayudando al aprendizaje de cada uno de manera diferenciada. Dado que la principal característica del diseñador es la capacidad de proponer soluciones basadas en las necesidades de las personas y sus contextos, se puede decir que la metodología utilizada por él también es reveladora para la educación inclusiva, ya que suscita la empatía, la inteligencia emocional, el diálogo, la colaboración y el optimismo.

Acerca del Diseño Instruccional, Filatro (2008: 3) presenta la siguiente definición:

“El diseño instruccional es la acción intencional y sistemática de la enseñanza que implica la planificación, desarrollo y aplicación de métodos, técnicas, actividades, materiales, eventos y productos educativos en situaciones didácticas específicas, con el fin de promover, con base en principios de aprendizaje e instrucción conocidos, el aprendizaje humano. En otras palabras, definimos el diseño instruccional como el proceso (conjunto de actividades) de identificar un problema de aprendizaje (una necesidad) y diseñar, implementar y evaluar una solución a ese problema”.

La función de un diseñador de instrucción profesional es diseñar y desarrollar experiencias de aprendizaje y ejercicios, siendo lo responsable de asegurarse de que todos los estudiantes están aprendiendo, identificando el contenido enseñado y trazando objetivos específicos. Así, se entiende como sumamente importante para las instituciones educativas interesadas en la educación inclusiva el desarrollo y estudio de las ideas y objetivos presentes en el Diseño Instrumental. Esta relevancia se puede observar desde las fases necesarias para el desarrollo de un curso, que, según Mendonça (2015 s/w), son “reescribe y revisa el contenido de acuerdo con las necesidades de aprendizaje; estructurar este contenido y actividades; crea materiales de apoyo (videos, gráficos, diapositivas, sonidos para EAD); elabora evaluaciones; adapta materiales de un formato a otros”.

Relevancia aún más estable se percibe cuando el contexto de las tecnologías digitales está presente, como en el caso de este artículo.

Las plataformas digitales, esencialmente las adaptativas, y los libros de texto digitales tienen diferentes formas de interacción, y un diseñador instruccional debe saber, entre todas ellas, cuáles son las mejores para aprender cada asignatura o contenido. El entorno virtual de aprendizaje requiere diferentes convenciones de interacción cuando son cotejadas con clases presenciales. Las mediaciones son muy distintas, y cada estudiante presenta peculiaridades y habilidades únicas que deben ser respetadas en la interacción y mediación. La educación inclusiva adquiere más confianza cuando el aprendizaje es percibido como un proceso impar y desemejante para cada ser humano, aparte sus características físicas, psicológicas y/o cognitivas. Según Moran (2018: 3), “[...] cada persona aprende activamente, desde el contexto en el que se encuentra, desde lo que es significativo, relevante y cercano al nivel de habilidades que tiene”. Es decir, todas las personas tienen las condiciones y habilidades para instruirse, de diferentes maneras y ritmos. La reflexión sobre tales tácticas para la educación inclusiva se justifica en un momento en que los medios digitales, como los libros digitales y las plataformas adaptables, desempeñan un papel sustancial en el contexto explícito que este artículo expone. También se hace *hincapié* en la importancia del aprendizaje híbrido<sup>19</sup>, que:

“[...] destaca la flexibilidad, mezcla y compartición de espacios, tiempos, actividades, materiales, técnicas y tecnologías, que componen este proceso. Híbrido, hoy en día, tiene una fuerte mediación tecnológica: físico-digital, móvil, ubicuo, realidad física y aumentada, que aportan innumerables posibilidades de combinaciones, arreglos, itinerarios, actividades” (Moran 2018: 4).

A propósito de la flexibilidad, el autor ayuda a abrirse puertas para diversos modelos de enseñanza y aprendizaje, ya que permiten numerosas combinaciones entre texto, voz e imagen, capa-

---

<sup>19</sup> Aunque no es el objetivo de este trabajo, es importante considerar el tema del aprendizaje híbrido para que las estrategias propuestas no se perciban de manera desconectada o simplemente como alternativas a otras metodologías de aprendizaje. Además de la profundización del tema del aprendizaje híbrido, las ideas desarrolladas por Schlemmer (2014).

ces de acomodarse a las especificidades de cada alumno. Desde ese punto de vista, Smartphones, tablets, notebooks y libros digitales representan un tipo de tecnología que amplía los horizontes de aprendizaje y desarrollo de cada alumno.

## IX. CONSIDERACIONES FINALES

Es posible recordar el tema controvertido propuesto en la redacción del Examen Nacional de Secundaria 2017, sobre los desafíos para la educación didáctica de los sordos en Brasil. Polémicas aparte, fue oportuno reflexionar sobre un tema cada vez más relevante y discutido en la educación brasileña, como es el caso de la inclusión. Se hace inevitable consentir oportunidades para el avance de los procesos y espacios de formación que promuevan reflexiones para la comprensión de la comunidad escolar (directivos, padres, alumnos y colaboradores) de que no hay inconveniente en las diferencias. El papel de la escuela inclusiva en este escenario es identificar los materiales y la didáctica específica para cada alumno. Tenemos esperanza de que algún día esto sea tan natural que no hablemos de educación inclusiva, sino simplemente de educación. Pero hasta que llegue ese día, es necesario asegurarse de que todos los estudiantes estén en el mismo sitio de respeto y dignidad, sin ser vistos y juzgados como incapaces. Se trata de una cuestión cultural y, por lo tanto, compleja hasta superarse. Pensar en el diferente requiere pensar en el igual, en el patrón. ¿Existe un modelo de estudiante estándar que deba ser bien recibido en las escuelas, mientras otro debería ser educado y/o alfabetizado en diferentes entornos educativos?

Esta reflexión tiende en la dirección en que no hay patrón. Incluso puede existir o considerarse un patrón aparente, como: “todo el mundo ve, todo el mundo oye, todo el mundo habla, todo el mundo camina”. En otras palabras, los cinco sentidos en plena condición. Sin embargo, no hay un patrón cognitivo. Esto significa que las personas aprenden de diferentes maneras y ritmos, que no

todos los sujetos tienen los mismos intereses y el mismo potencial cognitivo. Por lo tanto, considerar la existencia de una norma que sirve para todos es lo mismo que afirmar que el estudiante debe adaptarse a las condiciones de la escuela. La educación inclusiva, al revés, prevé la transformación de la escuela, asegurando el acceso, la permanencia y el aprendizaje de todos los estudiantes. Esto implica la reestructuración de modelos y prácticas pedagógicas y que las escuelas trabajen desde una nueva cultura, basada en acciones articuladas entre todos los involucrados en la práctica educativa: gestores públicos, directores escolares, docentes, estudiantes, familiares y toda la comunidad.

La educación inclusiva debe estar en línea con lo que determina la Ley núm. 13.146, de 6 de julio de 2015. Para eso, se entiende que es necesaria una nueva estructura organizacional, con currículos y conocimientos flexibles, estrategias metodológicas eficientes, sistema de evaluación diferenciado, recursos pedagógicos calificados, así como personas sensibles a las diferentes realidades presentadas por el alumnado. Por lo tanto, existe la necesidad de una educación continua de los maestros relacionada con la comprensión de lo que significa la educación inclusiva.

Es oportuno reflexionar sobre la existencia de un centro de acogimiento para estudiantes con necesidades especiales, con la realización de un trabajo personalizado que repare las necesidades específicas de cada estudiante, y no un mero servicio masivo, creyendo, por ejemplo, que cada persona sorda es igual o que toda persona ciega es igual, porque un factor importante a tener en cuenta en el proceso de inclusión es la historia previa del estudiante, relacionado con el medio ambiente y la vida familiar. Este centro de acogimiento también se encargaría de ofrecer a los profesores una formación básica sobre las variadas dificultades de aprendizaje y necesidades especiales que presentan los alumnos. La importancia de la formación acogedora y docente para atender a los alumnos con perfiles diferenciados es fundamental para que el proceso

de inclusión se produzca efectivamente, sobre todo porque el alumno se encuentra la mayor parte del tiempo en el entorno escolar.

De este mismo modo, sería importante para las escuelas promover el estudio y la investigación de metodologías y estrategias que podrían apoyar a la mejora del tema de la educación inclusiva, como las tecnologías de asistencia, el Diseño Universal para el Aprendizaje, el *Design Thinking* y el Diseño Instrumental, largamente citados en este artículo. La defensa de las perspectivas expresadas en este estudio centraliza la atención al tema como un elemento de renovación de la praxis inclusiva y la interrelación para que todos puedan participar en los procesos de aprendizaje escolar. Esta congregación de esfuerzos puede hacer que las experiencias educativas sean más atractivas, dialógicas y contextualizadas a las necesidades humanas, valorando la diversidad, la mejora del conocimiento y las redes de reconocimiento afectivo, una pedagogía de las diferencias, que invitan a los caminos para superar exclusiones y prejuicios.

Las limitaciones de las personas no menoscaban sus derechos: siempre serán ciudadanos que conforman la sociedad como todos los demás dichos *normales*. Actualmente existe la necesidad de que la sociedad brasileña se califique más para hacer frente a las pluralidades humanas. Desde esta perspectiva, las escuelas, los docentes y la comunidad cercana y extensa necesitan crear las condiciones para que las personas con discapacidad, trastornos del desarrollo global y personas de alta calificación y/o atención superdotada puedan acceder y utilizar todos los espacios y bienes de forma autónoma. Por fin, la enseñanza y el aprendizaje también se refieren a las emociones. Si no hay una participación afectiva en el proceso de enseñanza y aprendizaje, no es obligatorio decir que el estudiante, especialmente el estudiante de inclusión no asimilará de una manera que el aprendizaje sea algo significativo para su mejora como alumno y como persona. Por eso mismo, creemos que el deseo de cambiar para mejorar las vidas de los estudiantes que llegan a nuestras vidas simboliza la utopía de todo profesor: luchar para

hacer la diferencia junto a los alumnos que soportan con bravura las diferencias que los constituyen.

### BIBLIOGRAFÍA

ANATEL (2020): *Plan Estructural de Redes de Telecomunicaciones*, en página web de Agencia Nacional de Telecomunicaciones. Disponible en: «[https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw\\_9INcO4m-2N1jXIPEu1rXnv7UHJFGKd-jO\\_xz5ZYqyuXgvKFPZe9U-7a4FRauel0Ej\\_GJ3pzD2sKi\\_sQQhtHNNHqk\\_javEK](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4m-2N1jXIPEu1rXnv7UHJFGKd-jO_xz5ZYqyuXgvKFPZe9U-7a4FRauel0Ej_GJ3pzD2sKi_sQQhtHNNHqk_javEK)» [Consultado el 18 de julio de 2021]

Bersch, R.C. (2017). *Introducción a la Tecnología de Asistencia. Asistencia: Tecnología y Educación*, Porto Alegre. Disponible en: «[http://www.assistiva.com.br/Introducao\\_Tecnologia\\_Assistiva.pdf](http://www.assistiva.com.br/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf)» [Consultado el 30 de mayo de 2021]

Bersch, R. C. (2009). *Diseño de un servicio de Tecnología de Asistencia en escuelas públicas*. 2009. 231 p. Disertación (Maestría en Diseño) - Escuela de Ingeniería y Facultad de Arquitectura, Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Bersch, R. C. (2007). Tecnología de asistencia. En: Schirmer, Carolina et al. *Atención Educativa Especializada en discapacidades físicas*. Brasilia: SEESP, SEED, MEC, 31-37.

Campos, M. M. (2009): “¿Para qué es la investigación educativa?”, en *Cadernos de Pesquisa*, vol. 39, núm. 136, 269-283.

Cardoso, G. O. y Giraffa, L. M. M. (2019): “Educación digital y educación inclusiva”, en *ANEC Education Journal*. año 42, núm. 158, 153-177.

- Cerutti, E. y Giraffa, L. M. M. (2015): *Un nuevo joven ha llegado a la universidad: ¿y ahora, profesor?* 1. Ed. Curitiba: CRV.
- CETIC BR (2019): *Hogares TIC 2019*, en página web de Centro Regional de Estudios para el Desarrollo de la Sociedad de la Información. Disponible en: «[https://cetic.br/media/analises/tic\\_domicilios\\_2019\\_coletiva\\_imprensa.pdf](https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf)» [Consultado el 18 de julio de 2021]
- CETIC BR (2013): *Educación TIC 2013*, en página web del Centro Regional de Estudios para el Desarrollo de la Sociedad de la Información. Disponible en: «<https://cetic.br/tics/educacao/2013/professores/>» [Consultado el 30 de mayo de 2021]
- Chartier, R. (2009): *La historia o la lectura del tiempo*. Traducción de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Editor Auténtico.
- CIEB (2016): *Políticas tecnológicas en la educación brasileña: historia, lecciones aprendidas y recomendaciones*, en página web de Centro de Innovación para la Educación Brasileña. Disponible en: «<https://cieb.net.br/wp-content/uploads/2019/04/CIEB-Estudios-4-Politiclas-de-Tecnologia-na-Educacao-Brasileira-v.-22dez2016.pdf>» [Consultado el 18 de julio de 2021]
- DIVERSO (2020): *Protocolos sobre educación inclusiva durante la pandemia de COVID-19: um flyby de 23 países y organismos internacionales*. Disponible en: «<https://diversa.org.br/%20research-protocols-education-pandemic>» [Consultado el 30 de mayo de 2021]
- Filatro, A. (2008): *Diseño instruccional en la práctica*, Pearson Education do Brasil, São Paulo.
- Freire, P. (2007): *La educación como práctica de la libertad*, Paz y Tierra, Río de Janeiro.

Freitas, M. T. (2000): “The appropriations of Vygotsky’s thought in Brazil: a topic under discussion” en *Psicología de la Educación*, núm. 10/11, 9-28.

Gobierno de Brasil (2020) Instituto Nacional de Estudios e Investigaciones Educativas Anísio Teixeira. *Censo de Educación Básica 2020*: notas estadísticas. Brasilia, 2021.

Gobierno de Brasil (2019) Instituto Nacional de Estudios e Investigaciones Educativas Anísio Teixeira. *Censo de Educación Básica 2019*: notas estadísticas. Brasilia, 2020.

Gobierno de Brasil (2010): Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República. *Historia del Movimiento Político de personas con discapacidad en Brasil*. Brasilia: Secretaría de Derechos Humanos/Secretaría Nacional para la Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

IBGE (2020): *Búsqueda nacional por muestra de hogares: PNAD*, en página web de IBGE. Disponible en: «[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101736_informativo.pdf)» [Consultado el 18 de julio de 2021]

Instituto península. (2020a). *Retratos de la educación en el contexto de la pandemia de coronavirus: una mirada a las múltiples desigualdades*. Disponible en: «[https://dssbr.ensp.fiocruz.br/wp-content/uploads/2021/03/Retratos-da-Educacao-na-Pandemia\\_digital-\\_outubro20.pdf](https://dssbr.ensp.fiocruz.br/wp-content/uploads/2021/03/Retratos-da-Educacao-na-Pandemia_digital-_outubro20.pdf)» [Consultado el 30 de mayo de 2021]

Instituto península. (2020b). *Retratos de la educación en el contexto de la pandemia de coronavirus: perspectivas en diálogo*. Disponible en: «<https://www.institutopeninsula.org.br/retratos-da-educacao-na-pandemia/>» [Consultado el 18 de julio de 2021]

Kenski, V. M. (2009): *Educación y tecnologías: el nuevo ritmo de la información*, 5ta. ed. Campinas: Papirus.

- Lévy, P. (1999): *Cibercultura*. Traducción de Carlos Irineu da Costa, Ed. Treinta y cuatro, São Paulo.
- Mendonça, B. (2015). “¿Qué hace un diseñador de instrucción?” en *Oye, Edools*. Disponible en: «<https://www.edools.com/designer-instrucional/>» [Consultado el 30 de mayo de 2021]
- Moran, J. (2018). “Metodologías activas para un aprendizaje más profundo”, en *Metodologías activas para la educación innovadora: un enfoque teórico-práctico*, Bacich, Lilian y Moran, José (orgs.), Porto Alegre: Creo.
- OCDE (2021): *21st-Century Readers: Developing Literacy Skills in a Digital World*. PISA, OECD Publishing, París. Disponible en: «<https://doi.org/10.1787/a83d84cb-en>» [Consultado el 30 de mayo de 2021]
- Pereira, J. T. (2007): “Educación y sociedad de la información”, en *Alfabetización digital: aspectos sociales y posibilidades pedagógicas*, Coscarelli, C. V. y Ribeiro, E. E (orgs.), 2da. ed., Belo Horizonte: Ceale/Auténtico.
- Red Salesiana Brasil de escuelas (2018): *Directrices pedagógico-evangelizantes de la Red Salesiana Brasil de Escuelas*, Edebê Brasil, Brasilia.
- Rocha, J. (2018): “Design thinking in teacher training: new perspectives to the challenges of education”, en *Metodologías activas para la educación innovadora: un enfoque teórico-práctico*, Bacich, L. y Moran, J. (orgs.), Porto Alegre: Creo, 153-174.
- Rose, D. et al. (2002): *Enseñar a todos los estudiantes en la era digital: diseño universal para aprender*. Alejandría: ASCD.
- Sartoretto, M. L. y Bersch, R. (2018): *Inclusión escolar vs. escuela inclusiva*, en página web de Assistiva: Tecnología y Educación. Disponible en: «<http://www.assistiva.com.br/ei.html>» [Consultado el 29 de mayo de 2021]

Schlemmer, E. (2014): “Gamificación en espacios de vida híbridos y multimodales: diseño y cognición en discusión”, en *FAEE-BA Review: Education and Contemporaneity*, vol. 23, núm. 42, 73-89.

Soares, M. (1998): *Alfabetización: un tema en tres géneros*, 2da. dd. Belo Horizonte: Auténtico.

UNESCO (2017”): *Unesco Hangout: Los desafíos de la alfabetización en un mundo digital*, 13 septiembre. Disponible en: «<https://www.youtube.com/watch?v=IFa-DoQX15HQ&feature=youtu.be>» [Consultado el 29 de mayo de 2021]



# **COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES**



La sección a continuación contiene los razonamientos generados a partir del análisis y discusión de sentencias en el ámbito nacional, internacional y comparado de diversos tribunales constitucionales regionales y nacionales alrededor del mundo, principalmente de aquellas que contienen criterios jurisprudenciales relevantes, novedosos o de cualquier forma destacados por su significado jurídico.

---

## La paridad de género en el acceso a los cargos electivos en Italia. Una reflexión para la celebración de los 60 años de la Sentencia núm. 33/1960 de la Corte Constitucional italiana

ELISABETTA CATELANI

Universidad de Pisa

SUMARIO: I. Introducción. II. La evolución de la representación de género en Italia. III. La doble preferencia de género. IV. Los problemas pendientes.

### 1. Introducción

La ocasión del presente texto es reflexionar en torno a la celebración de los 60 años de la *Sentencia núm. 33/1960* de la Corte Constitucional italiana<sup>1</sup>, pero también, una ocasión para afrontar nuevamente la importancia de las cuestiones de género en un contexto constitucional.

La representación de las mujeres en las instituciones ha estado en el centro del debate italiano desde los años 90, sin embargo, ha conseguido pocos efectos sobre el aumento de las mujeres ele-

---

<sup>1</sup> Sobre esta sentencia se han realizado muchos comentarios desde su emisión –hace 60 años–. No obstante, para un análisis de los comentarios más actuales en torno al tema se recomienda la lectura de Esposito, Carlo (1960). *Il sesso e i pubblici uffici* en *Giur. Cost.*, pp. 568; Stolzi, Irene (2019). *La parità ineguale. Il lavoro delle donne in Italia fra storia e diritto*, en *Studi storici*, año 60, núm. 2., pp. 253-288; D'Amico, María Elisa; Lendaro, Carla Marina; Siccardi, Cecilia (cur.) (2017). *Eguaglianza di genere in Magistratura: ¿quanto ancora dobbiamo aspettare?*, Franco Angeli, Milano; D'Amico, Maria Elisa (2019). *Gendergap e principi costituzionali*, en *Lavorodirittieuropa.it*, núm. 2, pp. 2-10.; Lorello, Laura (2021). *La dialettica tra giudice costituzionale e legislatore sulla parità di genere*, en *Federalismi.it*, núm. 18; Califano, Licia (2021). *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, en *Federalismi.it*, núm. 7, pp. 39 ss.; Tripodina, Chiara (2021). *I gradini di pietra della parità di genere*, en *Costituzionalismo.it*, núm. 2.

gidas en el Parlamento, en las Asambleas Regionales y en los Consejos Municipales<sup>2</sup>.

En los últimos años la legislación ha evolucionado significativamente y comenzamos a ver aún débiles efectos.

Para abordar este tema, creo que es útil dividir mi ponencia en tres puntos:

- 1) En primer lugar, repasar, al menos rápidamente, las diversas etapas más recientes en la evolución de la representación de género en Italia, teniendo en cuenta la contribución –predominante– del legislador y la del Corte Constitucional, que operó con enfoques parcialmente diferentes: con frenos al inicio, con el reconocimiento del principio de antidiscriminación después, pero con una sensibilidad a estos temas a velocidades alternas, como voy a tratar de explicar.
- 2) Como un segundo punto, expondré la evolución del tema en cuestión que posteriormente nos permitirá comprender la situación actual y cuáles son los problemas que aún siguen pendientes.
- 3) Para finalizar, intentaré responder a la pregunta que a menudo surge en este contexto, es decir, cuáles son las razones detrás de la introducción de mecanismos para promover la representación de género. Ciertamente, no con el fin de introducir mecanismos que favorezcan la elección de una mujer en lugar de un hombre, sino con el fin de facilitar una presencia pa-

---

<sup>2</sup> No es posible recordar toda la doctrina que ha afrontado este tema durante los últimos treinta años, pero al menos hay que citar a Pezzini, Barbara (a cura di) (2012), *La costruzione del genere. Norme e regole*, vol. I, Bergamo; Rodomonte, María Grazia (2018). *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso*, Giappichelli, Torino; Pezzini, Barbara; Lorenzetti, Anna (a cura di) (2019). *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Torino; D'Amico, Maria Elisa (2020). *Una parità ambigua*, Raffaello Cortina Ed., Milano; Cecchini, Stefania (2020). *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Editoriale scientifica, Napoli.

ritaria en las instituciones representativas. Después de siglos de discriminación y ausencia de representación, es necesario introducir mecanismos que permiten garantizar “los mismos bloques de partida”, como establece el art. 3 segundo párrafo de la Constitución Italiana que, les recuerdo, dice: “Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

## II. La evolución de la representación de género en Italia

Desde la evolución histórica, me limito a recordar el período más reciente, a partir de la legislación electoral de 1993, que introducía mecanismos para favorecer una mayor presencia de las mujeres en los órganos representativos de la Cámara y para las elecciones de los Consejos municipales, sin garantizar ningún tipo de elección, previendo que ninguno de los dos sexos pudiera estar representado en las listas en mayor medida que los  $\frac{3}{4}$ .

Esta normativa fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (*sentencia núm. 422/1995*) lo que sin duda dio una interpretación restrictiva del contenido en aquel momento de los artículos 48 y 51 de la Constitución, de ahí la necesidad de la revisión del art. 51 de la Constitución en el 2003 con una ley constitucional, que luego otorgó la legitimidad para aprobar toda una serie de leyes electorales nacionales, municipales y europeas. Un camino similar también se transitó en Francia donde fue necesario aprobar una reforma constitucional que permitiera la introducción de “cuota de género” en la legislación electoral.

Desde 1995 hasta 2003, la sensibilidad de la Corte cambió considerablemente y en el período entre la aprobación y la entrada en vigor de la *Ley Constitucional núm. 1 de 2003*, la Corte Constitucional dio un importante impulso al reconocimiento del principio antidiscriminatorio necesario para un reequilibrio de la represen-

tación. En esa etapa, la Corte utilizó términos que posteriormente adquirieron una gran relevancia al formar parte de la base de toda la legislación posterior. No se puede dejar de mencionar la *Ley núm. 215/2012* para la elección de las administraciones locales, la *Ley núm. 65/ 2014* para las elecciones al Parlamento Europeo, la *Ley núm. 165/2017* para las elecciones de Cámara y Senado (precedida por la *Ley núm. 52/2015* nunca operativa, que en todo caso preveía mecanismos para facilitar la representación de género)<sup>3</sup>.

Como se ha anticipado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí ha impulsado la garantía de los derechos de representación de género, pero también ha creado bloqueos y paradas repentinas. Pensemos, por ejemplo, en la sentencia núm. 1 de 2014, de gran importancia desde el punto de vista procedimental y sustancial con la que se declaró la ilegitimidad constitucional de la *Ley electoral de 2005* (“ley Calderoli”)<sup>4</sup>, que funcionó durante dos legislaturas, y con la que la Corte reescribió la legislación electoral, insertando también la preferencia con una sentencia fuertemente manipuladora / creativa, pero en la que se olvidó de usar como parámetro el art. 51, primer párrafo, segunda parte, y por lo tanto de insertar mecanismos para promover la representación de los dos géneros. Después de introducir la preferencia, porque el voto expresado con la mera lista había hecho el voto sustancialmente indirecto en violación del art. 48, 49, 56, 58 ... se olvidaron del art. 51 de la Constitución, y lo olvidaron ambos: intervinientes y Corte Constitucional (la parte remitente, por un lado, pero más grave es que la Corte Constitucional se haya olvidado).

---

<sup>3</sup> Véanse Tripodina, Chiara (2016). *1946-2016 La “questione elettorale femminile”: dal voto delle donne al voto alle donne (una luce si intravede)*, en *Rivista AIC*, núm. 3.; Apostoli, Adriana (2016). *La parità di genere nel campo “minato” della rappresentanza politica*, en *Rivista AIC*, núm. 4; Sorrenti, Giusi (2020). *Viaggio ai confini dell’eguaglianza giuridica. Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzione in base al sesso*, en *Rivista AIC*, núm. 2, 438 ss.

<sup>4</sup> Esta ley es más conocida como “Porcellum” que en italiano se traduce como cerdo, para significar que es una pillería, una sinvergüencería.

Esto puede ser considerado un resbalón inoportuno por parte de la Corte, quizás porque en esa etapa el tema fue absorbido por la evaluación de una pluralidad de perfiles vinculados a una intervención importante sobre la ley electoral y por tanto indiferente a las cuestiones de género. Esta indiferencia no puede dejar de ser objeto de una valoración crítica, porque el tema de la representación de género no se percibe como esencial para la democracia; sino que, evidentemente, se percibe como marginal en un contexto electoral que debe reconstruirse mediante sentencia manipuladora.

Pero a excepción de esta hipótesis criticable, no faltaron en aquellos mismos años otros pronunciamientos donde la representación de género fue en cambio valorizada; legitimando por ejemplo con la *sentencia núm. 4 de 2010* la normativa regional campana (*l. r. núm. 4 del 2009*) que introdujo la doble preferencia de género, porque, como dijo la Corte Constitucional, se trata de una “norma reequilibradora que pretende obtener, indirecta y posiblemente, el resultado de una acción positiva”. Este mecanismo de la doble preferencia de género ha sido objeto de debate más recientemente con ocasión de la primera aplicación del art. 120, párrafo 2 de la Constitución que establece: “El Gobierno podrá suplir a los órganos de las Regiones, de las Ciudades, de las Provincias y de los Municipios en caso de inobservancia de normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria o bien de peligro grave para la incolumidad y seguridad pública, o cuando así lo exija la preservación de la unidad jurídica o económica y en particular la salvaguardia de los niveles básicos de las prestaciones relativas a derechos civiles y sociales, sin tener en cuenta para ello los límites territoriales de los órganos de gobierno local”.

Por lo tanto, me refero a una intervención del Gobierno que ha sido objeto de diversas críticas<sup>5</sup>: 1) en primer lugar porque el ins-

---

<sup>5</sup> Muchas y diferentes son las posiciones de la doctrina: Dickmann, Renzo (2020). *L'esercizio del potere sostitutivo con decreto-legge per garantire l'espressione della doppia preferenza di genere in occasione delle elezioni regionali in Puglia nel 2020*, en *Forumdiquadernicostituzionali.it*, 4/2020; Casanova, Daniele (2020). *Rifles-*

trumento de intervención sustitutiva del Estado no se había utilizado durante la fase de emergencia sanitaria para cuestiones que se han definido mucho más importantes que la cuestión de la doble preferencia; 2) una intervención con acto normativo, cuando la doctrina había interpretado mayoritariamente el art. 120 como poder sustitutivo desde el punto de vista administrativo y no legislativo; 3) una intervención con un decreto-ley que se inserta en el contenido de la ley electoral regional y que podría considerarse teóricamente en contraste con el límite de contenido de un decreto ley<sup>6</sup>. En definitiva, a pesar de todas estas dudas interpretativas, el gobierno ha tomado una dirección firme y decidida, primero con una advertencia del Primer Ministro (del 23 de julio de 2020), hacia la región de Puglia, a propuesta del Ministro de Asuntos Regionales y Autonomías y el Ministro de Igualdad de Oportunidades y Familia<sup>7</sup>, para adaptar las disposiciones de su ley electoral a los principios de garantía de género<sup>8</sup> y luego con la aprobación del decreto-ley núm. 68/2020 del 31 de julio. En realidad, la advertencia a la Región estuvo precedida por actos de contenido más suave, como una carta enviada el 5 de junio por el Ministro de Asuntos Regionales, “a través del Presidente de la Conferencia de Regiones y Provincias Autónomas”, dirigida a todas las regiones incumpli-

---

*sioni sulla legittimità della sostituzione legislativa da parte del governo ex art. 120 Cost. Note critiche a partire dal decreto legge núm. 86 del 2020, en Nomos, 3/2020; Corvaja, F. (2020). Preferenza di genere e sostituzione legislativa della regione Puglia: il fine giustifica il mezzo?, en Quad. cost., 3/2020, 609 ss.; Bissaro, Stefano (2020) parità di genere, autonomia regionale e potere sostitutivo del governo ex art. 120, secondo comma, Cost.: alcune riflessioni a partire dal caso della Regione Puglia, en Rivista del gruppo di Pisa, 1/2021, pp. 44-73.; Colasante, Paolo (2020). Il governo ‘riscrive’ la legge elettorale della Regione Puglia con la doppia preferenza di genere: profili problematici dell’esercizio del potere sostitutivo sulla potestà legislativa regionale, in federalismi.it, Federalismi.it, 25.*

<sup>6</sup> En particular con el límite contenido en el art. 15 de la Ley núm. 400 de 1988.

<sup>7</sup> Como exige el art. 8 de la Ley núm. 131/2003.

<sup>8</sup> Art. 4, párrafo 1, de la letra c) bis de la ley núm. 165/2004, modificada por la Ley núm. 20/2016.

doras y la información del Ministro de las Regiones, al Consejo de Ministros<sup>9</sup> con la que se invita además a las regiones a adaptarse.

Por lo tanto, la necesidad de la intervención del gobierno representa la posición extrema de una fuerte referencia a la implementación de los principios constitucionales y las limitaciones legislativas no respetadas con una disposición objetivamente fuerte, pero ciertamente de importancia, ya que representa la afirmación precisa del carácter preceptivo y no programado, tanto del art. 51 de la Constitución como del art. 117, párrafo 7 de la Constitución<sup>10</sup>.

Esto parece una historia extraordinaria del gobierno, el mismo gobierno que en esta legislatura ciertamente no ha brillado por la atención a los temas de género: pensemos en el primer gobierno de Conte en la primera fase de nombramientos institucionales (21 nombramientos en altos cargos institucionales y 21 hombres nombrados y ninguna mujer), también pensemos en Conte 2 y la primera fase de emergencia sanitaria donde los grupos de trabajo designados fueron hechos principalmente, si no exclusivamente, por hombres. Pero el mismo gobierno y presidente del Consejo utilizaron por primera vez un instrumento previsto por la constitución para garantizar la unidad jurídica de la República, que es la igualdad de derechos, precisamente para proteger la igualdad de género. Un resultado increíble.

### III. La doble preferencia de género

Pero ¿estamos seguros de que ese es el camino a seguir? ¿estamos seguros de que la doble preferencia de género es la solución

---

<sup>9</sup> En la reunión del 25 de junio y nuevamente con una nota del presidente del Consejo, el 3 de julio.

<sup>10</sup> Sobre el tema de la representación de género en las elecciones regionales véase Catelani, Elisabetta (2010). *Statuti regionali e tutela del principio delle pari opportunità: prime leggi regionali di attuazione*, en *Federalismi.it*, 7; Le Costituzionaliste (2020). *Il mancato adeguamento delle leggi elettorali regionali alle prescrizioni statali*, en *Rivista del gruppo di Pisa*, 2, 103 ss.

a todas las desigualdades o es solo un paliativo contra una enfermedad grave?

A pesar de la intervención de reemplazo del gobierno para Puglia y las intervenciones regulatorias *autónomas* de otras regiones (Liguria, Marche), los resultados de las elecciones regionales recién celebradas no son alentadoras, por lo que, se puede decir que el problema no ha cambiado.

Las siete regiones en las que se votó en 2020 muestran una representación femenina despiadadamente escasa y tambaleante, que se limita a una media del 22% del total de asambleas y que lucha por establecerse y consolidarse<sup>11</sup>.

Todo ello pone de relieve que una intervención regulatoria no es suficiente para solucionar el problema y, en particular, una intervención regulatoria impuesta y no deseada por los propios Consejos Regionales.

Esto, que quede claro, no hace que desaparezca la oportunidad de la intervención sustitutiva del Gobierno del artículo 120, párrafo 2 de la Constitución, no hace que desaparezca la necesidad de una legislación electoral antidiscriminatoria.

#### IV. Los problemas pendientes

Sin embargo, lo anterior no es suficiente y, por lo tanto, nos obliga a examinar cuáles pueden y deben ser los caminos ulteriores para alcanzar el objetivo de la igualdad. Igualdad que no se justifica solo por la aspiración de algunas mujeres a participar, a tener un puesto, sino un objetivo que caracteriza el tipo de democracia representativa que se pretende realizar. En la conclusión de este texto ciertamente no puedo abordar todas las cuestiones relacionadas

---

<sup>11</sup> Si solo se piensa, por ejemplo, que en el Consejo Regional – Asamblea Legislativa de Liguria se contará con menos mujeres que en las dos últimas legislaturas (volviendo así a la cifra de 2005); y que, en la Apulia, después de la muy discutida intervención de reemplazo por parte del gobierno, se vio la entrada de solo tres mujeres más en el organismo representativo regional.

con la crisis de la representación política, y en particular las divisiones de representación ligadas a la existencia misma de los partidos, pero si seguimos creyendo que la democracia representativa es (se puede decir, sigue siendo) la piedra angular fundamental de la organización de los Estados, es necesario que en esta *reconstrucción* de los elementos fundamentales de nuestra sociedad participen también las mujeres, no entendidas como una categoría (al igual que los inmigrantes, los negros, rojos, amarillos, autónomos, empleados, etc., puedo seguir adelante indefinidamente), sino como parte esencial de la sociedad, esa parte que durante siglos ha sido ignorada y que, por lo tanto, debe contar con las herramientas para restablecer esa diversidad de puntos de partida a los que muchas veces nos hemos referido. La base de todo está, en la constitución italiana, ese fantástico art. 3 que habría sido y es suficiente, por sí solo, para garantizar esa igualdad que quizás los mismos jueces hasta hace pocos años no habían percibido exactamente. Junto con el art. 51, de conformidad con su formulación de 2003 pero también con su formulación originaria, los derechos de las mujeres en el ámbito público están ampliamente garantizados.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano ha hecho también importantes pronunciamientos. Y no por casualidad, en este periodo, cabe recordar la *sentencia núm. 33/1960* de la Corte Constitucional italiana sobre el caso de la doctora Rosanna Oliva de Conciliis, una sentencia en la que el punto de referencia era precisamente el respeto del art. 51.

La Corte declaró la ilegitimidad de la *Ley núm.7 de 1919*, que impedía el acceso de las mujeres a las principales carreras y oficinas públicas. Una sentencia breve, bastante corta, pero linda y esencial. Esta sentencia puede considerarse *la clave* para permitir a las mujeres el acceso a los concursos públicos, porque además de la prefectura, que era el objeto de la cuestión de la constitucionalidad, la ampliación del acceso también está prevista para el poder judicial y para las actividades que entonces estaban prohibidas; mientras que solo hasta 1999 el acceso de las mujeres se extiende también

a la carrera militar. La sentencia de 1960 sobre el caso Oliva marcó el inicio del reconocimiento de la igualdad de acceso a las carreras públicas antes limitadas, y, por tanto, constituye el instrumento para garantizar la igualdad de las mujeres en el trabajo público.

Desde esa sentencia se ha recorrido un camino muy largo y complejo, que debemos agradecer a esa iniciativa de la doctora Rosanna Oliva, porque ha permitido realizar este lento cambio, cuyos efectos, aún débiles, hoy comenzamos a ver.

La transformación cultural de la sociedad es fundamental porque puede facilitar e impulsar el cambio, pero las herramientas regulatorias son fundamentales para hacer que pase, porque *el derecho construye género, pero el género construye derecho*.

Se dice con razón que no se trata del número de mujeres, sino de la calidad de todos los parlamentarios. Al fin estamos trabajando por lo que se puede llamar una democracia igualitaria, pero este objetivo aún no se ha cumplido plenamente y, sobre todo, no ha sido percibido por todos como fundamental. Seguramente en Italia y quizás en el mundo.

---

**Transfeminicidio: La sentencia de *Vicky Hernández y otras vs. Honduras* ante la Corte IDH [2021].**

**NATALIA MONTSERRAT DEL BOSQUE ORTIZ**  
**ANDRÉS APOLINAR VALDÉS SOTO**  
*Universidad Autónoma de Coahuila*

*Por un mundo donde seamos socialmente iguales,  
humanamente diferentes y totalmente libres*  
(Rosa Luxemburgo)

SUMARIO: I. Introducción. II. Relación de los hechos. III. Consideraciones de la Corte IDH. 1. Consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación. 2. Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a las garantías judiciales, a la vida privada, a la libertad de expresión, al nombre, a la protección judicial, a la igualdad y no discriminación y a una vida libre de violencia. 3. Derecho a la integridad personal de las familiares de Vicky Hernández. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido que las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero, intersex y *queer* (LGBTIQ+) han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales<sup>1</sup>, debido a esto, esta sentencia que analizaremos a continuación se reviste de suma importancia en el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales y de la comunidad LGBTIQ+.

Cabe destacar que esta sentencia es la primera que reconoce la responsabilidad internacional de un Estado hablando en espe-

---

<sup>1</sup> Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 24 febrero 2012: párrs. 92 y 267.

cífico de Honduras por el caso de “un asesinato por prejuicio sobre identidad y expresión de género como mujer trans”<sup>2</sup>, sentando así un precedente internacional e histórico para el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres transexuales y la comunidad LGBTIQ+.

Aunado a lo anterior decidimos analizar esta sentencia por la importancia que recae la discusión de los nuevos temas de derecho internacional sobre derechos humanos y destacando la protección, así como la no discriminación de todas las personas y en este caso de la comunidad LGBTIQ+.

## II. Relación de los hechos

Vicky Hernández se encontraba en un contexto complicado debido al golpe de Estado del 28 de junio de 2009 en Honduras durante el cual se decretó un toque de queda, mismo día que se encontró muerta a la víctima, además cabe destacar que en la época en la cual tuvo lugar la muerte de Vicky Hernández, existía una situación general de discriminación y violencia sistematizada en contra de personas LGBTIQ+<sup>3</sup>.

La persistencia de actos de violencia en contra de las personas LGBTIQ+ desde el golpe de Estado en Honduras podrían corresponder a crímenes motivados por prejuicios, primordialmente provenientes de agentes policiales y guardias privados de seguridad<sup>4</sup>.

Ahora bien, hablando sobre Vicky Hernández, destacamos que estudió hasta sexto año de la educación primaria antes de verse obligada a dejar sus estudios para empezar a trabajar<sup>5</sup>. Vicky Hernández era una mujer trans y como tal, formaba parte de un

---

<sup>2</sup> Corte IDH, *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, 26 marzo 2021: párr. 72.

<sup>3</sup> *Ivi.*: párr.29

<sup>4</sup> Naciones Unidas, *Informe del relator especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos: Misión a Honduras*, A/HRC/22/47/Add.1, 13 diciembre 2012, párr. 90.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

colectivo particularmente discriminado, reducido a vivir en la marginalidad social por culpa de los prejuicios existentes y la falta del reconocimiento legal de su identidad de género. Además, era trabajadora sexual y reconocida activista dentro del “Colectivo Unidad Color Rosa”, el cual defiende los derechos humanos de las personas trans en Honduras. Esa organización es también especializada en virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia humana adquirido (VIH/SIDA).

Al momento de los hechos, Vicky era portadora de VIH y vivía con su madre, su prima y su sobrina en San Pedro Sula. Su madre expresó que, dos meses antes de su homicidio, fue víctima de agresión por un guardia de seguridad que le dio un machetazo en la cabeza y que, al acudir a la policía, los agentes le dijeron que por ellos se podía morir, razón por la cual posteriormente fue llevada al hospital. Vicky Hernández denunció ese hecho, pero el mismo no fue investigado por las autoridades<sup>6</sup>.

La madre de Vicky Hernández declaró que se había enterado el 29 de junio que su hija había fallecido por medio de una mujer trans llamada Alicia, la cual fue asesinada tiempo después.

Se concluyó como causa aparente de la muerte una laceración cerebral por perforación de arma de fuego. Su identidad fue registrada como desconocido de sexo masculino; en el acta se indica también el hallazgo de un preservativo aparentemente usado y, a siete metros de distancia, una ojiva de color gris<sup>7</sup>.

De las investigaciones realizadas por el Estado destacamos que fue negada su autopsia debido a que como antes mencionamos era portadora de VIH positiva, acto continuo, las diligencias

---

<sup>6</sup> Declaración por affidavit de Rosa Argelia Hernández Martínez (expediente de prueba, folio 1518).

<sup>7</sup> Dirección Nacional de Investigación Criminal. Acta de Levantamiento de Cadáver Número 1095'09 de Declaración por affidavit de Rosa Argelia Hernández Martínez (expediente de prueba, folio 1518).

solicitadas por la representante de las víctimas no fueron atendidas debidamente.

### III. Consideraciones de la Corte IDH

#### 1. Consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación

En el análisis de este caso es de suma importancia las consideraciones que realiza el tribunal acerca de que la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona son categorías protegidas por la Convención<sup>8</sup>.

En consecuencia, el Estado no puede actuar de forma discriminatoria en contra de una persona por motivo de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género<sup>9</sup>. A juicio de la Corte IDH, una de las formas más extremas de discriminación en contra de las personas LGBTIQ+ es la que se materializa en situaciones de violencia como lo fue el asesinato de Vicky Hernández<sup>10</sup>.

Dicha violencia perpetrada hacia la comunidad LGBTIQ+, a consideraciones de esta Corte IDH, manifiesta que es basada en prejuicios negativos hacia aquellas personas que resultan diferentes. Este tipo de violencia puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”<sup>11</sup>.

La Corte IDH ha señalado que la violencia contra las personas LGBTIQ+ ocurre normalmente con un fin simbólico el cual es, dar a conocer un mensaje de exclusión o subordinación a través de la

---

<sup>8</sup> Declaración por affidavit de Rosa Argelia Hernández Martínez (expediente de prueba, folio 1518), *supra*, párr 90.

<sup>9</sup> Corte IDH, *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 12 marzo 2020: párr. 90; Opinión consultiva Oc-18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 septiembre 2003: párrs. 100 y 101.

<sup>10</sup> Corte IDH, Opinión consultiva Oc-24/17, identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 noviembre 2017: párr. 36, y *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, *op. cit.*: párr. 91

<sup>11</sup> Corte IDH, *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, *op. cit.*: párr. 92.

víctima; esto con el propósito de anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos de la persona en cuestión, independientemente si la persona se identifica dentro de la comunidad LGBTIQ+. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio<sup>12</sup>.

En el presente caso Vicky Hernández se identificaba dentro de la comunidad LGBTIQ+ como mujer transexual, por lo cual vivió una discriminación basada en prejuicios con base en su identidad y expresión de género perpetuada principalmente por agentes del Estado, a lo cual llevo lamentablemente a su transfeminicidio.

*2. Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad, a las garantías judiciales, a la vida privada, a la libertad de expresión, al nombre, a la protección judicial, a la igualdad y no discriminación y a una vida libre de violencia*

En este apartado se hace notar que Vicky Hernández se encontraba en un especial estado de indefensión debido a que i) era una mujer transexual; ii) era una trabajadora sexual; iii) fue asesinada en un contexto de golpe de Estado específicamente un toque de queda; iv) existían situaciones concurrentes de violencia contra las personas de la comunidad LGBTIQ+, las cuales eran normalmente perpetuadas por agentes del Estado; v) dichos índices de violencia se vieron en aumento a partir del golpe de Estado; vi) anteriormente ella fue víctima de violencia mientras se encontraba trabajando; vii) Los casos de violencia en contra de las mujeres transexuales normalmente quedaban impunes.

---

<sup>12</sup> *Ivi.*: párr. 93, y Opinión consultiva Oc-24/17, op. cit.: párr. 79. Al respecto la Corte IDH ha destacado que “los discursos discriminatorios y las consiguientes actitudes que responden a ellos, con base en los estereotipos de heteronormatividad y cisnormatividad con distintos grados de radicalización, acaban generando la homofobia, lesbofobia y transfobia que impulsan los crímenes de odio”. Opinión Consultiva Oc- 24/17, op. cit.: párr. 47.

Además, suscitó en el caso de Vicky Hernández una falta de debida diligencia sobre las investigaciones de su muerte, una inobservancia del principio del plazo razonable, la falta de seguimiento de dicha investigación, la no participación de los familiares de Vicky Hernández en el proceso, la existencia de obstáculos normativos para llevar a cabo las investigaciones, la falta de perspectiva de género y la discriminación basada en estereotipos<sup>13</sup>.

Es por lo anterior, que la Corte IDH concluye que había indicios suficientes para declarar la responsabilidad internacional al Estado Hondureño por la violación al derecho a la vida en relación con el artículo 1.1, 5, 8 y 25 de la Convención Americana<sup>14</sup> en perjuicio de Vicky Hernández.

Es importante señalar que la Corte IDH considera que es razonable inferir que Vicky Hernández sufrió de violencia por motivos de género que culminaron en su muerte a razón de que; i) vivía en un contexto de discriminación contra las personas LGBTQ+ en Honduras; ii) Vicky fue encontrada a lado de un preservativo aparentemente usado; iii) su cuerpo fue expuesto en plena calle vestida con su atuendo de trabajadora sexual; iv) era una activista en pro de los derechos de la comunidad LGBTQ+; y v) su rostro se encontraba con heridas de naturaleza irregular<sup>15</sup>.

Estos prejuicios afectaron la objetividad de los funcionarios encargados de investigar las denuncias. La Corte IDH anteriormente se ha manifestado al respecto al reconocer que los prejuicios influyen en la percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, los estereotipos dan lugar a relaciones basadas en creencias preconcebidas y mitos en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de la justicia<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Corte IDH, *Vicky Hernández*, op. cit.: párr. 104.

<sup>14</sup> *Ivi.*: párr 101.

<sup>15</sup> *Ivi.*: párr 112.

<sup>16</sup> Corte IDH, *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, op. cit.: párr. 199. Asimismo, véase Corte IDH, *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, 24 agosto 2017: párr. 173; y *López Soto y otros vs. Venezuela*, 26 septiembre 2018: párr. 326.

En lo que concierne el derecho a la identidad de género, la Corte IDH ha indicado que el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género, se encuentra protegido por la Convención Americana a través de las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la vida privada (artículo 11.2), el reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18)<sup>17</sup>.

La Corte IDH realiza un estudio interesante entre la relación del derecho a la libertad con la identidad de género y sexual ya que esto implica la libertad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger la vida privada así como las circunstancias que den sentido a su existencia conforme a sus convicciones<sup>18</sup>. Por otra parte, el derecho a la identidad se encuentra protegido por el artículo 13 de la Convención Americana que reconoce el derecho a la libertad de expresión, el cual, debe ser respetado por el Estado para garantizar la individualidad de cada una de las personas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales a su personalidad<sup>19</sup>.

El caso de Vicky Hernández conllevó a violaciones a su derecho de definir de manera autónoma su identidad sexual y de género, ella no tuvo la oportunidad de reflejar su identidad de género ni su nombre en algún documento de identidad, lo cual tuvo un impacto significativo en las investigaciones al hacer caso omiso de su identidad de género, que causó una discriminación y exclusión social. Esto se encuentra protegido por la Convención Americana a través de disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.2), el derecho a la vida privada (artículo 11.2), al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y el derecho al nombre (artículo 18)<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Corte IDH, Opinión consultiva Oc-24/17, op cit.: párr. 115.

<sup>18</sup> *Ivi.*: párr. 101.

<sup>19</sup> *Ivi.*: párrs. 91, 96 y 101.

<sup>20</sup> Corte IDH, *Vicky Hernández*, op. cit.: párr. 124.

En este sentido la Corte IDH dice que el Estado debe garantizar que pueden ejercer sus derechos y contraer obligaciones en función de esta misma identidad, por lo que todas las personas tienen derecho a identificarse con las identidades de género diversas y ser reconocidas como tal. En el presente caso y por lo anteriormente expuesto es que el Estado de Honduras falló en su deber de proteger el derecho a la identidad y protección de género y por violar el deber de garantizar el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad personal, el derecho a la vida privada, a la libertad de expresión, y al nombre.

Ahora bien, la Corte IDH en su estudio sobre la violación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*) hace referencia a que la violencia de género se erige por un sistema patriarcal, el cual, incluye a las mujeres trans ya que dicha discriminación se encuentra basada en el género debido a una construcción social de identidades asignado socialmente a la mujer y al hombre<sup>21</sup>.

Continuando con el estudio antes expuesto, la Corte IDH concluye que la identidad de género en determinadas circunstancias como lo fue en el caso de Vicky Hernández al ser una mujer trans, constituye un factor que contribuye de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en género<sup>22</sup>. Es así, que la Corte IDH en este caso, de conformidad con lo anterior y atendiendo a una interpretación evolutiva llega a la conclusión de que el ámbito de aplicación de la convención de Belém Do Pará se refiere también a situaciones de violencia basada en su género en contra de las mujeres transexuales<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Corte IDH, *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 25 noviembre 2006: párr. 303; *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, 16 noviembre 2009: párr. 397; y *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, 24 junio 2020: párr. 113.

<sup>22</sup> Corte IDH, *op. cit.*: párr. 129.

<sup>23</sup> *Ivi.*: párr. 133.

El Estado de Honduras fue responsable por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal producidos en razón de la identidad de género de Vicky Hernández, mujer trans, trabajadora sexual, que vivía con VIH positivo y que desarrollaba una actividad en favor de las mujeres transexuales, características por las cuales, vivía en una situación de particular vulnerabilidad en donde confluyeron de forma interseccional múltiples factores de discriminación<sup>24</sup>.

### *3. Derecho a la integridad personal de las familiares de Vicky Hernández*

En el presente estudio, la Corte IDH señala que el Estado de Honduras es responsable por la afectación al derecho a la integridad de las familiares de la víctima Vicky Hernández por lo siguiente; i) la pérdida de un ser querido, ii) la ausencia de un esclarecimiento y una debida diligencia por parte del Estado así como la falta de sus derechos como victimas bajo la ley de Honduras, iii) el impacto del asesinato de Vicky Hernández en la situación económica de su familia<sup>25</sup>.

En la sentencia se reflejan las distintas declaraciones por parte de las familiares de la víctima, debido a las cuales la Corte IDH encuentra que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal, contenido en el artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de las familiares de Vicky Hernández, por el terrible dolor que fue su muerte, además de la situación constante de discriminación de la cual ella era víctima día con día, así como la impunidad en la que se encontraba dicho homicidio.

Ahora bien, hablando de la trascendencia que pudo tener la muerte de Vicky Hernández en la situación económica de sus familiares, las mismas fueron analizadas en el capítulo de las reparaciones del caso<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ivi.*: párr. 135.

<sup>25</sup> *Ivi.*: párr. 140.

<sup>26</sup> *Ivi.*: párrs. 159, 164 y 184.

#### IV. Conclusiones

Tras doce años de la terrible ejecución de Vicky Hernández, por primera vez la Corte IDH determinó la responsabilidad de un Estado por la muerte de una mujer transexual, publicando así su sentencia el día del orgullo LGBTQ+. La violencia contra las mujeres trans en la actualidad ha sido invisibilizada dejando de lado que las mujeres trans deben de tener una doble consideración como víctimas tanto por ser mujer y ser una persona transexual.

En el presente caso, Vicky Hernández, trabajadora sexual y reconocida activista en favor de los derechos de las personas de la comunidad LGBTQ+ fue víctima de la referida invisibilización en un contexto de violencia perpetrado principalmente por autoridades del Estado. Desde el día de su muerte y hasta la fecha, 122 personas transgénero y 389 miembros de la comunidad LGBTQ+ han sido asesinadas en Honduras, según datos de Cattrachas, una de las organizaciones no gubernamentales que impulsaron el caso de Vicky en la Corte IDH<sup>27</sup>.

En suma, esta sentencia sentó los precedentes necesarios para establecer el piso mínimo a seguir por parte de las autoridades al tener presente un caso de homicidio por razones de identidad de género, ya que el Estado debe garantizar en todo momento evitar utilizar estereotipos discriminatorios o cualquier otro acto que pueda resultar revictimizante para la víctima y sus familiares.

---

<sup>27</sup> Lorena Arroyo (2021): “La Corte Interamericana condena a Honduras por la muerte de una mujer transgénero”, en *El País*, 29 junio.

---

El “fiasco” del Tribunal Constitucional español perdiendo la oportunidad de introducir la perspectiva de género en materia de permisos por nacimiento y cuidado de menores: la STC 111/2018, de 17 de octubre.

MARÍA RUIZ DORADO  
*Universidad de Castilla - La Mancha*

*“Para la conciliación es fundamental cambiar mentalidades, no sólo leyes. La conciliación no es sólo de la mujer”*  
(Carmen Plaza Martín)

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Planteamiento de la *litis*. III. La decisión del Tribunal Constitucional Español. 1. *La especial trascendencia constitucional*. 2. *El fallo y motivación de la resolución*. IV. El voto particular disidente de la magistrada Balaguer Callejón. V. Algunas consideraciones críticas al respecto.

## I. Consideraciones previas

La igualdad, considerada tanto principio como derecho, y la prohibición de discriminación son los cimientos para la consecución de una verdadera equiparación en materia de género y no, como se empeñan algunos, de sexo.

En el ámbito laboral, pese a su reconocimiento tanto en la Constitución española (CE) de 1978 como en todos (o casi todos) los textos internacionales sobre derechos humanos siguen quedando grandes vestigios discriminatorios que relegan, si nos permiten la expresión, a *una categoría de segunda* a las mujeres frente a la arcaica y privilegiada posición que consuetudinariamente ocupaban (y en muchas ocasiones siguen ocupando) los varones.

Si bien es cierto que el movimiento feminista de los años 70<sup>1</sup> supuso el punto de inflexión que impulsó a las féminas a su incorporación al mundo laboral, el camino para llegar a la plena igualdad entre ambos géneros no está siendo fácil.

Muestra de ello es la sentencia objeto de estudio que, en pleno S. XXI, aún se sigue razonando en términos de *sexo* y no de *género*; cuestión que, como veremos, conlleva políticas fallidas de discriminación positiva y, por ende, leyes de igualdad con efectos adversos, incluso contrarios a las demandas sociales del momento.

## II. Planteamiento de la *litis*

Los hechos que generaron el recurso de amparo, promovido por Ignacio Álvarez Peralta y la Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA), objeto de la sentencia del Sumo garante e intérprete de la Constitución española se pueden sintetizar en:

El señor Peralta, que fue padre el 20 de septiembre de 2015, en virtud de lo preceptuado en aquel momento en el art. 48 bis del Estatuto de los Trabajadores<sup>2</sup> y de los arts. 133 octies – 133 decies del Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social<sup>3</sup>, disfrutó de un permiso de paternidad de 13 días y de una prestación de paternidad del 100 por 100 de la base reguladora diaria, por igual período temporal; frente al permiso y prestación de 16 semanas reconocido por maternidad.

Ignacio Álvarez, solicitó a la autoridad administrativa competente la ampliación y equiparación de la prestación de paternidad

---

<sup>1</sup> El movimiento feminista de la década de los 70 liderado, entre otras, por Simone Beauvoir reivindicaba el acceso de las mujeres en condiciones de igualdad y equidad a ámbitos reservados exclusivamente a los varones; ámbitos tales como: la política, la economía, el trabajo, etc. Al respecto véase: (Beauvoir 1949).

<sup>2</sup> Introducido por la disposición adicional décima de la L.O. 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>3</sup> Introducidos, también, por la disposición adicional décima de la L.O. 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

con la de maternidad en todos sus extremos (tanto de disfrute como de duración). La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) no emitió respuesta a dicha solicitud, por lo que la parte actora interpuso la reclamación previa ante dicha entidad, que tampoco obtuvo respuesta. Ante tal silencio, tanto Ignacio Álvarez como PPIINA presentaron una demanda ante el Juzgado de lo social n. 30 de Madrid, contra el INSS.

La pretensión de reconocimiento del derecho del demandante a la equiparación de la prestación de paternidad con respecto a la de maternidad se fundamentaba en:

La diferencia de trato dispensado en ambas prestaciones suponía un trato discriminatorio para los varones por razón sexo, contrario al art. 14 de la CE. Además, consideraban que dicha equiparación estaba directamente conectada con el principio de protección de la familia del art. 39 de la CE, en cuanto a la conciliación de las responsabilidades familiares se refiere. Finalmente, en caso de desestimar tal pretensión e invocando el derecho europeo, proponían el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Juzgado de lo social n. 30 de Madrid, desestimó las mencionadas pretensiones al entender que “el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad en relación con su duración no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación [...] Se trata de situaciones jurídicas distintas que justifican el trato desigual fundado en razones objetivas, como son las derivadas del hecho biológico de maternidad”. Alegando, con el objetivo de motivar la denegación del planteamiento de la cuestión prejudicial, que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que se trata de una diferenciación legítima conforme a la normativa comunitaria”.

Sucesivamente, los citados actores interpusieron recurso de suplicación (n. 423/2017), que fue desestimado por sentencia de 30

de junio de 2017 de la Sección 1ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Una vez agotada la vía judicial ordinaria, los demandantes interpusieron el recurso de amparo contra las mencionadas sentencias y contra las decisiones administrativas precedentes, alegando la posible vulneración de:

- a) Los arts. 14 (derecho a la igualdad y prohibición de discriminación) y 39 (principio de protección de la familia) de la CE, habida cuenta de que la denegación de la equiparación entre ambos permisos supone: “un trato desigual carente de justificación razonable y no proporcionada” y un impacto negativo para “el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”. Especialmente aluden que tal vulneración deriva de la interpretación literal y formalista de la normativa en lugar de una interpretación conforme al contenido de los derechos fundamentales en juego.
- b) El art. 18 de la CE en relación con el art. 39 de la norma fundamental, en tanto en cuanto, el progenitor varón tiene derecho a crear un vínculo derivado de las relaciones con su hijo en términos iguales que la progenitora, lo que entiende integrado en el derecho al desarrollo de su vida personal y familiar.
- c) El art. 24.1 de la CE, puesto que los órganos judiciales (especialmente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid): en primer lugar “limitan el derecho a la prueba” (falta de motivación de la denegación de la revisión de los hechos probados) y no “argumenta los motivos por los que decide no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Tras analizar la demanda de amparo, así como la concurrencia de la especial transcendencia constitucional, el Pleno del Tribunal Constitucional español acordó admitir a trámite el citado recurso por providencia de 10 de abril de 2018.

### III. La decisión del Tribunal Constitucional Español

#### 1. *La especial transcendencia constitucional*

Debemos partir de la premisa que, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se modificaron algunas cuestiones relativas al recurso de amparo tendente a un modelo de *Certiorari*. En este sentido, se incorporó como requisito *sine qua non* para su admisión y trámite, que la demanda de amparo ha de prever y justificar que el objeto de litigio goza de especial transcendencia constitucional (arts. 49.1 y 50.1 LOTC)<sup>4</sup>.

Centrándonos en el caso objeto de estudio, como anticipábamos, la demanda de amparo fue admitida por el Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 10 de abril de 2018, estableciendo expresamente que concurría en el mismo la especial transcendencia constitucional por los siguientes motivos:

“1º Porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o modificar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 b)].

2º La posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general [STC 155/2009, FJ 2 e)].

3º El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica relevante, que general repercusión social o económica”.

---

<sup>4</sup> Para un estudio en profundidad del requisito de la especial transcendencia constitucional, en doctrina, *consúltese* en jurisprudencia: ATC 188/2008, de 21 de julio (FJ. 3); ATC 187/2010, de 29 de noviembre (FJ. único); ATC 29/2011, de 17 de marzo (FJ. 3); STC 128/2014, de 21 de julio (FJ. 2); STC 83/2016, de 28 de abril (FJ. 2); entre otras.

Como se puede observar, esta motivación de la existencia del requisito de la especial trascendencia constitucional dio lugar a una esperanza a los demandantes (e incluso a la sociedad española<sup>5</sup>) de que el Tribunal Constitucional español se empoderase y razonase, en esta materia, en términos de género y no de sexo; es decir, que introdujese en el ordenamiento jurídico laboral y social español la perspectiva de género y no se limitase a reducir la cuestión a las diferencias biológicas. E, incluso, podría considerarse que el Alto Tribunal abordaría la cuestión no solo desde el punto de vista de discriminación del varón (que hace a la sentencia casi irrefutable) sino también desde la discriminación indirecta a la mujer como establece el voto particular que analizaremos con posterioridad.

Todo ello hubiese conllevado que, más allá de limitarse a resolver el recurso de amparo por cuestiones materiales, el Tribunal Constitucional español hubiese tenido que plantear una cuestión interna de constitucionalidad (art. 55.2 LOTC) como parecía anunciar implícitamente la motivación de admisibilidad expuesta con precedencia; puesto que la presunta vulneración no podría atribuirse a la actuación de los órganos administrativos y judiciales implicados, sino que derivaría de la propia ley aplicable a este supuesto.

## *2. El fallo y motivación de la resolución*

Una vez oídas las alegaciones de las partes del proceso (el demandante, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y el Ministerio Fiscal), mediante providencia de 16 de octubre de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia para el día 17 de octubre de 2018.

Finalmente, en el día citado, el Tribunal Constitucional español emitió sentencia desestimatoria del recurso de amparo inter-

---

<sup>5</sup> Cabe advertir que, como el propio Tribunal Constitucional español afirma en la sentencia objeto de análisis (F.J. 3), “es notorio asimismo que existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso de paternidad (y la prestación a la seguridad social correspondiente), incluso hasta su equiparación con el permiso por maternidad”.

puesto por Ignacio Álvarez y la Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPIINA); considerando los siguientes extremos:

Que no se ha vulnerado el art. 24.1 CE, habida cuenta de que en lo referente a la limitación del derecho de prueba el Tribunal Constitucional detecta que “esta queja encubre la mera discrepancia de los demandantes con la valoración de la prueba llevada a cabo por los órganos judiciales, en el legítimo ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 CE)”. Y, respecto a la denegación al planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, el Sumo garante e intérprete de la Constitución española entiende justificada la motivación aportada por la sentencia de suplicación que se remite a la Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013 (Asunto *Betriu Montull vs INSS*)<sup>6</sup>. Acotando, de esta forma, el objeto del recurso de amparo a determinar si las diferentes resoluciones, tanto administrativas como judiciales, son constitutivas de una violación del art. 14 CE (derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir indefensión por razón de sexo) y del art. 39 CE en relación con el primer precepto constitucional.

Para ello, remontándose a su *sentencia 22/1981* de 2 de julio y a la doctrina del Tribunal EDH, parte de la premisa de que “el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo [...] supone una violación del art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello” (F.J. 4).

Centrándose en los dos permisos que se pretenden equiparar (paternidad y maternidad), el Tribunal Constitucional español recuerda las diferentes finalidades a las que obedece dichos permisos; dicho de otro modo: mientras que el permiso de paternidad consti-

---

<sup>6</sup> Véase F.J. 1 de la sentencia objeto de análisis.

tuye una medida para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del padre; el permiso de maternidad persigue, por un lado, la protección de la salud de la mujer trabajadora (de ahí la obligatoriedad como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al parto) y, por otro lado, la citada conciliación (StC 75/2011, de 19 de mayo: FFJJ. 3 y 4).

Y, si bien resulta indiscutible la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos menores de los progenitores (*ex. Art. 39. 3 CE*), remitiéndose a su doctrina, el Tribunal Constitucional reitera que “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (StC 109/1993, de 25 de marzo: F.J. 4)<sup>7</sup>.”

En definitiva, el Alto Tribunal atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes y al carácter relacional predicable del juicio de igualdad considera que no existe la violación invocada por los demandantes, puesto que el permiso de maternidad persigue primordialmente la protección de la salud de la progenitora fémina, mientras que el permiso de paternidad va orientado a la responsabilidad en el cuidado de los hijos menores; cuestión que supone supuesto de hecho distintos que no se pueden equiparar, a juicio del Tribunal, por cuestiones biológicas.

#### IV. El voto particular disidente de la magistrada Balaguer Callejón

No podemos finalizar el presente comentario sin realizar un breve análisis del voto particular discrepante de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la StC 111/2018, de 17 de octubre. En él la citada Magistrada se muestra bastante crítica con la posición mayoritaria que respalda el fallo de la sentencia, considerando que el Tribunal Constitucional ha mantenido una postura “ajena a una realidad mucho más compleja”.

---

<sup>7</sup> En sentido similar: StC 324/2006, de 20 de noviembre (F.J. 6).

En primer lugar, la Magistrada reprocha al Alto Tribunal, a través de su voto disidente, el hecho de que no hubiese planteado la cuestión interna de constitucionalidad en relación con la eventual (a su juicio clara) vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE y de la garantía de la protección de la familia prevista en el art. 39 CE en relación con el primer precepto, proveniente del art. 48 bis del Estatuto de los Trabajadores (en la redacción introducida por la disposición adicional decimotercera de la *Ley 3/2007*, de 22 de marzo) y de los correlativos arts. 133 octies y decies de la Ley General de la Seguridad Social (incorporados por la disposición adicional decimoctava de la citada ley orgánica de igualdad).

A continuación, la Magistrada Balaguer Callejón, reconociendo que desde la perspectiva de las diferencias biológicas presentes en ambos permisos la sentencia no resulta refutable, cuestiona que el Tribunal Constitucional haya abordado el tema desde la perspectiva de sexo y no de género. Considera que el se ha perdido la perfecta oportunidad (en sus palabras "excepcional") de analizar como dichas medidas de protección de la parentalidad y, en concreto, la del permiso de maternidad pueden suponer un impacto negativo en el tratamiento igualitario de las mujeres en el marco del mercado laboral. En este sentido, la citada Magistrada afirma que:

"Con esta sentencia, el Tribunal ha perdido la ocasión de explicar por qué las medidas de protección de la parentalidad, cuando se asocian exclusivamente con una naturaleza reforzada a las mujeres, si bien pueden suponer una garantía relativa para quienes ya están en el mercado laboral, sin duda se erigen como una clara barrera de entrada frente a quienes están fuera y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generan un efecto de desincentivo en quien contrata que solo afecta a las mujeres, y que, por tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral.

Pierde el Tribunal, por tanto, la ocasión de diferenciar, de forma clara, entre los objetivos y finalidades con proyección constitu-

cional asociados a las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad —en conexión con los artículos 15 y 43 CE—, y las finalidades, con igual cabida constitucional, asociadas tanto a la garantía de igualdad de trato en el mercado laboral —artículos 14 y 35.1 CE—, como al desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y personal —artículo 18 CE— que deben ser proyectadas, sin ninguna diferencia, a los hombres y a las mujeres que tienen descendencia, a riesgo de convertirse, de no ser así, en medidas generadoras de discriminación indirecta”.

Y, refuerza su reproche, sosteniendo que resulta errada la remisión al razonamiento establecido en la STC 75 /2011, de 19 de mayo, puesto que no se trata de la cesión de la baja de maternidad (“atribuido en su integridad a la mujer trabajadora, y que como derecho propio puede ser cedido en determinadas circunstancias”), sino de determinar, si una vez reconocido el permiso por paternidad, la no equiparación con el de maternidad resulta razonable y proporcionado. Cuestión que ella considera en sentido negativo y que sostiene que:

“si tal diferenciación [por razón de sexo] es constitucionalmente admisible a la luz del art. 15 CE hubiera exigido que el Tribunal definiera, de modo distinto al que lo hace, cual es la naturaleza “constitucional” de dichos permisos, es decir, cual es el bien protegido, para determinar si la distinción establecida entre hombres y mujeres en el disfrute de los permisos está o no justificada, sometiendo esta evidente diferencia de trato al test de legitimidad, racionalidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Tal análisis, efectuado sobre la base de los razonamientos previos, hubiera debido llevar a la estimación del recurso de amparo, y a la declaración de la inconstitucionalidad de los preceptos legales en cuestión”.

Por último, el voto particular no deja escapar la ocasión para reflejar el malestar de quién lo emite en relación con la pérdida de la ocasión de vincular los permisos de parentalidad que tienen como objetivo común la protección de la vida personal, familiar

y laboral con el disfrute del derecho fundamental a la vida familiar. Derecho a la vida familiar que, en nuestra opinión, de forma acertada también atribuye a los niños y niñas.

#### V. Algunas consideraciones críticas al respecto

Del tenor literal del título que hemos otorgado a esta contribución se desprende nuestra postura disconforme con la STC 111/2018, de 17 de octubre. Esta sentencia, a nuestro juicio, supuso una desilusión (un “fiasco”) para las expectativas y las demandas de la mayor parte de la población española que, posteriormente, se repitió en la STC 2/2019, de 14 de enero.

Abordar la cuestión de la equiparación de los permisos de parentalidad desde una perspectiva de sexo y no de género, como hemos anticipado, supone sostener una postura *corta de miras*. Hay que considerar que se está implementando adecuadamente una política de discriminación positiva en favor de las mujeres mediante la aprobación de una ley de igualdad que le concede ciertos privilegios por razones primordialmente biológicas, sin observar la realidad que le rodea supone un grave error; error que implica consecuencias negativas para el colectivo que se intenta proteger con la medida en cuestión.

Resulta evidente que, desde la perspectiva de sexo, la sentencia es prácticamente irrefutable: no existe discriminación del varón frente a la mujer porque la situación de hecho es distinta por cuestiones biológica y, a su vez, las finalidades perseguidas no son idénticas. Sin embargo, coincidiendo plenamente con el voto particular de la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, la cuestión es más compleja puesto que no sólo se puede alegar una discriminación del hombre frente a la mujer, sino que a su vez conlleva un impacto negativo de la posición de la mujer en el mundo laboral constitutiva de una discriminación, si se quiere, indirecta.

Es indiscutible que un empresario a la hora de contratar a una mujer tendrá mayores reticencias en cuanto su posible eventual maternidad, no sólo por el periodo de embarazo y sus riesgos, sino por el periodo de baja por maternidad que deberá soportar.

Finalmente, no podemos concluir sin advertir, en la línea expresada por el voto particular disidente, que la sentencia se centra en los derechos de los progenitores, sin atender los derechos de los menores implicados. Los vínculos paternos-filiales resultan imprescindibles sobre todo en los primeros meses, por lo que a su vez se estaría, por un lado, limitando el derecho del menor al disfrute de su vida familiar en relación con su figura paterna; y, por otro lado, desvirtuando la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de sus descendientes menores, recayendo principalmente en la figura materna.

Afortunadamente, el legislador español se hizo eco de tales demandas sociales que el Tribunal Constitucional no pudo por cuestiones materiales (o no quiso) atender y promulgó el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación por el que, entre otras medidas, se suprime los permisos de maternidad y paternidad en favor de un nuevo permiso por nacimiento para ambos progenitores que es: de titularidad individual, ejercicio intransferible, duración igual y remuneración íntegra.

---

## Problematización sobre las barreras del esquema de Seguridad Social para las personas con discapacidad en México

MARINA GUADALUPE SOL JURAZ

*Universidad de Guadalajara*

De acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) una persona discapacitada es aquella que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras [externas o sociales]<sup>1</sup>, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Esto quiere decir que un gran número de personas puede incluirse dentro de dicha definición, sin embargo, no es intención del presente artículo encerrar en conceptos a seres humanos, únicamente se pretende hablar de una de las barreras aparentemente invisibles a las que se enfrentan las personas con discapacidad, esto es el acceso a la seguridad social.

Según el Censo de Población 2010, en México un total de 5 millones 739 mil 270 habitantes del país presentaban discapacidad. Es decir, estas personas no pueden o tienen mucha dificultad para hacer alguna de las ocho actividades evaluadas: caminar, subir o bajar usando sus piernas; ver (aunque use lentes); mover o usar sus brazos o manos; aprender, recordar o concentrarse; escuchar (aunque use aparato auditivo); bañarse, vestirse o comer; hablar o comunicarse; y problemas emocionales o mentales (Instituto Nacional de Estadística y Geografía 2010). Según el Censo del año 2020 esta población es de 6 millones 179 mil 890 personas considerando únicamente aquellas que no pueden o tienen mucha dificultad para hacer las actividades mencionadas, pues si agregamos a aquellas que realizan esas actividades con poca dificultad habría que contemplar 13 millones 934 mil 448 personas más dando

---

<sup>1</sup> El texto entre corchete no forma parte de la redacción de la convención, fue agregado por la autora del presente artículo.

un total de 20 millones 836 mil 108 personas (Instituto Nacional de Estadística y geografía 2021).

El incremento en el número de personas contempladas en los censos de población puede ser consecuencia del mejor entendimiento de lo que hoy en día se conoce como discapacidad ya que el marco conceptual que establece la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad se introdujo en el año 2006 y permitió visibilizar todas esas barreras sociales a las que se enfrentan las personas por condiciones motrices, visuales, auditivas, sensoriales y mentales, es decir, no todas las discapacidades se experimentan de la misma forma ni intensidad.

Ahora bien, lo primero que nos interesa saber son las siguientes cuestiones: ¿es posible saber cuántas de estas personas tienen garantizado el acceso a su derecho a la seguridad social? ¿Cuántos de ellos tienen empleos y si estos empleos son formales o informales? ¿Tienen garantizado sus derechos a la asistencia y el cuidado? Comencemos a buscar respuestas.

En materia de seguridad social, México cuenta con un marco jurídico que empieza por el artículo 123 de la Constitución Política del país y sigue con la Ley del Seguro social y la Ley Federal del Trabajo. El apartado a) del citado artículo constitucional hace referencia a los derechos de las y los trabajadores en general y el apartado b) a las y los trabajadores al servicio del Estado. Ambos tipos de trabajo debe tener garantizado el acceso a la seguridad social, para ello, se crearon dos instituciones: el Instituto Mexicano del Seguro Social (Imss) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (IssSTE), aunque también se permiten esquemas de seguridad social independientes, siempre y cuando respeten o superen las prestaciones que la ley demanda. Aquí nos centraremos en lo estipulado para los trabajadores en general, pues abarca el mayor número de habitantes, además ambas instituciones comparten un cuadro básico de prestaciones de seguridad social.

Así pues, la constitución nos dice que:

“Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares”<sup>2</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con el segundo artículo de la Ley de Seguridad Social, esta tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

La seguridad social en México comprende un régimen obligatorio para trabajadores asalariados y uno voluntario para todas las familias de México que requieran cobertura de salud, además podrán inscribirse voluntariamente al régimen obligatorio las y los trabajadores por cuenta propia que deseen cobertura, así pues la seguridad social puede ser comprendida como un derecho que forma parte del derecho al trabajo, pero en realidad debe ser garantizada para todas las familias mexicanas pues se utiliza como una herramienta para garantizar el acceso a un núcleo básico de derechos humanos como son la salud, el nivel de vida adecuado y la dignidad de las personas.

Los seguros del régimen obligatorio son 5: Riesgo de trabajo; enfermedad y maternidad; invalidez y vida; Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez y Guarderías y prestaciones sociales.

---

<sup>2</sup> Art 123, A) fracción XXIX. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este artículo centra atención específicamente en esas luchas por los derechos de la seguridad social de un grupo de trabajadores y trabajadoras: las personas con discapacidad.

Comencemos con las personas con discapacidad que hoy en día, tienen acceso en México a servicios médicos. De acuerdo con el censo de población 2020 la afiliación a servicios de salud a Nivel Nacional de personas con discapacidad es el siguiente:

Cuadro de afiliación a servicios de salud para las personas con discapacidad en México <sup>3</sup>			
Total de personas	Afiliadas	No afiliadas	No especificado
6'179,890	4'703,057	1'474,811	2,022
Mujeres discapacitadas	Afiliadas	No afiliadas	No especificado
3'275,692	2'538,944	735,876	872
Hombres discapacitados	Afiliados	No Afiliados	No especificado
2'904,198	2'164,113	738,935	1,150

De la información presentada se desprende que más de un millón de personas discapacitadas no están afiliadas a servicios de salud pública. Aquí viene a bien aclarar que bien pudiera ser que estas personas no gocen del servicio debido al desempleo, trabajos informales o precarios o a que no obtengan dichos servicios del sector público. Además, se desconoce el origen de afiliación de los otros cuatro millones de personas, es decir, si forman parte de un régimen obligatorio, voluntario o si son beneficiarios.

Según la encuesta Nacional Sobre Discriminación 2017 las personas con discapacidad de 6 años en adelante utiliza principalmente los servicios médicos de la siguiente manera:

<sup>3</sup> Cuadro de elaboración propia a partir de los datos del Censo Nacional de Vivienda y Población 2020 (Instituto Nacional de Estadística y Geografía 2021).

Porcentaje de población %	Servicio de salud <sup>4</sup>
38.4	Seguro Popular <sup>5</sup>
39.8	IMSS, ISSSTE, PEMEX y Ejército Nacional o Marina
12.4	Sector privado
7.4	Consultorio de farmacia (privado informal)
1.5	No recibe atención

Esto quiere decir, que, si aproximadamente el 40% de personas con discapacidad se atiende mediante el seguro proporcionado por la fuente laboral, es decir IMSS, ISSSTE, PEMEX y Ejército Nacional o Marina, también deben tener acceso a un cuadro básico de prestaciones, que como se plantea a lo largo de este documento no es el adecuado para sus necesidades.

En cuanto a las prestaciones en especie, es decir, el acceso a la pensión, el Instituto Mexicano del Seguro Social reporta que hasta el mes de octubre del año 2020 el número de pensionados vigentes por incapacidad parcial era de 247,000 y por incapacidad total la cantidad es de 9,717. ¿se puede interpretar que todas estas personas tienen una discapacidad? Antes que nada, es preciso decir que no se pretende equiparar ninguna forma de discapacidad con el término de invalidez, pues el mero término es un atentado en contra de la dignidad de las personas ya que no existen personas cuyo valor pueda ser anulado, mucho menos si el parámetro que se utiliza es el de la capacidad para desempeñar una actividad laboral, pues las personas valemos por nuestra sola existencia y, además, somos sujetos de derecho por el simple hecho de vivir en sociedad.

<sup>4</sup> Cuadro de elaboración propia a partir del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (2014).

<sup>5</sup> Cabe aclarar que en la actualidad el seguro popular ya no existe.

A pesar que la palabra invalidez aún se utiliza en la constitución, tal redacción va encaminada a proteger a la persona de todos los abusos que hasta ese momento había cometido el capital en su contra. Recordemos que la constitución vigente fue escrita en un momento post revolución mexicana y antes de que el pueblo se alzara en armas, imperaba una opresión gigantesca sobre la clase trabajadora, en su mayoría de origen campesino-indígena, a través de la empresa de la esclavitud que le ayudó a políticos y hacendados de Heineken, azúcar y algodón a acumular grandes cantidades de capital a costa del cuerpo, vida y sangre de nuestro pueblo (Turner 2014).

En consecuencia, la invalidez no era un término que estuviera en disputa pues se pensaba como una prestación que asegurara el sustento de una persona en caso de sufrir un padecimiento que ya no le permitiera trabajar, así pues el esquema del derecho mexicano gira en torno al concepto de incapacidad o invalidez [para el trabajo], y el Estado está obligado a proporcionar una pensión por invalidez y también en caso de enfermedad para cuando las personas sufran alguna condición médica que les impida realizar su actividad laboral. Estas pensiones pueden ser temporales o permanentes. Muchas de las personas que sufren discapacidad severa, quedan imposibilitadas para desempeñar un trabajo, otras requieren modificar su actividad laboral y/o adaptarla para poder continuar ejerciéndola. Por eso, tener prestaciones de seguridad social se vuelve relevante ante la discapacidad, pues se presume que estas personas requieren asistencia médica, cuidados y prestaciones en especie y en dinero que les permitan acceder a una vida digna.

Es importante aclarar que la Ley del Seguro social exige para el pago de pensión por invalidez que la persona no “padezca un estado de invalidez anterior a su afiliación al régimen obligatorio”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Artículo 123 de la Ley del Seguro social: No se tiene derecho a disfrutar de pensión de invalidez, cuando el asegurado: I. Por sí o de acuerdo con otra persona se haya provocado intencionalmente la invalidez; II. Resulte responsable del delito intencional que originó la invalidez, y III. Padezca un estado de invalidez

Así que, la invalidez y la discapacidad son figuras totalmente distintas, pero que pueden estar relacionadas si es que la persona adquiere una discapacidad posterior a incorporarse a un régimen de seguro social.

Otra prestación es el retiro, es decir, después de ciertos años cumplidos de trabajo la persona suspende la actividad laboral y se hace acreedora de una prestación económica por los años de trabajo. Otra prestación es la de asegurar el servicio médico y de pensión en caso de defunción a familiares, es decir tener beneficiarios. Está claro que estas prestaciones deben de estar garantizadas para todas las personas incluidas aquellas con discapacidad, pero creo que debe haber adecuaciones para que estas últimas puedan ejercer mejor sus derechos.

La primera adecuación debería de ser la que hace referencia a los montos de las pensiones y es que, para adquirir una pensión por invalidez una persona debe haber cotizado 250 semanas o 150 semanas para los casos en que la invalidez sea del 75% o más<sup>7</sup>. Es decir, alrededor de 5 años en el primer caso y 3 años para el segundo. Si cumple con ese requisito, entonces el Instituto promedia el salario de cotización de las últimas 500 semanas, si es que las hay, si no de las 250 o 150 semanas, según sea el caso y de la cantidad resultante calcula el 35% para obtener la cuantía de la pensión.

La sola idea de disminuir el 65% del promedio de salario base para una persona cuyo padecimiento seguramente incrementará sus necesidades para tener una vida digna es cuestionable si no es que injusta, aún más real se percibe cuando obtenemos cantidades líquidas. ¿de dónde se sacó la idea de que al padecer una discapacidad las necesidades financieras de una persona disminuyen hasta en el 65%?

---

anterior a su afiliación al régimen obligatorio.

<sup>7</sup> Tal porcentaje se refiere a las limitaciones físicas o mentales que padece la persona para realizar la actividad laboral.

Claro está que no todas las personas cotizan con el mínimo, ni están sujetas a este régimen pues la Ley del Seguro Social de 1973 manejaba otros porcentajes, sin embargo, en ambos regímenes se maneja bajo la premisa de que todas las discapacidades: total, parcial, permanente o temporal requieren una disminución del ingreso de la persona. Esto, quizá, porque no están pensados bajo el marco de proporcionalidad y necesidad que exige cualquier perspectiva basada en los derechos humanos de las personas, sino que más se conciben como una concesión del capital hacia la fuerza de trabajo que ya no le es útil.

Viendo las cosas de esta manera vendría bien preguntarse si las personas que por enfermedad general caen en una situación de discapacidad pasan por un proceso de empobrecimiento que genera una discriminación por razón de su discapacidad. La respuesta parece evidente, sin embargo, para entender bien cómo sucede y qué tanto afecta a las familias mexicanas lo establecido en la legislación, se requiere hacer estudios que nos indiquen cómo viven las familias de personas que adquieren una pensión de esta naturaleza y cómo esa nueva situación de salud impacta sus economías.

La segunda adecuación tiene que ver con los requisitos para el registro de beneficiarios. De acuerdo con la Ley del Seguro social, las personas que un trabajador o trabajadora puede registrar como beneficiarias para adquirir servicios de atención médica son:

- 1) Cónyuges o Concubenarios.
- 2) Hijos e hijas menores de 16 años o hasta los 25 en caso de no poder mantenerse o estar estudiando.
- 3) Hijos e hijas que padezcan enfermedad crónica o tengan alguna discapacidad hasta en tanto no desaparezca la discapacidad.
- 4) Los hijos mayores de dieciséis años de los pensionados por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares, así como los de los pensionados por incapacidad permanente.

## 5) Madre o padre que vivan en el hogar del trabajador.

Pareciera que esta redacción abarca un núcleo familiar básico y tradicional, pero ¿qué pasa con el resto de modelos de familia? De acuerdo con el artículo 4 constitucional párrafo IV y artículo 2 de la Ley del Seguro social el derecho a la salud debe estar garantizado por el Estado y la protección de la seguridad social para las y los trabajadores debe extenderse a sus familiares. La citada ley enlista una serie de relaciones familiares que están incluidas dentro del régimen de protección del trabajador o trabajadora y que, de manera implícita, excluye a todas aquellas que no estén listadas ahí, lo cual es inconstitucional pues afecta el libre desarrollo de la personalidad y el derecho al cuidado de las personas con discapacidad si tomamos en cuenta que la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de que existen distintos tipos de familia y que las personas tienen la más amplia facultad de elegir libremente de qué manera se compondrán sus núcleos familiares.

Así es que tal determinación resulta violatoria del derecho al libre desarrollo personalidad pues solamente permite que el trabajador pueda asegurar a familiares del núcleo tradicional de la familia, es decir, solo protege el parentesco entre padres e hijos y el que nace del vínculo matrimonial, dejando totalmente fuera aquellas personas que deciden no formar una familia con fines reproductivos y/o de relación paterno/materno filial.

En este sentido, la exclusión que hace la ley de las distintas composiciones familiares de las y los trabajadores pone en un estado especial de vulnerabilidad a las personas con discapacidad que no formaron una familia dentro del marco de la llamada familia tradicional ya que, en estos casos asumen su cuidado otros miembros familiares que merecen tener protección de la seguridad social de la que goza el trabajador o trabajadora debido a la naturaleza de la atención prestada.

De acuerdo con el artículo 19 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, las personas con disca-

pacidad tienen derecho a decidir dónde, cómo y con quién vivir. Asimismo, el Estado debe proporcionar una serie de servicios de asistencia, incluida la de tipo personal, para facilitar su existencia e inclusión en la comunidad.

Asimismo, el planteamiento legislativo no es compatible con el modelo social de la discapacidad puesto que indica qué sucede si la persona discapacitada no puede mantenerse, pero omite señalar qué sucede cuando la persona discapacitada no es dependiente económico sino por el contrario, es quien asume los gastos de manutención de su persona y de otras personas. El precepto en mención contempla que una persona con discapacidad puede ser beneficiaria de un asegurado o asegurada cuando no puede mantenerse por motivo de su discapacidad, pero no contempla el supuesto de asegurar a las personas cuidadoras independiente de su filiación o parentesco. Reforzando así estereotipos que presumen que las personas discapacitadas siempre serán dependientes de otros.

Al no permitir la incorporación a los servicios médicos de las y los cuidadores de personas con discapacidad como beneficiarios independientemente del parentesco que tengan, el Estado incumple con su obligación de garantizar el derecho a la asistencia personal para las personas con discapacidad.

Para ejemplificar los problemas que esta cartera tan reducida de beneficiarios puede traer, les expongo el caso de una mujer que sufrió parálisis total de sus extremidades a la edad de 40 años. Cuando su discapacidad comenzó ella vivía con su madre, un hermano y una prima que había venido a vivir con ellos debido a un problema familiar. Sus hermanas, ya casadas todas, asumieron parte de sus cuidados durante el día, pero su cuidado nocturno lo asumió su prima, pasaron 20 años y poco a poco la responsabilidad de cuidado fue pasando más y más a la prima hasta el punto en que ella es quien pasa las 24 horas del día a su lado.

El problema es que su cuidadora de cabecera dejó la actividad laboral para dedicarse al cuidado y hoy en día no cuenta con nin-

gún seguro médico, ni prestación, lo que significa que si llegara a enfermar sería la persona con discapacidad quien asumiría los gastos. Además, si la mujer con discapacidad llegara a fallecer su cuidadora, no tendría derecho a recibir ninguna pensión y quedaría en total desamparo. ¿Quiénes asumen la labor de cuidado de las personas con discapacidad en México? La mayoría de veces, las familias, particularmente las mujeres del núcleo familiar, pero si estas relaciones de cuidado no están integradas en un modelo básico de esposos, padres e hijos, no pueden acceder ni siquiera al seguro médico.

Así se considera que una buena adecuación a la ley que protegería, en parte, el derecho a los cuidados de las personas con discapacidad es la posibilidad de registrar como beneficiarios a sus cuidadores, independientemente del parentesco, siempre y cuando no sean cuidadores a sueldo porque en ese caso tendrían que garantizarles todas las prestaciones que como trabajadoras o trabajadores les correspondería. Es decir, cuando uno o varios integrantes de la familia asumen la labor de cuidado de una persona con discapacidad que tiene acceso a la seguridad social, ellos también deberían poder ser beneficiarios del asegurado o asegurada.

La tercera adecuación que puedo identificar tiene que ver con el número de años de trabajo, hablamos ahora del retiro. Un trabajador o trabajadora se puede retirar por cesantía en edad avanzada y vejez. Los requisitos son:

- 1) Tener 60 años cumplidos.
- 2) Haber cotizado 1,250 semanas (aproximadamente 24 años de trabajo).

Ahora, en el momento socio histórico actual, es un hecho notorio que las personas con discapacidad sufren exclusión y discriminación, lo cual les genera problemas para conseguir empleo, de hecho, en la Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS) 2015 el 70% de la población con discapacidad estaba desempleada.

da (Comisión Nacional de los Derechos Humanos 2020). El alto índice de desempleo puede traducirse en comenzar la vida laboral a una edad madura y provocar que las personas con discapacidad que accedan a un trabajo formal deban retirarse después de los 60 años para ajustar el número de semanas cotizadas o simplemente no aspirar a una pensión.

A manera de conclusión debe decirse que las barreras que enfrentan las personas con discapacidad están en todos lados y que es importante comenzar a problematizar desde todas las dimensiones que sean posibles. A partir de las reflexiones anteriores se considera que el modelo mexicano de la seguridad social no está garantizado para todas las personas con discapacidad en el país y, las que sí tienen acceso a este se enfrentan con que dicho modelo no considera sus necesidades cotidianas de la relación con sus cuidadores o cuidadoras, permitiendo aquí que se abra la puerta a un debate sobre si se les debe permitir a las personas con discapacidad registrar beneficiarios saltándose el requisito del parentesco establecido en la legislación, pues existen muchos tipos de familias y si un familiar asume el cuidado de la persona discapacitada sin ser hija (o), padre, madre, cónyuge o concubina (o), debe tener de todas maneras el derecho a registrarse cuanto y más si debido a esa labor de cuidado la persona dejó de percibir ingresos y prestaciones, generando además una relación de dependencia económica con la persona discapacitada.

Continuando con las conclusiones del modelo de seguridad social, también se advierte que este no permite que gocen efectivamente de sus derechos como trabajadores pues su diseño no contempla la capacidad como condición social sino como una condición individual valorada únicamente en relación con la “utilidad” de la persona para el trabajo. Así que es importante pensar en un modelo que sea incluyente y que tenga apertura para crear mecanismos que permitan subsanar las problemáticas que aquí brevemente se expusieron.

### Bibliografía:

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2020): *Informe de Actividades 2020. Personas con Discapacidad*. CNDH México. Disponible en: «<http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=95>» [Consultado el 5 febrero 2021].

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2014): *La discapacidad en México, datos al 2014: versión 2017* (2017 th ed.). INEGI. Disponible en: «[https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva\\_estruc/702825094409.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenido/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825094409.pdf)»

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2021): *Censo 2020*, INEGI. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/temas/discapacidad/>» [Consultado el 31 de enero de 2021].

Turner, John Kennet (2014): *México Bárbaro*, Grandes de la Literatura Editores Mexicanos Unidos, México.



---

## La vulnerabilidad en movimiento

**ESTER SERRA MINGOT**

*Becaria postdoctoral en Maria Sibylla Merian Center for Advanced Latin American Studies (CALAS) e Investigadora en la Universidad de Bielefeld (Alemania) y CIESAS (México) en el marco de P.R.I.M.E. Fellowship (DAAD)*

SUMARIO: I. Introducción. II. Contexto: Sentencia de la Acción de inconstitucionalidad local 6/2020. III. Vulnerabilidades en movimiento. 1. Vulnerabilidad en contexto: Migrantes en tránsito por México. IV. ¿El Estado protector? 2. La migración y el Estado en México. V. Reflexiones finales.

### I. Introducción

La migración ha sido y sigue siendo una estrategia de protección social para individuos y familias. Si bien puede ser una experiencia positiva y llena de oportunidades para muchas personas, la migración también implica una serie de riesgos y vulnerabilidades, tanto para los que se van como para los que se quedan. En efecto, el impacto de la migración depende de una serie de factores interconectados, tales como: quién emigra (género, edad, nivel educativo, o situación socioeconómica y familiar), en qué condiciones lo hace (de forma regular, irregular, solicitando asilo, transitando por otros países, dejando familia atrás) y su experiencia en el país de destino (acceso al mercado laboral o servicios básicos). Aunque todos estos aspectos afectan el nivel de vulnerabilidad de las personas, algunos grupos tienden a correr mayores riesgos, como mujeres, niños, discapacitados, ancianos, minorías étnicas, personas indocumentadas o aquellas que carecen de recursos (dinero, habilidades, información, redes, etcétera). Especialmente los migrantes que se encuentran en situación irregular son altamente vulnerables, ya que carecen de acceso al mercado laboral

formal, lo que les expone a explotación y abusos laborales (Global Migration Group 2021).

A pesar de que los principales instrumentos internacionales de derechos humanos se aplican también a los migrantes, ya sean regulares o irregulares (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2019), en la actualidad, los derechos y acceso a servicios básicos de muchos migrantes siguen siendo violados en muchas partes del mundo, sobre todo en países donde la gobernanza, el estado de derecho y la prestación de servicios son débiles. Esto pone en evidencia que a menudo el principal desafío no es la falta de un marco legal para la protección de los derechos de las personas migrantes, sino su debida aplicación (Global Migration Group 2021).

El presente artículo profundiza en el concepto de vulnerabilidad de los migrantes, destacando la responsabilidad del Estado a la hora de hacer frente a su situación de vulnerabilidad y proteger sus derechos humanos básicos. Para ello, el artículo se basa en el caso de los migrantes centroamericanos en tránsito por México. Más concretamente, este artículo parte de la sentencia de la Acción de inconstitucionalidad local 6/2020 por las demandas por omisión legislativa promovidas por la Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila y la organización Frontera con Justicia A.C. (en adelante Casa del Migrante), las cuales señalan como concepto de invalidez, que la Ley de Aguas para los Municipios del Estado de Coahuila, al omitir establecer un trato diferenciado y razonable a grupos vulnerables, en particular, a las personas migrantes y desplazadas que transitan por el Estado de Coahuila, vulnera su derecho al agua. El artículo debate así el papel del Estado y las organizaciones de sociedad civil en la protección básica de las personas, independientemente de su nacionalidad.

## II. Contexto: Sentencia<sup>1</sup> de la Acción de inconstitucionalidad local 6/2020

---

<sup>1</sup> *Comisión Estatal de Derechos Humanos y Frontera con Justicia vs. Poder Legislativo del Estado* [AIL- 6/2020], Tribunal Constitucional Local del Estado de

En diciembre de 2019, la empresa paramunicipal de aguas requirió el pago del servicio del agua potable a la Casa del Migrante de Saltillo por un adeudo en el pago de las tarifas de años previos por una cantidad de cerca de medio millón de pesos mexicanos. En Coahuila, la Casa del Migrante es una organización de la sociedad civil, reconocida como una instancia protectora de derechos humanos de personas desplazadas, ofreciendo una serie de servicios básicos, como: hospedaje seguro, alimentación y agua potable, cuidados médicos y psicológicos para quienes los necesiten, así como asesoría legal en cuanto a trámites migratorios, entre otros servicios.

La omisión de dicho pago generó un conflicto de limitación del servicio de agua potable a la Casa del Migrante. Así pues, la Casa del Migrante y el ombudsman local presentaron una acción de inconstitucionalidad al considerar que la ley local que regula el servicio municipal de agua potable omite regular una protección más favorable para el contexto de movilidad en el que se encuentran las personas migrantes. De este modo, y al tenor de lo dispuesto en la reforma a la Constitución de Coahuila de Zaragoza, México, publicada en el Periódico Oficial del Estado el 4 de septiembre de 2020<sup>2</sup>, vulnera los derechos de las personas migrantes o desplazadas como grupos vulnerables por no acceder gratuitamente al agua potable en su ingreso, tránsito o residencia en el Estado.

Mediante la Sentencia constitucional 5/2020, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila de Zaragoza (TSJECZ), consideró que, efectivamente, al no incluir a las orga-

---

Coahuila de Zaragoza, disponible en: «<https://www.pjecz.gob.mx/>»

<sup>2</sup> “las personas migrantes o desplazadas que ingresen, transiten o residan temporalmente en el territorio del Estado, así como sus familiares, con independencia de su situación jurídica, tendrán la protección de la ley y no serán criminalizados por su condición de migrantes o desplazados. Tratándose de menores de edad se privilegiará el interés superior de la niñez. Las autoridades de todos los niveles, en la esfera de su competencia, adoptarán las medidas necesarias para la protección efectiva de sus derechos”. Disponible en: «[https://congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes\\_Coahuila/coa01.pdf](https://congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes_Coahuila/coa01.pdf)»

nizaciones sociales, como la Casa del Migrante, que proporcionan la ayuda humanitaria a las personas migrantes, desplazadas o cualquier otra en contexto de movilidad vulnerable, como sujetos fiscales de exención o condonación de por lo menos el 50% de descuento en el recibo del servicio municipal de agua potable, la ley local de aguas representa un trato desigual que la propia ley hace a favor de otros grupos vulnerables, como ancianos y discapacitados.

### III. Vulnerabilidades en movimiento

La condición de vulnerabilidad de las personas desplazadas es un aspecto clave en la sentencia:

“Los migrantes indocumentados presentan una situación de vulnerabilidad especial. Debido a su estatus migratorio (sin papeles), no tienen acceso a muchos recursos materiales y económicos, además de carecer de redes sociales fuertes y fiables. Esta situación les convierte en grupo altamente explotable y susceptible a abusos, como: tráfico sexual, tráfico y explotación laboral, robos, violencia (incluyendo agresión sexual) o secuestros, entre otros.”<sup>3</sup>

Desde la perspectiva de los derechos humanos, la sentencia destaca que una persona es vulnerable cuando “tiene una situación de debilidad, fragilidad o desprotección frente a un riesgo o daño inaceptable que afecta sus derechos fundamentales”<sup>4</sup>. La sentencia destaca además la importancia de entender la vulnerabilidad desde “una perspectiva interseccional respecto de ciertas categorías de migrantes, solicitantes de refugio o asilo y desplazados que son extranjeros, mujeres, menores de edad o adolescentes”<sup>5</sup>.

La vulnerabilidad es un concepto amplio y complejo, cuya definición conceptual y operativa difiere entre disciplinas. Según la División de Política y Asuntos Sociales de la ONU, la vulnera-

---

<sup>3</sup> TSJECZ, Sentencia constitucional 5/2020,; párr. 40.

<sup>4</sup> Ivi.: párr. 223.

<sup>5</sup> Ivi.: párr. 226.

bilidad se refiere a “un estado de alta exposición a ciertos riesgos, combinado con una capacidad reducida para protegerse o defenderse uno mismo contra esos riesgos y hacer frente a sus consecuencias negativas” (ONU 2001: 183). Si bien nadie está exento de ser vulnerable, algunos individuos y grupos tienen una mayor exposición a riesgos o una menor capacidad de protección debido a sus características demográficas, condiciones socioeconómicas, estado de salud, entre otros (ONU 2001). Además, el grado de vulnerabilidad varía no sólo según características y condiciones individuales (por ejemplo, sexo, edad, estatus migratorio), sino según una serie de factores externos que interseccionan con el individuo y sus características personales. Así, las situaciones de vulnerabilidad que enfrentan los migrantes pueden surgir de una variedad de factores que pueden coexistir simultáneamente, influirse entre sí y evolucionar con el tiempo a medida que las circunstancias cambian (Global Migration Group 2018).

Con el fin de identificar y proteger a los migrantes vulnerables de la violencia, explotación y abuso, así como para orientar el desarrollo y la implementación de intervenciones para reducir dicha vulnerabilidad, la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) desarrolló un modelo de determinantes de la vulnerabilidad de las personas migrantes (2019). Dicho modelo establece cuatro factores determinantes de la vulnerabilidad de las personas migrantes, a saber: individual, familiar, comunitario y estructural. En primer lugar, los factores individuales se refieren a aspectos relacionados con los individuos, y son un elemento central de vulnerabilidad y resiliencia, ya que median la forma en que los individuos responden al hogar / familia, la comunidad y los contextos estructurales. Algunos factores individuales a destacar son: el estatus social, las características físicas y biológicas, las experiencias y creencias, las características emocionales, psicológicas y cognitivas, así como la salud y bienestar físico y mental.

En segundo lugar, los factores familiares están relacionados con las circunstancias familiares de los individuos y sus familiares,

el papel y posición de los individuos dentro de la familia, sus historias y experiencias. Las familias son importantes para determinar las vulnerabilidades, ya que suelen ser la primera opción para las personas que requieren apoyo, en particular niños y jóvenes. Todos los miembros del hogar y la familia son titulares de derechos, y en qué medida se respeten sus derechos afectará la forma en que los factores familiares y del hogar influyen en la vulnerabilidad o la resiliencia (OIM 2019).

En el caso de las personas desplazadas, es importante enfatizar el aspecto espacial de la familia. Está claro, por ejemplo, que un migrante que viaje con sus hijos deberá hacer frente no sólo a sus necesidades y riesgos individuales sino también a la de sus hijos, sobre todo si estos son menores. A pesar de que la protección social tiene como objetivo proteger a individuos y familias, dicho objetivo suele entenderse cuando la familia está con el migrante, es decir, cuando se trata de una familia migrante, como el ejemplo anterior. Sin embargo, en muchos casos, los individuos emigran solos, dejando atrás a una familia en situaciones altamente delicadas, ya sea violencia, conflicto o pobreza. Con frecuencia, además, estas familias que se quedan atrás, dependen altamente de las remesas del miembro migrante, que muchas veces no llegan. Estas situaciones crean en el migrante un grado elevado de estrés psicológico y emocional, el cual acaba teniendo consecuencias físicas, exacerbando así la vulnerabilidad del migrante y de la familia, aunque ésta no se encuentre físicamente en el país extranjero (Serra Mingot y Mazzucato, 2018).

En tercer lugar, los individuos y sus familias se ven afectados por las estructuras económicas, culturales y sociales de las comunidades en las que están situados.

Mientras que las comunidades con acceso a recursos y un entramado social sólido pueden brindar apoyo y protección a individuos y familias, las comunidades que carecen de dichos recursos y estructuras sociales pueden convertirse en factores de riesgo. Además, es importante tener en cuenta que los factores comunitarios

pueden afectar a los grupos dentro de la misma comunidad de manera diferente, haciendo que algunos grupos sean más o menos vulnerables. Aunque todos los miembros de una comunidad son titulares de derechos, la medida en que se respeten dichos derechos afectará la forma en que los factores comunitarios incrementan o disminuyen la vulnerabilidad (OIM 2019).

Finalmente, en el nivel más amplio, los factores estructurales hacen referencia a las condiciones e instituciones políticas, económicas, sociales y ambientales a nivel nacional, regional e internacional que influyen en el entorno general en el que se encuentran los individuos, las familias y las comunidades, dando forma a sus creencias y comportamientos (OIM 2019).

Es importante tener en cuenta que la vulnerabilidad es relativa y dinámica, ya que un individuo no suele ser vulnerable en la misma medida a lo largo de la vida. Al contrario, la situación de vulnerabilidad de las personas suele cambiar según las situaciones y circunstancias (ONU 2001). Por ejemplo, los migrantes indocumentados presentan una alta situación de vulnerabilidad, ya que debido a su estatus migratorio (sin papeles), no tienen acceso a muchos recursos materiales y económicos, además de carecer de redes sociales fuertes y fiables. Esta situación les convierte en grupo altamente explotable y susceptible a abusos, como: tráfico sexual, tráfico y explotación laboral, robos, violencia (sexual) o secuestros, entre otros (Correa-Cabrera 2017). Sin embargo, a lo largo del tiempo, estas personas pueden conseguir papeles y regularizar su situación, lo que les da acceso al mercado laboral formal así como una mayor movilidad transfronteriza. Aunque su situación migratoria no se regularice, el tiempo que estas personas pasan en el país de destino hace que sus redes sociales se amplíen y fortalezcan, lo que contribuye a reducir su nivel de vulnerabilidad (Serra Mingot y Mazzucato, 2018).

Asimismo, la vulnerabilidad es un concepto multidimensional e interseccional que debe evaluarse según el contexto particular. Por ejemplo, una refugiada somalí en el Campo de Kakuma, Kenia,

no sufrirá las mismas vulnerabilidades que otra refugiada somalí en el Campo de Ter Apel, Holanda. El hecho de ser ambas mujeres migrantes o desplazadas, no les supone las mismas vulnerabilidades. Hablar de vulnerabilidad, pues, es hablar de una serie de factores internos y externos a la persona que al interactuar, la ponen en una situación de mayor riesgo.

### *1. Vulnerabilidad en contexto: Migrantes en tránsito por México*

México es un país de tránsito hacia Estados Unidos y Canadá, donde confluyen diversos flujos migratorios, la mayoría conformados por migrantes de Centroamérica (Villafuerte-Solís y Anguiano-Téllez 2020). Desde 2016, más de 1 millón de personas centroamericanas han transitado por México para llegar a los Estados Unidos. A pesar de que el destino anhelado por estos migrantes es Estados Unidos (o Canadá), las dificultades legales para llegar y pedir asilo en este país están llevando a muchos a quedarse en México en unas condiciones legales y socioeconómicas inciertas (Salvadore 2019). Así, México se ha convertido para muchos en un destino final no intencional, donde se hallan en un estado de “transitoriedad perpetua” (Fernández Casanueva 2017). Aunque en teoría la permanencia legal en México es posible (por ejemplo, solicitando asilo o permiso de residencia), dando acceso al mercado laboral y otros beneficios, la situación jurídico-legal de irregularidad en la que se encuentran muchos de estos migrantes es uno de los principales motivos que dan lugar a distintas formas de agresión (Salvadore 2019).

Coahuila es el séptimo estado en donde más se violentan los derechos de los migrantes centroamericanos en tránsito, con agresiones como: robos (67.5%), amenazas con arma (46.3%), abusos psicológicos (32.8%), lesiones provocadas por violencia física (24.1%) y secuestros (18.8%) (Leyva Flores *et al.* 2016). Ciudades coahuilenses, como Saltillo, Ramos Arizpe, Ciudad Acuña y Piedras Negras, han sido identificadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) como zonas de alto riesgo para migrantes, ya que se registra una elevada frecuencia de delitos, vio-

lación de derechos humanos y violencia por parte de autoridades, población local y crimen organizado (2011). Dada su proximidad con la frontera de Estados Unidos, Saltillo representa un punto de *no retorno* para la población migrante. Al encontrar dificultades para realizar el cruce de la frontera, los migrantes deciden regresar a Saltillo para reorganizar su tránsito probando diferentes rutas (ibid.).

Entre 2009 y 2015 se llevó a cabo un estudio longitudinal en la Casa del Migrante de Saltillo, donde se entrevistaron a 2,323 migrantes sobre temas de salud y protección social. La mayoría de los migrantes entrevistados no contaba con documentos migratorios y provenían de Honduras (66.3%), Guatemala (13.5%) y El Salvador (11.8%), y tenían una media de 28 años. Del total de entrevistados, 94% fueron varones y 5.9% mujeres<sup>6</sup>. La frecuencia de mujeres con hijos (74.8%) fue significativamente mayor que los hombres (57.7%) (Leyva Flores *et al.* 2016).

Al ser indocumentados, estos migrantes carecían de acceso al mercado laboral formal. Esto les posiciona en una situación económica altamente vulnerable, lo cual conlleva un mayor riesgo a la explotación laboral o sexual. Por ejemplo, el estudio evidenció que varios migrantes (hombres y mujeres) habían tenido relaciones sexuales durante el viaje a cambio de algún bien (comida, protección, dinero) (Leyva Flores *et al.* 2016). Además de las consecuencias psicológicas de este tipo de prácticas, destaca el riesgo de contraer enfermedades sexuales.

La Casa del Migrante documentó 113 casos de violación de derechos humanos contra los migrantes ocurridos entre julio y diciembre del año 2015. Según el estudio, varios de los entrevistados fueron secuestrados, golpeados y amenazados por agentes judicia-

---

<sup>6</sup> Aunque tradicionalmente, la mayoría de estos migrantes eran hombres solteros en busca de oportunidades económicas, a partir de 2014, la demografía de este grupo ha incluido más familias, mujeres y menores no acompañados, huyendo de la pobreza, la violencia, o el cambio climático.

les<sup>7</sup> en algún punto de su trayectoria. De manera general, el estudio demostró que, hombres y mujeres están expuestos en similares proporciones a sufrir robos de dinero y pertenencias personales, palizas, y humillaciones en público o en privado. Los hombres son más propensos a sufrir actos de violencia relacionados con amenazas y secuestros que las mujeres. El 15% de las mujeres reportó violencia sexual, mientras que sólo el 2.2% de los hombres sufrió esta agresión. Esto hace que muchos de ellos necesiten una asistencia especial en el área de salud mental (Leyva Flores *et al.* 2016).

Varios estudios han demostrado la importancia de las redes sociales para las comunidades migrantes (Wissink *et al.* 2017). Entre otros tipos de apoyo, como puede ser el alojamiento, una de las funciones de estas redes es la de facilitar trabajo informal a sus integrantes. Sin embargo, al tratarse de un grupo en tránsito, las redes sociales de este grupo de migrantes son relativamente débiles.

Del total de migrantes entrevistados en este estudio, casi la mitad había tenido algún problema de salud, enfermedad o accidente en las dos semanas previas a la encuesta (Leyva Flores *et al.* 2016). Es también importante tener en cuenta, que muchos de estos migrantes llegan a Saltillo en tren. Debido a la larga duración del trayecto, que sucede además de forma clandestina, los accidentes en las vías ferroviarias son comunes (p.ej. algunos se quedan durmiendo en los bajos del tren, y caen a las vías). Es por esto que algunos de estos migrantes sufren lesiones importantes (ej. pérdida de miembros como manos, brazos, piernas, etc.), que les pone en situación de discapacidad/invalidez.

#### IV. ¿El estado *protector*?

Junto con el requisito de defender la dignidad humana, la necesidad de reconocer y abordar la vulnerabilidad sustenta la obligación legal de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos (Global Migration Group 2018). De con-

---

<sup>7</sup> Un 47% de los migrantes denunció como agresor a la Policía Federal, 16% a Los Zetas y el 8% a la Mara Salvatrucha.

formidad con múltiples instrumentos internacionales<sup>8</sup> los Estados tienen la obligación de proteger los derechos de todas las personas, independientemente de su situación migratoria. Según se desprende del Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2016<sup>9</sup>, toda persona desplazada (ya sea migrante, refugiado o cualquier otra categoría) tiene derecho a disfrutar de sus derechos humanos. De conformidad con el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin ningún tipo de distinción.

Así pues, el marco internacional de derechos humanos que los Estados han establecido brinda protección a todas las personas, incluidos los migrantes. Sin embargo, la aplicación de dicho marco a los migrantes indocumentados a menudo se comprende con menos claridad. De hecho, los Estados carecen de una guía completa sobre cómo poner en funcionamiento el marco en tales situaciones

<sup>8</sup> Incluyendo: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967; la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas; la Declaración de 1985 sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven; la Declaración de Cartagena de 1984 sobre Refugiados; los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, incluido el Protocolo de Palermo; el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes; el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular; o la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, entre otros.

<sup>9</sup> Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/HRC/33/67>»

(Global Migration Group 2018). Esta situación resulta altamente paradójica ya que los “migrantes en situaciones de vulnerabilidad” son personas que no pueden disfrutar efectivamente de sus derechos humanos, corren un mayor riesgo de sufrir violaciones y abusos y, en consecuencia, tienen derecho a exigir el mayor deber de cuidado de un garante de deberes (Global Migration Group 2018).

## *2. La migración y el Estado en México*

El artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicha Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, sin discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Según el artículo 33, todas las personas en México tienen derecho a los derechos humanos fundamentales establecidos por la Constitución y los tratados internacionales.

La Ley de Migración, publicada el 25 de mayo de 2011, sustentada en el respeto íntegro de los derechos humanos de la población migrante, amplió las directrices y los derechos de la Constitución en lo que respecta a los migrantes. La ley establece que los migrantes tendrán acceso a educación, atención médica y apoyo legal, y que estarán protegidos contra la discriminación, el crimen y la persecución. A nivel estatal, el artículo 6 del Capítulo tercero de las personas sujetas de asistencia social de la Ley de Asistencia Social y Protección de Derechos del Estado de Coahuila, destaca el derecho a la asistencia social de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad y sus familias, incluyendo niños, niñas y hombres migrantes en situación de vulnerabilidad.

El Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en casos que Afecten a Personas Migrantes y Sujetas de Protección Inter-

nacional, publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, proporciona reglas de actuación a los operadores de justicia que trabajen con personas migrantes y sujetas de protección internacional, así como los principios y los principales instrumentos jurídicos que les aseguren la mayor protección posible. El Protocolo, busca coadyuvar en la emisión de criterios jurisprudenciales con enfoque de derechos humanos que consoliden el cambio de paradigma de aquél que criminaliza a la migración, por el que reconoce a las personas migrantes como sujetas de derecho, así como eliminar el riesgo de futuras violaciones a los derechos humanos. Asimismo, en noviembre de 2018, el gobierno federal mexicano negoció y aceptó los Protocolos de Protección de Migrantes (PPM). Sin embargo, sólo proporcionó una orientación mínima para las instituciones gubernamentales, así como para los estados y municipios afectados. A su vez, los funcionarios del gobierno federal de México señalaron las leyes preexistentes como guía sobre cómo implementar los PPM, incluida la Constitución del país y la Ley Migratoria de 2011 (Eller *et al.* 2020).

El gobierno federal mexicano ha establecido las estaciones migratorias, centros de detención temporal en los que se conduce a los migrantes que han sido aprehendidos en México por transitar sin documentos oficiales. La violación a los derechos humanos de los migrantes tanto durante la detención como su reclusión en las estaciones migratorias ha desbordado a los albergues de la sociedad civil (de la Peña Astroga *et al.* 2020). Ante la falta de asistencia y protección por parte del Estado mexicano, dichas organizaciones cubren varias de las necesidades básicas de protección social de estos migrantes (p.ej. hospedaje, comida, sanitarios, atención médica, asistencia y acompañamiento legal, ayuda en la búsqueda de empleo, etc.) (Villafuerte-Solís y Anguiano-Téllez, 2020).

## V. Reflexiones finales

Los migrantes en tránsito por México son un grupo altamente vulnerable. A nivel individual, su estado irregular les impide el acceso al mercado laboral formal, lo cual les hace más suscep-

tibles a abusos. Dichos abusos varían según el género y la edad del migrante, pero en cualquier caso, generan problemas físicos y/o psíquicos adicionales, retroalimentando así el grado de vulnerabilidad de estas personas, ya que al ser irregulares no tienen acceso a muchos (o ninguno) servicios médicos. A nivel familiar, muchos de estos migrantes viajan con niños (menores) con necesidades especiales y de los cuales son responsables. Por ejemplo, mujeres embarazadas o en fase de lactancia necesitan un mayor acceso al agua y los saneamientos, así como una mayor atención médica. Igualmente, muchos de los que viajan solos siguen siendo responsables de proveer por las familias que dejaron atrás, probablemente en un contexto de pobreza o violencia. A nivel comunitario, los migrantes en tránsito son especialmente vulnerables. A parte de sufrir discriminación por su nacionalidad o grupo étnico, su estado transitorio hace que muchos no tengan tiempo ni interés en construir lazos sociales fuertes en el lugar, ya que el aspecto temporal de su estancia en México, siempre está presente. Finalmente, a nivel estructural, el estado mexicano carece de un sistema de protección social para estos grupos, al menos en la práctica.

Tal y como reflejan varios instrumentos nacionales, regionales e internacionales de derechos humanos, el Estado es el principal responsable de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todas las personas, independientemente de su situación migratoria. En el contexto particular de la sentencia que sirve de base a este artículo, el derecho al agua potable y su saneamiento es un derecho fundamental, cuyo incumplimiento, pone de manifiesto varias cuestiones relacionadas con la vulnerabilidad de los migrantes en tránsito y la responsabilidad del Estado a la hora de proteger a este grupo en particular. En la medida en que el Estado mexicano no dispone de instalaciones seguras para albergar a migrantes irregulares, emergen las organizaciones de sociedad civil a modo de sustitutas del Estado a la hora de ofrecer un grado de protección social básico (alojamiento, servicios médicos, acceso al agua, etc.) a este grupo de migrantes.

Esta situación cuestiona el papel del Estado como ente protector por excelencia, destacando la capacidad de otras organizaciones de cumplir con esta misión. Sin embargo, hay que tener cautela a la hora de celebrar el papel y la capacidad de estas organizaciones, ya que esto podría llevar a un mayor desentendimiento del Estado a la hora de proteger a grupos vulnerables como éste. Si bien es cierto que este tipo de organizaciones realizan una labor de protección social esencial, liberando así al Estado de parte de su responsabilidad, también es cierto que son instituciones relativamente frágiles a altibajos socioeconómicos. Por ejemplo, la actual contingencia de la Covid-19 se ha saldado con el empleo de muchas personas, muchas de las cuales apoyaban con donaciones a organizaciones como las Casas del Migrante. Es aquí donde el papel protector del Estado vuelve a entrar en juego, y ya no sólo proporcionando servicios básicos (como es el agua) a instituciones que realizan parte de su trabajo, sino también a los ciudadanos en situaciones económicas precarias, ya que también son ellos los que indirectamente con sus contribuciones y donativos, ayudan a reducir la vulnerabilidad de ciertos grupos.

La vulnerabilidad no es pues una situación que afecte exclusivamente a ciertos grupos de forma permanente. Al contrario, la vulnerabilidad que ciertos individuos y grupos experimentan es una situación dinámica y multidimensional que requiere una evaluación independiente en cada caso. La actual pandemia ha vuelto a muchas personas (migrantes o no) vulnerables, las cuales requieren cierto grado de protección. Es por tanto de vital importancia no tratar la vulnerabilidad como una característica inerte de un grupo concreto, ya que esto conlleva el riesgo de victimizar a unos (migrantes) y desproteger a otros (ciudadanos).

### Bibliografía

CNDH (2011): Informe Especial sobre secuestro de migrantes en México, en página web oficial de Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Disponible en: «<https://www.cndh.org.mx/>»

*cnhdh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2011\_secmi-grantes.pdf*» [Consultado el 2 de mayo de 2021].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019) Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas. Disponible en: «<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrincipiosDDHHmigrantes-ES.pdf>» [Consultado el 2 de mayo de 2021].

Correa-Cabrera, G. (2017): *Trafficking in Persons Along Mexico's Eastern Migration Routes: The Role of Transnational Criminal Organizations*, Latin American Program. Disponible en: «<https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/article/final.pdf>» [Consultado el 2 de mayo de 2021].

Eller, Jessica *et al.* (2020): *Protocolos de protección a migrantes: implementación y consecuencias para los solicitantes de asilo en México*, The University of Texas at Austin, Strauss Center, Austin.

Fernández Casanueva, Carmen Guadalupe (2017): “Tan lejos y tan cerca: Involucramientos transnacionales de migrantes hondureños/as en la ciudad fronteriza de Tapachula, Chiapas”, en *Migraciones Internacionales*, vol. 6, núm. 4, 140-172.

Global Migration Group (2021): *Addressing vulnerabilities associated with migration*. Disponible en: «<https://globalmigrationgroup.org/theme/addressing-vulnerabilities-associatedmigration>» [Consultado el 2 de mayo de 2021].

Global Migration Group (2018): *Principles and Guidelines migrants in vulnerable situations*. Disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>» [Consultado el 2 de mayo de 2021].

- Leyva Flores, René, *et al.* (eds.) (2016): *Migrantes, en tránsito por México: Situación de salud, riesgos y acceso a servicios de salud*, Instituto Nacional de Salud Pública, Cuernavaca.
- OIM (2019): *IOM Handbook on Protection y Assistance for Migrants Vulnerable to Violence, Exploitation y Abuse*. Ginebra.
- ONU (2001) *Report on the World Social Situation, Social y Human Rights Questions: Social Development*, Organización de las Naciones Unidas, New York.
- de la Peña Astorga, Gabriel *et al.* (2020): “Casa del Migrante de Saltillo. Salud y solidaridad en el fenómeno de la migración centroamericana en tránsito por México”, en *Revista Transporte y Territorio*, núm. 22, 68-93.
- Salvadore, Sarah (2019): “US-Mexico border sees surge in African migrants, who face limited options”, en *National Catholic Reporter*, 18 noviembre.
- Serra Mingot, Ester y Mazzucato, Valentina (2018): “Providing social protection to mobile populations: symbiotic relationships between migrants and welfare institutions”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 44, núm. 13, 2127–2143.
- Villafuerte-Solís, Daniel y Anguiano-Téllez, María Eugenia (eds.) (2020): *Movilidad humana en tránsito: retos de la Cuarta Transformación en política migratoria*, CLACSO, Buenos Aires.
- Wissink, Marieke *et al.* (2017): “Geoforum The evolution of migration trajectories of sub-Saharan African migrants in Turkey y Greece: The role of changing social networks y critical events”, en *Geoforum. Elsevier*, (June), 0–1.





# **RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**



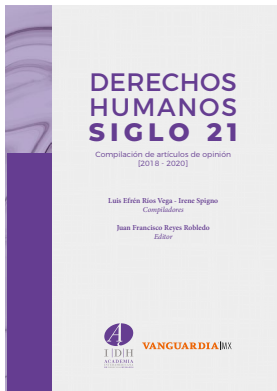
Esta sección está conformada por síntesis que informan sobre el contenido, aporte y significado de obras jurídicas académicamente relevantes en materia de derechos humanos; ya sea publicadas durante los últimos años, o bien editadas con anterioridad y consideradas esenciales en los temas abordados por esta publicación.

En esta ocasión, los textos reseñados fueron seleccionados por los editores de la publicación de entre las obras referidas publicadas en el último año, y los autores de dichas reseñas fueron invitados específicamente para la elaboración de dichas reseñas.

---

Ríos Vega, Luis Efrén; Spigno, Irene (Compiladores), Reyes Robledo, Juan Francisco (Editor), *Derechos Humanos Siglo 21. Compilación de artículos de opinión [2018-2020]*, México, Academia Interamericana de Derechos Humanos y Vanguardia, 2021.

JUAN FRANCISCO REYES ROBLEDO\*  
*Academia Interamericana de Derechos Humanos  
Universidad Autónoma de Coahuila*



### El proyecto.

En el mes de noviembre del año 2021, la Academia Interamericana de Derechos Humanos (Academia IDH) de la Universidad Autónoma de Coahuila lanzó el segundo volumen de su colección de compilación de artículos de opinión “Derechos Humanos Siglo 21”. La obra es una reunión de colaboraciones escritas por los investigadores del instituto y por

autores externos que invitan a la reflexión de diversos temas y problemas relacionados con los derechos humanos mediante una perspectiva de lenguaje simple, con la finalidad de invitar a los lectores no especializados a conocer e involucrarse en los temas abordados.

De esta forma, por un lado, la compilación es uno de los productos derivados de las líneas de investigación que desarrollan los investigadores de la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Esta obra constituye también una de las publicaciones nacidas del proyecto “Derechos Humanos Siglo XXI”, que la Academia desarrolla desde el año 2018 con el periódico Vanguardia de Saltillo, Coahuila, México, donde semanalmente se difunden los textos que ahora se presentan compilados. Con este proyecto, sus creadores buscan difundir en público en general y la comunidad

---

\* El autor es el editor de la obra reseñada.

lectora tanto local como nacional los temas de debate actual de los derechos humanos. Desde su concepción, el proyecto ha producido dos volúmenes de artículos de opinión. En este segundo volumen, el espacio editorial continúa con su misión de enfrentar los múltiples desafíos que los derechos humanos significan para las personas y sus comunidades. Así, se busca proporcionar reflexiones fácilmente entendibles por el público lector, usando un lenguaje accesible para quienes no están especializados en esos temas.

Por otro lado, los lectores podrán encontrar en el libro reflexiones que abarcan temas actuales y discusiones recientes sobre diversos problemas relativos a los derechos humanos. Se encontrarán ahí textos sobre temas diversos, desde los derechos de las mujeres y las personas con discapacidad hasta la reforma educativa y los derechos, pasando por discusiones relativas los múltiples aspectos de la migración y las personas migrantes, los derechos de las personas periodistas y defensoras de derechos humanos, o el derecho a la verdad de las personas desaparecidas, además de múltiples discusiones más. Los textos que se presentan en la obra, sobre aspectos tan diversos y desde perspectivas múltiples, buscan que los lectores que no estén especializados en los temas discutidos se acerquen por primera vez a estos o profundicen su conocimiento en los derechos humanos.

### **Los temas abordados.**

En los textos que la conforman, la obra aborda comentarios relativos a los derechos humanos y las ciencias sociales, los tópicos actuales de los derechos humanos relacionados con el género, la educación jurídica, la migración, la corrupción, los asuntos de gobierno, la humanidad y la cultura de la paz, la seguridad y las víctimas, así como las relacionadas con los derechos humanos en particular, tales como la libertad de expresión, los derechos de las personas desaparecidas y sus familiares, los derechos económicos, sociales y culturales, y la no discriminación.

En primer lugar, la obra dedica un apartado a los derechos humanos y las ciencias sociales. Específicamente a lo que se denomina la historia y la antropología cultural relativas a los derechos humanos. Aquí se encuentran textos dedicados a temas como la relación de los conceptos de independencia y de contemporaneidad con los derechos humanos, así como la teoría del contrato social y la progresividad de los derechos.

En segundo lugar, el libro establece un apartado donde los autores escriben sobre tópicos actuales de los derechos humanos. En este se acerca a los lectores a siete grandes temas de actualidad: género, educación jurídica, migración, corrupción, asuntos de gobierno, humanidad y la cultura de la paz, y seguridad y víctimas. Los textos que conforman este apartado abordan temas de una gran diversidad temática. Por ejemplo, en el primer apartado relativo al género, encontramos aportaciones que hablan sobre mujeres con discapacidad, la justicia patriarcal, la educación con perspectiva de género, la interrupción legal del embarazo, las relaciones personas con perspectiva de género, o la violencia de género.

Por su parte, en el apartado relacionado con la educación jurídica los autores discuten temas como las competencias de debate organizadas por la Academia IDH, la educación universitaria, la reforma constitucional en materia de derechos humanos o la reforma educativa. Por lo que hace al apartado de migración, la obra compila aportaciones sobre el mismo fenómeno migratorio, historias individuales de personas migrantes, y la relación de la migración y el arte. De igual forma, la sección dedicada a la corrupción se dedica a analizar fenómenos como la corrupción sanitaria, las expresiones en contra de la corrupción en la música y la relación del género con la corrupción.

Por otro lado, en el estudio de los asuntos de gobierno, los textos se dedican a deliberar sobre la dirección de los asuntos públicos, la reforma electoral en materia de austeridad, la relación entre los derechos humanos y la independencia judicial y el voto de las

personas privadas de su libertad. En el mismo capítulo, pero en lo relativo a la humanidad y la cultura de la paz, los textos son dedicados a estudiar los discursos de odio, las acciones individuales hacia la cultura de la paz y la propuesta del derecho a vivir en paz. Finalmente, la sección dedicada a la seguridad y las víctimas aborda la relación de la seguridad y los derechos humanos, la importancia de la garantía de audiencia, y el sistema penal relacionado con los derechos fundamentales.

En tercer lugar, un último capítulo de la obra aborda los derechos humanos en particular. Por un lado, se dedican diversos textos a la libertad de expresión, desde la perspectiva de la construcción de la democracia, la difusión de hechos delictivos, la opinión en las redes sociales y los ideales de libertad. Por otro lado, se analizan los derechos de las personas desaparecidas y sus familiares, estudiando temas como el derecho a la verdad o el derecho a la búsqueda. En el mismo capítulo se abordan los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, mediante textos que discuten tópicos como el combate contra el hambre, la reparación del daño moral, los derechos laborales a cien años de la Organización Internacional del Trabajo, el derecho al medio ambiente, el derecho a la alimentación y los derechos en el sector privado.

Además, el capítulo dedica un apartado al derecho a la no discriminación, mediante aportaciones dirigidas a discutir sobre la objeción de conciencia relacionada con el derecho a la no discriminación, la discriminación indirecta y el libre desarrollo de la personalidad. Por último, el libro dedica un apartado a valorar los avances de la Academia IDH y temas generales sobre la defensa de los derechos humanos. Aquí se abordan cuestiones como la fundación, los avances y las perspectivas futuras del instituto, el balance en materia de derechos humanos en el año 2018, la agenda de los derechos para Coahuila, las personas defensoras de derechos humanos y los retos para 2020 en materia de derechos humanos.

## **Los retos de la obra.**

Como se puede apreciar, esta obra editorial aborda desde múltiples puntos de vista las discusiones más actuales en materia de derechos humanos, pero también los pendientes en la consolidación de la cultura de los derechos. Como se señala en esta, la finalidad de las aportaciones compiladas en la obra es definir los problemas, discutir las implicaciones, y aportar propuestas de soluciones a diversos temas de la agenda de los derechos humanos. Abordar estos retos es una aportación ya de por sí valiosa.

Pero, además, este proyecto, en sus dos volúmenes hasta hoy, busca conseguir un objetivo ambicioso que, de cumplirse, es de gran valor social, que es el de llevar las discusiones locales, nacionales e internacionales más importantes sobre los derechos humanos más allá de los espacios judiciales, legislativos o académicos especializados, con la meta de acercar dichas discusiones a los titulares de los derechos humanos: todas las personas sin distinciones. Con esto, la obra busca materializar el objetivo del proyecto “Derechos Humanos Siglo XXI”: que los derechos humanos pertenecen a todos, lo que significa que cualquier persona puede opinar y discutir sobre estos de forma informada.



## **AUTORES COLABORADORES**

### **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

Paolo Passaglia  
*Università di Pisa*

Antonio Pérez Miras  
*Universidad de Granada*

Haideer Miranda Bonilla  
*Universidad de Costa Rica*

Fernando Pérez Domínguez  
*Universidad de Huelva*

María Fernanda Téllez Girón García  
*Universidad Nacional Autónoma de México*

Laura Sabljak  
*Universidad Panamericana campus Guadalajara*

Roxana Paola Miranda Torres  
*Universidad Panamericana campus Guadalajara*

Gilson de Oliveira Cardoso  
*Faculdade Dom Bosco*

Adilson Cristiano Habowski  
*Universidade La Salle*

## **COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES**

Elisabetta Catelani

*Universidad de Pisa*

Natalia Montserrat del Bosque Ortiz

*Universidad Autónoma de Coahuila*

Andrés Apolinar Valdés Soto

*Universidad Autónoma de Coahuila*

María Ruiz Dorado

*Universidad de Castilla - La Mancha*

Marina Guadalupe Sol Juraz

*Universidad de Guadalajara*

Ester Serra Mingot

*Becaria postdoctoral en Maria Sibylla Merian Center for Advanced Latin American Studies (Calas) e Investigadora en la Universidad de Bielefeld (Alemania) y CIESAS (México) en el marco de P.R.I.M.E. Fellowship (Daad)*

## **RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

Juan Francisco Reyes Robledo

*Academia Interamericana de Derechos Humanos*

*Universidad Autónoma de Coahuila*