



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO**

**“FUNDAMENTACIÓN ETICA DE LOS DERECHOS  
AFECTIVOS”**

**T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A:**

**EVELYN GUADALUPE BECERRA HERNANDEZ**

**MEXICO, D.F.**

**2008**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A TÍ, A QUIEN APUESTO A OJOS CERRADOS MI EXISTENCIA,  
PORQUE EN TÍ SOY, ME MUEVO Y EXISTO.*

*A LA MEMORIA DE MI AMADO ABUELO:  
FILIBERTO HERNANDEZ RODRIGUEZ, POR TU SABIDURIA Y TU  
EJEMPLO DE VIDA. SÉ QUE DESDE DONDE ESTÁS TE SIENTES  
ORGULLOSO DE MI, PORQUE MUCHO DE TÍ SE QUEDO EN MI  
CORAZON.*

*A LA MEMORIA DE MI QUERIDO MAESTRO ERNESTO GUTTERREZ  
Y GONZALEZ:  
POR EL PRIVILEGIO DE HABER SIDO SU ALUMNA, POR SUS  
CONOCIMIENTOS Y SU ESTÍMULO CONSTANTE A LA CRÍTICA Y AL  
ESTUDIO DEL DERECHO.*

*A MI MAMÁ:*

*YOLANDA PETRONA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, POR TU INMENSO AMOR, TU CONFIANZA Y APOYO INCONDICIONAL. GRACIAS POR CREER EN MÍ, PORQUE LO MEJOR DE TI ES TANTA INDELEBLE QUE DEFINIÓ NUESTRA VIDA.*

*A MI PAPÁ:*

*DAVID BECERRA SOLANO, POR TU AMOR, TU CONFIANZA Y APOYO, POR HABERME ELEGIDO, HOY Y SIEMPRE GRACIAS.*

*A MI ABUELA:*

*MARTHA HERNÁNDEZ NICOLAS, PORQUE SU FE CAMBIO MI VIDA, GRACIAS.*

*A MIS HERMANAS:*

*VICTORIA Y LAURA, SIEMPRE APRENDO DE USTEDES, GRACIAS POR SU AMOR, SU APOYO Y POR SOPORTARME A VECES.*

*A MI HERMANO:*

*DAVID DE JESÚS, POR TU APOYO PARA LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO, POR EL IMPULSO Y EL ÁNIMO QUE SIEMPRE ME DAS.*

*AL PINTOR JUAN GOMEZ HERNÁNDEZ:*

*PORQUE A TU LADO PUDE VER, COMO EN UN ESPEJO, LO MEJOR PERO TAMBIEN LO PEOR DE MI. GRACIAS POR ESTAR AHÍ, TE AMO PROFUNDAMENTE DESDE MUCHOS LUGARES DISTINTOS.*

*A MIS AMIGAS Y AMIGOS:*

*NOHEMI MARTINEZ, NANCY GUDIÑO, VERONICA HERNÁNDEZ,  
MI TIA MARTHA HERNÁNDEZ Y LUIS ANGÉL MARTINEZ  
GRACIAS POR SU APOYO Y EL PLACER INMENSO QUE ME DA SU  
AMISTAD.*

*A MI QUERIDO AMIGO:*

*FAUSTO RAÚL ROMERO CASTRO DEL GRUPO  
INTERDISCIPLINARIO DE SEXUALIDAD, POR TÚ APOYO Y TÚ  
GUIA PARA LA REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO, POR  
AYUDARME A VER MIS ALAS, GRACIAS.*

*A OSCAR CHAVEZ LANZ:*

*DEL GRUPO INTERDISCIPLINARIO DE SEXUALIDAD, GRACIAS  
POR COMPARTIR TUS CONOCIMIENTOS EN LA REALIZACIÓN DE  
ESTA TESIS.*

*AL MOVIMIENTO LGBT:*

*POR ATREVERSE Y VIVIR DE OTRA MANERA, POR SU LUCHA  
CONSTANTE Y PERMANENTE.*

*A TODAS LAS PERSONAS E INSTITUCIONES QUE ME APOYARON  
DIRECTA E INDIRECTAMENTE EN LA REALIZACIÓN DE ESTE  
TRABAJO.*

*EL SENTIMIENTO  
COMO UN MOTIVADOR  
DE LOS INSTINTOS HUMANOS,  
NOS LLEVA A LA INVENCION  
DE TODOS LOS ELEMENTOS  
QUE HACEN FELIZ AL SER HUMANO,  
INCLUIDO, CLARO ESTÁ, EL AMOR*

*JÓMEZ.*

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>ABREVIATURAS</b> .....	10
<b>INDICE DE FIGURAS</b> .....	12
<b>CAPÍTULO I CONCEPTOS BÁSICOS DEL ANÁLISIS</b>	
1.1 Nociones filosóficas .....	12
1.1.1 La persona.....	14
1.1.2 El bien .....	17
1.1.3 El valor y el fin.....	21
1.1.4 La libertad frente al orden público .....	25
1.1.5 La intimidad y la privacidad .....	29
1.2 El vocabulario de la sexualidad humana.....	33
1.2.1 El género.....	36
1.2.2 La preferencia genérica y sus tipologías reconocidas.....	40
1.2.3 La construcción social de la sexualidad .....	52
1.2.4 Un alto en el camino: la cuestión homosexual .....	58
1.2.5 La discriminación .....	66
1.3 Conceptos jurídicos .....	73
1.3.1 Cuando la persona se torna sujeto jurídico .....	73
1.3.2 La relación jurídica .....	76
1.3.3 Derechos y garantías .....	78
Conclusiones del capítulo primero .....	83
<b>CAPÍTULO II ESBOZO DE UNA TEORÍA ÉTICA DE LOS AFECTOS</b>	
2.1 Fenomenología de los sentimientos.....	85
2.1.1 ¿Sentimientos o afectos?.....	86
2.1.2 El placer como sentimiento innato.....	107
2.2 Elementos para una teoría ética.....	114
2.2.1 Acto humano y acto del hombre.....	116
2.2.2 Los elementos del acto moral.....	118
2.2.3 Algunos principios éticos fundamentales.....	122

2.3 Por una fundamentación ética de los afectos.....	124
2.3.1 El principio de placer.....	125
2.3.2 Exposición del catálogo axiológico de la teoría ética de los afectos.....	135
2.3.3 Colisión de sistemas éticos: libertad vs. orden.....	143
Conclusiones del capítulo segundo.....	151
<b>CAPÍTULO III LOS DERECHOS AFECTIVOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL</b>	
3.1 La noción de derecho afectivo y sus elementos constitutivos.....	153
3.1.1 El concepto de derecho afectivo.....	154
3.1.2 Esquema analítico del derecho afectivo.....	157
3.1.3 Lenguaje de los sentimientos en la legislación mexicana.....	164
3.1.4 Relación de los derechos afectivos con los derechos de la personalidad.....	172
3.2 Los derechos afectivos en la teoría jurídica contemporánea.....	179
3.2.1 Desde el neoconstitucionalismo.....	180
3.2.2 Desde el uso alternativo del derecho.....	187
3.2.3 Los Critical Legal Studies.....	193
3.3 Por una legislación especializada en materia de derechos afectivos.....	199
3.3.1 La experiencia comparada: el derecho internacional público.....	200
3.3.2 Avances en la legislación nacional en materia de discriminación y sociedades de convivencia.....	208
3.3.3 Propuesta de adición constitucional: por una sistematización de los derechos afectivos.....	223
Conclusiones del capítulo tercero.....	239
<b>CONCLUSIONES GENERALES.....</b>	<b>241</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....</b>	<b>244</b>

## INDICE DE FIGURAS

Figura (1) “Esquema del aparato sentimental”.....	105
Figura (2) Clasificación de los derechos de la personalidad.....	175
Figura (3) Clasificación de los Derechos Afectivos.....	233

## INTRODUCCIÓN

El derecho positivo es una construcción humana sujeta a los avatares del tiempo. En el México actual es frecuente una actitud violenta hacia la diferencia. Esta actitud suscita discriminación y la consiguiente violación de derechos fundamentales. La indiferencia es el común denominador. Así, hoy se insulta la masculinidad con advocaciones que recuerdan al género femenino. Tales expresiones –de todas conocidas- encierran, en el fondo, una concepción degradante de lo femenino como si en sí mismo expresara algo inferior. Es imperativo, luego, insistir en la defensa de lo que un sector de la doctrina denomina *los derechos afectivos*. Desde este contexto, ubicamos nuestra investigación en un grupo social que ha sido tradicionalmente discriminado: la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros, intersexuales y queers (identificados como grupo “LGBTTIQ”).

Partimos de una tesis fundamental: la sexualidad no puede ni debe encerrarse en la heterosexualidad. Pretenderlo significa construir y preservar un paradigma discriminatorio. Contra él se han erigido organizaciones civiles que son el resultado de una lucha constante y permanente por el reconocimiento de sus derechos afectivos. Como en otros casos, el diseño jurídico-institucional puede potenciar las actitudes discriminatorias o inhibirlas. Por tanto, es necesaria la acción del Estado para lograr el pleno reconocimiento de los derechos afectivos.

Desde hace varias décadas un sin número de acontecimientos ha motivado cambios en nuestra percepción de la sexualidad: el aumento de la población mundial; la aparición y adopción de los anticonceptivos; la eliminación de la homosexualidad del catálogo de enfermedades mentales, etcétera. Los estudios científicos sobre la sexualidad posibilitan la creatividad y refuerzan las relaciones humanas, ampliando con ello el sentido de la vida. Actualmente, el discurso de género se encuentra ampliamente reconocido y se aspira a la equidad de hecho y

de derecho. Empero, pese a estos avances, aún existen resistencias institucionales y actitudinales en nuestra sociedad.

Como lo sostiene la maestra emérita Aurora Arnáiz Amigo, el Estado contemporáneo busca garantizar la convivencia a través del respeto a la libertad y la tolerancia. En tratándose de los derechos afectivos, nos encontramos ante un nuevo terreno de lucha por realizar ambos valores. Conviene volver la mirada al sentido más profundo de las normas jurídicas y su sentido de protección para tratar de preservar principios éticos, entendiendo a la ética como *la práctica reflexiva de la libertad*, en la línea de pensamiento de Michel Foucault. Desde esta perspectiva cabe la crítica, el cambio y la necesaria transformación del Derecho.

El Estado debe comprometerse seriamente por reconocer y tutelar los derechos afectivos. Hablar de derechos afectivos es referirse a las relaciones humanas. El fin último de su tutela es contribuir a la felicidad humana. Una de las dimensiones de lo afectivo es, precisamente, la sexualidad, que debe mirarse sin prejuicios ni fanatismos, sino con responsabilidad y armonía, en igualdad de oportunidades.

Integrar una ética sexual resulta fundamental, ya que *el hecho de que un derecho no se reconozca no quiere decir que el derecho no exista*. La mayoría de las acciones humanas implican un sentimiento. La valoración que le imprime una sociedad determinada, así como el conjunto de leyes que la rigen, se encuentra ineludiblemente relacionada con la dicotomía sentimiento-acción. Sin embargo, no se hablará aquí de los sentimientos experimentados en forma interna por una persona, sino de todos aquellos que producen una manifestación exterior y que son susceptibles de afectar a otros. Esto incluye el reconocimiento positivo o negativo de la sociedad y sus leyes, que permite, reprime o discrimina, tal esencia humana dificulta en el ámbito positivo del derecho resarcirlos o lograr su respeto.

En la doctrina conocida como *neoconstitucionalismo* se enfoca la atención en la fuerza expansiva de los derechos fundamentales. Un derecho puede ser reconocido socialmente como tal, independientemente de su ubicación normativa. El legislador debe ser informado adecuadamente a fin de orientar su trabajo hacia una regulación apropiada. Esta investigación busca sentar las bases de una teoría jurídica de los derechos afectivos que sirva por igual al trabajo del legislador, del litigante, del académico y el ciudadano. Lo planteamos atendiendo al pensamiento de filósofo utilitarista inglés, J. S Mill que sostenía: “La única libertad que merece ese nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud sea física, mental y espiritual.”

Esta tesis se estructura en tres capítulos. En el primero, se exponen los conceptos básicos para el análisis del tema. En el segundo, se plantea una teoría ética *ad hoc* que permita situar, filosófico-jurídicamente, el debate de los derechos afectivos. Finalmente, en el tercero se consideran los fundamentos de dichos derechos, partiendo de su definición y de su examen dogmático-jurídico (sujetos, bienes tutelados, relación jurídica). Nos inspiramos, en todo momento, de la experiencia comparada tanto doctrinal como legislativa y jurisprudencial. Destacamos en esta investigación la idea de placer como pilar conceptual de nuestra tesis. En torno a ella, enhebramos los fundamentos de una legislación-tipo sobre derechos afectivos cuyos valores son la libertad, la igualdad y la tolerancia.

Ciudad Universitaria, abril de 2008

## ABREVIATURAS

**CADH** Convención Americana sobre los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”

**CBDP** Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar, la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” 1994

**CCDF** Código Civil para el Distrito Federal

**CCC** Código Civil del Estado Libre y Soberano de Coahuila

**CEDM** Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

**CLGBTIQ** Comunidad Lésbica, Gay, Bisexual, Transexual, Intersexual y Queer.

**CLGBT** Comunidad Lésbica, Gay, Bisexual y Transexual

**CONAPRED** Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

**CPEUM** Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos

**DUDH** Declaración Universal de los Derechos Humanos

**DUDS** Declaración Universal de los Derechos Sexuales 1999

**DV** Declaración de Valencia de los Derechos Sexuales, Valencia España, 1997

**LGAMVV** Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida sin  
Violencia

**LRC** Ley de Responsabilidad civil para la protección del Derecho  
a la vida privada, el honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal

**LSC** Ley de Sociedades de Convivencia

**PCS** Pacto Civil de Solidaridad

**PUEG** Programa Universitario de Estudios de Género

**SC** Sociedad de Convivencia

# CAPÍTULO I

## CONCEPTOS BÁSICOS DEL ANÁLISIS

### 1.1 Nociones filosóficas

En este punto se precisarán algunos conceptos filosóficos elementales como la persona, la libertad, el valor, la idea del bien, el juego entre la libertad y el orden público, la relación entre los conceptos de intimidad y vida privada. Temas que conservan su actualidad, pues la propia existencia humana los implica.

En el ámbito del conocimiento de sí, se destacará la dualidad existente entre el *yo* y el *tú*, entre lo individual y lo social, en una postura intermedia, sin caer en los extremos de la preponderancia de uno sobre otro. El ser humano no sólo posee inteligencia para estudiar el mundo físico que lo rodea, sino que también tiene la capacidad de amar.

Los conceptos señalados están presentes en la mayoría de los aspectos de la existencia. Es de vital interés resignificar los fines y conceder a las relaciones humanas la importancia que merecen. Resulta necesaria una filosofía moral que nos enseñe qué significación tiene el mundo, porque el hombre puede vivir sin conocer metódicamente, pero sería impensable vivir sin amar.

Esta capacidad propiamente humana es lo que provoca las ideas del bien por un lado y del mal por el otro, la búsqueda constante acerca del cómo es bueno vivir. Así, el actuar es la unión entre la filosofía y la ética.

La libertad no es un concepto unívoco y limitado, es un elemento del acto humano que tiene que ver directamente con los valores que éste posea, por

ello puede mirarse objetivamente, en tanto se critique la limitación y la insuficiencia de las leyes y de las estructuras existentes que se aferran a delimitar la creación de nuevos valores. El valor también puede ser objetivo e intersubjetivo, pero habrá un punto de equilibrio adecuado para caracterizarlos en el ambiente cultural e histórico en que se intenta realizar la propia existencia.

La sexualidad no puede separarse de las condiciones corporales y, sin embargo, tiene una dimensión social muy importante, en la medida en que forma parte del reconocimiento del hombre por otro hombre. Lo anterior, prepara el camino para examinar los significados de intimidad y vida privada y el papel que interpretan entre lo que constituye la libertad y el orden público. El Estado debe promover los recursos materiales, de instrucción, de ciencia, de salud y leyes que permitan el desarrollo integral de la persona en libertad y seguridad de acceso a sus derechos fundamentales.

### **1.1.1 La persona**

No se pretenderá en este apartado, proporcionar una mera lista de definiciones de lo que significa ser persona, sino más bien hacer una reflexión sobre el sentido de un conjunto de características que constituyen a la persona. Esta no puede ser definida de manera tajante, pues la conforman múltiples elementos, tanto físicos, intelectuales y espirituales.

Entre ellas destacamos las siguientes:

- Toda persona es un organismo biológico.
- Posee un elemento racional, capacidad de ideación, busca el conocimiento.
- Cada ser es singular, irreplicable, único;
- Posee espiritualidad y con ella capacidad de ser consciente de su amor por sí mismo y por sus semejantes.

- Es un ser con carácter social, pues para realizar sus fines busca la ayuda de los demás para desarrollar sus diferentes potencialidades.
- Es un ser libre porque posee dignidad, por el solo hecho de su existencia; también es sujeto de responsabilidad.
- Por su libertad es sujeto de valores, que buscan regular su actuar frente a su individualidad y frente a la colectividad.

Cuando se dice que una persona es ante todo un ser biológico se desea destacar su existencia física, tangible. El sexo biológico determina el género, pero la preferencia sexual y afectiva las construye la persona en su interacción con otras. Según Farré, "... sólo conocemos una sola manera de ser de la especie humana: ser en el mundo."<sup>1</sup>

La razón es un elemento fundamental de diferencia con un animal, el hombre puede imponerse a su ambiente natural para transformarlo a su conveniencia, dirigir sus actos con ayuda de la lógica. Puede allegarse de elementos útiles para su sobrevivencia y para su placer.

La unicidad y la espiritualidad es una característica que conduce a la libertad del hombre. La espiritualidad engloba a la razón y a la voluntad libre. Para el psicoterapeuta V. Frankl "lo espiritual es por definición lo libre en el ser humano y lo que llamamos *persona* es aquello que puede comportarse libremente; aquella dimensión del hombre que es capaz de oponerse siempre a la parte mecánica de su ser."<sup>2</sup>

Es un ser social, un zoon politikon como lo denominó Aristóteles, por esto la realización del encuentro del yo-tú, ofrecen al hombre un fundamento para la felicidad y el placer. Pero este mismo encuentro no ofrece siempre los

---

<sup>1</sup> Farré, Luis. **Antropología filosófica**. Madrid. Ediciones Guadarrama S.A. 1968, p. 221

<sup>2</sup> Mondragón, Carlos. Coordinador. **Concepciones de lo humano**. Cómo explicaron la conducta, las emociones y el pensamiento los más influyentes psicólogos del siglo XX. Editorial, Paidós, México, 2002, p 246

mismos resultados, pues en el hombre existen diferentes potencialidades que pueden estar dirigidas a su bien y a la destrucción de otros.

Lo que queremos expresar con esto, es que toda persona es capaz de hacer daño a sus semejantes y a sí mismo. Al ser libre puede optar por el bien o por el mal, por el conocimiento o por el instinto, por la discriminación o el respeto, por la homogeneidad o la pluralidad de sus relaciones interpersonales. La libertad trae aparejada la responsabilidad ante sus acciones. Dicha responsabilidad es resultado de los valores que a sí mismo se ha impuesto para regular su conducta externa e interna. Así, la existencia misma implica la realización de actos que son dirigidos por una ética, por valores.

El hombre es un ser social sujeto a las contingencias propias de su ambiente. Está sujeto a una espiritualidad y libertad inherentes a él, con una lógica que le permite desarrollar sus actos acorde a su razón. Posee capacidad de amar y de odiar, de sentir placer o displacer, con la ineludible responsabilidad que le brinda su libertad, de elegir, siempre se está eligiendo, hasta el mero abstenerse de algo, constituye en sí una elección.

Así la persona es un *pluralismo* que no puede agotarse en una sola definición. Pluralismo indica las múltiples formas de manifestación que una persona puede realizar, entre ellas destacan las manifestaciones sexuales, la preferencia sexual en particular o cualquier forma de expresión de su ser sexual y el legítimo deseo de asumirse y ser reconocido como tal; por ello, la palabra “gay” ha sido utilizada a nivel político, con el fin de alcanzar el reconocimiento y la reivindicación social de una preferencia. La libertad y respeto ante estas expresiones es un factor de desarrollo interno, que se ve reflejado en la colectividad, con la creación de valores que infunden el respeto por la diversidad sexual y rechacen la discriminación.

La persona no es un concepto universal. No siempre se consideró tal como ahora. Desde la ausencia total del concepto hasta las variadas formas de discriminación hoy se reconoce “la condición de humano es el único requisito necesario para ser persona; no hace falta ser nacional, ciudadano, varón o mujer.”<sup>3</sup>

La dignidad humana es un concepto que se vincula directamente con otros, como el concepto de libertad y privacidad. La primera para actuar conforme a los designios de la voluntad propia y la segunda para mantener a salvo de la publicidad lo que cada persona considera como íntimo. Este tema se desarrollará en otro apartado.

Lograr un equilibrio entre la individualidad y la colectividad, entre la sexualidad y sus múltiples formas de expresión, entre la conducta ética del individuo ante el Estado y la sociedad y de éstos ante el individuo, es una tarea compleja, que requiere de datos ciertos, alejados de prejuicios para reflexionar lo que constituye ser persona más allá de la aparente disyuntiva heterosexual-homosexual.

### **1.1.2 El bien**

Como ya se anotó en el apartado anterior la *persona es una pluralidad* de pensamientos, de sentimientos y de acciones. Al ejercer su libertad es sujeto de valores que le sirven para regular su conducta frente a los demás. Pero qué es lo que debe conducir la conducta humana, qué se persigue, para qué. A lo largo de su existencia el hombre ha tratado de encontrar elementos certeros que rijan su conducta de tal forma que se acerquen a su idea de bien, que en Grecia fue identificado por Aristóteles con la felicidad.

---

<sup>3</sup> Garay, Oscar E. Derechos fundamentales de los pacientes. Ed, Ad Hoc Villela, Buenos Aires 2003, p 225

Lo bueno es algo que varía de cultura en cultura según la época, pues lo que es bueno para unos habitantes del mundo puede no serlo para otros. Se hace pues la pertinente diferenciación entre lo bueno como valor ético y lo bueno como valor extrínseco de una acción o de una cosa. A este último estrato pertenecen las cosas materiales u objetos que han sido llamados “bienes”.

El bien entendido como valor ético puede ser una respuesta a la pregunta de cómo debemos vivir según lo que se perciba o se entienda como bueno será la aceptación o rechazo hacia una u otra determinada forma de vida.

Aristóteles identifica a lo bueno con el sujeto “una acción es buena si es la acción de un hombre bueno”<sup>4</sup> De acuerdo con esto hay que diferenciar entre un hombre bueno y una acción buena. Una acción buena necesita de una calificación para serlo, luego, una acción es buena o un hombre es bueno, sólo por un juicio que así lo determine. ¿Un hombre que viva solo en una isla, lejos del contacto con los otros, se sabrá bueno o malo? Puede ser que se considere bueno en relación con él mismo, en la medida en que busca su propio placer. Pero cuando hay otros iguales a él, sus acciones serán calificadas por éstos, con la probabilidad de que las acciones que antes realizaba en soledad sean consideradas malas para los otros. Es decir el bien y lo bueno existen porque existe el hombre.

Habría entonces un parámetro o punto de referencia para saber qué es lo bueno: “Sería posible decir con Hume que buena es toda aquella acción que todo hombre prefiere de hecho frente a los demás y que por tanto aprueban; mala aquella que desaprueban.”<sup>5</sup> Lo anterior sería válido sólo si todos los

---

<sup>4</sup> Gevaert, Joseph. **El problema del hombre**. Introducción a la antropología filosófica. Duodécima Edición, ediciones, Sígueme, Salamanca, 2000, pp. 49-55

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 49-55

hombres juzgan de la misma manera; entonces todos actuaríamos conforme al bien y no existiría el mal.

Lo bueno está contenido dentro de la idea de bien. Este es producto de la razón humana y de sus sentimientos. El bien al que se hace referencia es el denominado bien común, como criterio racional de la sociedad que busca un orden y la realización de valores supremos, por ella determinados, como la justicia, la igualdad y la libertad. El bien común es “un bien específico que comprende valores que no pueden ser realizados por un solo individuo tales como el orden o estructura de la propia actividad social, el derecho, la autoridad, el régimen político, la unidad nacional de un pueblo, la paz social.”<sup>6</sup>

Aunque Aristóteles considera que “el bien no puede ser algo común, universal y único, pues si así fuese no se predicaría en todas las categorías sino en una sola.”<sup>7</sup> Esta idea se ve ahora superada por la defensa de los derechos humanos, que persiguen el ideal de bien común que ha sido declarada y reconocida universalmente.

La existencia de un “yo-quiero” implica el deseo de formar parte de la sociedad y de entrar en la escala de bueno-malo que es parte de la identidad del sujeto. El hombre, tiene una finalidad intrínseca y desea realizar su fin, perfeccionarse, superarse, desarrollar sus potencias, por medio de la voluntad elige entre el bien, su perfección o su contrario, el mal. El “yo-quiero” se conjuga con lo que la sociedad, las costumbres y sus normas jurídicas consideran que, debe efectuarse el bien común.

¿Será válido entonces en nombre del bien común, que la sociedad y el Estado impongan una conducta heterosexual, que implícitamente se

---

<sup>6</sup> Preciado Hernández, Rafael. **Lecciones de filosofía de derecho**. Ed. UNAM, México 1997 p. 199

<sup>7</sup> Aristóteles. **Ética Nicomaguea**. Segunda edición. México D. F. Editorial UNAM 1983, p, 82

promueva la idea de que ser homosexual es malo y tal preferencia se aleja del bien común deseado? La preferencia sexual, manifestación de libertad, es un factor de perfeccionamiento y de felicidad. Además “en una sociedad tradicional el buen ejercicio de un rol no se diferencia tan agudamente del ser bueno-moral”<sup>8</sup> es decir, la preferencia heterosexual trae por sí misma la superioridad moral ante otras formas de vida; “Luego la sociedad jamás tiene derecho de sacrificar las prerrogativas esenciales de la persona invocando el bien común, ni debe imponer ni prescribir una conducta que en lugar de perfeccionar al hombre, lo degrade.”<sup>9</sup>

Sin embargo, esta idea tradicional del bien común cambia, se vuelve la mirada a la persona, a sus expectativas y formas de vida, como una forma de conjugar el propio bien, con el bien común, para tratar de eliminar el desprecio y castigo de la sociedad, por la preferencia sexual, y hacer realizables los valores supremos en igualdad de condiciones.

Cómo llegar a un equilibrio entre estos dos tipos de bien, cómo hacer para que se respeten las normas y se fomente la libertad de la persona, “si todo el mundo asume la norma de que debería haber alguna norma, eso mismo ya es una norma universal... a lo largo de todo el espectro de situaciones que plantea la vida, deberá establecer, de algún modo lo que se espera de las personas y lo que se considera inaceptable.”<sup>10</sup>

Tal vez el equilibrio absoluto no existe, pero sí el ánimo de respetar a las minorías sexuales que fomente la igualdad social y el reconocimiento de la pluralidad humana sin importar la preferencia sexual. Todos merecen ser respetadas como parte del bien personal que a su vez es una parte del bien común que, implica la eficacia en el respeto de las libertades y derechos

---

<sup>8</sup> Tugendhat, Ernst. **Lecciones de ética**, Barcelona, Editorial Gedisa 1997, p.58

<sup>9</sup> Preciado Hernández, Op, cit. p. 207

<sup>10</sup> Blackburn, Simón. **Sobre la bondad**, Una breve introducción a la ética, Traductor Ramón Vilá Vernis. España, Editorial Paidós, p. 47

fundamentales, donde la sociedad debe ayudar y elevar al hombre, en vez de calificarlo y discriminarlo.

### 1.1. 3 El valor y el fin

El estudio del valor se ha hecho desde dos perspectivas teóricas: el subjetivismo y el objetivismo axiológico. En el subjetivismo algo es valioso por el hecho de preferirlo; en el objetivismo, al contrario, el valor está separado del sujeto que valora. El valor no es necesariamente objetivo o subjetivo, mas allá de las dos corrientes doctrinarias cabe replantearse la cuestión, partiendo de la realidad, como conjunto de experiencias del hombre.

Cada doctrina ha aportado algo a la pregunta ¿qué son los valores? Así,

El subjetivismo mostró la imposibilidad de separar el valor de nuestras reacciones psicológicas, necesidades y apetencias. El objetivismo, a su vez, corrigió las exageraciones del subjetivismo y señaló la necesidad de prestar especial atención a las cualidades objetivas.<sup>11</sup>

Ninguna tomó en cuenta las circunstancias reales que ayudan a configurar una estructura de valores, el entorno que rodea al hombre desde antes de su nacimiento, “la organización económica, jurídica, las costumbres, las tradiciones, las creencias religiosas y muchas otras formas de vida que trascienden a la ética, son las que han contribuido a configurar determinados valores morales, que luego son afirmados como existentes en un mundo ajeno a la vida del hombre”.<sup>12</sup> Así se forma la jerarquía de valores.

---

<sup>11</sup>Frondizi, Risieri. ¿Qué son los valores? Introducción a la axiología, FCE, México 1986, p. 190

<sup>12</sup> Ibídem, p. 197

Las costumbres y las normas religiosas, los prejuicios y mitos que éstas generan, influyen en lo que la gente percibe como valioso, cabe mencionar que no siempre estos valores propician el bien para todos por igual, cuando excluyen a ciertas actividades y formas de vida, calificándolas de inmorales o anormales. Habrá que preguntarse, en el caso de la preferencia sexual, cualquiera que esta sea, qué mal provoca que dos personas se amen o no y decidan ejercer su libertad sexo-erótica.

La valoración no puede reducirse a un juicio personal que califica y valora según el interés o deseo. Qué sentido tiene realizar un valor que no tenga como fin un bien mayor. Por ello, deben prevalecer determinados criterios objetivos que ayuden a fijar una guía de valores certeros, que contribuyan a la creación de una estructura equilibrada entre los valores subjetivos y los objetivos. Afirma Frondizi:

El valor no es una estructura sino una *cualidad* estructural que surge de la reacción de un sujeto frente a propiedades que se hallan en un objeto. Por otro lado esa relación no se da en el vacío, sino en una situación física y humana determinada.<sup>13</sup>

Dicha cualidad estructural la posee la persona per se y en su interrelación sujeto – objeto – sujeto – circunstancias. La cualidad, es decir el valor, no puede reducirse a la que posee cualquier sujeto, lo que no implica la homogeneidad en situaciones físicas, biológicas y culturales determinadas. Una situación concreta es la sexualidad y sus múltiples manifestaciones, que pueden derivar en las categorías mencionadas en líneas anteriores. Cada una de ellas nos guía a un mundo de posibilidades y necesidades que no pueden ser practicadas con respeto y libertad, debido a la sobre valoración de una conducta sexual sobre otra.

---

<sup>13</sup> Ibídem, p. 213

El objeto que menciona Frondózi en este caso es el derecho al íntegro desarrollo de la personalidad intelectual, sexual y física. Es el resultado de la reacción entre una persona y su cuerpo o el de la persona deseada. Ese desarrollo debe ser garantizado, regulado e impulsado desde una perspectiva de salud y respeto a las relaciones sexo-eróticas, de cualquier preferencia genérica.

En la acción humana y sus hechos se puede mencionar en forma enunciativa, no limitativa, según Gearvert<sup>14</sup> algunos valores que pertenecen a diferentes esferas:

- Los *valores vitales o corpóreos* que responden a las necesidades corporales primarias
- Los *valores del espíritu* que emanan del hombre como una necesidad de vivir en forma mas digna en conjunción con los demás
- Los *valores de la persona o valores éticos* que expresan de forma auténtica el reconocimiento del hombre en el mundo. Estos valores a su vez pueden ser de tres tipos:
  - a) *valores relativos a la vida y a la muerte* que son la base de la convivencia, implican un respeto a la vida, a la salud, al afecto como fundamento para el desarrollo del potencial humano.
  - b) *valores relativos a la verdad*, dicha verdad se relaciona con la sinceridad que debiera reinar en las relaciones humanas y que condicionan profundamente el reconocimiento de las personas.
  - c) *valores relativos a la promoción de las personas* en el amor y la benevolencia.
  - d) *valores religiosos* que expresan una cultura en la relación con Dios.

El hombre asigna a sus acciones un valor que tiene como meta llegar o realizar un fin “podría decirse que valor es todo lo que permite dar un

---

<sup>14</sup> Gevaert, Joseph. Op, cit. pp. 201-205

significado a la existencia humana, todo lo que permite ser verdaderamente hombre.”<sup>15</sup>

Las esferas mencionadas son sólo una mera referencia para ilustrar los diferentes tipos de valores que existen en la sociedad. La persona cambia con las transformaciones externas que influyen de manera directa en su interior y se adapta a ellas o bien lucha por cambiarlas. En este momento de adaptación o resistencia es cuando las esferas de valor se alteran. Sin embargo, a nivel internacional se trata de construir una escala de valores guía con validez universal para preservar la integridad física y mental de la persona. Porque los “...valores aunque tengan su apoyo en el hombre que debe realizar su propia existencia no están sólo ni únicamente en la libertad humana, sino que comprometen también a las estructuras del cuerpo y del mundo biológico y físico.”<sup>16</sup>

La homosexualidad y sus diversas expresiones son ahora objeto de valoración objetiva por parte del derecho internacional que busca que cada Estado garantice y proteja el libre desarrollo de la personalidad del gobernado, en igualdad de oportunidades con la heterosexualidad, promoviendo valores supremos como el respeto, la responsabilidad y la libertad sexual entre los miembros de la sociedad. Fomentando valores en forma extrínseca, es decir, por medio de instituciones que puedan ayudar a que se realicen valores intrínsecos o íntimos de la persona.

Los valores por los que las feministas y las minorías sexuales han luchado no son los mismos que hace algunos años; las experiencias que dejan las constantes guerras, la homofobia, los feminicidios, que aun continúan, muestran que nunca serán suficientes todos los esfuerzos por lograr el

---

<sup>15</sup> Porras Rengel, Juan F. **Lógica del sentimiento**, Ensayo de una antropología filosófica, Tomo I, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Venezuela, 1996, p. 239

<sup>16</sup> Gevaert, Joseph Op, cit p. 192

respeto y garantía de valores universales, que han sido señalados en la Declaración universal de los derechos humanos de 1948.

“Lo importante es recoger y revalorizar los valores existentes, en un diálogo fecundo con el pasado y con gran apertura hacia el futuro”<sup>17</sup> Estar conscientes de que vivimos en una realidad dada, sujeta a cambios donde la existencia del bien y del mal es una incitación a la elevación moral y la lucha contra los grandes males de la humanidad, como la ignorancia, la injusticia, la desigualdad y la discriminación, que constituyen al mismo tiempo una guía para establecer un mínimo de orden jerárquico de los valores que encaminen la vida del hombre.

#### **1.1.4 La libertad frente al orden público**

Una característica medular de la persona es la libertad. Pero ¿cómo debe entenderse la libertad, en sentido absoluto o relativo? La libertad no existe sin límites. Dichos límites se encuentran en el orden público. Este es una construcción humana y por lo tanto es sujeto de transformarse para el beneficio de quienes lo han erigido.

La libertad de la que aquí se trata está relacionada con la acción exterior de las personas dentro de su entorno social y ambiental que le sobreviene al momento de nacer. No cabe aquí la comparación simplista que relaciona a la libertad con el estado de naturaleza o ambiental que rodea al hombre “no hay libertad cuando el proceso humano se describe como creciendo en forma similar a los productos de la naturaleza.”<sup>18</sup>

El concepto de libertad, o mejor dicho la idea de libertad no es unívoco. Hay diferentes tipos de libertad, algunos de ellos son: la libertad corpórea o de

---

<sup>17</sup> Gevaert, Joseph, Op, cit. p 200

<sup>18</sup> Farré, Luís, Op, cit. p. 217

acción que está limitada por la existencia de la libertad de los otros y la libertad interna o de pensamiento que está limitada por la acción. Alguien es libre de pensar cuanto quiera, pero cuando pretenda realizar sus pensamientos debe seguir la guía que ofrecen los valores éticos y los valores jurídicos que cada ordenamiento busca preservar.

En el ámbito de la libertad corpórea se encuentran protegidos en la mayoría de las constituciones la libertad de expresión, la libertad de culto, la libertad de circulación, la libertad de trabajo, por mencionar los aspectos básicos de expresión. Infortunadamente su regulación constitucional no es condición suficiente para su cumplimiento, ante tal panorama la “libertad deberá por tanto criticar las limitaciones y las insuficiencias de las leyes y de las estructuras existentes.”<sup>19</sup>

Es precisamente la conciencia humana lo que le ha permitido al hombre ser capaz de intelegir, de crear e imaginar, de percibir valores a través de sus sentimientos y con su voluntad cambiar sus circunstancias, de tal forma que dirige su propio destino. La libertad absoluta no existe. Los primeros límites con que nace el hombre, sin que pueda evitarlos bajo ninguna circunstancia son: *la finitud* integrada por su existencia material o sea su composición biológica, física y psíquica; *la temporalidad*, la vida se desarrolla entre un pasado y un futuro que traen consigo la certeza ineludible de la muerte; *la especialidad* dentro de la cual vive en una forma de cultura y época determinada; la *individualidad* en su ser irreducible y único que forma parte de un todo general.

Somos pues libres si mantenemos un nexo de dependencia...el libre albedrío no es una esclavitud por el hecho de que se suponga una sujeción, pues sin ésta aquél no podría efectivamente existir.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Ibídem, p. 211-215

<sup>20</sup> Porras Rengel, Juan F, Tomo I, Op, cit. p. 255

Hay también una conciencia normativa que permite la convivencia con los otros. Se obra en cierto sentido aun cuando no se conozca bien el contenido de la ley, porque lo percibe, tiene conciencia de que debe hacerlo así. “Esta conciencia normativa es una condición necesaria de toda sociedad; sin ella las relaciones humanas serían imposibles.”<sup>21</sup>

El resultado de la conciencia ha sido la creación de leyes supremas de derecho que regulen y sancionen el comportamiento exterior de una persona ante sus semejantes. El Derecho constituye un sistema de preceptos creados conscientemente por el hombre.

Exactamente junto a la libertad, al libre albedrío que permite la conciencia, están los valores. Es por ello que cada norma jurídica apunta hacia la realización de un valor, aun cuando no pueda verse a simple vista en forma categórica. Entonces solo puede hablarse de la existencia de la libertad dentro de una relación de dependencia física y jurídica.

En el aspecto jurídico nos encontramos frente al orden público. Este es el conjunto de leyes, normas y reglamentos que posee un Estado para organizarse a sí mismo y a sus gobernantes, que a través de sus instituciones busca hacer efectivo el cumplimiento, garantizar, el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales.

El derecho constituye un sistema de preceptos creados por el hombre con el solo propósito de regular la vida social, imponiéndole a esta un orden debidamente garantizado por la autoridad, que es institucionalizada por los propios miembros de la comunidad.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Larroyo, Francisco. **Los principios de la ética social**. Décimo sexta edición México. Editorial Porrúa, 1981, p. 52

<sup>22</sup> Porras Rengel, Op, cit. pp. 401-402

¿Qué pasa cuando el Estado ignora los dinamismos que surgen en la sociedad, rezagando sus ordenamientos y reduciendo con ello la posibilidad de ejercer al máximo la libertad? Ante ello se manifiesta la oposición entre la libertad y el orden público, que no avanza al mismo paso que los cambios sociales, con la creación de nuevos valores, que lejos de afectar a los valores universales los enriquecen, pues son consecuencia de éstos.

Los dinamismos sociales “pueden ser asumidos e integrados en la realización del hombre o bien verse reprimidos excesivamente bajo la presión de la cultura y la opinión pública”<sup>23</sup>. Tal es el caso de la preferencia sexual, que ha sido reprimida en sus manifestaciones afectivas y no afectivas bajo mitos y prejuicios creados por la sociedad y protegidos tácitamente por el Estado; cuando “la ley establece una igualdad abstracta y uniforme proporciona un catalogo o repertorio de roles típicos, en los que la voluntad concreta, la libertad real, no podrían reencontrarse y parece comprometida”<sup>24</sup> al reconocer y brindar legitimidad sólo a una forma de manifestación de la vida sexo erótica, la heterosexualidad. Ahora se sabe que no hay factores totalitarios y perfectamente homogéneos en la forma de expresar la sexualidad y sus preferencias.

Por ello, en el ejercicio de la libertad gobernantes y gobernados deben criticar las deficiencias de las leyes y las estructuras sociales, para mantener una coherencia entre estas y la realidad. Negarse a cuestionar el orden que prevalece es aferrarse a una visión del mundo que proporciona una falsa seguridad. ¿Por qué una persona con orientación sexual distinta a la heterosexual debe ser obligada a claudicar de su preferencia?

---

<sup>23</sup> Gevaert, Joseph. Op, cit. p. 220

<sup>24</sup> Trigeaud, Jean-Marc. **Humanismo de la libertad y filosofía de la justicia**, Traductora Maria Luisa Marin Cartan, Madrid, Editorial Resus, S.A., 1991, p.143

### 1.1.5 La intimidad y la privacidad

Lo público y lo privado no se distingue fácilmente cuando se desea hacer una diferencia detallada entre uno y otro ámbito de la vida. Es necesario aclarar que se hablará únicamente de la vida privada o pública de una persona física. Omitimos el tema de lo que es público o privado respecto al Estado y su administración.

El sentido común percibe, grosso modo, que hay una diferencia sutil entre el concepto de vida privada e intimidad. Las costumbres, el lenguaje y las circunstancias propias le otorgan a ciertas acciones y pensamientos el carácter de público, de privado o íntimo.

Lo público es aquello que una persona comparte con sus semejantes, constituye, con ello, su vida social y no le causa ningún prejuicio que los demás conozcan sus actividades, por el contrario, le otorga, según el tipo de acciones, un estatus de prestigio y ventaja frente a otras acciones.

La vida privada supone una reducción de dicho círculo de personas. Se identifica con la vida familiar o personal. La invasión de esta esfera sí puede causar un prejuicio de orden principalmente sentimental o moral.

La intimidad es un signo revelador de la persona. Siguiendo a Meján, “Intimidad es el conjunto de circunstancias, experiencias, sentimientos y conductas que un ser humano desea mantener reservado para sí mismo, con la libertad de decidir a quién le da acceso al mismo, según la finalidad que persiga, que impone a todos los demás la obligación de respetar y que solo puede ser obligado a develar en casos justificados, cuando la finalidad perseguida por la revelación sea lícita.”<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Meján, Luis Manuel C, El derecho a la intimidad y a la informática, México, Editorial Porrúa, 1994, p. 75

La intimidad da espacio al individuo para ejercer “plenamente su autonomía personal... en él decide las formas de su comportamiento social, privado o público que es el que constituye el objeto propiamente dicho de la moral.”<sup>26</sup>

Empero, la vida privada no siempre implica intimidad. Así como en el teatro griego se usaba la máscara para representar distintos personajes, ahora se sabe que cada persona interpreta diferentes facetas en su personalidad, una de ellas es la que se reserva de forma exclusiva para sí y unos cuantos que él mismo elige y los hace partícipes de su ser más profundo, de sus afectos y creencias, sus pensamientos y sus angustias.

Al contrario de lo que podía parecer la intimidad y la privacidad juegan un papel muy relevante en la vida de las personas, ya que cada acto de la vida privada se desborda en la vida social; procurar la protección de tal espacio es un factor que ayuda al desarrollo personal y social.

El hombre realiza su ser personal con mayor poder y sentido cuanto más decididamente toma postura frente a sí mismo, cuanto más penetra en su propia intimidad, cuanto más conciencia tiene de ella. La intimidad se constituye así en elemento esencial de la persona, de su personalidad y de su reflejo externo. Es en gran medida el motor de sus pretensiones, donde surgen sus ilusiones, donde se configuran sus anhelos.<sup>27</sup>

La persona jurídica o moral no posee intimidad, puede tener una reputación susceptible de ser dañada, pero nunca una intimidad, característica única y exclusiva de la persona humana; la intimidad es incluso una necesidad psicológica inmersa en lo social y lo público.

---

<sup>26</sup> Garzón Valdés, Ernesto. Lo íntimo, lo privado y lo público. En línea <http://www.ifai.org.mx7publicaciones/cuadernillo6.pdf> consulta julio de 2006

<sup>27</sup> García Morente, citado por Rebollo Delgado, Lucrecio, El derecho fundamental a la intimidad, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, p. 27

Por otro lado, la vida privada “está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídas al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbar moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esta misma persona asienta a ese conocimiento.”<sup>28</sup>

Ningún concepto de privacidad será objetivo ni universal, pues lo que ahora nos parece obvio no lo fue en otro momento, es decir lo que se entiende por privacidad va cambiando según la época y el lugar.

Lo privado existe como derecho porque “es una creación del Estado, mediante la ley”<sup>29</sup> con lo que se justifica que este derecho no es originario. Por más que se quiera ningún ámbito de la vida está por completo fuera del alcance de la autoridad pública, por lo menos ninguno que traiga consigo un daño a terceros. Aunque de manera general la privacidad, en principio, no concierne a la autoridad, ésta debe estar garantizada como rasgo indispensable de la dignidad humana. Por medio de las garantías individuales tales como la libertad de conciencia, el derecho al trabajo, el derecho a elegir pareja, las amistades etcétera.

La privacidad puede ser legalmente restringida únicamente bajo las prescripciones que para tal efecto determine el Estado por considerar que, de no intervenir, se causa un daño al interés público. Éste “supone la definición de aquellos bienes que la colectividad considera valiosos, fundamentales, indispensables.”<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Nova Monreal, Eduardo. **Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos.** Quinta edición, Editorial Siglo XXI, México 1997, p. 49

<sup>29</sup> Escalante Gonzalbo, Fernando. **El derecho a la privacidad.** En línea <http://www.ifai.org.mx/publicaciones/derecho.pdf> Consulta: julio de 2006

<sup>30</sup> Idem

Jurídicamente, intimidad y privacidad no se han definido de manera concluyente y definitiva dado su carácter amplio y complejo. No puede hacerse una enumeración taxativa de las conductas que deben ser consideradas como íntimas y de las que son privadas. Aunado a ello, las distintas formas de tecnología que facilitan la invasión de la privacidad y el control de los gobernados mediante la acumulación de datos y referencias personales imponen desafíos mayores.

Una forma de distinguir a la privacidad es con referencia a los espacios en los que ésta se verifica: el domicilio, por ejemplo. Para proteger la libertad personal y garantizar un espacio de libertad donde su voluntad será la rectora de su conducta.

En el aspecto público y privado hay un ámbito afectivo. ¿Qué pasa cuando el Estado reconoce solamente una forma de constituir estos lazos y, además, le otorga legitimidad, atribuyéndole una función social nuclear? Entonces, no está garantizando por igual el derecho a la vida privada y el respeto que debe imperar en la vida pública. ¿Con qué libertad se elige una pareja cuando estos lazos de afecto se expresan, por ejemplo, hacia una persona del mismo género? Tales conductas conducen a la censura y la humillación pública. Las personas que tienen una preferencia genérica no heterosexual son víctimas de las más diversas formas de extorsión y agresión a causa de su preferencia o su forma de vestir o de expresarse. Al Estado corresponde garantizar la libertad de unos derechos frente a otros, que no pueden impedir que cada cual viva según los dictados de su voluntad. Lo que no implica una invasión de la privacidad, sino un tratamiento igual a todo tipo de lazos afectivos. La protección a la vida privada tiene como fin asegurar la dignidad de la persona humana en sus más variadas manifestaciones de la personalidad.

La libertad tal como es entendida ahora “requiere que el Estado se abstenga de imponer una norma de conducta, en el terreno que sea”<sup>31</sup>. La neutralidad de éste y la libertad individual son condición para la elección personal de vida. Pues a pesar de que la vida sexual y afectiva puede constituir un ámbito de intimidad personal, deja de serlo desde el momento en que, las leyes dictan una forma de conducta al establecer y reconocer derechos solo a las relaciones afectivas entre un hombre y una mujer. Con lo que respalda una forma de familia tradicional y desconoce otras igualmente respetables. Con ello también se impone y se dirige el sentido común de los gobernados y al mismo tiempo se propicia la discriminación y la indiferencia, ante quienes son iguales en derechos y desiguales en preferencias.

De hecho en la Constitución no hay ninguna norma que prohíba la preferencia homosexual. Lo que falta es materializar la efectiva protección de la vida privada y la intimidad de la Comunidad Lésbica Gay Bisexual y Transexual (CLGBT) sin hacer distinciones frente a una conducta heterosexual establecida por el Estado, como única forma de procrear y de constituir lazos afectivos oponibles a terceros. El derecho es un factor para la creación de un entorno favorable que posibilite el desenvolvimiento de la persona.

## **1.2 El vocabulario de la sexualidad humana**

Hablar de sexualidad requiere de un amplio criterio en el que el respeto por las creencias de otras personas sea la guía. ¿Qué pasa cuando se tiene un concepto equivocado; cuando las creencias sobre la sexualidad están basadas en mitos? Esto ocurre siempre cuando se habla de sexualidad o bien de sexo, conceptos diversos para algunos estudiosos.

---

<sup>31</sup> Escalante Gonzalbo, Fernando, El derecho a la privacidad, En línea <http://www.ifai.org.mx/publicaciones/derecho.pdf> consulta julio de 2006

En este apartado se explorarán conceptos básicos del análisis. Los conceptos acerca de la sexualidad no son cerrados, son apenas el portal de la palabra que al abrirse y recorrer su contenido se descubre un camino inmenso de posibilidades. Varían de acuerdo a la época y las circunstancias propias de esta. No se trata tampoco de hacer un glosario exhaustivo, sino de dar las definiciones elementales relacionadas con la sexualidad humana.

El género es una palabra muy difundida en los medios de comunicación y en el medio político, hay incluso una comisión de Equidad de Género en la Cámara de Diputados, un Programa Universitario de Equidad de Género (PUEG) en la Universidad Nacional Autónoma de México, por mencionar sólo algunos. Pero, ¿qué es el género? ¿Un mero discurso político, una forma de justificar un control social o bien una forma de seguir homogeneizando a la población tan sólo en hombres y mujeres? ¿Es acaso un modo de fomentar una práctica única de la sexualidad y ser indiferente ante otras?

Gracias a la lucha de las minorías sexuales y a las diferentes corrientes del feminismo, el público empieza a reconocer diferentes categorías, llamando a hombres y mujeres por su nombre de acuerdo a su preferencia sexual o preferencia genérica y las tipologías conocidas, como más adelante se precisará.

La persona es un ente social, un zoon politikón, que se construye a sí mismo, es un ser dotado de un cuerpo físico que se ha caracterizado según sus atribuciones y capacidades y de acuerdo a ellas se le atribuyen también funciones sociales. La sexualidad es una de las formas básicas en el orden y control de una sociedad, ésta la construye según sus condiciones y limitaciones o bien por el fin que persigue.

Conversar de sexualidad era hasta no hace mucho tiempo un tema tabú en la sociedad mexicana, qué decir cuando se hablaba o se discutía sobre la homosexualidad calificada como una desviación sexual o una anormalidad, propiciando y justificando con ello la discriminación, la desigualdad y la violencia hacia las personas de estas preferencias. Hasta ahora se busca afanosamente una respuesta científica a la homosexualidad, existe teorías hormonales, genéticas, anatómicas que persiguen explicar una preferencia; la heterosexualidad no se cuestiona pues es “lo normal”. Dichos estudios formarán parte de este apartado, vistos desde una plataforma reflexiva y crítica.

Desde que se nace se está sujeto a una vida sexuada que abre o cierra en cada persona sus propias posibilidades para satisfacerse a sí mismo, para crear, para crecer y desarrollarse plenamente. Conocer más acerca de nuestro funcionamiento físico y mental es una importante herramienta para mejorar la calidad de vida de las personas. Para el legislador es un instrumento que le permite aumentar su conciencia social y personal frente al desempeño de su función como parte del Estado. Estar abierto a los cambios sociales, con conocimientos de sexualidad es fundamental para lograr una congruencia entre los derechos individuales, los derechos humanos, la integridad y plenitud sexual, así como de la responsabilidad y la armonía que le corresponde preservar y fomentar al Estado. La labor de crear una conciencia acerca de la importancia que la ley tiene en la vida de las personas es difícil, pues si bien ésta ha sido diseñada para controlar la conducta externa de los miembros de la sociedad, es cierto también que un decoroso desempeño legislativo, alejado de falsas creencias, puede provocar un mayor sentido de identidad y cohesión entre las personas.

### 1.2.1 El género

Empecemos por mencionar la imprecisión de la palabra género. En el idioma español se puede usar para nombrar un conjunto de cosas o animales con caracteres comunes entre sí. Con esta palabra se nombran también diversos “géneros musicales” o “géneros literarios” incluso el “género humano”.

La palabra género ha sido adoptada por diversos grupos feministas para reivindicar su significado y con ello resignificar la posición de la mujer en la sociedad y su importancia en el desarrollo económico, social e intelectual de cualquier país.

Uno de los principios de la igualdad de género es que la diferencia sexual no debe implicar una desigualdad social. Tal diferencia se funda en las características biológicas, con éstas se pretende justificar la discriminación y la indiferencia ante el sexo femenino. “Diversos estudios han demostrado que las diferencias biológicas entre el género femenino y masculino asociados a la genética son mínimas y no implican superioridad de un sexo sobre otro.”<sup>32</sup>

El debate entre lo innato y lo adquirido en el comportamiento humano se ubica actualmente entre dos posiciones: la corriente neo – evolucionista y la corriente culturalista. Esta última es la que ha tenido más influencia en los estudios de género realizados en México. Bajo esta línea de pensamiento se dice que las características de lo femenino y lo masculino no son universales, cambian dependiendo de la cultura, por lo tanto puede haber o no correspondencia entre el sexo y el género.

---

<sup>32</sup> La socióloga francesa Evelyne Sullerot junto con el médico Jacques Mond han realizado uno de los estudios científicos más serios al respecto. Citado por Lamas, Martha (comp.) El género, La construcción cultural de la diferencia sexual, Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG), México, 1996, p. 98

Biología no es destino. Aunque los estudios científicos que han sido interpretados, por algunos investigadores sociales, como un intento de homogeneizar la respuesta sexual humana, no hay patrones sexuales determinados y cerrados. Aun cuando algunos de ellos determinan desde el nacimiento la posibilidad de ser quien realmente se desea ser o lo que la sociedad y las leyes consideran que debe ser, porque es lo “normal”.

Según Foucault “la sexualidad no es una característica natural o un hecho de la vida humana, sino una categoría construida a partir de la experiencia, cuyos orígenes son históricos, sociales y culturales más que biológicos.”<sup>33</sup>

Este argumento es una de las ideas fundamentales en algunos estudios serios que cuestionan al sistema de género como una tecnología, es decir, una forma compleja de control social que incrementa la diferencia sexual. Son los denominados estudios Queer que se abordarán en uno de los apartados posteriores.

El género es una categoría que está constituida por tres instancias básicas. Según Martha Lamas<sup>34</sup>:

- a) La asignación (rotulación, atribución) de género. Desde el momento del nacimiento a partir de la apariencia externa de los genitales. En algunas ocasiones ésta no coincide con la carga cromosómica del bebé de tal forma que hay personas que poseen ambos sexos, a quienes se les designa como hermafroditas.
- b) La identidad de género. Se forma cuando el infante adquiere el lenguaje, con la identificación hacia un grupo ya sea femenino o masculino, niño o niña experimenta sus sentimientos y aprende sus actitudes de forma vital.

---

<sup>33</sup> Spargo, Tamsin. **Foucault y la teoría queer**. Editorial Gedisa Barcelona, España, 2004, p. 20

<sup>34</sup> Lamas, Martha, **El género, la construcción cultural de la diferencia sexual**, Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG), México, 1996, p.p. 115 - 120

c) El papel de género. Este rol se forma con el conjunto de normas y prescripciones que dicte la sociedad y la cultura sobre el comportamiento masculino o femenino. Género “alude a la visión cultural que cada sociedad tiene sobre lo que corresponde a unas y otras personas.”<sup>35</sup>

Para que todo el sistema de género y construcción social de la sexualidad funcionen hay un “sistema de prestigio” donde el parentesco, el matrimonio y las relaciones sociales forman parte de él. Esto ocurre de tal forma que tanto las leyes como las costumbres sociales construyen un sistema contractual en el que los individuos se relacionan solo bajo ciertas formas “legítimas” aprobadas por la ley y las costumbres sociales en aparente libertad.

Género es el resultado de una construcción social que está sujeta, como todo, a los cambios que devienen con el paso del tiempo.

Los sistemas de género sin importar su periodo histórico, son sistemas binarios que oponen el hombre a la mujer, lo masculino a lo femenino, y esto, por lo general, no en un plan de igualdad sino de un orden jerárquico.<sup>36</sup>

Esta dualidad se entiende generalizada en todos los ámbitos de la vida por ejemplo entre naturaleza y ciencia, la razón y los sentimientos, lo político y lo doméstico, la abstinencia y el deseo, lo público y lo privado, son parte de un mecanismo que oculta la gran complejidad de las relaciones sociales y culturales.

Jacques Lacan, médico y neopsicoanalista francés, sostiene una posición radical respecto de la denominada identidad de género: “las identidades de género no quedan fijadas en la primera infancia y la integridad de todo yo es

---

<sup>35</sup> Eguridad de género y medio ambiente, Instituto Nacional de las Mujeres, México, 2003, p. 6

<sup>36</sup> Lamas, Martha, Op, cit. p. 21

una ficción que debe reafirmarse y redefinirse constantemente en contextos diferentes.”<sup>37</sup>

Lo que permite desde un punto de vista actual reajustar la visión social y legal de la sexualidad y respetar todas sus manifestaciones, esto es, reconstruir las percepciones y fomentar no la tolerancia sino la aceptación de otras formas de constituir lazos de familia, que no son el parentesco o el matrimonio o concubinato heterosexual, única forma reconocida por la ley. Construir una democracia sexual donde “el imperio de la razón sobre los instintos, la igualdad de derechos entre los partenaires, la libertad de expresión sexual siempre y cuando no perjudique al otro.”<sup>38</sup>

Dilucidar acerca de la idea de género es mucho más que tratar de definirlo en forma cerrada y definitiva. Hablar de género es una tarea que invita a la reflexión constante y al acercamiento de la existencia humana; es un hacer y rehacer la realidad que se transforma cada día para tratar de proporcionar los medios sociales y legales tales que propicien la igualdad social entre personas sin discriminación por motivo de su sexo biológico, su preferencia genérica, su raza, etnia o condición social. Una sociedad en la que sus instituciones y sus miembros se guíen por principios humanos fundamentales, no debiendo olvidar a la felicidad, el placer propio y ajeno como una virtud humana.

---

<sup>37</sup> Lamas, Martha Op, cit. p. 25

<sup>38</sup> Guasch, Óscar, **La crisis de la heterosexualidad**, Editorial Laertes, Barcelona, 2000, p. 68

## 1.2.2 La preferencia genérica y sus tipologías reconocidas

El título de este apartado es una alternativa a la denominada orientación sexual o preferencia sexual, que no tiene todavía una conceptualización clara de su significado. Se usa actualmente por la mayoría de los psicólogos, sexólogos y médicos de distintas partes del mundo. En México es importante destacar el trabajo que al respecto ha realizado el Instituto Mexicano de Sexología A. C. fundado por el médico y psiquiatra egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México, Juan Luis Álvarez-Gayou Jurgenson.

Después de los estudios realizados por Alfred Kinsey (1894-1956) en la década de los cuarentas, se puso en tela de juicio la existencia de personas exclusivamente heterosexuales o exclusivamente homosexuales. Dichos estudios se realizaron en una escala de experiencias eróticas, se entrevistaron a sujetos masculinos y femeninos “propusieron la existencia en mujeres y hombres de un continuo hetero-homosexual en el que todos los seres humanos se colocan en algún punto.”<sup>39</sup> Es decir que todas las personas con independencia de su género, su sexo biológico o su preferencia genérica, en menor o mayor medida son capaces de experimentar atracción por personas de su mismo género o del género contrario, así como realizar alguna actividad tendiente a consumir esta atracción erótica de manera incidental.

La **preferencia genérica** consiste en que “la atracción es hacia los aspectos fenotípicos y externos, los que pertenecen más a lo que categoriza a una persona como integrante del género femenino o masculino.”<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Álvarez-Gayou Jurgenson, Juan Luis, **Homosexualidad: derrumbe de mitos y realidades**, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Colección Tercer Milenio, serie sexualidad y cultura, México, 1997, p. 6

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 31

Dentro de esta preferencia genérica existen variantes, de las que se mencionarán las mas representativas en la lucha social y política, así como de los estudios realizados en diversos campos, de los grupos de minorías sexuales que se han autonombrado en México la CLGBT y que en otros países se han agregado otras denominaciones tales como: transgéneros, intersexuales y queers. Estos conceptos no son de ninguna manera exhaustivos ni permanentes, pero sí proporcionan una idea clara y precisa en el campo de la sexualidad humana.

El significado del vocablo lesbiana en el Diccionario de la lengua española reza: "Lesbiano, na. Adj. Lesbio. Se dice del amor o del tipo de relación que se establece entre mujeres homosexuales. f. Mujer homosexual"<sup>41</sup>

**Lesbiana** es una palabra que tiene origen griego, se extrajo del nombre que sustentaba la isla griega de **lesbos** del mar Egeo donde vivió entre los siglos VII y VI antes de nuestra era (antes de Cristo), la poetiza y filósofa de la misma nacionalidad de nombre **Safo**.

En este vocablo, al igual que en la palabra homosexualidad se comete el error al agregarle el *sufijo ismo* (**lesbianismo**), debido al trabajo activista de los diferentes grupos de lesbianas que se ha dado en torno a la construcción de una corriente de pensamiento más o menos estructurada, pues algunos de los postulados del lesbianismo, provienen de corrientes del feminismo. Desde esta perspectiva, cuando se emplea el término **lesbiandad**, se está refiriendo a la característica de una mujer de poderse vincular afectiva, sexual y eróticamente con otra de características morfológicas y de género semejantes a ella. Pero si se refiere a un movimiento *socio-político* y contestatario de los valores tradicionales de nuestra cultura, será correcto el empleo del adjetivo **lesbianismo**. Cabe

---

<sup>41</sup> Copca Oscar, "**Del joteo ... al jotismo**", en línea: <http://www.enkidu.netfirms.com/art/2005/150305/E-065/150305.htm> (abril de 2006)

destacar que este término fue acuñado para diferenciar la homosexualidad femenina de la masculina.

Son pocos los estudios que se han hecho respecto a las causas biológicas u hormonales respecto de la homosexualidad femenina. Los estudios realizados se enfocan más al ámbito de convivencia y estilos de vida de la pareja lesbiana.

El término **homosexual** es un “neologismo introducido a finales del siglo XIX y creada a partir del elemento griego *homos* (semejante, igual) y *sexual*.”<sup>42</sup>

Para Oscar Chávez Lanz la **homosexualidad** es la “Preferencia Sexual de la persona que siente mayor atracción por personas de su mismo Sexo (¿o Género?, la discusión no se ha cerrado). Hace más de veinte años que dejó de considerarse un problema de salud mental. El grupo de personas con preferencia homosexual es tanto o más heterogéneo que el de personas con preferencia heterosexual. El debate sobre los factores que determinan esta condición se renueva periódicamente pero es previsible que, como en el caso de muchos otros “modos de ser” no lleguemos a establecer una causa única.

**Gay** es un “Individuo que acepta positivamente —y construye su identidad a partir de— su orientación del deseo erótico por otros de su mismo género. Llegó al uso cotidiano del español de México proveniente del idioma inglés, en el que tiene el significado de alegre —tal vez con un matiz de cierta frivolidad. La característica distintiva principal del término gay es que es la primera etiqueta que la colectividad de personas que aman a los de su mismo género asumió deliberadamente, de una manera abierta y positiva.

---

<sup>42</sup> Medina, Graciela, **Los Homosexuales y el derecho a contraer matrimonio**, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, p. 44

El momento crítico en el proceso de la aceptación de una persona gay es cuando deja de considerarse como una persona heterosexual defectuosa y comienza a asumirse como alguien gay sano y plenamente normal.”<sup>43</sup>

La palabra **bisexual** tiene su raíz en el prefijo griego bi (dos) y sexual, para significar la atracción hacia ambos géneros de manera indistinta. “Los Bisexuales son personas que pueden enamorarse, sentir atracción o tener relaciones sexuales con ambos sexos, más o menos indistintamente.”<sup>44</sup> Esta indistinción se refiere a que la orientación sexual no es una toda la vida sino que va cambiando en las diferentes etapas de ésta, según se desee descubrir o explorar otras posibilidades. No puede darse un concepto cerrado de bisexualidad: quizá sea necesario “hablar de una bisexualidad simultánea; una meramente sexual; otra afectiva y sexual a la vez y otra que se puede denominar imaginaria.”<sup>45</sup> La bisexualidad es una muestra de la pluralidad de la persona tanto en lo sexual como en lo afectivo.

Muchas personas afirman que la bisexualidad no existe, pues no es una orientación sexual en sí. La idea de orientación sexual está inacabada y es cada vez menos utilizada. Al respecto es interesante citar el pensamiento de Marjorie Gerber:

Si la bisexualidad es, en realidad y como sospecho, no una orientación sexual más sino más bien una sexualidad que deshace la orientación sexual como categoría, una sexualidad que amenaza y cuestiona el fácil binario de hetero y gay e incluso, por sus significados biológicos y fisiológicos, las categorías de género masculino y femenino, entonces la búsqueda del significado de la palabra "bisexual" proporciona una lección de otro tipo. En lugar de

---

<sup>43</sup> Chávez Lanz, Oscar, Diccionario de sexualidad No publicado

<sup>44</sup> Castañeda, Marina, **La experiencia homosexual**, Para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera, Editorial Paídos, México, 2000, p. 180

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 223

designar a una minoría invisibilizada, a la que aún no se le ha prestado la suficiente atención y que ahora está encontrando su lugar bajo el sol, la bisexualidad, como las mismas personas bisexuales, resulta ser algo que está en todas partes y en ninguna. En síntesis no hay una verdad acerca de ella. La pregunta acerca de si alguien fue "en realidad" gay o "en realidad" hetero tergiversa la naturaleza de la sexualidad, que es fluida y no fija, una natatoria que cambia con el tiempo en lugar de una identidad estable, aunque compleja. El descubrimiento erótico que aporta la bisexualidad es la revelación de la sexualidad como un proceso de crecimiento, transformación y sorpresa, no un estado del ser estable y plausible de ser conocido.<sup>46</sup>

En México las categorías gay, lesbiana y en mayor medida bisexual y transgénero no son concebidas como “características identitarias...resultan ser categorías sexuales disidentes que se sitúan en la marginalidad sexual”<sup>47</sup> como fuerza de resistencia ante el poder del heterosexismo y la discriminación.

Por causas no determinadas hay personas que se encuentran entrampadas en un cuerpo que no corresponde al cuerpo que deberían tener según el género al que ellos sienten que verdaderamente pertenecen. Ha estas personas se les ha denominado Transexuales. “Este término se aparece por primera vez en el trabajo de Hirschfeld en 1926, con un significado que no establece diferencias entre travestismo, transexualidad y homosexualidad afeminada.”<sup>48</sup> El **transexual** desea que se reasigne su sexo con el que él se identifica. Para algunos autores el término en transexual se puede referir ya sea a una persona que tiene este tipo de trastornos de identidad de género o bien a quien ya se haya practicado la cirugía de reasignación de sexo.

---

<sup>46</sup> Citado por Sardá Alejandra. Bisexualidad, [¿un disfraz de la homofobia internalizada?](http://www.ucm.es/info/rqtr/biblioteca/estudios%20gltb/bisexualidad.doc) En línea: [www.ucm.es/info/rqtr/biblioteca/estudios%20gltb/bisexualidad.doc](http://www.ucm.es/info/rqtr/biblioteca/estudios%20gltb/bisexualidad.doc) consulta: abril de 2006

<sup>47</sup> Careaga Gloria y Salvador Cruz, comp. [Sexualidades Diversas](#), Aproximaciones para su análisis. México Ed porrúa, Pueg, Cámara de Diputados, 2004. p. 27

<sup>48</sup> Becerra-Fernández, Antonio. [Transexualidad](#), La búsqueda de una identidad Editorial Díaz Santos. Madrid, España, 2003 p. 208

En el primero de los casos se tiene que “**transexualismo o discordancia de la identidad sexo-genérica**, es aquella en la cual la persona se siente atrapada en un cuerpo que no le corresponde y para ellos es una convicción y necesidad cambiar su cuerpo...para encontrar una correspondencia entre su situación fisiológica y su condición psicológica.”<sup>49</sup>

En la segunda opinión “el **transexual** se refiere normalmente a los individuos que se han sometido a la terapia médica, incluida la cirugía y los tratamientos hormonales, a fin de que su cuerpo corresponda con la percepción que tienen de si mismos sea como varón o como mujer.”<sup>50</sup>

Para tratar de comprender mejor este tipo de experiencias hay que precisar algunos términos como identidad e identidad de género o de sexo. **Identidad de género** es la “Sensación individual de pertenencia a un grupo, por encontrar similitudes (reales o fantásticas) con los elementos que lo constituyen... el sentido de pertenecer a un determinado sexo biológica y psicológicamente....En 1980 se empieza a usar el término “trastorno de identidad de género (TIG) para designar a aquellos sujetos que muestran una fuerte identificación con el género contrario e insatisfacción constante con su sexo anatómico.”<sup>51</sup>

Respecto de este tema hay opiniones diferentes ya que la identidad sexual no puede ser definida en forma lineal, pues la identidad puede variar de acuerdo a la época y la sociedad, la **identidad sexual** es una “cuestión de autodefinition y cada persona tiene la capacidad para definir y comprender su propia sexualidad... la identificación no se da necesariamente a través de la practica sexual, sino de la identificación con quienes se consideran como iguales sexualmente hablando.”<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Álvarez-Gayou Jurgenson, Juan Luis. Op, cit. p. 22

<sup>50</sup> Spargo, Tamsin Op, cit. p. 88

<sup>51</sup> Chávez Lanz, Oscar, Diccionario de sexualidad (No publicado)

<sup>52</sup> Careaga Gloria y Salvador Cruz, Comp. Op, cit. p.18

Volviendo al término que nos ocupa, actualmente existen varias alternativas médicas para la reasignación de sexo, principalmente la cirugía que requiere de la intervención de diferentes especialistas como el ginecólogo, el endocrinólogo, el cirujano, el dermatólogo, el psicólogo etcétera, dado su carácter de irreversible.

La persona que desee someterse a este tipo de cirugía debe ser tratada antes y después de ésta con una serie de psicoterapias para evitar que se le asigne un sexo del cual no se siente del todo convencida. También para ayudarla o ayudarlo a adecuarse a los cambios, con el fin de lograr que la persona se sienta bien consigo misma hasta llegar o no a la decisión final de la cirugía. Otra alternativa se encuentra en tratamientos hormonales y/o estéticos para tratar de lograr una identificación con el sexo deseado, pero esta opción a fracasado frente a la cirugía que cambia el aspecto sexual de manera completa.

Cabe señalar que el hecho de tener el deseo de pertenecer al sexo o género contrario al biológico no implica de ninguna manera que al lograr una reasignación de sexo se vaya a tener una preferencia homosexual, heterosexual, bisexual o lésbica, puede ocurrir que la persona ejerza cualquiera de estas preferencias.

Algunas personas no tienen ningún problema con el sexo biológico que poseen y, sin embargo, les gusta vestir como el género contrario. A este tipo de manifestaciones que se les ha denominado **transgénero** y dentro de este concepto se encuentra el término **travestido**. Ambos términos se relacionan de forma directa con otro que es la **identidad genérica** que “emerge de los aspectos corporales por la vía de una de interacción con el

ambiente y la experiencia, con la vida social y los espacios simbólicos, con la tradición cultural y el desarrollo individual.”<sup>53</sup>

Este término es un “Concepto de reciente cuño que se utiliza con diferentes significados en distintos ámbitos: I.- Se origina en el marco del movimiento social por la defensa de los derechos sexuales, donde es un concepto incluyente que se refiere simplemente a todo aquello que se oponga a los estereotipos de género, en cualquiera de sus facetas. Así el movimiento transgénero incluye la defensa de personas travestistas; homosexuales y bisexuales; personas transexuales (estén operadas o no) y hasta personas polígamas o xenofílicas o solitarias, etc. en la medida en que éstas también se oponen al estereotipo heterosexista y monogamista vigente. Es una especie de 'paraguas' amplio donde convergen todos los grupos y personas 'disidentes del estereotipo de género' propiciando acciones políticas conjuntas. II.- Otras definiciones del término lo refieren a 'tipos' de personas, en dos casos: Ila.- Las personas transexuales sin reasignación quirúrgica, que ya han pasado por la reasignación social, es decir que viven de acuerdo a su identidad de género (ver), pero sin operarse los genitales. Iib.- Las personas que viven travestidas todo el tiempo. Una fuente adicional de confusión se engendra cuando se refiere a ambos casos o ni siquiera se entiende la diferencia entre Transexualidad y Travestismo, lo cual es muy común. No sobra insistir en que en estos casos no tendría sentido hablar de un 'Movimiento Transgénero.’”<sup>54</sup>

El **travestismo** es una “Expresión de la Sexualidad o Variante de la sexualidad en la que la persona gusta de usar objetos, prendas, ademanes o modos de vida que en su grupo social se consideran propios del otro Género. Puede preocuparle a la persona por la confusión generalizada entre el travestismo y la preferencia homosexual, que son condiciones muy

---

<sup>53</sup> Careaga Gloria y Salvador Cruz, Comp. Op, cit. p. 304

<sup>54</sup> Chávez Lanz, Oscar, Diccionario de sexualidad (No publicado)

diferentes. Puede ser problemático (parafilia) cuando le resulta indispensable disfrazarse para el desempeño sexual (o social). Otra fuente de incomodidad puede ser la vergüenza o el temor a ser descubierto ya que es una conducta aceptada sólo con motivo de alguna festividad. El travestismo privado, clandestino, es más común de lo que se cree. Es falso que el hombre que se traveste para prostituirse tenga la intención de engañar al cliente; éste sabe bien que contrata a un hombre vestido de mujer y eso busca. El Travestismo es diferente a la Transexualidad, las personas no transitan de uno a otro. El término travestismo implica un reconocimiento de ciertas conductas o modos de vestir como 'apropiados' o correctos para hombres o para mujeres. Llevando el cuestionamiento un poco más allá proponemos referir el uso de prendas o modos femeninos como 'ginomimesis' y el de modos o prendas masculinas como 'andromimesis', lo cual implica reconocer que todo atuendo es disfraz y no solo hay placer por vestirse de 'lo otro', sino también de 'lo permitido', en busca de una conceptualización más general e incluyente.”<sup>55</sup>

Pero la diversidad sexual va mucho más allá de lo que se puede determinar socialmente porque hay personas que nacen con rasgos físicos, visibles o invisibles a primera vista, que no coinciden con los rasgos y características físicas o biológicas. A estas personas se les ha denominado **Intersexuales** que pueden ser según algunos estudios, alrededor de un dos por ciento de la población.

Se ha utilizado el término hermafrodita como sinónimo de **intersexual** aunque no es el idóneo para este tipo de casos pues dicha palabra proviene “De Hermes y Afrodita, individuo que posee características de ambos sexos, estrictamente gametos funcionales. En especies hermafroditas la posibilidad de autofecundación es muy rara. Hay especies

---

<sup>55</sup> Chávez Lanz, Oscar, Diccionario de sexualidad (No publicado)

con hermafroditismo transitorio, generalmente al cambiar de sexo. En humanos (y en mamíferos en general) no existen individuos hermafroditas funcionales. La imagen popular del “hermafrodita” que tiene pene, escroto y pechos femeninos (un “she-male” en EEUU) no es la de un Hermafrodita verdadero sino, generalmente, la de una persona con sexo masculino de nacimiento que ha alterado su aspecto externo feminizando partes no genitales de su cuerpo... el estado intersexual; condición anatómica (externa) en la que existen elementos de ambos sexos. No implica Hermafroditismo no depende de ella la Identidad de Género, ni la Preferencia Sexual. En humanos habitualmente requiere de cirugía plástica y eventualmente Reasignación de Género.”<sup>56</sup>

Ante un recién nacido intersexual cuál será la decisión apropiada respecto de qué sexo se le asignará, el femenino o el masculino. Esta decisión fue durante muchos años tomada por lo médicos de acuerdo a un juicio meramente clínico en cuanto a las posibilidades que poseyera en sujeto para insertarse en un sexo o en otro. Actualmente, según el movimiento intersexual, ésta decisión se debe encontrar únicamente bajo la responsabilidad de la persona intersexual. Legalmente se tiene que asignar un sexo, pues en las actas de nacimiento no existe alguna opción que permita a la persona intersexual identificarse como tal. Además, son poco conocidos estos casos. La persona intersexual deberá enfrentarse a la discriminación e incomprensión de propios y extraños ante su estado físico y biológico, en tanto pueda, si sus posibilidades económicas lo permiten, comenzar un tratamiento que le permita saber cuál es su mejor opción, la cirugía, feminizar o masculinizar algunas partes de su cuerpo que lo hagan sentirse más acorde al género con el cual se identifica o bien permanecer en estado intersexual durante toda su vida.

---

<sup>56</sup> Chávez Lanz, Oscar, Diccionario de sexualidad (No publicado)

Toda corriente de pensamiento está sujeta a la crítica y al cambio, el pensamiento en que se fundan las protestas feministas y *gay* principalmente, agregando a éstas las tipologías antes descritas, no son la excepción. Lo que se ha denominado la **Teoría Queer**, no es propiamente una tipología, es una corriente de pensamiento que realiza una crítica de las categorías de identidad sexual, homosexual y heterosexual, y deconstruye la noción de identidad como una idea provisional y contingente que establece políticas de diferencia entre los sujetos. “la teoría queer desnaturaliza la identidad sexual para situarla en una categoría cultural disponible, y no como un atributo esencial de la persona.”<sup>57</sup>

La palabra “queer” se utiliza para designar a una persona que es rara, extraña, exótica, no convencional. Éste término tiene una denotación injuriosa y es tomada precisamente por ello, con el fin de integrarla en forma irónica al sistema heterocentrado e incluso al orden *gay* tan influenciado por el sistema capitalista.

Aunque no hay una uniformidad de pensamiento respecto de los orígenes de la Teoría Queer, a grandes rasgos se puede decir que los estudios Queer luchan por el reconocimiento y conciencia de las relaciones interpersonales entre humanos, interesados en conocerse entre sí y no como las relaciones tradicionales que implican sumisión, dominio, opresión, etcétera como sucede en las relaciones heterosexuales. Es decir, todos los individuos deben ser considerados únicamente como personas, con independencia de su sexo biológico o su preferencia genérica y no como hombres, mujeres, heterosexuales, homosexuales, lesbianas, bisexuales, transexuales, transgéneros y demás tipologías reconocidas, con lo que se pretende impulsar un cambio social creativo.

---

<sup>57</sup> Careaga Gloria y Salvador Cruz, Comp. Op, cit. p. 25

En forma más específica existen varios puntos centrales de la Teoría Queer<sup>58</sup>:

1. Crítica de los dispositivos heterocentrados y el binomio hetero/homo.
2. El sexo como producto del dispositivo de género. Se cuestiona la naturalidad del sexo, es más se señala que el propio sexo es producto del dispositivo discursivo del género.
3. El género como tecnología, critica la diferencia sexual. El género es el producto de varias tecnologías sociales, como el cine, discursos institucionalizados, epistemológicos y de una vida cotidiana.
4. Resistencia a la normalización. Importancia de articular entre sí los discursos de raza, sexo, cultura, identidad sexual y posición de clase. “Las políticas Queer pretenden aprovechar el potencial subversivo de las sexualidades marginales para cuestionar el propio orden social y político, reivindicando la sexualidad en el uso de los cuerpos y los géneros y desafiando el sistema que separa una sexualidad “normal” de una desviada”<sup>59</sup>
5. Localizar los dispositivos de normalización del sexo y género que atraviesan el tejido social y cultural. La principal arma es la resistencia a la normalización, lo que hace defender todas sus formas de vida y las características que las diferencian de las ya establecidas, de los usos y costumbres desafiando a las instituciones que fomentan y protegen la normalización. Cabe cuestionar esta posición en cuanto al uso excesivo de este argumento al punto de perder la fuerza de su impulso ideológico y convertirse en un discursivo trivial.

La Teoría Queer es un intento teórico por deconstruir las praxis genéricas y sexuadas de la academia; se cuestiona el centrismo hegemónico del

---

<sup>58</sup> Sáenz, Javier, Teoría queer y psicoanálisis, Editorial Síntesis, Madrid, 2004, pp. 130-150

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 133

heterosexismo tal y como se practica y se enseña mediante la vida y el pensamiento y la escritura académicos<sup>60</sup>. Lo académico incluye a las leyes que regulan la conducta externa, están entonces las interrogantes, abiertas hacia los legisladores y la sociedad en general, para realizar un examen acerca de las normas sociales, legales y consuetudinarias existentes, respecto de la diversidad sexual y la carga afectiva que conlleva el libre ejercicio de la preferencia genérica en cualquiera de sus tipos.

### 1.2.3 La construcción social de la sexualidad

Un ser nace en un medio predeterminado que lo conducirá en mayor o menor medida a ser como es, pero no todo lo determina el entorno. Hay decisiones que le son propias. Qué tanto de lo que se sabe acerca de sexualidad es realmente cierto y determinado de manera tal que no se pueda modificar y qué es construido por la sociedad y sus costumbres, qué determina la legitimidad de una relación afectiva, qué tipo de expresiones o manifestaciones sexuales son “apropiadas” y cuáles no, qué es la sexualidad y qué el sexo.

La sexualidad se diferencia de la palabra sexo, dada la construcción social que influye para determinarla. Se puede decir entonces que “**sexualidad** es el cruce de la naturaleza con la cultura. La sexualidad es un conjunto de prácticas y discursos (relativos al género, al deseo, a la afectividad y a la reproducción) que atraviesan transversalmente el sistema social y cultural. La sexualidad no es natural”<sup>61</sup> La historia de la sexualidad muestra en gran medida las preocupaciones siempre cambiantes acerca de cómo deberíamos vivir sin olvidar que somos cuerpo y deseo, cómo deberíamos vivir sin ser indiferentes ante una capacidad humana ineludible, *el placer*.

---

<sup>60</sup> Careaga Gloria y Salvador Cruz, Comp. Op, cit. p. 311

<sup>61</sup> Guasch, Óscar Op, cit. p. 111

La sexualidad se construye socialmente de forma sutil y compleja como “el resultado de distintas prácticas sociales que han significado a las actividades humanas, de definiciones humanas, de definiciones sociales y autodefiniciones, de luchas entre quienes tienen el poder para definir y reglamentar contra quienes se resisten. La sexualidad no es un hecho dado, es un producto de negociación, lucha y acción humanas.”<sup>62</sup> Para que una sociedad sea más equitativa con sus miembros se debe promover el conocimiento laico fundamentado en una ética que propicie un ambiente de libertad ante cualquier preferencia o práctica sexual, según las necesidades afectivas de cada persona.

Hay una constante en el orden social que pretende controlar estas preferencias y prácticas. Por ejemplo, en la época moderna nace la medicalización de la sexualidad que se legitima: primero con las ideas judeocristianas, después con el discurso médico y psiquiátrico y actualmente con la sexología. Las prácticas sexuales no ortodoxas pasan de ser pecado a ser una enfermedad o parafilia, éstas son “el nuevo nombre de las perversiones...el prefijo *para* indica que existe un camino principal (la heterosexualidad) se diseñan tratamientos para quienes se apartan de él.”<sup>63</sup>

El interés por este tipo de prácticas comienza más o menos a mediados del siglo XIX. El lenguaje legal las describe bajo el nombre de atentados a las costumbres o a la moral pública. Los estudios científicos en psiquiatría aportan lo suyo cuando tratan de explicar las sexualidades no ortodoxas mediante la “Teoría de la degeneración”<sup>64</sup> que dio pie para que se hablara de patologías y dar a entender de forma implícita que éstas deberían ser

---

<sup>62</sup> Viñales, Esmeralda, Comp, Antología de lecturas sobre Sexualidad, Red Democracia y Sexualidad, publicación independiente, México, Distrito Federal, 1999, p.21

<sup>63</sup> Guasch, Óscar Op, cit. p. 63

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 71

curadas. Se proporcionan argumentos a los juristas y a la sociedad para perseguir y controlar: una enfermedad tiene que ser controlada para evitar el contagio, lo que permite reprimirlas bajo la denominación de perversiones sexuales.

La teoría de la degeneración se fundamenta en los estudios de Darwin y de Marx, combinados con algunos otros elementos psicoanalíticos especialmente de Freud, para justificar una degeneración psíquica que permite clasificar y generar medidas para su control, que en la mayoría de los casos es igual a represión, regulándolas en la ley, ignorándolas en su totalidad o parcialmente, manejando con ello un doble discurso o bien siendo indiferente ante la existencia de prácticas sexuales no ortodoxas.

Estas creencias y prácticas sociales comienzan a ser cuestionadas al término de la Segunda Guerra Mundial. El discurso médico cambia, alrededor de los años cincuenta. A paso lento surge la disciplina de estudio denominada sexología, como una nueva rama de la medicina que se encarga de dictar nuevas reglas para la sexualidad, reúne y sintetiza información diversa de distintos campos científicos en especial de la salud y la conducta.

Dos estudios fundamentales provocaron una crisis en el control social de la sexualidad, además del ya mencionado estudio sociológico empírico realizado por Alfred Kinsey. Son los realizados por el freudomarxista Wilhem Reich (1897-1957) y el relativismo sexual de la antropóloga Margaret Mead. El primero de ellos consiste en que “la familia tal como está configurada no es la base de la sociedad, sino el resultado de una necesidad económica y moral que sirven para perpetuar un determinado modelo social: el burgués. La revolución sexual es condición sine qua non

de la revolución social.”<sup>65</sup> El segundo estudio es sobre el relativismo sexual, grosso modo consiste en evaluar las conductas sexuales en función del contexto cultural concreto.

Los mecanismos específicos para el control y organización de la construcción social de la sexualidad son impuestos mayoritariamente por los sistemas sociales<sup>66</sup>:

a) El parentesco y sistema de familia. La única opción es el camino que ofrece la idea de “naturaleza”. Un hombre se hizo para una mujer y viceversa, misma que se encuentra reglamentada en los códigos civiles con el objeto principal de preservar la especie y no con el objeto primordial de expresar afectos y protegerlos como un derecho fundamental de todo ser humano y como un derecho de la personalidad.

b) La organización económica y social. Las relaciones entre hombres y mujeres se ven afectadas por los cambios en la organización económica, donde el sexo femenino reivindica su lugar en las fuerzas laborales desafiando el esquema de la vida doméstica de tal forma que con la independencia económica es más factible realizar los proyectos personales y esto incluye la posibilidad de ejercer su preferencia genérica.

c) Reglamentación social. (Estado, Iglesia) Ha variado según la época y el tipo de relación entre la iglesia y el Estado, hay figuras constantes como el matrimonio, la procreación de la especie y la no ortodoxia sexual y otros esquemas derivados de las costumbres, según las cuales existen reglas para el galanteo (ritos tales como el enamoramiento, la seducción, el romance, el noviazgo, el matrimonio)

---

<sup>65</sup> Guasch, Óscar Op, cit. p. 78

<sup>66</sup> Viñales, Esmeralda. Comp. Op, cit. pp. 23-30

y el prestigio social (honor y valor social) donde el género desempeña un papel preponderante. Con este discurso se determina primero los roles sexuales biológicos que influyen directamente en el comportamiento y reconocimiento social como persona sexualmente madura; segundo los roles sociales que diferencian un estatus de otro en un contexto cultural determinado; y tercero el rol genérico que es el conjunto de comportamientos hechos por la persona para demostrarse y demostrar qué estatus le corresponde de los sexos oficiales hombre o mujer.

d) Las intervenciones políticas. Posterior a la Segunda Guerra Mundial, principalmente la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre a principios del siglo XIX y la Revolución Industrial en Inglaterra que provoca crisis en la sexualidad de las mujeres. En los años sesenta la Revolución Sexual transforma el significado de la sexualidad, principalmente en los países industrializados, el placer es independiente de la procreación y de cualquier compromiso jurídico o emocional.

e) El desarrollo de culturas de resistencia. Grupos que se oponen a los movimientos de homogeneización y globalización del pensamiento y las costumbres.

El sistema de prestigio es un factor fundamental en la construcción social y personal de un individuo. Está integrado por ideas que en su conjunto forman niveles de prestigio de acuerdo a una valoración social determinada. Para acceder a ellas se debe cumplir con ciertas condiciones generales de "estatus". Aun cuando son pocos los estudios científicos realizados sobre este tema, es importante mencionar el trabajo de Giddes, que se da a la tarea de resumir las opiniones de Max Weber, como sigue:

El estatus de un individuo depende de las valoraciones que otros hagan de él o de su posición

social. A diferencia de las clases, los grupos de estatus casi siempre tienen conciencia de su propia posición. Normalmente, los grupos de estatus manifiestan su singularidad siguiendo un estilo de vida particular e imponiendo restricciones a la manera en que otros pueden interactuar con ellos.<sup>67</sup>

El sistema social de prestigio en México, es decir de estatus, está determinado por el parentesco y las relaciones derivadas de éste junto con las posibilidades económicas que normalmente se equiparan al éxito personal, grupal o ambas.

En una misma sociedad pueden coexistir diversos sistemas de prestigio. No es extraño, entonces, que los afectos sean un factor de desarrollo humano al cual se le atribuye poca importancia, más aun cuando éstos salen del sistema de prestigio dominante para formar una alternativa de vida que va contra la corriente simbólica del matrimonio que, además de traer consigo una carga importante de derechos y obligaciones entre quienes lo celebran, trae aparejado un nivel de status reconocido y respetado, aunque sea en forma superficial, entre los miembros de la sociedad. Lo heterosexual es equiparado a lo “natural” lo que vuelve anormal toda práctica o afecto que no se realice conforme a lo establecido.

Es necesario cuestionar este sistema de prestigio donde la heterosexualidad es más un proyecto político de la clase dominante que lo natural. Por ello no es válido decir que la voluntad de la mayoría debe prevalecer ante las necesidades de la minoría o luchar por cambiar la perspectiva de la sociedad para convivir con dicha minoría sin discriminarla. Los y las legisladores que crean y modifican las leyes que nos regulan deben ampliar su criterio y considerar no sólo el discurso político sino mirar el lado humano afectivo.

---

<sup>67</sup> Lamas, Marta, Op, cit. p. 151-154

Ante una infinidad de posibilidades de acceso a la información existente sobre la sexualidad, “los individuos procedentes de los distintos contextos culturales de México construyen su sexualidad frente a una confusión de discursos en medio de un bombardeo constante de anuncios comerciales sugerentes y de la venta de historietas, libros y videos porno casi sin ninguna restricción”.<sup>68</sup> Es preciso cambiar las políticas acerca de sexualidad para proveer a los gobernados con elementos fundamentales de educación, salud y ética sexual que favorezcan la sana convivencia física y mental, estimulen el respeto, la libertad, la solidaridad y la igualdad legal y humana entre sus semejantes y ante las autoridades en las que se organiza el Estado; frente a las creencias y decisiones personales es una necesidad esencial, cuyo limite debe ser el respeto a la voluntad de las personas integrantes de dicha relación.

Si la sexualidad no depende de un imperativo biológico entonces hay una pluralidad de manifestaciones y vivencias que invitan a una reflexión constante acerca de lo aceptado social y legalmente, a fin de lograr una adecuación de las necesidades sociales minoritarias con las posibilidades de hecho existentes en la sociedad y sus leyes.

#### **1.2.4 Un alto en el camino: la cuestión homosexual**

El 28 de junio de cada año, se celebra el día del “Orgullo Gay, Lesbiano y Transexual” cuyo origen son los sucesos de Stonewall nombre del bar travestí, donde en esta fecha pero del año 1969, la policía de Nueva York atacó y acosó a los clientes y se encontró frente a una resistencia inesperada con un fin de semana lleno de disturbios y protestas. Este es uno de los sucesos mas recordados a memoria del cual se celebra hasta la fecha en varios países de América Latina, incluyendo a México, y Europa

---

<sup>68</sup> Rico Galindo, Blanca ¿Cómo Ves? La Sexualidad, Editorial UNAM, México, D. F., 2001, p.68

una marcha por el día del orgullo lésbico, gay, transexual, travestí y bisexual, y algunas denominaciones más que agregan otras tipologías reconocidas. Este tipo de manifestaciones son signo de inconformidad por los abusos y desigualdades de que son sujetos este tipo de personas.

Para hablar de la cuestión homosexual, femenina y masculina, es necesario hacer un alto en el camino y revisar las diversas teorías que han buscado el origen de dicha preferencia. Hasta hoy no hay nada que científicamente pueda contribuir a declarar a la homosexualidad como una ley natural o como un fenómeno antinatural.

Varios factores sociales, culturales, económicos y políticos influyen en las creencias y mitos que se tienen acerca de la homosexualidad, una revisión en serio de estas creencias sociales y científicas, invita a la reflexión acerca de la vida, la felicidad, el placer y los valores que deben prevalecer en la educación y en la ley para construir una nueva visión de la sexualidad, aspecto fundamental en el desarrollo afectivo de las personas.

Después de los estudios de Alfred Kinsey, surge un cuestionamiento de la heterosexualidad como la única forma de relacionarse y generar afectos entre personas en diferentes etapas de la vida, que lejos de la apariencia que de ella se tiene, varía mucho más de lo que se piensa. Son abundantes los estudios realizados acerca del origen de la homosexualidad, de las que solo se mencionarán las más destacadas.

### ***Teoría del origen hormonal***

Los seres humanos poseen hormonas sexuales. Los andrógenos, ubicados en los testículos y los estrógenos y la progesterona ubicadas en los ovarios. Esta teoría sostiene que la homosexualidad tiene su origen en la presencia o suministro de hormonas, en mayor cantidad que los estándares normales

en hombres y mujeres. Durante el embarazo pueden ocurrir diversas alteraciones que puedan provocar el aumento o disminución de las hormonas sexuales. Sin embargo, este tipo de estudios se encuentran limitados por los problemas de metodología, entre ellos está el de considerar a la homosexualidad como algo inmutable.

Buscar la causa desde la perspectiva biológica en la presencia o ausencia de una hormona sobre otra manifiesta “la necesidad del sistema social de encontrar, a través de una ciencia oficial integrista, rasgos diferenciales que *atomicen* a los miembros de una sociedad en sectores precisos.”<sup>69</sup>

Este tipo de estudios hormonales fomentan la idea de que las personas homosexuales, especialmente las que pertenecen al sexo masculino, tienen condiciones biológicas parecidas a las del sexo femenino, en este último caso se relaciona con otras circunstancias biológicas, como la intersexualidad, que es predeterminada por otros factores.

Se han realizado diversos experimentos científicos para probar la influencia de los niveles hormonales en el comportamiento homosexual, pero ninguno de ellos han podido “advertir que las hormonas *participan* en la dirección o en la *fijación* de tipos de estímulos afectivos para responder como heterosexual, bisexual u homosexual.”<sup>70</sup>

El lesbianismo se ha estudiado pocas veces clínicamente, aunque algunos estudios aislados muestran niveles altos de testosterona en orina y sangre en mujeres homosexuales, no se ha podido comprobar la influencia de esta hormona en la preferencia lésbica.

---

<sup>69</sup> Careaga Gloria y Salvador Cruz, Comp. Op, cit. p.133-134

<sup>70</sup> *Ibíd*em, p.136

## ***Diferencias anatómicas***

Se han efectuado estudios que centran su atención en la constitución del cerebro. En 1991 “Levay encontró que la zona del cerebro conocida como hipotálamo en su núcleo era más pequeño en hombres homosexuales”<sup>71</sup> siendo más parecido al de la mujer.

Simón Levay comparó el tamaño del núcleo del hipotálamo anterior en cerebros de varones heterosexuales con otros de varones homosexuales. Estos tenían mucha similitud con el tamaño del núcleo del hipotálamo anterior del cerebro de las mujeres, es decir que un homosexual posee características físicas similares a las de la mujer. De dichos estudios menciona tres posibles interpretaciones: “las diferencias están presentes desde el nacimiento, contribuyendo así a establecer la orientación sexual del varón; las diferencias se producen en la madurez del individuo como consecuencia de su comportamiento sexual y aunque no existe una relación causal entre el tamaño del Núcleo del Hipotálamo Anterior y la orientación sexual, pueden estar ambos relacionados con una tercer variable.”<sup>72</sup> Esto parece contradictorio, pues no se determina cuál es la tercer variante. Este tipo de creencias contribuyen a crear mitos acerca de la homosexualidad. Hasta ahora no se conoce qué determinado comportamiento o preferencia genérica tenga por sí mismo consecuencias o repercusiones físicas en el cuerpo humano bajo ningún tipo de alteración.

A menos que se trate de casos de intersexualidad, donde los genitales son ambiguos o se posee caracteres hormonales de ambos sexos, no es posible predeterminar físicamente a una persona como homosexual. Lo que tampoco determina la preferencia genérica, pues un intersexual al que se la asigne un sexo, sea masculino o femenino, no implica per se que su

---

<sup>71</sup> Álvarez-Gayou Jurgenson, Juan Luis Op, cit. p. 11

<sup>72</sup> Careaga Gloria y Salvador Cruz, Comp. Op, cit. p 139

preferencia deba ser la heterosexual, homosexual o lesbiana. Incluso puede permanecer en estado de intersexualidad durante toda su vida y no sentir atracción por ninguno de los sexos oficiales.

Ninguno de los estudios ha sido concluyente. No hay prueba fehaciente de que esta diferencia entre un cerebro y otro, provoque una preferencia homosexual, lésbica o bisexual.

### ***Teoría del origen genético***

Desde el descubrimiento de las hormonas masculinas y femeninas se han realizado estudios para determinar la posible influencia de la genética en el comportamiento homosexual, hechos principalmente en gemelos monocigotos (idénticos) varones, como los realizados por Kallman (1952). Estos estudios parecen ofrecer la respuesta más efectiva y constante del comportamiento homosexual, incluso se ha llegado a afirmar la existencia de un “gen de la homosexualidad masculina” que se encuentra en la región Xq28 del cromosoma X.

En 1993 Dean H. Hamer<sup>73</sup> y colaboradores estudiaron las genealogías de 114 varones homosexuales. Sus conclusiones fueron las siguientes: los hermanos de los 76 homosexuales poseen una probabilidad del 13.5 % de ser también homosexuales, es decir 6.7 veces mayor que la tasa de homosexualidad de la población; entre los parientes mas alejados, solamente los tíos maternos y los primos maternos, en cierto porcentaje, presentan probabilidades mas altas de ser homosexuales, respecto de la tasa de homosexualidad de la población; las elevadas tasas de la homosexualidad encontradas en los parientes por vía materna sugieren que pueda tratarse de una herencia ligada al cromosoma X. Más tarde en 1995

---

<sup>73</sup> Ibídem, p. 140-141

el grupo de H. Hamer publicó otros estudios realizados en 33 familias en las que había dos hermanos homosexuales y 36 familias con dos hermanas lesbianas, así “los resultados obtenidos demostraron que el ligamiento entre los marcadores Xq28 y la orientación sexual en las familias de varones homosexuales; es decir, la región Xq28 contiene una información genética que influye en la variación individual en orientación sexual de los varones pero no de las mujeres.”<sup>74</sup>

Aun cuando no deja de ser una importante línea de investigación para el comportamiento homosexual, no puede concluirse que la homosexualidad tenga un origen genético, para ello debe encontrarse el gen en el 100% de los casos.

Si la homosexualidad tiene un origen genético, entonces sería algo *natural*, predeterminado, fuera de los alcances del hombre, tan natural como ser alto, delgado, bajo de estatura, blanco, negro, lacio o chino. La genética es sólo uno de los factores que influyen en la vida de las personas. Con este tipo de estudios se sabe algo más, pero no se debe concluir de ello una respuesta absoluta meramente biológica de la sexualidad. La persona es, además, plural, dinámica, pensante y afectiva con sus semejantes. Que la sexualidad no dependa de un imperativo biológico, implica reconocer la pluralidad de manifestaciones y vivencias de cada persona, que invita al constante cuestionamiento acerca de lo social y legalmente aceptado y la inminente influencia que esto tiene en la felicidad de cada gobernado.

### ***Teorías Psicosociales***

La homosexualidad no es algo dado, sino construido; y no tiene una forma única, sino que cambia según la sociedad y el individuo. Lo que afecta de

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, p 142

forma diferente el contexto social y el desarrollo personal. Freud acepta una bisexualidad innata; otros psicoanalistas la niegan adjudicándola a las vivencias experimentadas por una persona en la infancia y en la adolescencia.

En la actualidad prevalece el enfoque de Marmor (1978), cuando señala que la homosexualidad es *multideterminada por factores psicodinámicos, socioculturales, biológicos y situacionales*.<sup>75</sup>

Este enfoque tuvo una consecuencia importante. En el año de 1973 “La American Psychiatric Association (Asociación Psiquiátrica Americana) eliminó a la homosexualidad de su Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Manual de Diagnóstico y Clasificación de Enfermedades Mentales)”<sup>76</sup> Esta medida permitió que la represión y discriminación hacia las personas homosexuales disminuyera en gran medida. La falta de conocimiento en el ámbito sexual es la fuente de los grandes mitos que conservan a la sexualidad en general como un apartado de la vida, lleno de culpa, de desprestigio, de miedo al placer físico y mental al que está de hecho sujeta cualquier persona que ejerza su libertad sexual, con responsabilidad e información que le ayuden a formar principios éticos sólidos, reconocidos y protegidos por el Estado.

Ninguna de las teorías y estudios mencionados ha encontrado respuesta a las preguntas ¿qué es la Homosexualidad? y ¿cuál es su origen? Estamos ayunos de pruebas, pero en todo caso valdría preguntarse qué se haría con la respuesta. La homosexualidad es algo que desde tiempos remotos ha existido en todo el mundo. En la época griega era un signo de sabiduría. El amor por los muchachos era el amor sublime, superior al que pudiera sentirse por una mujer. Resulta más fácil esconder la posibilidad de un

---

<sup>75</sup> Álvarez-Gayou Juergenson, Juan Luis Op, cit. p. 16

<sup>76</sup> *Ibíd*em, p. 17

potencial homosexual detrás de alguna pregunta sin respuesta, que aceptar este potencial como algo que se encuentra de hecho en todos los seres humanos.

El amor por los muchachos entra en receso cuando se le da al matrimonio (hombre y mujer) “el carácter de lazo individual susceptible de integrar relaciones de placer y de darles un valor positivo, el que va a constituir el foco más activo para la definición de una estilística de la vida moral.”<sup>77</sup> Es entonces cuando el amor por los muchachos deja de verse como una de las formas de amor más alta.

Con el establecimiento del sistema heterosexual se normalizan las relaciones entre los sexos, limitando la capacidad de relacionarse afectivamente con personas del mismo sexo. Se le atribuye a las relaciones heterosexuales un sistema de prestigio de acuerdo al rol sexual biológicamente determinado, al rol sexual socialmente determinado y al rol genérico. Ante este sistema queda por cuestionar la forma en que se imponen determinadas funciones como mujer o como hombre, el por qué se educa en la heterosexualidad y se discrimina a la homosexualidad. Queda entonces por definir relaciones más igualitarias, más sexualmente democráticas, donde se proteja la salud sexual, reproductiva y afectiva de cada individuo, lejos de los prejuicios sociales que aún ahora hacen presa del odio a mujeres y hombres que son acosados, asesinados, vejados, extorsionados a causa de su preferencia genérica. Es necesario oponernos a las falsas creencias y favorecer el respeto a la diversidad sexual, porque después de todo qué mal causa a la sociedad que una pareja de hombres o de mujeres exprese públicamente su afecto, su necesidad de ser reconocidos y respetados social y jurídicamente.

---

<sup>77</sup> Foucault, Michel, Historia de la sexualidad humana La inquietud de sí, Sexta edición en español, Editorial Siglo XXI, Barcelona, España, 1993, p. 177

### 1.2.5 La discriminación

En el contexto de la sexualidad humana se entiende por discriminación toda distinción, exclusión o restricción basada en la preferencia genérica o en la determinación física sexual o psicológica de una persona que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio de la preferencia genérica y la igualdad de derechos políticos y sociales de acuerdo a los principios que establece la CPEUM y las declaraciones internacionales de derechos humanos.

La discriminación ocurre en todos los ámbitos de la vida. Desafortunadamente la familia es la principal fuente de discriminación, motivo por el cual en algunas ocasiones es tanta la presión en el núcleo familiar que la persona homosexual hace una vida aparentemente heterosexual para mantener la estabilidad “familiar”.

Lo importante no es decir que hay discriminación, el punto es qué hacen el Estado y sus miembros para contribuir a reducirla, en este caso específico la discriminación por la preferencia genérica y sus tipologías reconocidas.

En el acto de discriminar a las personas por la forma en que ejercen su sexualidad existe un fondo delicado, una actitud que se relaciona directamente con la interioridad del ser humano, se trata de la homofobia. En un principio puede decirse que la **homofobia** es “el miedo o rechazo hacia la homosexualidad”<sup>78</sup> pero como la homosexualidad no es un concepto unívoco, tampoco lo es la homofobia. Ésta no es “instintiva, ni natural, ni universal, ni tampoco inevitable...la homofobia no sólo es el miedo o rechazo a la relación sexual entre personas del mismo sexo, sino también el miedo o rechazo a la confusión de géneros”<sup>79</sup>, es decir que un

---

<sup>78</sup> Castañeda, Marina Op, cit. p.89,90

<sup>79</sup> Ibídem, p.90

hombre por ser penetrado pueda volverse como una mujer, o que una mujer que sostenga relaciones eróticas con otra mujer puede volverse como un hombre.

Esta forma de sentir el desagrado por una relación homosexual se le llama **internalización**, proceso por el que se adopta de manera inconsciente el rechazo a la homosexualidad y sus manifestaciones. La homofobia “se convierte en un valor implícito, que genera reacciones inmediatas, automáticas y aparentemente instintivas.”<sup>80</sup> En el caso de México la **homofobia internalizada** es fácil de identificar, por ejemplo en expresiones de todos conocidas, que menosprecian al sexo femenino y se les dice al sexo masculino para ofenderlo o bien las expresiones que se dicen a una mujer cuando ésta no actúa de acuerdo al rol de género que le corresponde y también para atacarlo. Todas estas expresiones encierran una homofobia internalizada y traen como consecuencia la discriminación que se transforma en algo cotidiano. En América Latina las raíces del machismo son aun demasiado hondas, pero no por ello imposibles de arrancar. Se han realizado algunos avances en contra de la discriminación con la impartición de educación sexual, la información adecuada para la salud sexual y reproductiva así como la creación de leyes que pretenden eliminar todo tipo de discriminación y lograr que quien la sufra pueda reclamar el daño, sin duda es fundamental prevenirla para evitarla.

La homofobia en los heterosexuales tiene la función de *normalizar* la heterosexualidad, y de darle un barniz de superioridad moral que quizá no tendría de otra manera.<sup>81</sup>

Este punto es muy importante en el caso de México, donde a través del discurso político y social se le concede superioridad moral a las relaciones

---

<sup>80</sup> Ibídem, p.111

<sup>81</sup> Ibídem, p. 112

de familia que tienen como fuente al matrimonio y al parentesco, de tal modo que cualquier otra forma de experimentar los afectos posee por sí mismas menor calidad moral. De hecho cuando se cuestiona a cualquier personaje público acerca de la CLGBT, se desvía la pregunta con un mal chiste que en muchas ocasiones resta la importancia real de estas formas de vida o trata con indiferencia este tema.

Infortunadamente, la homofobia no es propia de los heterosexuales, existe también homofobia en personas homosexuales. Esta “consiste en el rechazo sistemático de sus propios deseos o sentimientos”<sup>82</sup> lo que repercute en sus relaciones consigo mismo y con los que lo rodean, incluso se ve mermada la salud física de la persona, pues el rechazo se extiende a la vida afectiva y sexual, limitando con ello su potencial sentimental e intelectual. La homofobia es aprendida, se internalizan las conductas y actitudes que la sociedad les muestra de ellos mismos.

El concepto de igualdad se relaciona con el de discriminación, pues donde existe una igualdad jurídica y social será menos frecuente que haya discriminación. La CPEUM establece la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, pero los hechos muestran que no hay un respeto absoluto a este mandamiento constitucional, se puede hablar entonces de la igualdad como norma y la igualdad como hecho. Como norma “la igualdad no describe, sino que prescribe y como toda norma está destinada a un grado más o menos elevado de ineffectividad”<sup>83</sup>; como hecho la igualdad “consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos humanos.”<sup>84</sup> Las diferencias pueden ser naturales o culturales, mismas que individualizan a una persona por ciertos rasgos específicos y que están

---

<sup>82</sup> Ibídem, p.113

<sup>83</sup> Ferrajoli, Luigi, **Derechos y garantías. La ley del más débil**, Cuarta edición, Editorial Trotta. Madrid, España, 2004, p. 80

<sup>84</sup> Ibídem, p. 82

protegidos en la norma fundamental al prohibir todo tipo de discriminación por motivos de raza, sexo o condición social. Y le dan al individuo un margen para formar su propia personalidad aunque después ésta sea la causa de que se le discrimine y sufra la desigualdad social y económica. Dentro del sistema de prestigio se privilegia a las relaciones heterosexuales, discriminando cualquier otra manifestación que traiga consigo la preservación de afectos, sentimientos y derechos, como el derecho al placer. Los derechos fundamentales de libertad implican respeto a todas las diferencias y los derechos fundamentales sociales implican una reducción de las desigualdades.

No obstante “existe discriminación por parte del Estado cuando éste no actúa disponiendo las medidas necesarias para evitar actos de discriminación ejecutados por particulares o para investigar y castigar esos actos de discriminación y en su caso conceder la indemnización oportuna.”<sup>85</sup>

Un primer paso en México fueron las reformas y adiciones al Código Penal para el Distrito Federal publicadas en la Gaceta Oficial el 17 de septiembre de 1999. Se adicionó el título decimoséptimo bis “Los delitos contra la dignidad de las personas” en el que se tipifican algunos actos que pueden ser calificados de discriminatorios, misma que pasó al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en el título décimo del libro segundo, donde se regulan los “Delitos Contra la Dignidad de las Personas” la cual quedó de la manera siguiente:

Artículo 206. Se impondrán de uno a tres años de prisión o de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad y multa de cincuenta a

---

<sup>85</sup> Pérez Contreras, María Montserrat, **Derechos de los homosexuales**, IPN, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, UNAM, Instituto de investigaciones políticas, México, 2001, p. 30

doscientos días al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

I.- Provoque o incite al odio o a la violencia;

II.- Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general;

III.- Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o

IV.- Niegue o restrinja derechos laborales.

Al servidor público que, por las razones previstas en el primer párrafo de este artículo, niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo...

Este delito se persigue por querrela de parte ofendida. También se reformó el título octavo, que se refiere a los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres en el capítulo titulado “De la corrupción de menores”. El artículo 201 era discriminatorio hacia personas homosexuales, pues se colocaba al homosexualismo como una enfermedad similar al alcoholismo. Este artículo en su redacción original “planteaba un agravante considerado la condición de las personas por su orientación sexual, lo cual definitivamente implicaba un acto de desigualdad, discriminación y de violencia”<sup>86</sup> aunado al bajo nivel de educación y la corrupción existente en el sistema policíaco que propicia la extorsión de personas homosexuales.

---

<sup>86</sup> Pérez Contreras, María Montserrat, Op, cit. p. 62

En el año de 2003, se publica la nueva Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio del mismo año. Fue el resultado de las constantes exigencias de los diferentes grupos minoritarios y el discurso de igualdad de género. Busca proporcionar elementos jurídicos para la protección y prevención de la discriminación. Asume de manera puntual la responsabilidad del Estado de promover las condiciones de libertad e igualdad como derechos efectivos y reales.

En el artículo 4 se entiende por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones. Con lo que se abre un panorama amplio hacia la no discriminación. Se proporciona una lista de conductas discriminatorias, algunas de ellas son: establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asigne papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación; impedir la libre elección del cónyuge o pareja; ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos en que se refiere el artículo 4 de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación; realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual; entre otras conductas.

Las conductas mencionadas se relacionan directamente con la perspectiva del presente trabajo. La educación debe promover la igualdad y la diversidad sexual de forma veraz y laica. La libre elección de la pareja

incluye cualquier tipo de relación de afecto, ya sea entre personas heterosexuales, lesbianas u homosexuales y otras formas ya mencionadas, se debe promover el respeto por las relaciones sexuales no reproductivas. Los medios de comunicación juegan un papel importante en la transmisión de opiniones, algunos programas y anuncios contiene mensajes ofensivos y discriminatorios hacia personas homosexuales afeminadas, haciendo de esta acción un motivo de burla, el caso de los travestí y los transgénero y transexuales en particular, pues según la ley no puede ser motivo de discriminación la forma en que manifiesten su preferencia.

En el marco de la ley citada se crea el CONAPRED. Entre sus atribuciones se encuentran: proponer y evaluar programas tendientes a prevenir y eliminar la discriminación; realizar estudios sobre los ordenamientos jurídicos y administrativos vigentes en la materia y en su caso proponer modificaciones; tutelar los derechos de los individuos o grupos objetos de discriminación mediante asesoría.

La ley está ahí. Ahora sólo falta ser constante en el trabajo para el que fue creada. La creación de leyes no es suficiente: hace falta también una sociedad dispuesta a colaborar, autoridades de todos los niveles dispuestas a creer sin prejuicios a generar valores de igualdad, libertad, y responsabilidad, en la creación de mecanismos legales y sociales que permitan hacer viable la aplicación de la ley y la prevalencia de los derechos fundamentales por encima de cualquier interés político o económico, donde no se olviden la sexualidad y el placer como aspectos elementales en el desarrollo humano.

### **1.3 Conceptos jurídicos**

La existencia del derecho está unida a la existencia humana, es una creación del hombre, que regula su conducta externa y dirige, a través de determinados valores, la convivencia entre humanos, de tal forma que se propicie el pleno desarrollo de la personalidad. Pero ¿cuándo una persona se torna sujeto jurídico? Bastará su sola existencia para ser titular de derechos y deberes, para estar en la posibilidad de formar parte de una relación jurídica y actuar conforme una serie de preceptos básicos fundamentales. Cualquier persona desde antes de nacer goza de la protección del Estado, lo que implica que siempre se es sujeto de derechos y de garantías, pero éstas solo pueden hacerse efectivas cuando el sujeto realiza una conducta externa cuyas consecuencias lo coloquen en la posibilidad de ejercer dichos derechos, y ser sujeto jurídico de hecho.

Jurídicamente hay dos tipos de persona, la física y la moral. A cada una le corresponde una serie de atributos. En lo que sigue destacaremos las características de la persona jurídica con especial énfasis en el elemento afectivo.

#### **1.3.1 Cuando la persona se torna sujeto jurídico**

Para ser sujeto jurídico es necesario, primero, ser persona. El derecho mexicano reconoce dos clases de persona, la persona moral y la persona física. El tema del presente trabajo gira entorno a ésta última. La dignidad del hombre implica en él la posición ineludible de unos bienes jurídicos resultantes de ese “ser persona” implícito en su ser mismo.

En el discurso jurídico la voz persona se utiliza en el sentido de su función, papel, cualidades, “persona presupone siempre este significado: alguien

capaz de tomar parte en actos jurídicos.”<sup>87</sup> Jurídicamente la palabra persona no equivale al concepto de hombre o ser humano, pues el ordenamiento jurídico reconoce otras formas de persona que no son seres humanos y que sin embargo, también tiene la posibilidad de celebrar actos jurídicos. Esta posibilidad tiene como elemento indispensable a la *capacidad* para celebrar los actos jurídicos. En el lenguaje técnico el concepto de persona contiene no sólo al hombre, sino a otros entes colectivos e incluso inanimados. Así, orden jurídico reconoce la “unificación de actos jurídicos.” Decimos entonces con Tamayo y Salmorán<sup>88</sup> que:

Persona jurídica no significa hombre, ser humano. Los atributos de la persona jurídica no son predicados propios o exclusivos de los seres humanos. Los predicados de persona jurídica son cualidades o aptitudes jurídicas (normativamente otorgadas), por las cuales ciertos actos tienen efectos jurídicos.

En derecho mexicano se reconocen dos tipos de persona, la física y la moral. La persona física “es la expresión de unidad de todos los actos jurídicos que son referidos a un solo individuo... es una función de relación.”<sup>89</sup> Este tipo de persona posee caracteres esenciales que son reconocidos en la CPEUM. Dichas características son protegidas por el Estado, mediante las disposiciones legales correspondientes, de acuerdo a principios fundamentales contenidos en la CPEUM.

Un punto importante contemplado en la CPEUM es el libre desarrollo de la personalidad, misma que debe incluir todas las formas de ejercer la sexualidad así como los cambios físicos de formas del ser humano,

---

<sup>87</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando,. **Elementos para una Teoría General del Derecho**, Introducción al estudio de la ciencia jurídica, Colección teoría del derecho, Segunda edición, Editorial Themis, México, 1998, p. 71

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 76

<sup>89</sup> Rojina Villegas, Rafael, **Derecho civil mexicano**, Introducción y personas, Tomo I, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 125

permanentes o temporales. Los derechos de la personalidad pretenden garantizar el goce y el respeto de su propia identidad en todas sus manifestaciones físicas o espirituales. En un principio se reconoce al hombre sólo una parte de su existencia, al regular los derechos de la personalidad con un criterio pecuniario, omitiendo la existencia de un patrimonio moral.

Tomando en consideración las proyecciones psíquicas y físicas que tutela el derecho y son susceptibles de ser afectadas por la política, la moral, las ciencias físicas y la mayor o menor repercusión social que puede tener la violación o ataque de esos derechos y que, la persona además de “tener”, necesita ver protegida la realidad de su “ser”, la cual debe ser el presupuesto básico de cualquier orden jurídico, el Doctor Ernesto Gutiérrez y González<sup>90</sup> divide a los derechos de la personalidad en tres grandes campos:

- La parte social pública
- La parte afectiva
- La parte físico-somática

Antes de continuar con esta clasificación es necesario mencionar los atributos de la persona que son reconocidos en la legislación mexicana: la capacidad de goce o de ejercicio, el estado civil, el cual constituye una diferenciación básica con los atributos de las personas ficticias; el nombre, el domicilio y la nacionalidad. El primero es el que abre la puerta a la persona a tornarse un sujeto jurídico de hecho. La capacidad es “la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones; la capacidad de goce es la aptitud jurídica para ser titular de derechos, deberes y obligaciones. La capacidad de ejercicio es la aptitud de ejercitar esos

---

<sup>90</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, **El patrimonio**. El pecuniario y el moral derechos de la personalidad. Octava edición, Editorial, Porrúa, México, 2004 p.p. 810-813

derechos, deberes y obligaciones una vez que se tiene.”<sup>91</sup> La ley precisa los lineamientos en que se determina una u otra capacidad. La primera de ellas la posee cualquier ser humano, aun los no nacidos; la segunda se adquiere hasta la mayoría de edad. Dentro de la parte social pública se encuentran entre otros, el derecho al nombre, a la presencia estética y derechos de convivencia.

En la parte social afectiva el citado autor menciona sólo los derechos de afección familiares y de amistad. Sin embargo, consideramos que estos derechos son más amplios y se pueden extender hasta el derecho al placer, al autoerotismo y a ejercer una u otra preferencia genérica. En la parte físico somática se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física, la libertad, derechos relacionados con el cuerpo humano, como la disposición de partes del cuerpo. Estos derechos se relacionan con el tema aquí tratado y que se abordarán, todos ellos, con mayor profundidad en el capítulo tercero.

### **1.3.2 La relación jurídica**

En la pluralidad de la existencia humana hay los más diversos tipos de relaciones. Y cada una de ellas tiene diferentes consecuencias. Las relaciones que se entablan entre dos personas, ya sea físicas o morales conforme a las leyes existentes, se llaman relaciones jurídicas. Principalmente por una serie de requisitos previos para que ésta sea lícita y en caso de que se incumpla o bien no se configuren los elementos jurídicos necesarios, cualquiera de las dos partes esté en la posibilidad de exigir ante el Estado el cumplimiento forzado de la obligación. Lo que no implica

---

<sup>91</sup> Rojina Villegas, Rafael, Derecho civil Mexicano, Introducción y personas, Tomo I, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1990. p. 59

que la relación jurídica en sí misma sea un derecho de acción. Este último es consecuencia del incumplimiento de la obligación y no parte de ella.

La relación jurídica es un elemento de la obligación que, se presenta como la posibilidad de exigir, de una parte y el deber de cumplir de la otra. La obligación está formada por tres elementos:

- El sujeto o sujetos
- Una relación jurídica, que es la unión entre ambos,
- Y el objeto que es la finalidad para la que se contrae la obligación.

La obligación tiene diversos contenidos, patrimoniales y no pecuniarios. La parte no pecuniaria recae sobre bienes materiales o inmateriales. Su contenido es materia de los derechos de la personalidad.<sup>92</sup>

El objeto de toda obligación está constituido por conductas. Una de ellas es la facultad del Estado para crear los mecanismos necesarios de protección de los derechos de cada persona a expresarse y vivir de acuerdo a su preferencia genérica. Otra conducta constituye un hacer que dichos derechos se hagan efectivos a través de las garantías, es decir, que cuando a una persona se le violen sus derechos esté en la posibilidad real de acudir ante la autoridad competente a exigir el cumplimiento o bien la indemnización que en derecho proceda. Por último, el Estado debe promover entre sus gobernados una actitud de respeto ante las diferentes manifestaciones de la sexualidad. Para ello, el ordenamiento debe estar a la altura de las circunstancias. ¿Cómo hacerlo si las personas que legislan todavía creen en mitos y con ello alimentan prejuicios acerca de la sexualidad y en general de cualquier conducta que produzca placer, reduciendo el acceso a éste a una mera conducta mercantilista y se sobre

---

<sup>92</sup> Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las obligaciones. Décima tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2001 p.p. 108-128

valora una conducta sexual ante otra? ¿Cómo si la igualdad en esta materia apenas se vislumbra, cómo instrumentar estos derechos si está en riesgo la educación laica y falta mucho por hacer en materia de educación sexual? Aunque el tema de la diferencia y preferencia sexual está contenida al menos normativamente en el principio de igualdad, hay que exaltar una ética sexual de la diversidad e instrumentar garantías para los derechos sexuales pues la identidad de una persona debe ser asegurada como tal en los derechos fundamentales.

### 1.3.3 Derechos y garantías

Las teorías garantistas distinguen entre derechos y garantías. El derecho fundamental debe reunir tres características<sup>93</sup>:

- a) ser susceptible de tutela jurisdiccional.
- b) puede ser ejercido o reivindicado frente a un sujeto determinado.
- c) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión.

Las garantías en cambio son “las técnicas idóneas para asegurar (el máximo grado de) efectividad a las normas que las reconocen”.<sup>94</sup> Ahora bien los derechos fundamentales pueden ser de diferentes tipos, en cuanto a su estructura deóntica se incluyen cuatro categorías<sup>95</sup>:

- Derechos civiles.
- Derechos de políticos.

---

<sup>93</sup> Guastini, Ricardo. **Estudios de teoría constitucional**, Editorial UNAM-Fontamara, México, 2001, p. 52

<sup>94</sup> Ferrajoli, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 104

<sup>95</sup> Idem,

- Derechos de libertad.
- Derechos sociales.

La segunda categoría a que se refiere el autor citado, distingue entre derechos del hombre o de la personalidad y derechos del ciudadano o de ciudadanía, según el derecho positivo de que se trate. Los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de persona, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo como derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto prevista en una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”.<sup>96</sup>

Respecto de las garantías como técnicas para asegurar el cumplimiento de un derecho es importante destacar el papel independiente del poder judicial, ya que es precisamente éste quien aplica en forma individual una norma que debe ser interpretada conforme a los principios constitucionales, convirtiéndose en garante de los derechos fundamentales. Esta imparcialidad implica la sustracción a cualquier tipo de vínculos de poder como el de la mayoría: “ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso y falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas.”<sup>97</sup>

Así la mayoría heterosexual no puede prevalecer sobre las minorías sexuales, ni ubicarse en la escala más alta de los valores, tan sólo por su preferencia. Menos aún cuando para sostener su prevalencia se justifica en un consenso fundado en mitos y prejuicios creados para desvirtuar y

---

<sup>96</sup> *Ibíd*em, p. 37

<sup>97</sup> *Ibíd*em, p.28

restarle importancia a la sexualidad, en el libre desarrollo de la personalidad.

Ante tal circunstancia es necesario tocar el tema de la igualdad jurídica. No hay hasta hoy ordenamiento jurídico que, por si solo garantice la igualdad, de hecho entre hombres y mujeres “el verdadero problema que, exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad”<sup>98</sup>. Lo que ofrece un paradigma idóneo para otras diferencias como la preferencia genérica, la lengua, la raza, la religión etcétera. La diferencia entre las preferencias genéricas y las de sexo biológico son solo una parte de las muchas que se configuran, tanto en la realidad jurídica y la vida privada e íntima de las personas.

Ferrajoli propone cuatro modelos de diferencia (sexual).<sup>99</sup> de acuerdo con la discriminación o disparidad de las condiciones sociales.

El primer modelo consiste en “la indiferencia jurídica de las diferencias”. Las diferencias no se protegen ni se violan sino que, se ignoran. La mujer se encuentra de hecho sujeta al poder masculino, relegándola a su papel de mujer y madre, a su papel “natural”.

El segundo consiste en “la diferenciación de las diferencias”. Se jerarquizan las diferentes identidades valorando unas y desvalorizando otras, de tal forma que se adquiere un estatus privilegiado y de acuerdo a él se modelan los derechos que adquieren el carácter de universal. Los que no poseen dicho estatus son discriminados. Basta con citar como ejemplo los derechos políticos de las mujeres, los cuales fueron reconocidos hace poco tiempo.

---

<sup>98</sup> Ibídem, p. 92

<sup>99</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 2004

El tercer modelo es la “homologación jurídica de las diferencias.” Como en el anterior modelo hay una valorización y una desvalorización, pero en este caso todas las diferencias resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se asume al sujeto en términos de normal y normativo en la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él. Esto ocurre cuando se trata de diferencias y preferencias, las que son jurídicamente ignoradas, para mantener la idea de que ser normal es ser heterosexual. En las relaciones laborales, por ejemplo, las mujeres gozan de los mismos derechos que el hombre en tanto no haya una diferencia sustancial entre ambos, con lo que los derechos resultan homologados a los del varón. Cuando se hace presente la diferencia, no se construye la igualdad, se somete homologando los derechos.

El cuarto y último modelo, es el que se acerca más al modelo ideal. Existe “una valoración jurídica de las diferencias”. Hay principios normativos de igualdad constituidos en los derechos fundamentales, sean éstos civiles, políticos, de libertad y sociales. Los que se encuentran al mismo tiempo dentro de un sistema de garantías y por ello son capaces de asegurar su efectividad.

México se encuentra entre el segundo y el tercer modelo. Efectivamente, tanto la sociedad como el Estado sobrevaloran una preferencia sobre otra. Otorgan más valor o estatus a las familias nucleares tradicionales, discriminando y hasta ignorando la existencia de otros tipos de familias.

Para que las distinciones no constituyan un elemento más de la discriminación, deben ser razonables es decir, fundadas en *buenos argumentos*. Para saber cuáles son buenos argumentos se necesita realizar un juicio de valor. Por ello este principio de razonabilidad o igualdad es causa de lagunas axiológicas, en el tenor de que dichas lagunas no son

solo la falta de una norma cualquiera, “sino de una norma “justa”, es decir, de una norma que no está pero que debería de estar”.<sup>100</sup>

Parfraseando a Guastini podemos afirmar que: la norma legislativa N1 confiere el derecho subjetivo de expresar libremente sus afectos a cualquier persona, en forma positiva, de establecer relaciones personales reconocidas por el Estado, hacer efectivos sus derechos contra terceros derivados de las figuras jurídicas existentes que así lo determinan. Una norma N2 que establezca un criterio de discriminación por razón de la preferencia genérica sería inconstitucional en nuestro sistema.

La diferencia entre la preferencia genérica y sexual es un asunto social complejo que alimentado con prejuicios y mitos, han reducido las posibilidades de expresión de la sexualidad. Limitando su existencia a la heterosexualidad y fomentando el miedo y la discriminación hacia la personas de la CLGBT. Cabe destacar que el principio de dignidad de la persona es común para todos, con todas las consecuencias jurídicas y filosóficas que implica la existencia humana, como bastión inmenso de posibilidades de desarrollar capacidades y de expresar sus sentimientos y afectos. La creación del derecho y sus mecanismos para hacer efectivos los mismos no pueden excluir o ignorar este aspecto de la vida de la persona.

---

<sup>100</sup> *Ibíd*em, p. 54

## CONCLUSIONES

**Primera.** La sexualidad y las relaciones afectivas que de ella se derivan son parte fundamental del desarrollo integral del ser humano, tanto en lo individual como en lo social, por ello, debe ser objeto de estudio jurídico.

**Segunda.** La persona humana es un pluralismo de expresiones sexuales que no se agota en la heterosexualidad y que al mismo tiempo debe ser abordada más allá del paradigma homosexual-heterosexual.

**Tercera.** Las formas de vida que se promueven desde el feminismo primero y el movimiento lesbico gay después, son muestra y contenido de la diversidad de expresiones y concepciones de la vida afectiva, familiar y sexual que constituyen un bien personal para quien los elige.

**Cuarta.** La idea del bien general e individual debe estar enmarcada por un conjunto de derechos y garantías que permitan a la persona realizar su propio bien, buscar su propio camino.

**Quinta.** Es necesario cuestionar y proponer valores desde el Estado hasta la sociedad. Los valores que se han establecido a nivel internacional constituyen una guía importante en el camino a garantizar un desarrollo humano que contemple la existencia afectiva a través del pleno ejercicio de la sexualidad.

**Sexta** La libertad no existe sin límites, por tanto es interdependiente. La libertad consiste en poder elegir lo facticamente posible dentro de un marco de valores sociales y personales que contribuyan al desarrollo humano. Por ello no podemos sostener la idea de libertad, por un lado, y por otro discriminar y degradar otras formas de vida sexual y afectiva otorgando superioridad moral a la heterosexualidad.

**Séptima.** La intimidad es una necesidad psicológica y parte de la dignidad humana, seguida del respeto a la vida privada, implica no relegar las

cuestiones de carácter sexual al ámbito de lo privado y lo íntimo. No, cuando hay repercusiones que vulneran el principio de respeto y reconocimiento de la diversidad de lazos afectivos.

**Octava.** El Estado debe abstenerse en otorgar superioridad moral a una preferencia genérica sobre otra, debe reconocer la pluralidad de las manifestaciones sexuales que constituyen también un núcleo de desarrollo social e individual y exaltar una ética sexual de la diversidad. Instrumentar las garantías por medio de los derechos, entre los que se encuentran los derechos afectivos.

## CAPITULO II

# ESBOZO DE UNA TEORIA ETICA DE LOS AFECTOS

### 2.1 Fenomenología de los sentimientos

Hablar de los sentimientos en general, por su carácter múltiple, es ya complicado. Sin embargo, a manera de primera aproximación se abordarán los sentimientos desde dos ángulos. Primero analizaremos el uso común de términos como “afecto”, “sentimiento” y “emoción”. Después, expondremos tres teorías de los sentimientos: la de Carlos Castilla del Pino<sup>101</sup>, la de Agnes Heller<sup>102</sup> y la de Juan F. Porrás Rengel<sup>103</sup>. Sus ideas nos ayudarán a entender el sentimiento como un *algo* innato al ser humano que se desarrolla conforme a su entorno, pero que está *ahí* junto a las otras funciones humanas como la inteligencia, la voluntad y la conciencia. Lo anterior implica otro elemento, el valor, que se encuentra inscrito en los actos humanos en general y en la vida afectiva del hombre en particular.

Las palabras “sentimiento” y “afecto” han sido usadas en el lenguaje común como sinónimos. De acuerdo a los autores citados, la diferencia entre ambos es meramente terminológica, sin que pueda establecerse una diferencia decisiva. Sin embargo, consideramos que jurídicamente es necesario establecer ciertas diferencias entre sentimiento y afecto. Por ello, a partir del panorama que nos ofrecen los tres autores se intentará desarrollar la noción de afecto útil en el ámbito jurídico. En los textos legales que hacen referencia a los sentimientos no se precisan a cuáles se

---

<sup>101</sup> Neurólogo, psiquiatra y ensayista español, nacido en 1922.

<sup>102</sup> Filósofa Húngara de tradición marxista, nacida en 1929. Destacada representante de la escuela de Budapest.

<sup>103</sup> Licenciado en derecho por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Venezuela. Su formación filosófica la realiza en el Instituto de filosofía del derecho de la Universidad de Roma y bajo la dirección personal del reconocido filósofo español, nacionalizado venezolano, Juan David García Bacca.

refieren, ni cuál es su alcance. Se busca establecer una regulación jurídica más adecuada.

Se destacará en particular el concepto de placer y su impacto en la vida afectiva de las personas, primero como un sentimiento básico, que somos capaces de distinguir en su forma más incipiente y, después, con la guía de los valores asignamos a cada acción un valor según el placer que nos proporcione. Afirmamos que el placer no es la única medida, sino que ha de ser examinado con aquellos valores que enriquecen la vida y fomentan las potencialidades humanas, lo que significa distinguir el tipo de placer al que aquí nos referimos.

### 2.1.1 ¿Sentimientos o afectos?

Referirse a la relación sentimientos-afectos admite tres posibilidades: los sentimientos y los afectos son iguales, son diferentes o bien se incluyen.

Antes de exponer las tres teorías del sentimiento, habrá de tenerse en cuenta que el ámbito jurídico está en concordancia en mayor o menor medida con el lenguaje común. Veamos algunas acepciones del significado de estos vocablos en el español usual en México.

**Afecto.** 1) Inclinação o afición de una persona hacia otra o hacia alguna cosa... 3) Sentimiento de simpatía y apego a algo o a alguien...5) (Psi) Cualquier sentimiento o estado de ánimo que pueda experimentarse.<sup>104</sup>

**Emoción.** 1) Reacción del ánimo ante ciertos acontecimientos, situaciones o experiencias; implica la acción de mecanismos

---

<sup>104</sup> Diccionario del español usual en México. Centro de estudios lingüísticos y literarios. Editado por el Colegio de México. México, 2001. p. 76

psicológicos y supone determinadas alteraciones fisiológicas...2) Cada uno de los sentimientos o de las modalidades con que se expresa esta reacción, como la ira, la tristeza, la alegría, la ternura, etc. 3 ) Sentimiento intenso, particularmente de alegría o expectación que domina el estado de ánimo de una persona...4) *Hacerla de emoción* crear expectación antes de resolver o de emprender alguna cosa...<sup>105</sup>

**Sentimiento.** 1) Estado mental producido por la percepción de una cosa alegre, triste, tierna, molesta, etc. en la persona que la experimenta: *un sentimiento de culpa, un sentimiento de respeto, un sentimiento de frustración, un sentimiento de dolor, un sentimiento de entusiasmo, un sentimiento de compasión, un sentimiento de amor* 2) Capacidad que tiene alguien para manifestar esos estados mentales: *cantar con sentimiento hablar con sentimiento* 3) Dolor o tristeza por una ofensa o por algún suceso: *“Le dio mucho sentimiento que su hijo le reclamara tantas cosas del pasado”*.<sup>106</sup>

Como puede apreciarse no hay tampoco una diferencia específica entre un significado y otro. Por el contrario, estos términos son usados para expresar los estados de ánimo o la forma en que percibimos una cosa o situación. Los tres nos remiten a lo que comúnmente se entiende por sentimiento.

Desde el punto de vista jurídico hablar de sentimientos, en un sentido tan general, propicia imprecisiones en el momento de la aplicación e interpretación de una norma referida a los sentimientos. Por ello consideramos que, en el campo jurídico, es necesario y útil hacer la distinción entre sentimientos y afectos. Hay ciertas características que, habrán de tenerse en consideración como base del bien jurídico tutelado.

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*, p. 380

<sup>106</sup> *Ibíd.*, p. 815

Ello, para vislumbrar los alcances de su aplicación y configurar a partir de ella el contenido de otros derechos.

Para el psiquiatra Carlos Castilla del Pino los sentimientos son **instrumentos del sujeto y estados del sujeto**. Instrumentos para la relación (emocional, afectiva), tanto como con personas, animales y cosas, cuanto consigo mismo, es decir, con sus pensamientos, fantasías, deseos, impulsos, incluso con sus propios sentimientos.<sup>107</sup> Todos ellos se denominan, en la teoría del autor, **objetos**<sup>108</sup> en forma genérica. Unos son externos al sujeto y otros internos.

Constituyen **estados del sujeto**, en tanto los sentimientos nos singularizan. De tal manera que son instrumentos del sujeto para relacionarse por un lado y, por otro lado “estados del sujeto porque lo cualifican y lo modifican en cierto sentido... *Instrumento para el uso e instrumento que al ser usado modifica al sujeto...* lo que se denomina estar afectado por un sentimiento es, justamente, el reconocimiento de esa modificación en la totalidad del sujeto”.<sup>109</sup>

Los sentimientos que afectan al sujeto y lo vinculan a otros objetos constituyen la esencia del bien jurídico que se pretende proteger. De aquí se destaca que los sentimientos sirven:<sup>110</sup>

- 1) Para la vinculación eficaz, «interesada», con tales objetos, para «atarse» a ellos mediante un «lazo» precisamente afectivo y,
- 2) Para la organización jerarquizada de los valores, una organización singular, exclusiva de cada sujeto (por tanto, egocéntrica). Sin la

---

<sup>107</sup> Castilla del Pino, Carlos. **Teoría de los sentimientos**. Tusquets Editores, S.A., España, 2000, p. 20

<sup>108</sup> Habrá de tenerse presente que esto constituye el objeto en la teoría de los sentimientos de este autor, para tener claras las afirmaciones que realiza. Es decir, el objeto está constituido tanto por objetos externos, materiales, como son las personas, los animales y las cosas, como por objetos internos, tales como los pensamientos, deseos, proyectos de vida, ideas, etcétera.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 21

<sup>110</sup> *Ibidem*, p.20

singularidad de los sentimientos de cada cual, con sólo el instrumento cognitivo, la realidad entorno y la realidad intorno<sup>111</sup> serían prácticamente análogas en todos los seres humanos: se trataría de seres en última instancia asociales, es decir, no todos sentimos de la misma manera y con igual intensidad, aunque todos poseamos los mismos instrumentos senso-perceptivos, representacionales y mnémicos.

Ahora bien, sentir propiamente dicho es un proceso que tiene dos partes: “la *experiencia* cognitivo-emocional que el objeto provoca, y los *efectos* que dicha experiencia desencadena en el organismo...”<sup>112</sup> Sentir implica intimidad, pues como afirma Castilla los sentimientos no se dicen, se muestran, pero sólo una parte de ellos, lo demás es íntimo, meramente personal. La singularidad de la vida afectiva de cada sujeto radica en que no todos los sentimientos posibles en la especie humana están dispuestos en cualquier persona. Cada persona posee una **arquitectura sentimental**. A lo largo de su desarrollo cada sujeto tiene, por decirlo así, un *juego de sentimientos* que en algún sentido lo caracteriza y que permite a los demás saber a qué atenerse con él con alguna probabilidad de acierto.<sup>113</sup>

La arquitectura sentimental es un repertorio de sentimientos que pueden clasificarse en cuatro módulos a partir de los cuales el sujeto forma la imagen que tiene de sí mismo y en función de los cuales elabora sus respuestas:<sup>114</sup>

- a) El erótico.
- b) El actitudinal (pático, ético y estético)<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> Se refiere al mundo interior inmediato, el ahora, y al mundo interior habitual, su pasado.

<sup>112</sup> Castilla del Pino, Carlos. Op, cit. p. 23

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 45-46

<sup>114</sup> *Idem*,

<sup>115</sup> Estos tres submódulos corresponden a los “parámetros del contacto inmediato que tiene lugar en la interacción: el pático se refiere a la cualidad mayor o menor para la provocación de aceptación o rechazo (simpatía o antipatía); el ético se refiere a la mayor o menor fiabilidad que inspira, y el estético, tocante al gusto”. Castilla del Pino, Carlos. Op, cit. p. 47 La dimensión ética que maneja el autor difiere de la concepción filosófica, sin embargo, consideramos importante presentar esta teoría

c) El de la corporeidad, el cuerpo es el vehículo desde donde los demás han de configurar nuestra identidad. Y se divide a su vez en tres submódulos, el fisiológico, el energético y el estético.<sup>116</sup>

d) El intelectual, que gira en torno a los bipolos inteligente / torpe.

Cualquiera que sea el módulo, el sujeto le confiere un valor, dependiendo del éxito o fracaso que obtiene de sus actuaciones con él.

Algunos de estos módulos son tutelados jurídicamente bajo la denominación de derechos de la personalidad. Por lo tanto, cada uno de los bienes que se deriven de estos cuatro aspectos conforma lo que aquí denominamos **derechos afectivos**, cuyo concepto se desarrollará posteriormente.

A lo anterior, se suman dos elementos fundamentales en la distinción entre sentimiento y afecto que para efectos jurídicos se pretende establecer. El primero de ellos está constituido por la función del sentimiento como **vínculo** y el segundo por las **modificaciones** que puede sufrir el sujeto, es decir, la afectación que sufre cuando es agredido en alguno de los cuatro módulos mencionados o bien en los lazos o vínculos afectivos que establece con otras personas y objetos. Estos últimos considerados en sentido legal.

De acuerdo a la teoría de los sentimientos del autor en cita, para vincularse con los objetos, el sujeto requiere efectuar dos procesos. Uno que denomina cognitivo y otro desiderativo. Es decir, “*conocer* y, de entre lo que se conoce, *desear*. Así se resume la conjunción del ser humano con los objetos del entorno y, posteriormente, también consigo mismo, cuando adquiere la flexibilidad, esto es la posibilidad de objetivarse, de

---

de los sentimientos tal y como la presenta su autor, máxime cuando éste ubica estos módulos en la interacción inmediata y no en la dimensión reflexiva que posee la perspectiva filosófica de la ética.

<sup>116</sup> El fisiológico se refiere a los bipolos saludable / enfermizo; el energético al fuerte / débil; y el estético bello / feo.

imaginarse y de actuar respecto de sí como un objeto más. El sujeto, en fin, precisa la doble vinculación, cognitiva y desiderativa o afectiva, con determinados objetos de su entorno.”<sup>117</sup>

La vinculación desiderativa o afectiva es “la capacidad del sujeto para identificarse, cuando menos en algún aspecto con el objeto, hacerlo «suyo» empírica o virtualmente. En la vinculación afectiva el sujeto atrae hacia sí al objeto, forma con él una unidad, una estructura.”<sup>118</sup> Es desiderativa porque se vincula de acuerdo a su deseo o interés, deseo que puede ser de aceptación o de rechazo, formas básicas de vinculación.

Así, por un lado conocemos y por otro elegimos de acuerdo a nuestros sentimientos. Lo que nos remite a la organización axiológica de nuestra realidad en conjunto con la realidad de los otros. La vinculación afectiva remite a una relación en la que el sujeto pone en juego sus sentimientos, de tal manera que establece un equilibrio conforme a este vínculo. Pero no siempre puede alcanzar un equilibrio, esto es la persona puede sufrir una modificación en su vida afectiva<sup>119</sup>. De este modo es afectado por los sentimientos.

“El concepto de **afección**, de ser afectado, en Spinoza coincide con la tesis actual de los sentimientos como modificadores del estado del sujeto. Afección, de donde deriva afecto, implica ser o estar afectado

---

<sup>117</sup> Castilla del Pino, Carlos. Op, cit. p. 55

<sup>118</sup> *Ibíd*em, p. 57

<sup>119</sup> La vida afectiva del ser humano es, para nuestro autor, una función de subsistencia bio-psico-social a través de la satisfacción de deseos de posesión o destrucción de los objetos que, en el primer caso considera que deben ser suyos y, en el segundo, que no deben interponerse en su camino, porque no satisfacen sus deseos u obstaculizan su satisfacción. Castilla del Pino, Carlos. Op, cit. p.20 Nosotros usamos el término “vida afectiva” en un contexto menos técnico que el del autor. Para referirnos al desarrollo de la personalidad que incluye aspectos fundamentales de la existencia, señalados como módulos orientativos de la visión que el sujeto posee de sí mismo y que su vez proyecta en su vida social, de acuerdo al éxito obtenido en cada uno de ellos.

y, por tanto, las afecciones son modos (modificaciones) del ser. El sujeto –el ser– sólo sería modificado por lo que le afecta.”<sup>120</sup>

Precisemos ahora otras funciones del sentimiento útiles para la distinción aludida, entre un sentimiento y un afecto. “Al expresarse, el sentimiento se ofrece en síntomas: unos, detectables por el sujeto que los experimenta; otros por el entorno. Estos dos tipos de síntomas se deben a su vez a los dos momentos del proceso emocional, el de la experiencia emocional (la experiencia íntima personal, la vivencia) y el de la experiencia de los efectos de la emoción en el resto del organismo (alteraciones cardíacas, respiratorias, urinarias, digestivas, etcétera). Los síntomas son también objetos para el sujeto; por eso podemos describirlos y actuar sobre ellos.”<sup>121</sup>

De lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar cómo el autor utiliza términos como emoción, sentimiento y afecto de manera indistinta. Sin embargo, hace referencia al modo en que un sujeto puede ser afectado, modificado. A partir de ello nos ubicamos en la hipótesis de que sentimientos y afectos se incluyen conceptualmente.

Los primeros están presentes siempre. “En la vida real no se da, por fortuna, esta relación exclusivamente cognitiva. Decía Bertrand Russell que no hay discurso, ni siquiera el pretendidamente científico, que sea exclusivamente cognitivo, porque en la simple elección de un contenido se entrevé una relación afectiva, preferencial.”<sup>122</sup>

Afirmamos que, “a partir del **axioma fundamental del sistema del sujeto**, a saber: el sujeto es un sistema de relación constante con objetos externos y / o internos...no hay sentimiento.”<sup>123</sup> Podemos decir que poseemos un

---

<sup>120</sup> Castilla del Pino, Carlos. Op, cit. p. 281-282

<sup>121</sup> *Ibidem*, pp. 63-65

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 56

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 100

aparato sentimental cuya función principal es vincularse con los objetos que precisa para vivir y convivir.

Pero no todos los sentimientos son iguales y por ello no pueden ser regulados jurídicamente, pues no todos nos afectan de la misma manera. Por ejemplo, sería imposible regular legalmente los estados de ánimo. De lo anterior podemos afirmar que consideramos como afectos a aquellos sentimientos que tienen una repercusión en la vida afectiva de la persona, ya sea en los módulos de orientación o en su función vinculatoria. De tal manera que logran modificar (afectar) su equilibrio. Así, los afectos están incluidos en los sentimientos, pero estos últimos poseen una repercusión mayor, en la medida en que son instrumentos de vinculación entre la persona y su vida en sociedad. Los sentimientos incluyen las relaciones que se establecen respecto de sí mismo y de otros objetos materiales, a los que se confiere un vínculo específico.

Otros autores, como Agnes Heller, no son tan precisos en la exposición de su teoría. Resulta necesario señalar que la autora utiliza los términos afecto, sentimiento y emoción de manera indiferenciada. La autora señala: “si llamo *afectos* a los sentimientos que ahora voy a analizar es simplemente por una opción terminológica. Les podría haber llamado emociones, y podría haber llamado afectos a los sentimientos que clasificó como emociones.”<sup>124</sup> Se parte entonces, una vez más de la tesis de que sentimiento y afecto se incluyen. Empero, para efectos jurídicos, sí es necesario indicar alguna diferencia entre un sentimiento y un afecto. Consideramos que los sentimientos pueden constituir un bien jurídico tutelado, pero al momento de su regulación y aplicación, decir sentimientos da un amplísimo margen que genera inseguridad. Creemos que tal margen se reducirá en caso de preferir “afectos” en lugar de “sentimientos”. Dada la

---

<sup>124</sup> Heller, Agnes. Teoría de los sentimientos. Editorial Fontamara, México 1999, p. 93

pieza clave en el concepto: la afectación que sufre el sujeto en su vida afectiva respecto de los cuatro módulos del sujeto (erótico, actitudinal, corpóreo e intelectual). Lo que da una pauta para su aplicación.

La autora afirma que “sentir es estar implicado en algo.”<sup>125</sup> A primera vista refiere un campo infinito de posibilidades, es decir, no deja claro el panorama del sentimiento.

Para empezar a puntualizar esta afirmación la autora plantea la pregunta ¿qué es estar implicado? Esta se expone para “diferenciar al sentimiento de otras capacidades humanas dentro de un sistema humano integrado de relaciones.”<sup>126</sup> Las relaciones surgen entre un sujeto que llega a un mundo dado, con determinada cultura, pero a su vez el sujeto posee un equipo fisiológico que le es propio y lo caracteriza frente a otros sujetos. En palabras de la autora: “*la esencia muda de la especie*” constituida por el código genético, el equipamiento propio del organismo, y “*el carácter propio de la serie*” formado por un sistema idiosincrático, suministrado por el mundo al sujeto a través de sistemas como el lenguaje. Lo que condiciona la conciencia del sujeto y la forma en que se relaciona con otros.<sup>127</sup>

Heller afirma que las capacidades humanas se van diferenciando poco a poco, conforme se desarrolla el ego, de tal forma que la persona puede diferenciar qué hace, qué piensa y qué siente. Pero aun cuando ésta conceptualización es necesaria para la vida humana, no se puede afirmar que cuando se piensa, no se está experimentando algún sentimiento. Tal vez íntimo y que no se exprese, pero está ahí. En este sentido se confirma

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 29

<sup>126</sup> *Ibidem*, p.33

<sup>127</sup> *Ibidem*, p.34

que no hay no sentimiento, como corolario del axioma fundamental del sujeto proporcionado por Castilla del Pino.<sup>128</sup>

Se otorga a la implicación, o sea al sentimiento una “función reguladora del organismo social en su relación con el mundo...Por lo tanto estar implicado significa regular la apropiación del mundo desde el punto de vista de la preservación y extensión del Ego, partiendo del organismo social. Con la implicación, el sujeto evalúa para sí mismo la esencia propia de la especie.”<sup>129</sup>

En otras palabras, a partir del entorno cultural y la apropiación de éste, la persona se implica, es decir siente. Desde aquí regula axiologicamente su realidad, con la realidad. Lo que no está en contra de que somos seres sintientes innatos. Pero una vez que hemos pasado por la forma más incipiente del sentir, que se da en los primeros años de vida, nos apropiamos de ciertas ideas del sentimiento para poder vincularnos con los demás. Así regulamos nuestra conducta, más concretamente en la forma en que se expresa un sentimiento.

La implicación de Heller se identifica con una de las funciones del sentimiento aportada por Castilla del Pino, a saber la vinculación. Esta es, en principio, de aceptación o de rechazo y se da del sujeto hacia el mundo y del sujeto hacia sí mismo. Así, jerarquizamos y regulamos nuestras implicaciones, es decir nuestros sentimientos, de tal forma que nosotros mismos relegamos unos sentimientos y exaltamos otros. Lo hacemos por medio de la voluntad como “concentración en orden a alcanzar un objetivo en el que estamos positivamente implicados, incluyendo la selección de los medios necesarios para conseguirlo.”<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Castilla del Pino, Carlos. Ob, cit. p.100

<sup>129</sup> Heller, Agnes, Op, cit. p.35

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 41

Nos implicamos en “algo”. Ese algo es una cantidad incontable de situaciones experimentadas durante el curso de la vida, pero siempre con un carácter social. Tal implicación social genera los denominados *llamamientos a sentir*. Una breve reflexión acerca de un anuncio comercial, por ejemplo, es una muestra de ello. Nos invitan a sentirnos más libres, a usar un producto pues con ello nos sentiremos más hermosas, seremos más sanas. También nos pueden llamar a sentir repugnancia e incluso temor. De tal modo que es posible dirigir las expresiones de los sentimientos a través de varios medios, uno de ellos son las normas, lo que desde luego “no significa que la norma misma sea la causa del sentimiento, o el cambio de sentimientos, sino más bien que, para la medida social la norma es la indicación del mismo”<sup>131</sup>. Por ello un sujeto puede actuar conforme a la norma, sin sentir en ese mismo sentido.

La teoría de Heller parte de la implicación social y de cómo regulamos nuestros sentimientos. Para Heller la esencia del hombre está formada por el carácter social, el trabajo, la libertad, la conciencia y la universalidad.

Según dicha concepción, se presenta por un lado el equipo fisiológico de cada individuo y, por otro el entorno cultural que lo rodea. De lo anterior se deriva lo que ella afirma es la antinomia entre *el carácter mudo de la especie y el carácter propio de la serie*. Desde ésta perspectiva realiza una clasificación de los sentimientos, partiendo de los más básicos como parte del carácter mudo de la especie. Otros sentimientos surgen cuando hemos pasado la etapa básica y nos desenvolvemos en el mundo, nos apropiamos de él, como parte del carácter propio de la serie. Clasifica a los sentimientos en:

- a) Sentimientos impulsivos
- b) Afectos

---

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 45

- c) Sentimientos orientativos
- d) Emociones en sentido estricto (sentimientos cognoscitivo situacionales)
- e) Sentimientos de carácter y personalidad
- f) Predisposiciones emocionales

Los sentimientos *impulsivos* “son señales del organismo, que indican que algo no está en orden; su intensidad no disminuye con el hábito; se pueden satisfacer; la forma en que deben ser satisfechos los impulsos está determinada socialmente.<sup>132</sup> El niño al nacer experimenta muchos impulsos, el hambre, la sed, etcétera. Conforme el niño crece aprende, según su entorno, cómo debe satisfacer esos impulsos. Éstos están presentes en todas las especies animales como instinto. Cuando el ser humano aprende a satisfacerlos, el resultado es un impulso. El impulso es una señal que nos compele a buscar una solución, por ejemplo qué comer, cómo descansar, etcétera.

Lo que la autora ha denominado *afectos* ha sido por una opción terminológica que ha elegido de acuerdo a otro autor Tomkins. “Por tanto, el nombre, per se, es indiferente. Lo fundamental es que estamos ante una familia de sentimientos realmente distinta y muy importante.”<sup>133</sup>

Algunos rasgos comunes a la familia de los afectos son:<sup>134</sup>

- 1) Son expresivos, comunicativos, las expresiones de los afectos son señales para el otro, y señales cuyo significado puede ser interpretado sin necesidad de claves.
- 2) Forman parte del carácter social y no son idiosincráticos ni social ni individualmente. Ninguna cultura desconoce la expresión del miedo.

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 92

<sup>133</sup> *Idem*.

<sup>134</sup> *Ibidem*, pp. 95 - 99

- 3) Los afectos pueden disminuir con el hábito, la persona puede llegar a acostumbrarse a una situación que en un principio le causaba repulsión.
- 4) Es posible disminuir el afecto de manera intencional, desviando la atención del sujeto.
- 5) El objeto de los afectos no es específico salvo en los casos de los afectos contruidos sobre impulsos, como el impulso sexual.
- 6) Un afecto puede reprimir otro, y en éstos los afectos, a diferencia de los sentimientos impulsivos, se asemejan a las emociones.
- 7) Un objeto del afecto puede reprimir a otro, los afectos pueden sublimarse y canalizarse. Se regulan fundamentalmente no por el sistema de costumbres, sino por normas (normas éticas); en otras palabras la regulación normativa es posible porque los afectos pueden ser sublimados y canalizados. Además pueden ser disminuidos intencionalmente.
- 8) Los afectos se contagian, al menos los más específicos como el pánico o la rabia, lo que resulta peligroso cuando los efectos son masivos, pues pueden ser relegados al trasfondo las normas existentes para regularlos.

Entre los afectos menciona al afecto sexual, el afecto miedo, el afecto vergüenza y los afectos de alegría y tristeza. Todos ellos tienen un factor en común: modifican el equilibrio del sujeto. Los afectos son el resultado de la demolición de reacciones instintivas a estímulos externos.<sup>135</sup> Es decir, cuando el sujeto deja de reaccionar instintivamente a los estímulos externos, está experimentando un afecto que lo puede modificar o bien puede vincularse con los otros y establecer un lazo afectivo. Esta es una de las características importantes en que habrá de inspirarse nuestro concepto de afecto.

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 93

Los sentimientos *orientativos* se adquieren con la experiencia dentro de un sistema social específico. Moldean los sentimientos respecto de cualquier aspecto de la vida y en los más diversos niveles de relación interpersonal. Su importancia se incrementa con el enriquecimiento de las relaciones humanas.

Los sentimientos *cognoscitivo situacionales* son las emociones propiamente dichas. Son en su mayoría idiosincráticas y poseen rasgos en común, pero no una tipología, por lo que las estructuras sociales permiten o no el desarrollo de algunas emociones más que otras. Varían según su intensidad, profundidad y forma de exteriorizarse, de acuerdo a la época.

Los sentimientos orientativos y los *cognoscitivo situacionales*, se identifican con la función de los sentimientos que señala Castilla del Pino. Es decir, a partir de los sentimientos el sujeto inicia su organización axiológica. Para Heller sucede lo mismo desde este tipo de sentimientos.

La autora destaca en su teoría la importancia de las normas éticas para regular las emociones, aunque de hecho no se apliquen a todas las situaciones. Pues los conceptos de emoción varían de acuerdo a la sociedad. Sin embargo, poder diferenciar y preferir unas emociones a otras es una muestra de la riqueza y potencial humano.

Heller afirma que, “en general, ni el mundo de nuestros sentimientos impulsivos, ni el de los afectos, ni el de los sentimientos orientativos pueden empobrecerse; nuestro mundo emocional sí.”<sup>136</sup> Otorga a las emociones una categoría que comprende a las otras. Todo concepto emocional es en realidad una categoría que abarca otro tanto de emociones específicas, entre las categorías más amplias se encuentran el placer y el dolor. Es

---

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 126

decir, todos los sentimientos son parte de un mundo emocional que puede ser enriquecido. A dicho mundo lo identificamos con la vida afectiva de la persona.

Por su parte, los sentimientos de *carácter y personalidad emocional* son la infinidad de sentimientos impulsivos, afectivos o emocionales que cada persona experimenta y que definen su forma de ser ante las más diversas situaciones. La diferencia entre los sentimientos de carácter y los de personalidad estriban en que los primeros son dados por el código genético o “carácter mudo de la especie”. Los de personalidad se forman paralelamente a la personalidad moral del sujeto por medio del hábito. La personalidad emocional involucra el total de la personalidad dentro de una guía de conducta según una serie de valores; pero también está sujeta a cambios y puede ser alterada profundamente por algún evento exterior o bien por cambiar los hábitos emocionales, pues como ya se dijo las emociones o sentimientos cognoscitivos situacionales son socialmente idiosincráticas.

La última clasificación de Heller está formada por *las disposiciones sentimentales y las predisposiciones sentimentales*. Las primeras se producen en presencia de un objeto específico y las segundas respecto de cualquier objeto. Sin embargo, estos dos últimos conceptos no serán abordados en este lugar, por ser un aspecto mucho más profundo en cuanto a la personalidad del individuo en particular y rebasan el tema que ahora nos concierne. Baste con lo que ha quedado dicho al respecto. Las dos últimas clasificaciones, los sentimientos de carácter y personalidad y las predisposiciones emocionales. Se identifican con la “arquitectura sentimental” en la teoría de Castilla del Pino.

El tercer estudio del sentimiento que aquí examinamos es el de Juan F. Porras Rengel. Titulado **Lógica del sentimiento**. En él tampoco se hace

una distinción específica entre un sentimiento y un afecto, más bien los incluye nombrándolos indistintamente como parte de otros conceptos más amplios como *vida emotiva del hombre* y *percepción sentimental*. Ambos son parte de un todo, la persona, que piensa y siente. El sentir es un fenómeno inmanente a su existencia y esencialmente reactivo.

La persona posee dos grandes órganos, el del conocimiento o intelecto y el órgano emotivo o sentimental. Por lo tanto, sentir al igual que el pensar son dos funciones que se dan en el mundo, pero de forma diferente aunque conectada. Sentir es un suceso real que se deriva en una gran variedad de actos y se encuentra ligado al mundo axiológico. Así, “el sentimiento entendido como órgano o función, es la capacidad de ser afectado por la realidad y por los valores”.<sup>137</sup>

El sujeto puede ser afectado por los sentimientos. La ordenación axiológica subjetiva puede ser modificada por eventos externos al sujeto. Igual que en las dos teorías anteriores, se subraya aquí el hecho de que se puede dañar los vínculos establecidos por el sujeto o bien la imagen que éste tiene sobre sí mismo. Característica que se destaca por la utilidad en el concepto de afecto, que vamos a proponer.

Para este autor el ser humano es una unidad dentro de la cual subsiste su ser afectivo y su ser intelectual. Es un ser social en cuanto que se encuentra ligado a sus circunstancias exteriores individual y colectivamente. Los sentimientos en sentido lato, por su carácter reactivo se traducen en diferentes actos, que nuestro autor denomina *actos emocionales trascendentes*.

En estricto sentido el sentimiento posee dos características:

---

<sup>137</sup> Porras Rengel, Juan F, **Lógica del sentimiento**, Ensayo de una antropología filosófica. Tomo I, Monte Ávila Editores Latinoamericana, Venezuela, 1996, p. 295 - 296

- Es recurrente, es decir se experimenta en forma continua durante toda la vida.
- Posee un carácter pugnaz, esto es, el sujeto que experimenta un sentimiento se encuentra ante un sistema de valores y tendrá que elegir: “esta pugna entre un valor o un contravalor es exigida por el principio de armonía, que no consiente que los conflictos permanezcan indefinidamente prolongados en el tiempo sin alcanzar una salida que restaure el equilibrio perdido”.<sup>138</sup>

La relación con los valores y la pugna ante la cual la persona debe decidir nos remite, por un lado, a la capacidad de ser afectado en sus sentimientos por el exterior y, por otro lado, a la función de vinculación cognitiva y desiderativa señalada por Castilla del Pino. La afección incluye todas las emociones, término que usa como sinónimo de sentimientos, y las define como “afectos o afecciones, es decir, estados en que algo se haya modificado o afectado por una acción”.<sup>139</sup>

Ahora bien los *actos emocionales trascendentes* pueden ser de tres formas:<sup>140</sup>

- 1) Receptivos. Como experimentar, sufrir, padecer, la dirección del acto marcha de las afueras al interior del sujeto.
- 2) Prospectivos. Como la expectativa, el estar dispuesto, en los que el sujeto se anticipa a la realidad en la dimensión del porvenir y se prepara para enfrentar lo que vendrá.
- 3) Espontáneos. Como apetecer, querer, desear, anhelar, actuar, se endereza desde el sujeto hacia la realidad, asume en estos su más alto grado de libre arbitrio, mostrando el poder de su voluntad y

---

<sup>138</sup> Porras Rengel, Juan F, Op, cit. Tomo II, p. 170

<sup>139</sup> Ibídem, p. 159

<sup>140</sup> Ibídem, pp. 156-159

sobreponerse a la realidad, cambiando el curso de las cosas, para someterlas y ponerlas a su servicio.

Cada uno de este tipo de actos se encuentra ligado a los valores, pues el sentir casi siempre se traduce en una acción. Valor y sentimiento se encuentran de frente “incomovibles sirviendo de guía al hombre cuyos sentimientos funcionan, según sea las diversas situaciones de hecho que le toca vivir, en conformidad con el esquema de los valores y contravalores”<sup>141</sup>

Para Porras Rengel los sentimientos son un órgano formado por las disposiciones naturales del sujeto para ser afectado por los valores. Estos, a su vez, son establecidos por el sujeto. Según este autor, los valores poseen un orden ideal que no es afectado por la realidad de tal forma que el valor no se modifica porque se decida no actuar conforme a él.

Los sentimientos pueden ser, de acuerdo con las características mencionadas, de tres tipos:<sup>142</sup>

- 1) Sensibles. Son los más elementales, hay en ellos escasa consciencia de su realización y se observan principalmente en los niños (as), como manifestaciones mecánicas a ciertos estímulos.
- 2) Anímicos puros. Entre los que se encuentra la alegría, tristeza, melancolía, etc., y los
- 3) Vitales superiores. Como el amor, el odio, la beatitud, etc. Pero son además, funciones del yo mediante las que el sujeto comprende complejos valorativos dotados de sentido.

Estos tres tipos de sentimiento son categorías muy amplias. Cada una admite en ella otro tanto de sentimientos que singularizan a la persona y se

---

<sup>141</sup> Ibídem, p. 172

<sup>142</sup> Ibídem, p. 177

muestran a veces juntos, otras separados en un sistema de relaciones entabladas por el sujeto y su entorno.

Sentir es inmanente a la persona, lo que significa que ésta posee una *percepción sentimental* que está ahí. Aunque no es posible definir absolutamente los sentimientos y los múltiples valores implicados en ellos, sí podemos decir que existe “una unidad de sentido que el sujeto no aprehende, sino que comprende. Por eso no son en rigor definibles sino solamente descriptibles”.<sup>143</sup> De esta forma el autor no conceptualiza detalladamente las diferentes manifestaciones de los sentimientos o afectos. Pero sí deja claro, primero, que dada la relación del órgano sentimental con el valor, todos somos capaces de ser afectados positiva o negativamente y, segundo, que el hombre posee voluntad para imponerse frente a los condicionamientos de la realidad que le afectan en el desarrollo de sus potencialidades.

Desde estas tres perspectivas del sentimiento y tomando como fundamento la primera de ellas, se presenta un esquema de lo que denominamos “aparato sentimental”. En él se puede apreciar lo antes descrito (véase figura 1). El rectángulo que lo rodea constituye los objetos externos al sujeto, es decir su entorno. Ningún órgano de la persona realiza las funciones que realiza el aparato sentimental aun cuando todos ellos se ven afectados por los sentimientos y participan en la manifestación de su expresión en forma de síntomas.

---

<sup>143</sup> *Ibíd.*, p. 182

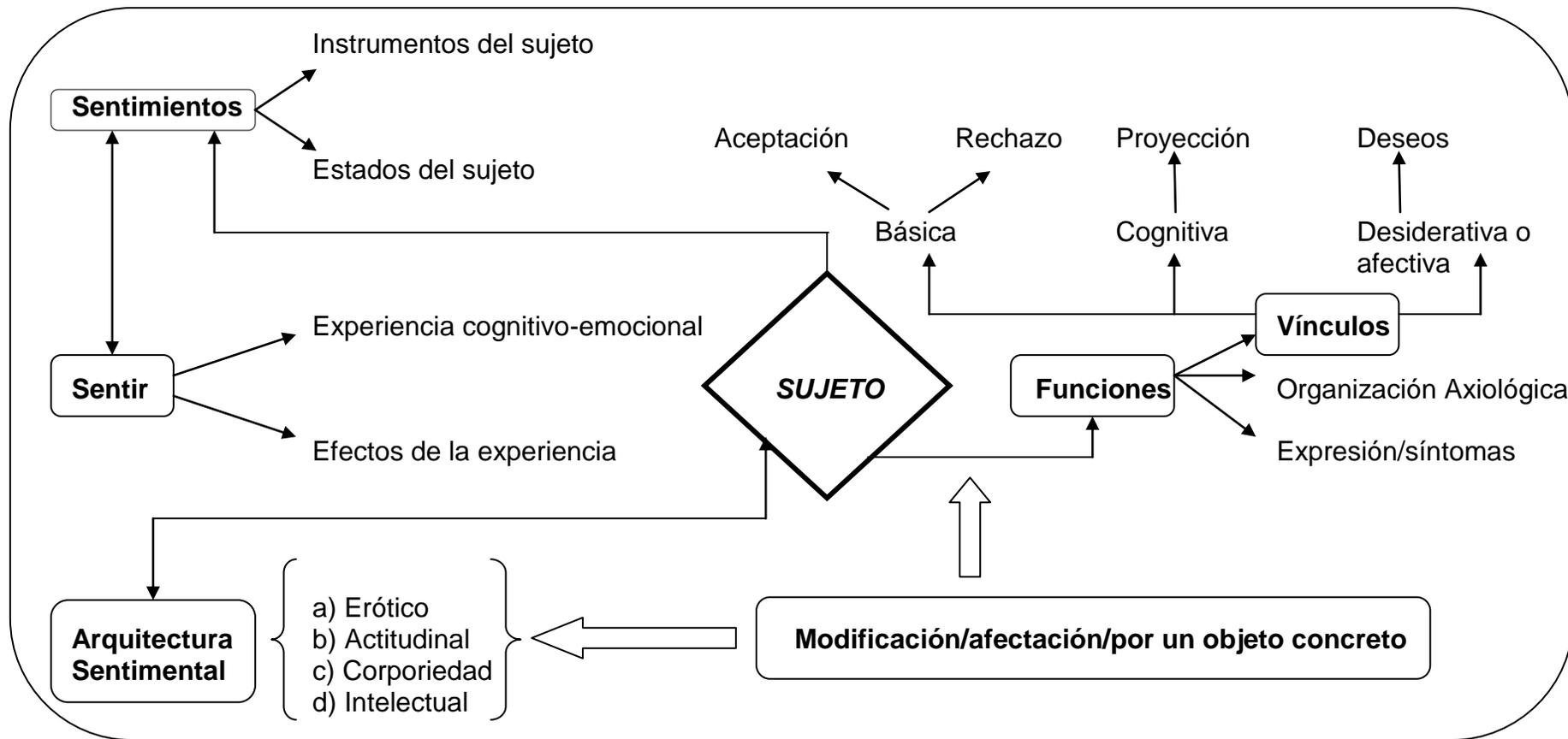


Figura 1. "Esquema del aparato sentimental".

En relación a los valores Carlos Castilla del Pino habla de “instrumentos” y de “estados del sujeto”; Heller de una “implicación en relación a los valores”. Porrás Rengel como la capacidad de ser afectado por los valores. El sentimiento es inmanente y se relaciona directamente con el mundo axiológico. De tal manera que los valores, como guía en la regulación de los sentimientos y la forma en que el sujeto es afectado por ellos, son una constante en estas teorías.

Sostenemos que los sentimientos y los afectos se incluyen, son parte de la vida afectiva. Sus interacciones con los objetos se orientan por cuatro ejes fundamentales: lo erótico, lo intelectual, las actitudes páticas, éticas y lo corporal.

Aun cuando no hay una diferencia expresa entre un sentimiento y un afecto. Adoptamos los elementos de afección y vinculación en los cuatro módulos orientativos hasta ahora señalados en la primera teoría de referencia. Lo hacemos para indicar la diferencia que, jurídicamente, ha de ser útil para precisar el concepto de afecto como contenido del bien jurídico que se pretende tutelar.

La vinculación entre el sujeto<sup>144</sup> y los objetos<sup>145</sup> de su entorno. La afectación o modificación en la vida del sujeto dentro de cualquiera de los cuatro ejes que orientan las relaciones. Constituyen el bien jurídico a tutelar.

A través de la vinculación el sujeto proyecta sus deseos y pone en movimiento su ser para realizarlos. La afectación, consiste en la modificación de la vida afectiva, que provenga del exterior, es decir que sea provocada. De tal forma que al ser afectado (el sujeto) experimenta

---

<sup>144</sup> Utilizamos la palabra sujeto para referirnos a la persona humana, con todos los atributos legales que le son propios. En esta parte se usa sujeto, persona o individuo como sinónimos.

<sup>145</sup> Los objetos del entorno pueden ser externos, entre ellos se contempla a otros sujetos, animales o cosas; o bien internos, entre los que se contempla a la estimación o imagen que el sujeto tenga de sí mismo o de ciertas ideas o creencias como, por ejemplo las creencias y dogmas religiosos.

un desequilibrio en cualquiera de las áreas en que desarrolla su personalidad.

Los sentimientos en sentido lato son innumerables. Comprenden los íntimos, que no se expresan, y otros como la atracción o simpatía, así como aquellos que al expresarlos repercuten en otras personas. Los afectos se incluyen en los sentimientos. El sujeto que siente establece un sistema de relación constante con objetos externos y / o internos.

En suma, consideramos que para efectos jurídicos se puede entender como **afectos** a todos aquellos vínculos que la persona establece con otra, consigo misma o con alguna cosa. Son susceptibles de ser modificados por una afección exterior proveniente de un sujeto concreto e identificable con repercusiones en el desarrollo de su vida afectiva y el desarrollo de su personalidad. Se entiende por “vida afectiva” la totalidad de relaciones interpersonales que vive una persona a lo largo de su vida y que incluyen diversos aspectos del desarrollo de sus capacidades, proyectadas hacia sí, hacia otra persona o hacia algún objeto en el que haya depositado un valor sentimental.

### **2.1.2 El placer como sentimiento innato**

Sentir es inmanente al ser humano. Esa capacidad y su conciencia lo distinguen de otros seres. La guía que ofrecen los valores y su voluntad le orienta para saber distinguir sus sentimientos en general y sus afectos en particular. Se autodetermina, es apto para controlar, no sus sentimientos propiamente dichos, sino sus manifestaciones.

En principio el placer pertenece, en sus manifestaciones más elementales, a los sentimientos sensibles. El placer puede alejarse de tal simplicidad, para traducirse en contenido de los actos emocionales trascendentes. Por ello el hombre mismo coloca al placer en otro nivel del sentimiento. Lo transforma en un sentimiento vital superior, en tanto

es un instrumento de actividad interior del sujeto, que puede llegar a ser exteriorizado.

El placer, por ser un sentimiento, está ligado a los valores y ha sido fundamento y justificación de algunos sistemas éticos, como el hedonismo. Ya Platón en la República distingue tres grados de placer: el placer común de la concupiscencia, el coraje impetuoso del Thymos y el supremo goce de la contemplación. En la actualidad hay múltiples clasificaciones del placer, resultados de estudios psicológicos. Por ejemplo, los significados de placer varían en hombres y mujeres y pueden separarse en cuatro grupos: “el fisioplacer, el socio placer, el ideo placer y el psicoplacer, que grosso modo se identifican con tres rubros el alimento, el ejercicio, la vida social, el contacto verbal y representacional”.<sup>146</sup>

Nos interesa hacer énfasis en que el placer ha sido fuertemente reprimido socialmente. Se ha relegado su importancia en el desarrollo humano como una de sus principales capacidades afectivas. El placer al que nos referimos se relaciona con los acontecimientos sentimentales que afectan positiva o negativamente a una persona y que pueden incluso determinar el curso ulterior de su vida. Por fortuna se han dado ya los primeros pasos en camino a la reivindicación de este sentimiento.

Una de las manifestaciones más palpables del placer se encuentra en el ejercicio de la sexualidad. En sí cualquier manifestación que se relaciona con el sexo está cargada de los más diversos sentimientos. El placer como parte del órgano del sentimiento encuentra en los valores una guía certera para orientar nuestra conducta y nuestros sentimientos. Afortunadamente los llamamientos a sentir, que menciona Heller, han ido cambiando de una tendencia de represión a una de responsabilidad y cuidado de sí. Aunque aún falte mucho por hacer, se está en el camino

---

<sup>146</sup> Corres Ayala, Patricia, Et. al, Los significados del placer en mujeres y hombres, Editorial Fontamara, México, 1999, pp. 31-50

y es necesario seguir reflexionando acerca de este tema, labor en la que han destacado las asociaciones y grupos de diversidad sexual dentro de la Comunidad Lésbica, Gay, Bisexual y Transexual y los grupos feministas.

Reconocer el placer es reconocer las más diversas expresiones de los afectos para fomentar una cultura del **cuidado de sí**. “Me construyo, ejerzo la libertad, entendida como práctica reflexiva, realización de lo que quiero y puedo ser, en el marco de la libertad de los demás. Porque el cuidado de sí involucra, al mismo tiempo ocuparse del otro.”<sup>147</sup>

Este ocuparse del otro, da pie para entrar en el plano ético que se precisará más adelante. De nuevo en el tema del placer y de la promoción de una cultura del cuidado de sí, que promueve y es parte de la dignidad humana entendida ésta como una “construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo.”<sup>148</sup>

Cuando se trata de acontecimientos emotivos en los que se hallan siempre implicados valores y contravalores, y en los que el sujeto es víctima de una verdadera pugna interna que lo descalabra, cuando luchan en su interior sentimientos encontrados en un acto de autovaloración, o sentimientos contrarios en relación a otra persona o a la colectividad, y en los que se ponen en juego criterios valorativos que pugnan y que, finalmente, llegan –para bien o para mal del sujeto- a una resolución, exigida por el principio de armonía, que no consciente que los conflictos permanezcan indefinidamente prolongados en el tiempo sin alcanzar una salida que restaure el equilibrio perdido.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Corres Ayala, Patricia, Op, cit. p. 30

<sup>148</sup> Peces - Barba Martínez, Gregorio, **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**, Segunda edición, Editorial Dykinson, España, 2003, p. 68

<sup>149</sup> Porras Rengel, Juan F., Op, cit. Tomo I, p. 170

La pugna interna está presente en el placer. Sobre este punto versan los extremos de las corrientes éticas que proponen la búsqueda de placer o bien la represión total del mismo. Pero la distinción de los placeres se hace ya desde la ética griega del siglo III, los epicúreos identifican a la felicidad con el placer. Contemplan dos tipos de placer: “placer en movimiento y placer en reposo”.<sup>150</sup> Los primeros son aquellos que una vez conseguidos desaparece su efecto y el hombre tiene que moverse de nuevo si quiere volver a disfrutarlos. Los placeres en reposo se mantienen, una vez conseguidos, como el estudio y la contemplación. La anterior distinción y la sabia economía del placer son puntos importantes que deben tenerse presentes en la fundamentación de los derechos afectivos, que se precisará mas adelante.

Los sentimientos innatos se van moldeando culturalmente, según la escala de valores frente a la que vivimos y que no es inamovible. Por el contrario, va cambiando de acuerdo a la época y las necesidades sociales e individuales que vayan surgiendo. Resulta sin embargo necesario dejar claro que lo primero que hacemos al nacer es sentir: “la conciencia emotiva precede a la intelectual, cuando nacemos primero sentimos, luego aprendemos a dirigir nuestros sentimientos y mucho después aprendemos a pensar”<sup>151</sup> en sentido formal. Los sentimientos cumplen con la función de base en la organización axiológica del sujeto para después integrarse a la escala de valores socialmente determinada.

Porras Rengel expresa de la siguiente manera la forma en que el sujeto se encuentra condicionado:

La realidad en la que se desenvuelve el ser humano se limita, en forma alguna, al entorno natural, indispensable –desde luego– a su existencia vegetativa, ni tampoco al mundo material de bienes y enseres creados por él

---

<sup>150</sup> Rodríguez Lozano. V, Ética I. Ética y moral personal, Editorial Alambra, España, 1982, p. 6

<sup>151</sup> Porrás Rengel, Juan F, Op, cit. Tomo II, p. 221

mismo, y de los que se sirve de continuo en su diario quehacer.

La pertenencia a una sociedad organizada teje múltiples hilos entre los miembros de ésta, de cuya interacción brota un complejo mundo económico que condiciona sobre manera la existencia individual. Asimismo, se enfrenta el individuo a un mundo cultural rico de formas, dentro de cuya atmósfera adviene a la existencia, y en cuyo ámbito se desenvolverá el resto de su vida. Queda así condicionado por el lenguaje, las costumbres, el orden moral, la religión, el orden jurídico-positivo, el Estado con su inmenso poder, el arte, la ciencia, la técnica, y, en fin, por todo lo que constituye el ámbito de su realidad, es decir, el orden entero de la vida, que es muchísimo más complejo que la circunstancia natural en que se desempeña el animal.<sup>152</sup>

Ante tal condicionamiento el hombre posee *su voluntad*. Con ella es capaz de elevarse frente a los condicionamientos y cambiar el curso de su vida, actuar que trasciende del quehacer individual al colectivo. Puede dirigir sus acciones de acuerdo a una determinada idea, por ejemplo de placer, que ya en sí es complejo determinar las infinitas fuentes de placer. Por ello es preciso establecer un elemento fundamental para considerar al placer dentro de los acontecimientos vitales superiores que es capaz de experimentar el hombre. Así el enunciado de Epicuro que reza “solo el placer es bueno, es un enunciado falso, porque el sólo placer, no sometido al cálculo racional, no es ni siquiera placentero”.<sup>153</sup>

La perspectiva del placer como mero principio biológico que se identifica con la ausencia de dolor o la satisfacción de los instintos del hombre queda superada. El placer al que aquí se alude es aquél que, para *ser* con los otros, con la colectividad de la que se es parte, está sometido al cálculo racional y axiológico. Ya que considerar que el placer es un fin en sí mismo sólo se justifica cuando los elementos axiológico y racional

---

<sup>152</sup> Cfr. Porras Rengel, Juan F, Op, cit. Tomo II, pp.233-234

<sup>153</sup> Guisán, Esperanza. Ética sin religión, Alianza editorial. Madrid, 1993, p. 125

están presentes, lo que a su vez implica ubicarse dentro del ámbito moral de la existencia y el desarrollo de la vida gozosa.

Cada acción que pretenda justificarse en el placer, está sometida al cálculo de sus consecuencias, de los medios y de las responsabilidades que de ella se deriven. No podrá, así, justificarse la pedofilia, bajo el argumento del “placer” que experimenta quien la comete.

La regulación de los sentimientos y sus expresiones viene dada, pues desde varios ángulos, sociales, culturales, costumbres, normas jurídicas y valores, según la sociedad de que se trate. El derecho como orden positivo es creado por el hombre para regular sus actos, pero también para fomentar unos valores, pues aunque “las normas jurídicas no contienen en sí, en cuanto fórmulas, ningún valor: son sólo enunciados formales cuya finalidad es regular la conducta del hombre en sociedad, persiguen valores...que están implicados en el fin buscado, y sin ello las normas del orden jurídico carecerían de justificación”.<sup>154</sup>

El órgano sentimental que posee el ser humano se vierte hacia la realidad por medio de la acción. Ésta afecta positiva o negativamente a una persona. Por ello se sujeta a la regulación de normas morales, pero también a la regulación jurídica. Ella preserva los derechos fundamentales que permiten el acceso libre y responsable al placer y sus más diversas manifestaciones, que solo tendrán por límite la preservación de la integridad física y mental del otro.

Los estudiosos del derecho tienen un papel fundamental en la producción jurídica: reflexionar acerca de la vida gozosa, la vida feliz. La filosofía del placer nos invita a integrar en los intereses propios los intereses de los demás. El conocimiento reflexivo es un instrumento de crítica, de cambio, que encuentra gran apoyo en la visión optimista que

---

<sup>154</sup> Porras Rengel, Juan F. Op, cit. Tomo II, p. 182

John Stuart Mill posee del hombre. Para él “el hombre está llamado a identificar sus sentimientos cada vez más con los ajenos”.<sup>155</sup>

El hombre ha de situarse en una felicidad y placer solidarios que además incite “a una rebelión contra todo tipo de tabúes y obstáculos que no nos permitan gozar profunda e inteligentemente en nuestras relaciones interpersonales y en nuestras relaciones con nosotros mismos.”<sup>156</sup> El sistema jurídico, el político, la ética y la moral se encuentran unidos siempre en algún punto, desde aquí se articulan saberes y prácticas. Cualquier cambio en ellas repercute en el resto y no es necesario esperar cambios de arriba para empezar. Los mismos juristas y políticos y cualquier persona pueden implementarlos en la vida cotidiana.

En palabras de Patricia Corres “la cultura, las enseñanzas que nos formaron desde que existimos, los ambientes que nos hicieron quienes somos ahora, nos dan o nos niegan recursos para tener sentimientos, para expresarlos adecuadamente, para conocer los lenguajes propios y los de los demás”.<sup>157</sup>

Los afectos, tal como han quedado enunciados en este apartado, al lado del placer como sentimiento guía y como factor de desarrollo personal y social, son materia para crear derecho, modificarlo y mejorar lo ya avanzado. Para qué existe entonces el derecho sino para propiciar un ambiente de respeto y seguridad; para qué, sino para permitir que cada persona alcance su felicidad, en un marco de libertad, igualdad y solidaridad, mediante el reconocimiento y efectiva protección de derechos fundamentales.

---

<sup>155</sup> Mill, Stuart John, **El Utilitarismo**, Alianza Editorial, Madrid, 2002. p. 85

<sup>156</sup> Hierro, Graciela, **La ética del placer**, Editorial UNAM, México, 2003, p.30

<sup>157</sup> Corres Ayala, Patricia. Op, cit. p. 49

## 2.2 Elementos para una teoría ética

La experiencia humana es inmensa. A lo largo de la historia se nos presenta una multitud de circunstancias a las que se enfrenta la persona. La forma de actuar y de dirigir sus acciones se auxilia del conocimiento que, en el caso de la teoría ética intenta “explicar, esclarecer o investigar una realidad dada produciendo los conceptos correspondientes.”<sup>158</sup>

Dichos conceptos elementales se determinarán en esta parte, para de aquí partir y proponer una estructura general de la teoría ética de los afectos. En primer lugar se diferencia un acto humano y un acto del hombre, sus características e implicaciones. Del acto humano se desprenden otros elementos que, como unidad, forman el acto moral, del cual se enumerarán sus diferentes elementos.

¿De dónde partir? De los principios éticos fundamentales como base para relacionarnos con el mundo en un marco más amplio de valores; principios que, a diferencia de los valores, no pueden ser ordenados jerárquicamente, ni pueden ser polares. Todos se encuentran en un mismo plano como resultado de la continua búsqueda de la felicidad y el progreso histórico. Aunque no es la misma para todos, sí crea “las condiciones necesarias para el progreso moral que afecta más o menos a los hombres de una sociedad dada desde el punto de vista moral”.<sup>159</sup>

Esta búsqueda da como resultado las distintas posiciones éticas. Cada una trata de establecer ciertos valores guía, de los cuales se han convertido en el contenido moral mínimo de la ley. Estos valores deben estar presentes en la creación o modificación de ésta. Dichos valores son ahora el contenido de los derechos humanos.

---

<sup>158</sup> Sánchez Vázquez, Adolfo. Ética, Editorial Crítica, España, 1999. p. 22

<sup>159</sup> *Ibidem* pp. 55-56

Conjuntar el bien propio con el ajeno sigue siendo un tema espinoso que normalmente se aborda sólo en el plano económico sin que haya tampoco grandes avances en este plano. Menos aún cuando se trata de guiar las políticas públicas que propicien condiciones materiales adecuadas. Estas deben permitir que el sujeto actúe en la libertad y cuente con los instrumentos necesarios para realizar su idea de felicidad. Entre ellos se incluye el placer en el sentido en que ha quedado descrito.

El sentido ético fundamental en nuestra ética de los afectos es “la apropiación última de nuestra posibilidad mejor; es decir la obra del hombre en sí mismo, la praxis de mi propia realidad como el ejercicio de todas las capacidades que el hombre posee.”<sup>160</sup> Dicha realidad se conduce constante y permanentemente hacia la felicidad que habrá de ser complementada, después, por el interés en el otro como forma de lograr también mi placer y felicidad.

---

<sup>160</sup> Aranguren L. José Luis. Ética. Tercera Reimpresión en Alianza Editorial, España 1985. p. 152

### 2.2.1 Acto humano y acto del hombre

El sentimiento en general y el afecto en particular, en su vinculación necesaria a un objeto, una persona o bien hacia el propio ser, se realiza a través de los actos. Pero no todos ellos son realizados en el mismo grado de conciencia y no causan los mismos resultados, por ejemplo el respirar como función, no impide que otro respire.

Así todos los actos que se realizan en el hombre, sin que participe activamente su conciencia son denominados actos del hombre, “en apreciación filosófica, la acción no deliberada y producto del funcionamiento más o menos automático de nuestro organismo”.<sup>161</sup> Entre ellos figuran el proceso digestivo, la ovulación, la circulación de la sangre, etcétera.

Pero el hombre no es sólo un ser biológico, posee un órgano emotivo y otro intelectual. Es capaz de realizar otro tipo de actos en los que sí participan su conciencia, su voluntad y sus sentimientos. Estos son actos humanos, es decir, todos aquellos que “implican la deliberación, ejercicio de alguna facultad mental, cuando se traduce en una exteriorización”.<sup>162</sup> Por ejemplo, en psicología los actos del hombre no constituyen materia de estudio por sí, sino sólo como resultado de una actividad que se deriva de un acto humano:

Un acto solamente es verdaderamente tal y puede concebirse como tal a condición de que sea consciente y tenga una relación objetiva intencional... hay actos de percepción, de recuerdo de sentimiento, de voluntad, de pensamiento.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> Cabanelas, Guillermo, **Diccionario de filosofía**, Vigésima edición, Editorial Heliasta, S. R. L., Argentina, 1986, pp. 141 – 142

<sup>162</sup> Idem,

<sup>163</sup> Dorsh, Friedrich. **Diccionario de psicología**, Editorial Herder, segunda edición, 1978, Barcelona, 1978, pp. 10,11

El aparato sentimental a través de la percepción comprende unidades dotadas de sentido – valores – y los selecciona mientras el órgano intelectual, mediante su percepción propia ve el objeto y lo aprehende. Los actos humanos no son el resultado de un proceso mecánico sino el fruto de “una realidad superior mucho más profunda, que lo define (al hombre) de la eventualidad y la contingencia a la que se halla expuesto todo lo real; posee el atributo de la mismidad” <sup>164</sup> que lo hace capaz de autodeterminarse y elegir.

Pero, ¿qué debe elegirse, cómo realizar los actos y cómo justificarlos? Entramos aquí al terreno normativo orientado a la realización del bien ya sea como justicia, felicidad, bienestar, placer. El acto humano es el sustrato del acto moral. El hombre elige entre varias posibilidades, “porque al realizar cada uno de mis actos voy realizando en mí mismo mi êthos, carácter o personalidad moral.”<sup>165</sup>

El acto humano tiene una dirección determinada donde la voluntad posee un papel decisivo, además de que este tipo de actos implican una relación directa o indirecta entre personas; lo que mueve al hombre, es realizar algo valioso para él “la realidad es solo el dominio que provee al hombre el material y el escenario para que realice sus objetivos.”<sup>166</sup> Pero podrán ser todos los actos del hombre constitutivamente morales, como afirma Aranguren y lo único que cambia es su orientación al bien. Veamos ahora los elementos del acto moral.

---

<sup>164</sup> Porras Rengel, Juan F. Op, cit Tomo II, p. 415

<sup>165</sup> Aranguren L. José Luis. Op, cit. pp.56-57

<sup>166</sup> *Ibíd*em, p.58

### 2.2.2 Los elementos del acto moral

En la acción desde la tendencia instintiva de buscar el alimento de la madre hasta las más elevadas formas de vida hay una distancia en evolución, tanto en diversidad como en formas. Nos referiremos aquí a aquella acción que promueve y justifica otras, es decir a la conducta moral o el acto moral. Este tipo de actos es atribuido a la persona como ente capaz de desear y definir sus propósitos, establecer sus fines y elegir los medios para realizarlos.

En la vida cotidiana, muchos actos están en gran parte automatizados como resultado de un prolongado aprendizaje, por lo que el impulso que los genera y aun su ejecución apenas son conscientes...<sup>167</sup>

Para lograr cambios permanentes tanto en la vida individual como en la vida colectiva, habrá que dejar de actuar automáticamente y poner más conciencia en el actuar cotidiano.

La moral es el objeto de estudio de la ética. Se entiende por moral “un sistema de normas, principios y valores, de acuerdo con el cual se regulan las relaciones mutuas entre los individuos, o entre ellos y la comunidad, de tal manera que dichas normas, que tienen un carácter histórico y social, se acaten libre y conscientemente, por una convicción íntima, y no de un modo mecánico, exterior e impersonal”.<sup>168</sup>

De manera que el comportamiento del hombre puede ser analizado a través de sus actos concretos y calificado de moral en tanto reúna la unidad de elementos que conforman el acto moral, propiamente dicho.

El acto moral tiene dos tipos de elementos, uno subjetivo y el otro objetivo. El motivo, la intención y la decisión son parte del aspecto subjetivo. Los medios y las consecuencias pertenecen al aspecto

---

<sup>167</sup> Dorsh, Friedrich. Op, cit. pp. 10-11

<sup>168</sup> Sánchez Vázquez, Adolfo. Op, cit. p.99

objetivo. Por motivo puede entenderse aquello que “impulsa a actuar o a perseguir determinado fin...El sujeto puede reconocer el motivo de su acción, y, en este sentido, tiene un carácter consciente.”<sup>169</sup> Aunque no siempre sucede así, por ejemplo cuando se actúa bajo el efecto de uno de los rasgos negativos del carácter, no se está consciente de los motivos que mueven su conducta, lo que no permite, según este autor, calificar al acto como propiamente moral. El sujeto tendrá que estar consciente de los motivos que lo mueven a actuar para que se reúna el primer elemento subjetivo del acto moral.

Ahora bien, “otro aspecto fundamental del acto moral es la conciencia del *fin* que se persigue. Toda acción específicamente humana exige cierta conciencia de un fin, o anticipación ideal del resultado que se pretende alcanzar”.<sup>170</sup> Una vez que se ha determinado el fin, el sujeto se dispone a decidir. Así el acto moral es un acto voluntario.

Una vez que el sujeto es consciente del motivo que lo lleva a realizar voluntariamente el fin que pretende, ya que “el acto moral no se cumple con la decisión tomada; es preciso llegar al resultado efectivo”<sup>171</sup> y para ello tendrá que elegir los medios que va a utilizar y tener conciencia de los mismos.

La elección y el empleo de los medios adecuados no pueden entenderse en el sentido de que, “el fin justifica los medios. Un fin elevado no justifica el uso de los medios más bajos...Pero, por otro lado, la relación entre fines y medios no puede ser considerada abstractamente, al margen de la situación concreta en que se da, pues de otro modo se caería en un moralismo abstracto, a espaldas de la vida real.”<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> *Ibidem*, p.74

<sup>170</sup> *Idem*

<sup>171</sup> *Ibidem*, p.76

<sup>172</sup> *Idem*.

Esa realidad nos indicará el código moral que prevalece y su relación con la norma que se pretende aplicar: “el acto moral responde de un modo efectivo a la necesidad social de regular en cierta forma las relaciones entre los miembros de la comunidad, lo cual quiere decir que hay que tener en cuenta las *consecuencias* objetivas del resultado obtenido, o sea, el modo como este resultado afecta a los demás.”<sup>173</sup>

Ninguno de los elementos dados justifica en forma aislada el acto moral, ni reduce el acto a la intención, pues siempre hay una relación con las consecuencias, de tal modo que el acto moral no se justifica con uno de sus elementos, sino en la conjunción de todos ellos. Por ejemplo, la intención de un acto no es justificación suficiente del acto moral. “La prueba o validez de las buenas intenciones tiene que buscarse en sus resultados. La experiencia histórica y la vida cotidiana están llenas de resultados –moralmente reprobables – que fueron alcanzados con las mejores intenciones, y con los medios más objetables. Las intenciones no pueden salvarse en esos casos, ya que no podemos aislarlas de los medios y los resultados.”<sup>174</sup>

Pero el acto moral no le compete únicamente al sujeto que lo realiza, pues su actuar trae consecuencias que pueden afectar a los otros. Posee un carácter social y es a su vez una “unidad indisoluble de diversos aspectos o elementos: motivo, fin, medios, resultados y consecuencias objetivas. Lo subjetivo y lo objetivo son aquí dos caras de una misma medalla. El acto moral no puede ser reducido a uno de sus elementos, sino que está en todos ellos, en su unidad y relaciones mutuas”<sup>175</sup> calificadas de acuerdo al código moral que rige en una comunidad históricamente determinada.

---

<sup>173</sup> Idem.

<sup>174</sup> Ibídem, p. 77

<sup>175</sup> Ibídem, p.78

El acto moral ha sido estudiado desde la psicología destacando tres momentos:<sup>176</sup>

- a) un momento cognoscitivo, caracterizado por la percepción por parte de la inteligencia de la realidad y cualidades del acto.
- b) un momento volitivo, es decir una decisión de la voluntad, que quiere o rechaza la acción conocida por la inteligencia.
- c) un momento ejecutivo, en virtud del cual las potencias interiores y motoras del hombre se ponen en movimiento para realizar la función decidida.

Dentro de los momentos cognitivo y volitivo se encuentran el motivo, la intención y la decisión, que corresponden a su vez al elemento subjetivo. El momento ejecutivo corresponde a los medios y las consecuencias como parte del elemento objetivo. Así, ambas perspectivas se identifican.

El acto moral es diverso y habrá que recorrer la distancia entre la intención y el resultado durante la cual el acto puede adquirir un significado opuesto al que se pretende. La acción del sujeto repercutirá en la colectividad, siendo idóneo que se logre un punto de equilibrio basado en el principio de armonía.

---

<sup>176</sup>Enciclopedia GER. **Acto moral I**. En línea [http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=5556&cat=etica](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5556&cat=etica) Consulta febrero de 2007.

### 2.2.3 Algunos principios éticos fundamentales

Decíamos antes que el hombre necesita justificar sus acciones de acuerdo a un sistema moral y social que le antecede y que su órgano sentimental se relaciona con los valores, de tal manera que el sujeto puede ser afectado por ellos en su vida emotiva.

La función que desempeña la ética como ciencia que estudia al acto moral “no se centra en la idea de encontrar verdades nuevas enriquecedoras del conocimiento moral cotidiano, su propósito es proporcionar una organización racional y sistemática a nuestras creencias acerca de lo que “debe ser” y lo que “debe ser fomentado”, en las circunstancias concretas dentro del grupo social y cultural en el que vivimos...”<sup>177</sup>

Hay algunos principios éticos que ordenan una acción como buena en sí y que han sido establecidos para sentar las bases de la convivencia individual y social. Al conducirse conforme a ellos, se imprime rectitud a los actos. Tales principios emergen de la conciencia que adquiere el sujeto al relacionarse con sus semejantes. Los vamos captando desde nuestra realidad subjetiva y en nuestro desarrollo personal.

Ante una realidad que le es dada, el sentimiento, el intelecto, la voluntad y la conciencia funcionan activamente y es capaz de autodeterminarse. Con la certera guía de los valores y bajo ciertos principios, se está en la posibilidad de elegir ser mejor, para sí y para su comunidad.

El *principio de autodeterminación* consiste en la forma en que dirigimos nuestra voluntad, cómo encaminamos nuestras energías, cómo queremos vivir, claro que la autodeterminación no es por sí misma buena, pero sí es coherente con nuestro fin, de tal manera que “no es posible que quiera yo a un mismo tiempo varias cosas opuestas entre sí;

---

<sup>177</sup> Hierro, Graciela. Op, cit. p.97

la unidad incontrovertible de mi querer parece solo lograda si quiero lo mismo a través de cada una de mis actividades”.<sup>178</sup> Este principio en la vida sexo-erótica de una persona es vital, ya que abarca todas las situaciones en que se desarrolla la sexualidad desde la autodeterminación dirigida a la preferencia sexual, hasta si se desea o no tener hijos. Al respecto basten algunos ejemplos en el caso de las mujeres que han sufrido alguna agresión sexual y han sido prácticamente obligadas a tener un hijo que no desean, bajo innumerables argumentos religiosos respecto de la vida.

Por encima de los múltiples condicionamientos a los que se enfrenta el hombre, entre los que se encuentran los prejuicios acerca del placer en general y del placer sexual en particular, éste tiene en cualquier momento la posibilidad de emanciparse de ellas y adoptar sólo aquellas que considere intelectualmente preferibles, dentro del marco moral y social concreto. La emancipación implica una sujeción interna, que en la realidad también implica la voluntad de asumir la responsabilidad de sus actos. Tal responsabilidad es la conciencia de que sus actos pueden afectar a los demás y deberá responder a las sanciones jurídicas y sociales que se deriven de su actuar conforme a su autodeterminación.

Otro principio es: *el hombre es un fin en sí mismo*. Un fin que no debe ser utilizado como un medio. Su unicidad, el hecho de ser un sujeto capaz de percibir valores y realizarlos, deriva un ser digno, humano, que está llamado a realizarse en sociedad. En forma general y abstracta el hombre debe convivir con sus semejantes en un trato igualitario. Su arbitrio está delimitado por la existencia del otro, visto como un igual.

---

<sup>178</sup> Nohl, Herman, Introducción a la ética, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p 30

Lo anterior, da pie a otro principio: *tratar a los otros como quisieras que los demás te traten a ti*, mirar hacia dentro para reflexionar nuestra conducta en relación con las personas que nos rodean, iguales a nosotros, por ello no debemos actuar en su perjuicio, tomando su lugar para repeler toda acción que tampoco nos gustaría que otro nos causara.

Como lo afirma Herman Nohl:<sup>179</sup>

Las experiencias éticas fundamentales de la vida individual sirven también para comprender los grandes problemas en torno a la significación de la moral de los nexos e instituciones sociales.

Los principios éticos son fruto de esta experiencia y serán aplicables con independencia de la corriente filosófica que se practique, pues lo contrario implicaría un retroceso en el progreso moral de la humanidad.

### **2.3 Por una fundamentación ética de los afectos**

Hemos afirmado que el hombre está formado por dos grandes órganos, el intelectual y el sentimental.<sup>180</sup> Los principios y valores a los que aquí nos apegamos, son todos aquellos que sirven de guía al sentimiento en general, como órgano de percepción de valores y como forma de experimentar el placer y de ser feliz.

Diversas teorías éticas han polarizado la valoración moral, cada una propone cómo conducirse y vivir conforme a ellas. Una de las más argumentadas y polémicas han sido el eudemonismo, seguida del hedonismo y el utilitarismo.

---

<sup>179</sup> Nohl, Herman. Op, cit. p. 191

<sup>180</sup> Usamos como sinónimos la denominación de aparato sentimental, dada por Castilla del Pino y, la denominación de órgano sentimental de Porras Rengel.

A partir de estas teorías se propondrá un catálogo axiológico enunciativo, aplicable a las políticas públicas y a la creación y aplicación de leyes tendientes a asegurar y garantizar el ejercicio y protección de los afectos. Proponemos un sistema que adopta la libertad y al mismo tiempo sustenta el orden público sin reducir el uno al otro. Fomentamos la crítica constructiva en busca de un equilibrio entre ambos, siempre necesaria para el progreso.

Conviene fijar previamente nuestra postura acerca de la concepción de felicidad y placer. Consideramos que ambos conceptos son sinónimos. Ambos contribuyen al bienestar humano. Ahora, la felicidad abarca otro ángulo que la complementa, la justicia. Cabe ahora inquirirse, con Graciela Hierro, “¿la vida moral lleva a la felicidad? La felicidad personal y la moralidad son compatibles, de no ser así, ¿por qué debemos ser morales?”<sup>181</sup>

### **2.3.1 El principio del placer**

El placer está en la vida moral del ser humano, al ser este constitutivamente moral, pero también es constitutivamente sujeto de placer, lo que nos remite al actuar humano encaminado a la búsqueda del placer, ya que “todos apetecemos el placer, porque todos apetecen, por naturaleza, vivir.”<sup>182</sup>

En la construcción de una escala de valores personal, el placer tiene un lugar relevante, por ello, no pugna con la existencia ni tampoco es ajeno a la dignidad humana, sino por el contrario es parte de ésta. “El placer

---

<sup>181</sup> Hierro, Graciela. Op, cit. p.31

<sup>182</sup> Aranguren L. José Luis. Op, cit. p. 162

está contenido en la totalidad de los valores y sólo se convierte en algo falso cuando pretende representar esa totalidad.”<sup>183</sup>

El placer como forma de identificar lo bueno o lo deseable conduce al sistema ético denominado hedonismo.

El hedonismo como teoría ética quiere decir: es moralmente buena aquella conducta que tiene por fin el placer, o por lo menos, la negación del dolor (displacer).<sup>184</sup>

El placer, en este sistema, es un sentimiento o estado afectivo placentero que acompaña a diferentes experiencias o bien es una sensación agradable producida por ciertos estímulos. Es intrínsecamente bueno y se clasifica en dos tipos: “el básico o primario que se identifica con las necesidades fisiológicas y los placeres superiores que pertenecen al ámbito intelectual y espiritual”.<sup>185</sup>

Aceptar que el placer es intrínsecamente bueno y que todas las cosas son medios para alcanzarlo, debe ser matizada, pues de aquí se deriva el rechazo y mala fama del hedonismo como teoría ética egoísta. “Aunque se acepte que el placer es intrínsecamente bueno... la bondad moral de un acto placentero no puede ser aislado de sus consecuencias, *para que el placer tenga una significación ética*, debo juzgarlo no intrínsecamente como placer en sí –*como sostienen los hedonistas*– sino extrínsecamente... en relación con la naturaleza o las consecuencias del acto.”<sup>186</sup> A grandes rasgos en el hedonismo cualquier ser vivo aspira al placer y huye del dolor, todas las cosas son medios para lograr el placer, que es cualitativamente siempre el mismo y puede medirse según su intensidad.

---

<sup>183</sup> Nohl, Herman. Op, cit. p. 55

<sup>184</sup> Larroyo, Francisco, Los principios de la ética social, Décimo cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 1968. p. 133

<sup>185</sup> Nohl, Herman. Op, cit. p. 33

<sup>186</sup> Sánchez Vázquez, Adolfo. Op, cit. p.152

El término placer se integra en sentido negativo al vocabulario moral; se identifica al placer como un vicio, corrupción del espíritu y causa de grandes males sociales, con lo que se va formando el estigma que aun lo persigue, pero que empieza a desdibujarse para dar paso a otra forma de percibir y experimentar el placer. Sería ocioso negar que el placer forma parte de los motivos que mueven al hombre y regulan su conducta.

Aunque la doctrina hedonista no es la que adoptamos, ha sido necesario destacarla, como punto de partida para otra doctrina, la utilitarista. El placer pues, surge en una interrelación y está cargado de valoraciones, en una amplia gama de posibilidades, cuya medida ética se realiza en razón de las consecuencias que produzca. Así, desde una perspectiva del placer con los demás nos remitimos ahora al utilitarismo como doctrina ética que promueve “la mayor felicidad para el mayor número” postulado que es necesario matizar. Esta frase es atribuida a Bentham (1748-1832), considerado como el fundador de esta doctrina y John Stuart Mill como su perfeccionador.

A decir de Esperanza Guisán “el utilitarismo además de ser una teoría teleológica de la ética que pone énfasis en las consecuencias de las acciones más que en las motivaciones que las llevaron a cabo...las diferencias entre Bentham y su discípulo John Stuart Mill son importantes, y a veces decisivas, en ambos se trasluce el aliento combativo para ofrecer soluciones de cambio en una sociedad donde los intereses particulares de los grupos de presión predominaban sobre los intereses del hombre común que constituía la mayoría”.<sup>187</sup> Asunto que no parece haber cambiado demasiado; estos intereses continúan siendo preponderantes en la sociedad.

---

<sup>187</sup> Guisán, Esperanza. En Camps, Victoria. Historia de la ética, Volumen 2, La ética moderna. Editorial Crítica. España, p. 459

En esta doctrina se identifica el placer, la felicidad y lo útil. Sin embargo, la concepción de lo útil es diferente en sus dos principales exponentes. Para Bentham el placer es lo únicamente bueno o útil, para John S. Mill lo “útil o bueno es la felicidad. Y como por ella no se entiende exclusivamente la felicidad personal, sino la del mayor número posible de hombres, su doctrina viene a ser una forma de eudemonismo social.”<sup>188</sup>

De esta concepción de la felicidad se han hecho innumerables objeciones al utilitarismo de Mill. Considerar sus escritos en forma aislada, sin tener presentes las precisiones hechas acerca de la justicia y la libertad es estudiar superficialmente su doctrina.

Nos centraremos en el utilitarismo de Mill y realizaremos algunas precisiones que nos servirán como base en la ética de los afectos. En primer lugar lo útil se estima en función del placer o felicidad. Nuestro autor no concibe al placer como “el hedonismo en su acepción más vulgar. Hacer lo que a cada uno le apetece cuando le apetece es algo que Epicuro rechazaría con no menos ímpetu que Mill”.<sup>189</sup>

El placer o la felicidad son útiles, es decir, no se contradicen, ni se encuentran en oposición, sino que “quienes saben algo del asunto están enterados de que todos los autores, desde Epicuro hasta Bentham, que mantuvieron la teoría de la utilidad, entendían por ella no algo que ha de contraponerse al placer, sino el propio placer junto con la liberación del dolor y que en lugar de oponer lo útil a lo agradable o a lo ornamental, han declarado siempre que lo útil significa, entre otras, estas cosas”.<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> Sánchez Vázquez, Adolfo. Op, cit. p.163

<sup>189</sup> Guisán, Esperanza. (en la Introducción de) Mill, Stuart John, **El Utilitarismo**, Alianza Editorial, Madrid, 2002. p. 49

<sup>190</sup> Mill, Stuart John, Op, cit. p. 49

Ahora bien, el principio utilitarista “la mayor felicidad para el mayor número” sostiene que las acciones “son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, incorrectas en cuanto tienden a producir lo contrario de la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia del dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer”.<sup>191</sup> Una interpretación literal conduciría a suponer que todo actuar humano se reduce a simplemente alejarse del dolor. De aplicarse esto literalmente, nos alejaría de otra fuente de crecimiento humano que se encuentra precisamente en el dolor. Y que lejos de no ser contemplada por Mill, prevalece en su doctrina el optimismo. Concibe a los hombres como poseedores de “facultades mas elevadas que los apetitos animales, y una vez que son conscientes de su existencia no consideran como felicidad nada que no incluya la gratificación de aquellas facultades”.<sup>192</sup> Se sitúa al placer como una experiencia vital superior, en el mismo sentido que aquí se sostiene.

Identificar a la felicidad con el placer nos lleva a precisar el sentido en que se presupone éste. Para efectos de esta tesis placer no es el mero principio biológico que se identifica con la ausencia del dolor o la satisfacción de los instintos del hombre, como los instintos sexuales. El placer al que aquí se alude es el que, para ser con los otros, se somete al cálculo racional y axiológico. De manera que la felicidad o el placer implican el ejercicio de la autonomía moral, para realizar el ideal de vida, dentro de un marco de principios y valores superiores, que permitan a la persona el desarrollo libre de su personalidad, en un sistema jurídico que contemple su existencia afectiva y que cree mecanismos para proteger los afectos y fomente todo aquel valor que promueva el contenido de la vida buena en general, para fomentar la vida buena en particular, bajo la convicción personal que se posea de ella.

---

<sup>191</sup> *Ibíd*em, p. 50

<sup>192</sup> *Ibíd*em, p. 51

La existencia del sufrimiento no es desconocida para nuestro autor, este tipo de experiencias son tan palpables como el placer y puede provenir de factores externos o internos. Sin embargo, el hombre, argumenta Mill “a pesar de esos riesgos, nunca puede desear de corazón hundirse en lo que él considera que es un grado más bajo de existencia”.<sup>193</sup>

El criterio de felicidad es complejo, pero no inútil, sea cual sea la infinidad de formas en que se concibe la felicidad, habrá siempre constantes valores positivos que fomentar, principios que seguir para lograr un equilibrio entre mi felicidad y la felicidad de los demás. “Ya que la utilidad incluye no solo la búsqueda de la felicidad, sino la prevención y mitigación de la infelicidad.”<sup>194</sup> Esta aseveración es de singular importancia para el desarrollo de una ética de los afectos, en tanto esta persigue la realización de valores que promuevan la diversidad y el respeto, pero al mismo tiempo se protege y puede exigirse efectivamente la reparación de una afección.

Crear en las facultades superiores del hombre es una constante en la doctrina de Mill, junto con el llamado a realizarse con los demás, a contribuir con *mi* felicidad a la felicidad de quienes me rodean. Ello imprime un sentido moral eudemonista al tratar de conjugar la felicidad individual con la felicidad de la comunidad.

A decir del propio autor “En la regla de oro de Jesús de Nazaret encontramos todo el espíritu de la ética de la utilidad: «compórtate con los demás como quieras que los demás se comporten contigo» y «Ama a tu prójimo como a ti mismo» constituyen la perfección ideal de la moral utilitarista”.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 49

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 59

<sup>195</sup> Mill, Stuart John, *Op, cit.* p.66

Así la felicidad que postula Mill es una “«*felicidad moral*» está tan deseoso de afirmar que la felicidad del hombre es una felicidad peculiar, propia de un ser autodesarrollado, ilustrado, libre, en pleno ejercicio de sus facultades intelectuales, con sentido de su *dignidad*, como de afirmar que esos ingredientes, precisamente: autodesarrollo, autorespeto, sentido de la dignidad propia, etc., *constituyen la parte más valiosa de la felicidad*; es decir, no la acompañan, no la suponen, no se derivan de la felicidad, *son la felicidad*.”<sup>196</sup>

Tal concepción de felicidad necesita para darse efectivamente en la realidad una serie de condiciones que preceden al ser humano. Dichas condiciones son materiales e intelectuales. En las primeras se encuentran las organizaciones sociales desde el Estado hasta las familias. Mill recomienda, “en primer término, que las leyes y las organizaciones sociales armonicen en lo posible la felicidad o (como en términos prácticos podría denominarse) los intereses de cada individuo con los intereses del conjunto. En segundo lugar, que la educación y la opinión pública, que tienen un poder tan grande en la formación humana, utilicen de tal modo ese poder que establezcan en la mente de todo individuo una asociación indisoluble entre su felicidad y el bien del conjunto, especialmente entre su propia felicidad y la práctica de los modos de conducta negativos y positivos que la felicidad prescribe: de tal modo que no sólo no pueda concebir la felicidad propia en la conducta que se oponga al bien general, sino también de forma que en todos los individuos el impulso directo de fomentar el bien general se convierta en uno de los motivos habituales de la acción y que los sentimientos que se conectan con el impulso ocupen un lugar importante y destacado en la experiencia sintiente de todo ser humano.”<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup>Guisán, Esperanza, En **Historia de la ética**, Volumen 2, La ética moderna, Editorial Crítica, España, p. 486-487

<sup>197</sup>Mill, Stuart John, Op, cit. p. 67

Lo anterior parece bastante ambicioso, pero deja claro que el utilitarismo de Mill es social, y no reduce la felicidad a una entidad abstracta, asunto exclusivamente personal, sino que la amplía a la vida social.

La concepción optimista de Mill nos invita a reflexionar sobre nuestra propia existencia en la sociedad y con la sociedad, acerca de la condición humana y el desarrollo efectivo del órgano intelectual y sentimental, como fundamento de una ética de los afectos. Sin pretender señalar cómo han de conducirse los seres humanos para ser felices, sí es condición necesaria que la sociedad sea informada, imparcial y reflexiva, para propiciar una libertad, en la dependencia, que promueva y fomente el respeto a la idea personal de felicidad y nuestra capacidad de sentir con los otros, de ser solidarios, para lograr cambios en las leyes y en la sociedad.

Así, la mayor felicidad para el mayor número, es matizada por el principio de solidaridad y los valores de libertad, igualdad y justicia, es decir “la felicidad de todo el conjunto sólo es posible si cada persona en particular es tratada como un ser libre, autónomo e irrepentible. El buen gobierno o cualquier otro tipo de institución social, habrán de ir encaminados a la protección de las capacidades de autogestión, autodesarrollo, autonomía, participación activa, creatividad, inventiva, desarrollo de la originalidad y de la individualidad”.<sup>198</sup> Ello no implica que la función del Estado o institución sea paternalista, de manera que vele por la felicidad particular de cada individuo, sino tan solo limitar la libertad cuando su ejercicio vaya en detrimento del bienestar ajeno.

Una vida gozosa se dará entre seres libres, solidarios y autónomos, pues “la ética existe para, o hace falta para recordar que existen unos

---

<sup>198</sup> Guisán, Esperanza. En **Historia de la ética**, Volumen 2, La ética moderna, pp. 493-494

derechos los cuales no serán realidad sin una cierta dosis de voluntarismo personal, social y político”.<sup>199</sup>

De esta visión de Mill se desprende su compatibilidad con el eudemonismo de Aristóteles. Ambos creen en el hombre, uno en sus capacidades superiores, otro en su tendencia al bien. La idea del bien en Aristóteles se acerca a la realidad, lejos de la concepción abstracta de Sócrates y la ideal de Platón, para él “el bien humano tiene que ser útil y esto quiere decir que tiene que servir no sólo en el ideal que arrastra y mueve determinados deseos, como lo afirma en la *Ética Eudémica* «El deseo no puede suponerse en cosas que no tienen vida» “.<sup>200</sup>

Tampoco considera al placer como la simple satisfacción de las necesidades fisiológicas del ser humano, sino más bien en el mismo sentido que Mill sostiene que “lo mejor y más deleitoso para el hombre es, por tanto, la vida según la inteligencia, porque esto es principalmente el hombre; y esta vida será de consiguiente la más feliz.”<sup>201</sup> La felicidad de que habla Aristóteles se construye con la sociedad. La eudemonia es el ideal político de una ciudad perfecta. Para lograr llegar a ella hay otros elementos como la virtud y principalmente la prudencia. “La ciudad mejor es a la vez feliz y próspera. Es imposible que tengan prosperidad quienes no obran el bien, y no hay obra buena, ni del individuo ni de la ciudad sin virtud y prudencia.”<sup>202</sup>

En su ideal político asigna a los gobernantes y especialmente a los legisladores una tarea, que quizá actualmente se considere utopía, pero tendrá que ser así necesariamente.

---

<sup>199</sup> Camps, Victoria, ***Virtudes Públicas***, Tercera edición, 1996, Editorial Espasa Calpe, España, 1996, p. 28

<sup>200</sup> Lleidó, Emilio, En ***Historia de la ética***, Volumen 1, De los griegos al renacimiento. Editorial Crítica, España, p. 142

<sup>201</sup> Aristóteles. ***Ética Nicomaguea***. Editorial Porrúa. México, 2000. p. 189

<sup>202</sup> Aristóteles. ***Política***. Editorial Porrúa. México. 2000. p. 369

Es propio del legislador avisado el considerar como la ciudad, el género humano y toda otra comunidad podrán participar de la vida virtuosa y de la felicidad que sea posible para todos ellos.<sup>203</sup>

Lograr la felicidad de los ciudadanos es la mejor forma de gobierno (eudemonismo), pero como ha quedado dicho esto no implica el paternalismo por parte del Estado, sino el establecer las condiciones necesarias para crear un ambiente de libertad y seguridad en la que el individuo pueda realizar su propia felicidad, en armonía con sus semejantes. No cabe sostener que un gobierno despótico es mejor porque sus gobernados sostienen que su felicidad es el dominio de los otros. La declaración de los derechos humanos es una clara muestra de la orientación hacia valores y principios de promoción del hombre y de su colectividad, pues “dentro de la vida, en su posible continuidad, donde se configura la eudaimonia y la areté...Hay que intentar construir una forma de continuidad que dé contenido y coherencia a la vida”.<sup>204</sup>

Lograr la vida buena no es una tarea personal. Es un quehacer social continuo donde cada individuo desde su propia circunstancia aportará su actitud para contribuir a una vida mejor en armonía con los intereses ajenos, fomentando los valores que conduzcan a una existencia más plena, más igualitaria, más libre, más humana. Con leyes y políticas públicas que sean creadas para aumentar las posibilidades de desarrollo individual y colectivo. El ideal que ha de informar a las relaciones sociales es la felicidad como idea que implica a la justicia, la libertad y la igualdad. En ella las normas jurídicas tienen un nivel elevado de importancia porque de ellas depende en gran medida la percepción de los valores y aunque “...ni las relaciones humanas se limitan a las jurídicas, ni el proyecto social ha de identificarse con los proyectos de los individuos. Es preciso ceder desde ambos extremos para que no se

---

<sup>203</sup> *Ibíd.*, p. 372

<sup>204</sup> Lledó, Emilio, *Op. cit.* p. 144

pierda la sociedad ni se pierda el individuo. Y en esa cesión mutua no debe desaparecer ni la noción de justicia ni la noción de felicidad”.<sup>205</sup>

### **2.3.2 Exposición del catálogo axiológico de la teoría ética de los afectos**

¿Cuáles son los principios y valores que deberían ser fomentados por quienes desempeñan el papel de gobernantes y los gobernados? Se expondrá enunciativamente una serie de ellos de acuerdo a nuestra posición utilitarista y eudemonista social.

Cabe primero decir la diferencia entre un principio y un valor. El valor puede ser ordenado jerárquicamente. Este orden no es fijo y absoluto y menos existe como una tabla dada a priori; es polar, es decir puede ser positivo o negativo, cada uno de ellos existe por sí mismo; pueden variar según la materia, se distinguen unas especies de otras, por ejemplo, hay valores éticos, artísticos, etc., y son generales de manera que pueden recaer sobre los mas diversos objetos y acciones. Para Frondizi<sup>206</sup> el valor “es una cualidad estructural que tiene existencia y sentido en situaciones concretas”. Es una cualidad estructural que depende no ya de la mera suma de sus miembros, de tal forma que se pueden sustituir unos por otros mientras no se altere la estructura, es decir la “estructura constituye una unidad concreta y no una abstracción” a su vez los integrantes de la estructura no son homogéneos y cada uno desempeña una función específica.

---

<sup>205</sup> Camps, Victoria, **Ética, retórica y política**, Alianza Editorial, España, 1995. p. 128

<sup>206</sup> Frondizi, Risieri, **¿Qué son los valores?**, Introducción a la axiología, FCE, México, 1986, p. 213

Por su parte, los principios no pueden ser ordenados jerárquicamente. Todos se encuentran en un mismo nivel. Para Porrás Rengel "...el ser de los principios es independiente del hecho de su aprehensión, y que su descubrimiento y esclarecimiento es una tarea reservada al pensar reflexivo, que tiene por encargo primordial atribuirle una formulación precisa y destacar su universalidad y necesidad, así como su carácter a priori, de donde puede derivarse un sistema completo, unitario y coherente de interpretación del ser, que se corresponde con él, y en donde todo lo particular guarde estricta relación con lo general."<sup>207</sup>

Los valores que estimamos fundamentales son: dignidad, libertad, igualdad y justicia.

La **dignidad** humana "es una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que le hacen única e irrepetible".<sup>208</sup> La dignidad de la persona no es solo aquello que nos diferencia de los animales, sino todo aquello que nos hace más humanos, más conscientes de nuestra existencia en el mundo, es decir, la dignidad es un "proyecto que debe realizarse y conquistarse... la dignidad deriva de nuestra condición racional y de esa racionalidad que actúa a través de la ética pública, política y jurídica, para realizar el deber ser de nuestra dignidad, desde la autonomía que supone la libertad de elección hasta la autonomía que alcanza la libertad moral desarrollando nuestra capacidad racional, estética, comunicativa y convivencial. Así se cierra el círculo y nuestra sociedad permite que la dignidad humana sea real y efectiva desde la propia dignidad".<sup>209</sup> Poder realizar la dignidad se traduce necesariamente en mecanismos legales que permitan reclamar ante la autoridad competente cualquier forma de atentado contra su

---

<sup>207</sup> Porrás Rengel, Juan F. Op. cit. Tomo II p. 370

<sup>208</sup> Peces - Barba Martínez, Gregorio, **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**, Segunda edición, Editorial Dykinson, España, 2003, p. 68

<sup>209</sup> *Ibíd*em, p. 71

construcción, así como el promover otros valores que contribuyan al desarrollo humano.

La **libertad** supone una serie de condiciones garantizadas por el poder del Estado para ejercer de manera plena las capacidades humanas. Se traduce en libertad de elección, autonomía, libertad de expresión, de pensamiento y de acción, cuyo único límite será la no privación de las libertades ajenas, porque “libertad no sólo significa: ausencia de coerción y creatividad. Ser libre es poder serlo efectivamente, y ese poder serlo ha de venir garantizado y refrendado públicamente”.<sup>210</sup>

Por otro lado, la libertad se concibe como práctica reflexiva individual, ya que el hombre es capaz de elegir, es libre, pero siempre en relación con los demás. Respecto del plano afectivo de la persona la libertad también significa además libertad de prejuicios, para vivir libres de violencia física o psicológica, para alcanzar por nuestros propios medios la felicidad y lograr una integridad corporal; para realizarnos en el plano afectivo sexual sin miedos, vergüenza, culpas, falsas creencias y prejuicios que inhiban el desarrollo de la persona. La libertad abarca amplísimos campos de la existencia y por lo regular éstos se encuentran con el orden público.

Al lado de la libertad se presenta la **igualdad**, del individuo ante la ley y de la persona ante otras personas, entendiéndose en cuatro dimensiones:<sup>211</sup>

a) Como generalización, establece un abstracto destinatario de las normas, es decir cualquiera está sometido a las mismas instituciones y tribunales.

b) Como equiparación, lo que supone trato igual en circunstancias idénticas, es decir, no discriminar.

---

<sup>210</sup> Camps, Victoria, **Ética, retórica y política**, p.67

<sup>211</sup> Peces Barba Martínez, Gregorio, **Derecho y derechos fundamentales**, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 342

c) Como diferenciación, es decir tratar de manera diversa a las demás personas por razones permitidas en la ley, como cuando se distingue por edad o por poseer el atributo de la ciudadanía.

d) Como igualdad procesal, materializada en reglas previas e imparciales.

La igualdad no es unívoca, pero sí es un valor que debe ser fomentado en los diversos campos mencionados, ya que “el ideal de igualdad, pues, supone el de comunidad. El llegar a ser lo que uno es, como empresa privada, es indisociable de la empresa pública. Porque nadie puede construir y defender su diferencia si antes no se le reconoce su igualdad”.<sup>212</sup>

La **justicia** ha sido multidefinida. No puede y no debe ser encasillada en una definición. Pero no hay que perderla de vista ya que al igual que la felicidad “no sabemos cómo es una sociedad justa, aunque *queremos* que la nuestra lo sea”.<sup>213</sup> Así, “La justicia es el nombre de ciertas clases de reglas morales que se refieren a condiciones esenciales del bienestar humano de forma más directa y son, por consiguiente, más absolutamente obligatorias que ningún otro tipo de reglas que orientan nuestra vida... la justicia sigue siendo el nombre adecuado para determinar la utilidades sociales.”<sup>214</sup>

Ahora bien, la justicia tiene dos dimensiones, la formal que está constituida por la seguridad jurídica que “comprende la igualdad formal, y que inciden en la estructura formal y en la dinámica de funcionamiento del Derecho, como justicia procedimental. Se refiere a los órganos que crean las normas, a los procedimientos, a la dinámica de creación, interpretación y aplicación del Derecho, a la creación de dimensiones de

---

<sup>212</sup> Camps, Victoria. **Virtudes Públicas**, p. 161

<sup>213</sup> *Ibidem*. p. 29

<sup>214</sup> Mill, Stuart John, *Op, cit.* pp. 131,138

certeza, de saber a qué atenerse en relación con la posible opresión, arbitrariedad o desesperanza producida en la vida social humana y que puede afectar a la dignidad del hombre y su autonomía moral”.<sup>215</sup> La otra dimensión de la justicia se refiere a la justicia material que incluye a la libertad e igualdad material que se refiere a los contenidos del Derecho “para favorecer la autonomía moral creando una sociedad habitable, con prescripciones que favorezcan la libertad y la igualdad.”<sup>216</sup>

El presente catálogo axiológico no pretende acotar los valores que se pueden enumerar en torno a los derechos afectivos, sino más bien ser una guía general en el aspecto objetivo de su regulación. No basta con que tales valores sean perseguidos en la norma superior, también es necesario su arraigo social, que las leyes sean sentidas y vividas por el común de los ciudadanos. Lo que puede ocurrir desde dos direcciones, de la sociedad hacia el derecho y del derecho a la sociedad. Las prácticas sexuales de cada persona deben ser objeto de la ética personal, pero éstas se pueden realizar con la protección de los derechos involucrados entre ellos los derechos afectivos, que incluyen a la no discriminación, la no violencia, la igualdad, la responsabilidad, el cuidado de sí y el respeto. Es asunto del Estado y sus ciudadanos valorar las diferencias, defender el pluralismo, estar conscientes que no hay un bien que valga para los individuos y no para la colectividad. Por lo tanto, la democracia debe estar orientada a maximizar las capacidades humanas en todos los sentidos.

La guía que ofrecen los valores como sentimientos orientativos de hacia dónde deben ser encaminados los esfuerzos de legislación no pueden dejar de reconocer que la vida jurídica se abre irremediamente a un equilibrio entre la libertad individual y el control social. El proyecto de la

---

<sup>215</sup> Peces Barba Martínez, Gregorio, Derecho y derechos fundamentales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 319

<sup>216</sup> *Ibíd*em, p. 319

dignidad humana no puede ser entendida sin libertad, igualdad y justicia. Hay también algunos principios que es necesario precisar tales como: la tolerancia, el respeto, la responsabilidad y la solidaridad. “La tolerancia se apoya en una certeza epistemológica y en una certeza moral: no hay verdad absoluta y el imperativo moral por excelencia – como ya dijo Kant – es el respeto a las personas.”<sup>217</sup> Lo que permite el pluralismo, el reconocimiento de las diferencias, la diversidad de costumbres y de formas de vida, como característica fundamental de las democracias actuales.

La tolerancia pluralista comprende tres características:<sup>218</sup>

- a) Intercambio democrático, hay responsabilidad social del Estado en relación a los grupos más débiles.
- b) Persuasión. Es una función de mediación que regula las relaciones entre los individuos y entre los individuos y el Estado. Es un medio de convivencia racional... que busca convencer con argumentos racionales; es una actitud crítica que apela a la racionalidad de otros actores.
- c) Diálogo y virtudes cívicas. La tolerancia como virtud cívica nos presenta a un ciudadano capaz de guiarse no solamente por sus propios intereses, sino capaz de considerar sus intereses en la perspectiva del interés de todos.
- d) Pluralismo. Es el reconocimiento de las condiciones que garanticen la diversidad de nuestro tiempo. No siempre coincide la diversidad política con la diversidad social, hay muchas situaciones en las que la sociedad plural y diversificada es monolítica en términos políticos; por eso creo que el pluralismo político y el pluralismo social son también una condición para el despertar

---

<sup>217</sup> Camps, Victoria. Op, cit. p. 76

<sup>218</sup> Cisneros, Isidro H, **Tolerancia**, El desafío de nuestro siglo, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 20-26

cívico de nuestras sociedades, un florecimiento que garantice la necesaria heterogeneidad implícita en toda decisión colectiva.

e) Coexistencia cooperativa. Los fundamentos éticos para una sociedad justa son el establecimiento de un sistema de cooperación estable en el tiempo, entre ciudadanos que son al mismo tiempo libres e iguales.

Pero “la tolerancia no deber ser indiscriminada, que no son tolerantes ni la falsedad y el error, ciertos comportamientos no deben permitirse... Marcuse rechaza la tolerancia que no conduce al progreso moral... solo es admisible la tolerancia que descansa en un régimen de igualdad real”<sup>219</sup>.

El *respeto* es uno de los imperativos más importantes en el desarrollo social “dado que nadie tiene el monopolio de la razón es preciso e inevitable escuchar opiniones ajenas, dialogar, contrastar opiniones. El respeto consiste en la combinación de tres ideas que tomo de un texto de Albert Weale: « La primera es que las personas tienen fines y propósitos en sus vidas que son significativos para ellos, la segunda es que las personas son capaces de reflexionar sobre sus circunstancias y actuar según las razones que derivan de tales reflexiones, esto es, que tales fines son, en parte, escogidos por ellos mismos y derivan parte de su valor de tal hecho. El respeto a las personas, por tanto, implica la idea de que hay que permitir que las personas actúen según su propia concepción de lo que es bueno y valioso para ellos, y que en la medida en que hagan eso están expresando su naturaleza de seres racionales y reflexivos»”<sup>220</sup>.

Respetar es reconocer que el desarrollo humano se basa en la diversidad de sus integrantes, para no intentar homogeneizar la

---

<sup>219</sup> Camps, Victoria. Op, cit. p. 79

<sup>220</sup> Ibídem, p.76

conducta, ni intervenir en las decisiones personales so pretexto de su bien físico y moral. Cada individuo habrá de hacerse responsable de las consecuencias de sus actos.

Ahora bien, “La responsabilidad tiene que ver con la libertad o autonomía del individuo así como con su capacidad de comprometerse consigo mismo y, sobre todo, con otros hasta el punto de tener que responder de sus acciones. El movimiento ha de ser doble: asunción de unos compromisos, y exigencia de que esos compromisos se cumplan satisfactoriamente. La responsabilidad es la respuesta a una demanda, implícita o explícita, a una expectativa de respuesta.”<sup>221</sup> La responsabilidad es dada en un mundo de normas previas, de tal manera que debemos cuentas a los demás de nuestro actuar a título personal. Principio que en el ámbito político es o debería ser seguido por los políticos en particular y los partidos políticos en general, ya que esto implica pedir coherencia en su actuación que tendrá repercusiones de otro tipo en la sociedad, pues no es un actuar solo según los propios principios, sino de acuerdo a los principios sociales que promueva; la responsabilidad “supone diálogo, disparidad, opcionalidad, pluralidad de perspectivas; y también, previsión, expectativa, integración, orden”.<sup>222</sup>

Los legisladores son responsables de las palabras que describen el contenido de las leyes que crean y reforman, de los proyectos sociales que proponen. Son responsables de la información que se da en las escuelas, de los contenidos éticos que transmiten, de los valores que exaltan y los que olvidan. Así, “mediante el uso de las palabras y otros símbolos, tratamos de desarrollar ideas, sentimientos y valores fuertes, cargados de un contenido emocional, los que definirán y así controlarán, por adelantado, la acción manifiesta”.<sup>223</sup>

---

<sup>221</sup> Camps, Victoria., Op, cit. p, 61

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 56

<sup>223</sup> Álvarez, Norberto, Hacia una teoría psicoanalítica de la justicia, Servicio de publicaciones Universidad de Alcalá, España, 1999, p. 38

El zoon politikón precede a la doctrina utilitarista. Que el hombre sea un ser social lo hace experimentar “que uno de sus deseos naturales es el de que se produzca una armonía entre sus sentimientos y objetivos y los de sus semejantes. Si las diferencias de opinión y de cultura intelectual hacen que sea imposible compartir los sentimientos reales de los demás, tal vez incluso le hagan condenar y rechazar tales sentimientos – sin embargo, tiene que ser consciente de que su objetivo real y el de los demás no son excluyentes –. Es decir, tiene que comprender que no se opone a lo que los demás realmente desean con vistas, pongamos por caso, a su propio bien, sino que, por el contrario, están contribuyendo a su consecución”.<sup>224</sup>

Las diferencias siempre van a existir, pero ello no implica que se deje de hablar de un *nosotros*. La solidaridad es un principio que nos hace referencia al otro, a nuestra existencia social, y no es contraria al cuidado individual, sino, por el contrario es necesario para coexistir en armonía y desarrollo moral, saber que somos con los demás, que vivimos en un mundo donde todos nos necesitamos, aunque sea de forma indirecta nos ayuda vivir en armonía. Nos invita a buscar un equilibrio entre mi existencia individual y lo que ella puede contribuir al crecimiento social y como parte de la construcción del proyecto de dignidad humana, de justicia y de que con mi felicidad incluyo a mis iguales.

### **2.3.3 Colisión de sistemas éticos: libertad vs orden**

Según Erich Fromm el hombre tiene cinco necesidades fundamentales: “el hombre tiene que estar relacionado con los otros, estar arraigado en algún lugar; necesita trascender, necesita poseer una identidad y necesita de un marco de orientación y adhesión. Hemos de tener cierto cuadro de vida, este cuadro es el mundo, como hemos de tener una idea

---

<sup>224</sup> Mill, Stuart John, Op, cit. p. 92

del espacio para poder andar”.<sup>225</sup> En este cuadro de referencia se señalan, primero, las condiciones reales de la existencia. Entre ellas se ubican las necesidades básicas, todas aquellas que cumplen las exigencias propias de su funcionamiento físico; en segundo lugar se señalan las necesidades de su órgano intelectual y sentimental. Para lograr su crecimiento se conecta con otras existencias, se involucra en su sociedad y por supuesto con su gobierno. Éste último encargado de propiciar las condiciones adecuadas para su desarrollo y por eso mismo esta impelido a adaptarse a los cambios, a las nuevas necesidades sociales.

Por ello, “cuando hay grandes cambios en la sociedad, cuando hacen falta nuevas actitudes humanas, porque la sociedad las requiere, uno se encuentra muy a menudo en un profundo conflicto, porque su tradicional carácter social no concuerda ya con las necesidad más reciente de la sociedad.”<sup>226</sup> Ante todos los cambios sociales por minúsculos que sean hay siempre, como dice Fromm, un profundo conflicto que rebasa el ámbito personal y social y se presenta también entre el individuo y el orden público al que se encuentra sujeto.

Por un lado la libertad y por otro el orden público se enfrentan continuamente para defender, imponer, fomentar, dirigir, reorientar y adaptarse a los cambios. La crítica es uno de los factores más importantes para el desarrollo social.

La libertad de que aquí se habla es, como ya quedó dicho en el primer capítulo una, *libertad en la interdependencia*, una libertad que es consciente del otro. De manera que el hombre se encuentra condicionado por el Estado y éste a su vez lo está por las personas especialmente en cuanto a su capacidad de ejercer su libertad a opinar y actuar.

---

<sup>225</sup> Fromm, Erich, **Espíritu y sociedad**, Editorial Paidós, Madrid, 1996. pp. 93-101

<sup>226</sup> *Ibíd*em, pp.100-101

El principio de intervención del poder consiste en: “Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es suficiente justificación”<sup>227</sup>.

El conflicto siempre existe, pero no siempre de manera igual, hay ocasiones que el orden público es más fuerte que la libertad e incluso se ha llegado a reprimir las libertades, sobre todo las de expresión y pensamiento. La libertad del hombre, su capacidad de reflexionar sobre sus prácticas, lo impulsa a luchar por el cambio en el orden público que controla sus expresiones, que las limita y muchas veces pretende desatender algunas de sus necesidades, en nombre de otras, relegando éstas al ámbito privado. Por ejemplo, en el tema que ahora nos ocupa, los afectos han sido controlados por el Estado quien ha limitado su existencia jurídica, de acuerdo a sistemas de prestigio en el orden social. Las relaciones de parentesco son reconocidas sólo para un modelo de familia. ¿Qué motiva al gobierno a reconocer en forma mediocre una realidad que no lo es? El hecho es que existen diversas formas de amar, de constituir una familia, de generar el respeto por la diversidad sexual y todas sus manifestaciones que son sin duda manifestaciones en las que el individuo se involucra con toda su personalidad, se vincula a otras personas y resulta afectado al limitar su reconocimiento jurídico.

La diversidad es un elemento de desarrollo individual y social. De hecho para nadie es desconocido que los derechos de que ahora disfruta la mujer, el acceso a campos de trabajo considerados socialmente, apropiados para los hombres, son el resultado de pensamientos y acciones de grupos feministas. Los prejuicios han ido cediendo gradualmente el paso a otras formas de vivir y de manifestar los pensamientos; “las opiniones y las costumbres falsas ceden

---

<sup>227</sup> Mill, John Stuart, **Sobre la libertad**, Cuarta edición, 1984. Alianza editorial, España, 1984. p. 65

gradualmente ante los hechos y argumentos; pero para que los hechos y los argumentos produzcan algún efecto sobre los espíritus es necesario que se expongan.”<sup>228</sup>Todos merecen ser oídos y por esto mismo son responsables de las consecuencias de manifestar su opinión.

Decíamos que la diversidad contribuye al desarrollo social y que ésta ha sido reconocida en la ley, pero todavía con ciertas reservas. El progreso de un pueblo se detiene cuando cesa de tener individualidad. Pero esta última debe ser equilibrada en la existencia de una cooperación mutua entre el individuo y la sociedad. Adquirir un mayor valor para sí mismo implica adquirir un mayor valor para los demás: “no es vistiendo uniformemente todo lo que es individual en los seres humanos como se hace de ellos un noble y hermoso objeto de contemplación, sino cultivándolo y haciéndolo resaltar, dentro de los límites impuestos por los derechos e intereses de los demás”.<sup>229</sup>

Poseemos individualidad para generar nuestros pensamientos, para establecernos frente a otros que son nuestros iguales, pero que al mismo tiempo son diferentes y diversos en sus concepciones, pero no así en los derechos. Hablar de la preferencia genérica es solo el pretexto para hablar de la inmensa diversidad no solo sexual, sino también de pensamiento. Reflexionar acerca de nuestra finitud, temporalidad e individualidad es pensar acerca de cómo estamos viviendo y conviviendo con los demás, es preguntarnos cómo contribuyo a que mi gobierno sea un mejor gobierno, cómo contribuyo a que mi familia sepa que hay otro tipo de familias, cómo contribuyo a realizar los valores, por que éstos no necesitan ser justificados, “lo que exige ser justificado es la ausencia de ellos. Conviene, pues, desarrollar la perspicacia para descubrir en la serie ilimitada de realidades que no nos satisfacen qué es lo que falta en ellas, por qué las desaprobamos. Y conviene convertir esa insatisfacción en un discurso público, no tanto para promover acuerdos – pues los

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 81

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 134

acuerdos siempre son sospechosos, aunque sean necesarios—, como para suscitar sentimientos, para hacer que los valores se conviertan en objeto de deseo”.<sup>230</sup>

La libertad actual está integrada por muchas formas de libertad, entre las que se destaca en esta parte la libertad de escoger o elegir por un lado y el deber del Estado de reconocer y proteger tal libertad, por el otro. Aunque ahora pueda decirse a voz en cuello que en la Constitución están consagrados los derechos humanos, esto no quiere decir que los miembros del gobierno tengan consciencia de ello. Tampoco que en la realidad sean efectivamente respetados, para todos y en cualquier circunstancia. Para que sea una realidad se necesita de la disposición por parte del Estado y la toma de conciencia de cada individuo en un tiempo, en el que se ha perdido la confianza en los mecanismos tradicionales de representación social y Mill observaba que “se dice con razón, que los partidos están en crisis porque ya no representan a la sociedad sino a sí mismos”.<sup>231</sup>

Ante este panorama se realza de nuevo el concepto de “libertad entendida como mayor poder sobre la propia vida, más que como menor injerencia, en la misma, de los otros (comprendido el Estado)”<sup>232</sup> Ya que en la medida en que cada persona sea mas dueño de su propia vida será a la vez un individuo autodesarrollado que aporte crecimiento a su comunidad. Claro que será éste un logro de conjunto del Estado y de la Sociedad.

Las leyes cambian. Se empieza a contemplar en ella otras formas de vivir. Tanto la sociedad como el Estado se adecuan a las nuevas necesidades sociales. En este ámbito “la opinión de la mayoría, no

---

<sup>230</sup> Camps, Victoria, **Virtudes Públicas**, pp. 186-187

<sup>231</sup> Mill, Stuart John, **Sobre la libertad**, p. 194

<sup>232</sup> Pitch, Tamar, **Un derecho para dos**, La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Editorial Trotta, Madrid, 2003. p. 238

puede ser impuesta sobre la minoría en cuestiones de carácter personal”.<sup>233</sup> Realizar los valores enunciados es aprender a vivir con nuestras diferencias y aprender de ellas; aprender que hay otras formas de vivir y estar en la posibilidad de realizarnos en cualquiera de ellas. Con el mismo respeto y de acuerdo a nuestras circunstancias propias. Por ello las máximas que Mill<sup>234</sup> resume continúan siendo vigentes frente a la intromisión del Estado y la falta de leyes que refuercen la libertad como poder sobre la propia vida:

1) El individuo no debe cuentas a la sociedad por sus actos, en cuanto éstos no se refieran a los intereses de ninguna otra persona, sino a él mismo.

2) De los actos perjudiciales para los intereses de los demás es responsable el individuo, el cual puede ser sometido a un castigo legal o social, si la sociedad es de opinión que uno u otro es necesario para su protección.

Los intereses han sido y son de hecho confundidos. Por ejemplo, en la reciente reforma al Código Penal respecto del tiempo en que es legal practicar un aborto, se debatió respecto del comienzo de la vida en el seno materno. Por fortuna se respetó el principio de autonomía y se abrió una nueva opción para que las mujeres tengan la libertad de decidir sobre su propio cuerpo. Aun cuando faltan aspectos de regular, como la situación de las mujeres menores de edad quienes con frecuencia son las más afectadas por embarazos no deseados, fue un avance importante. Ante tal panorama se nos ofrece en los medios de comunicación un sinnúmero de argumentos que nos invitan a sentir, unas veces rechazo, otras veces respeto. El respeto es un principio para lograr el comienzo de una armonía social. La libertad de pensamiento y de expresión siguen siendo las más importantes manifestaciones de la vida “Stuart Mill ve en la libertad de pensamiento y de discusión la

---

<sup>233</sup> Mill. John Stuart. Sobre la libertad. p. 162

<sup>234</sup> *Ibíd*em, pp. 179-180

condición para el continuo estímulo de la actividad intelectual y del progreso humano, llamando la atención sobre el cuestionamiento de verdades que se transforman en dogmas muertos, y no verdades vivas, cuando son debatidas libremente...Políticamente eso se traduce para Stuart Mill, en el valor que atribuye al saludable choque entre los partidarios del orden y de la estabilidad y los del progreso y la reforma, pues lo que debe ser conservado y lo que debe ser suprimido en una sociedad sólo se mantiene dentro de los límites de la razón por el áspero método de una lucha entre los combatientes que luchan bajo banderas hostiles”.<sup>235</sup>

La persona sigue lineamientos de conducta, de tal manera que no perjudique a los demás, toma parte en los trabajos individuales y en la empresa colectiva que nos llama a realizarnos con los demás, donde somos responsables de los valores y principios que se fomentan del Estado frente al individuo y de éste frente al Estado, de tal manera que poseemos el atributo de la voluntad y somos capaces de cuestionar de dirigir nuestra vida y la de nuestra colectividad. Ya que “la libertad que se limita al espacio de lo privado y que elude su propio desarrollo en lo público, no es una libertad plena ni propiamente humana. Y, como ya vieron Platón y Aristóteles, no es plenamente humana la vida que no se ocupa en gestionar, al mismo tiempo, los bienes privados y los públicos, la propia vida y la convivencia.”<sup>236</sup>

Hay incluso quien sostiene que la existencia humana se reduce a la satisfacción de las necesidades fisiológicas básicas y que no podemos ni hablar de felicidad, de placer y de libertad cuando hay millones de pobres. Pero “la crisis económica no justifica que las relaciones de convivencia se vuelvan más inhumanas...: hay que redirigir la política, hay que inventar nuevas políticas públicas que no ignoren alegremente

---

<sup>235</sup> Lafer, Celso, **Ensayos liberales**, Fondo de Cultura Económica, México, 1993. p. 89

<sup>236</sup> Camps, Victoria, **Virtudes Públicas**. p.196

que su fin último debiera ser la preservación de unos derechos humanos que todos los estados de derecho recogen en sus constituciones, y que corren constantemente peligro de no dejar de ser puro formalismo. Las políticas deben de cambiar y deben de hacerlo asimismo las actitudes personales. No todos los problemas de nuestro tiempo tienen soluciones políticas, y es muy ingenuo esperar que la política emprenda unos derroteros distintos a los que ha seguido hasta ahora, si éstos no vienen exigidos de algún modo por los propios ciudadanos”.<sup>237</sup>

Nuestra libertad en la dependencia nos impele a no conformarnos, a discutir, a reflexionar nuestras condiciones jurídicas y personales, a fomentar cambios, a realizar valores, a sentir los valores y ser conscientes de que somos afectados por ellos, positiva o negativamente, para lograr un ambiente de seguridad y libertad que nos permita ser felices cualquiera que sea nuestra idea de felicidad, con los límites y los valores guía que aquí se han expuesto.

---

<sup>237</sup> *Ibíd.*, pp.203-204

## CONCLUSIONES

**Primera.** La persona es un sistema de relaciones con una arquitectura sentimental que lo singulariza. Con lo que se vincula consigo mismo y con los demás.

**Segunda.** Para efectos jurídicos es necesario distinguir a los afectos de los meros sentimientos. Así los afectos están constituidos sobre vínculos hacia si o hacia otras personas y por las modificaciones que pueda sufrir la persona cuando estos son lesionados.

**Tercera.** El placer es un sentimiento innato factor de desarrollo humano desde la perspectiva de aquél que es con los demás y por ello se somete al cálculo racional y axiológico. Tomar en serio al placer y a la felicidad es tomar en serio a la persona y sus necesidades afectivas.

**Cuarta.** Los postulados del eudemonismo, el hedonismo y el utilitarismo parten de dos sentimientos: la felicidad y el placer. Ambos son, para nosotros sinónimos, motivaciones innatas del ser humano, que mueven el actuar humano y social.

**Quinta.** Por más que nos empeñemos en decir que el placer y la felicidad son únicamente asunto personal, no podemos negar que su búsqueda se refleja en mi entorno, en la sociedad de la que formo parte porque estoy en el mundo y a partir de él me defino.

**Sexta.** El acto moral lo es sólo cuando reúne la totalidad de sus componentes. Su carácter social le concede una importancia vital en la toma de conciencia individual y social para la mejora de las relaciones humanas.

**Séptima.** La felicidad o el placer implican el ejercicio de la autonomía moral para realizar el ideal de vida, en un marco de principios y valores

superiores, que permitan a la persona el desarrollo libre de su personalidad.

**Octava.** Los valores y principios éticos fundamentales aquí enlistados constituyen el mínimo básico para el desarrollo integral de la persona y la colectividad de la que forma parte. Deben ser promovidos y fomentados por el Estado desde diversos ámbitos, entre los que figuran los derechos afectivos y su regulación legal.

**Novena.** Para realizar la felicidad colectiva es necesario que el sistema jurídico contemple la existencia afectiva y cree mecanismos que protejan los afectos y fomenten todo valor que promueva el contenido de la vida buena en general, para fomentar la vida buena en particular.

**Décima.** El ideal que ha de orientar a las relaciones sociales es la felicidad como idea que implica a la justicia, la libertad y la igualdad. En ella las normas jurídicas tienen un nivel elevado de importancia porque de ellas depende en gran medida la percepción de los valores.

**Décima primera.** Es asunto del Estado y sus ciudadanos valorar las diferencias, promover el respeto a las diversas formas de vivir, promover la conciencia de que no hay un bien que valga para los individuos y no para la colectividad.

**Décima segunda.** La democracia es algo más que la difusión de las elecciones. La democracia debiera constituir una realidad palpable orientada también a maximizar las capacidades humanas en todos los sentidos.

## **CAPITULO III**

# **LOS DERECHOS AFECTIVOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **3.1 La noción de derecho afectivo y sus elementos constitutivos**

En principio la expresión “derecho afectivo” puede parecer un tanto difusa, en cuanto a su contenido y alcance. Se tratará entonces de dar una noción de su concepto y de los elementos que lo conforman de acuerdo a lo expuesto en los capítulos que anteceden. Cabe aclarar que el concepto que se pretende aportar está relacionado con los derechos fundamentales, en particular con los derechos de la personalidad.

Para ubicar el estado legal actual de los derechos afectivos se realiza un análisis del lenguaje de los sentimientos en el derecho positivo mexicano, principalmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo CPEUM) como condición para su regulación en el Código Civil para el Distrito Federal (en lo sucesivo CCDF) y otras normas tanto de carácter federal como local.

El derecho afectivo se puede ubicar como parte de los derechos de la personalidad y como una extensión del patrimonio moral. A pesar de que se regula el daño moral en el CCDF no se establece qué se protege sino que se regula cuando el daño está hecho. Se reconocen de forma mediocre los “afectos” de las personas. Se les ubica únicamente para efectos de indemnización, sin tomar en cuenta otras manifestaciones, como las corporales o espirituales de la persona, entre las que se sitúa el afecto sexual, el placer, la felicidad y principios éticos fundamentales, que deberán estimarse por el legislador.

Una de ellas es el respeto a los afectos sexuales y de diversidad de las manifestaciones y vínculos que se crean entre los seres humanos de acuerdo a su entorno social. Cuando se habla de personas se hace referencia a todos. La invitación a reflexionar sobre los afectos abarca desde las más tempranas manifestaciones (la infancia), la pubertad, la juventud, la madurez y la vejez, de hombres y mujeres capaces e incapaces, con limitaciones físicas e intelectuales.

### 3.1.1 El concepto de derecho afectivo

Es preciso hacer algunas consideraciones respecto al probable alcance y aplicación que se le puede dar, en el derecho positivo, al concepto de derecho afectivo. “Dado que una de las funciones esenciales del Derecho – apunta Atienza– es la de guiar la conducta de la gente, las definiciones de los términos jurídicos no pueden alejarse mucho del significado que esas palabras tienen en el lenguaje natural, que es el medio de comunicación por excelencia.”<sup>238</sup>

De tal forma que el derecho en general y la ley o norma en particular puede actuar sobre la conducta, ya del gobernado, ya del gobernante, desalentando, fomentando o bien reprimiendo conductas. Así, “las leyes (el Derecho) deben estar diseñadas de manera que su aplicación produzca resultados igualitarios en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos.”<sup>239</sup> Los derechos afectivos persiguen la igualdad *en la ley* que respete la diversidad en cualquier ámbito.

De acuerdo a los principios y valores en que sustenta nuestra teoría ética de los derechos afectivos, el Estado debe abstenerse de prescribir una conducta o de favorecer con su protección a una sola de ellas, es decir la

---

<sup>238</sup> Atienza, Manuel. **El sentido del Derecho**. Editorial Ariel. España 2001, p. 56

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 177

libertad se entiende en el sentido de *libertad material* y se traduce “en que el Estado debe poner los medios que permitan al individuo y a los grupos dotar de contenido a las otras libertades”<sup>240</sup> absteniéndose, por tanto, de prescribir una conducta o de favorecer una determinada tendencia moral.

Bajo esta perspectiva cabe hacer mención el concepto de derecho afectivo que ofrece Roberto A. González Torres<sup>241</sup>, quien define a los derechos afectivos como: “aquellos derechos fundamentales, naturales e innatos al ser humano, tendientes a propiciar un equilibrio biológico, psicológico y social de una persona, al proteger las características internas propias de un individuo en su vida sentimental, afectiva y emocional y con ello propiciar una mejor convivencia social.”

Con esta definición no se aporta un carácter distintivo que permita una sistematización. Al hacer referencia a los derechos innatos del ser humano no precisa en cuál de los diferentes campos de la existencia se ubican. Por lo demás se deja un margen demasiado amplio para referirse al daño que puede sufrir una persona en sus afectos.

De acuerdo con lo expuesto en relación a los sentimientos, afectos y emociones, es redundante referirse a ellos por separado, ya que cada uno abarca un infinito marco de expresiones. Por ello hemos optado por utilizar la palabra afecto, ya que referirse a los sentimientos en el lenguaje común es demasiado amplio. Para efectos de esta tesis se puede entender como **afectos a todos aquellos vínculos que la persona establece con otra, consigo misma o con alguna cosa. Los afectos son susceptibles de ser modificados por una afición exterior que provenga de un sujeto concreto e identificable. Tienen repercusiones en el desarrollo de su**

---

<sup>240</sup> Atienza, Manuel. Op, cit. p.179-178

<sup>241</sup> González Torres Roberto A. Los derechos afectivos y la importancia de mejorar su protección jurídica. Tesis de licenciatura en Derecho. Facultad de derecho. Ciudad universitaria, 2003 capítulo IV7

**vida afectiva y el desarrollo de su personalidad entendiendo por vida afectiva la totalidad de relaciones interpersonales que vive una persona a lo largo de su vida y que incluyen diversos aspectos del desarrollo de sus capacidades, proyectadas hacia sí, hacia otra persona o hacia algún objeto en el que haya depositado un valor sentimental.** De inmediato surge la pregunta ¿Cuáles son esos derechos afectivos? Tal sistematización será realizada enunciativamente en la última parte de este capítulo. Por el momento concentrémonos en el concepto y sus elementos.

El lenguaje, como bien sostiene Manuel Atienza, debe ser utilizado de acuerdo a su uso cotidiano, con un sentido claro dentro del derecho, de tal manera que lo que denominamos vida afectiva del hombre está constituido principalmente por proyecciones físicas y psíquicas que experimenta el ser humano. En ellas se encuentran, por un lado, la idea del placer, la felicidad, la autodeterminación y la responsabilidad del individuo y, del otro lado, el Estado como responsable de fomentar determinados valores y de protegerlos.

Así los **derechos afectivos** como género son ***un conjunto de bienes constituidos por las proyecciones físicas o psíquicas del ser humano que intervienen en el desarrollo integral de la persona, en sus manifestaciones y vínculos de afecto hacia sí, hacia otras personas o hacia determinados objetos.***

Hay determinadas proyecciones, como las que se manifiestan en la vida sexual, que generan vínculos afectivos y que surgen con independencia de la preferencia genérica de la persona, involucrando otros aspectos del desarrollo en la vida afectiva sexual. Por ello, y de acuerdo con las ideas de la sexualidad humana expuestas en el primer capítulo, brindamos un concepto específico de lo que aquí denominamos derecho afectivo-sexual.

**El derecho afectivo-sexual**, como especie de los derechos afectivos, **es un bien constituido sobre el ejercicio pleno de la vida sexo erótica, con independencia de la preferencia genérica de la persona, que implica el acceso libre a los medios que le permitan su desarrollo, así como la autodeterminación para decidir sobre su propio cuerpo y su capacidad reproductiva cuyo único límite será el respeto a las demás personas y el consentimiento de la persona con la que se pretenda establecer un vínculo afectivo sexual.**

### **3.1.2 Esquema analítico del derecho afectivo**

Se han precisado dos conceptos, los derechos afectivos como género y el derecho afectivo-sexual como especie, pues se considera que los derechos afectivos contemplan otros derechos que no han sido estudiados aquí y que forman parte de la multitud de vivencias que integran la vida afectiva y son susceptibles de protección jurídica. Entre ellos están el derecho a la presencia estética, derechos relacionados con el cuerpo humano y sus partes, la eutanasia y el derecho al cadáver. Cada uno de ellos contiene una carga afectiva singular por su impacto en la vida cotidiana.

Prosigamos con el análisis de los elementos del concepto de los **derechos afectivos** como género. Sus elementos son:

- a) Un conjunto de bienes
- b) Constituidos por las proyecciones físicas o psíquicas
- c) Que intervienen en el desarrollo integral de la persona
- d) En sus manifestaciones de afecto y vínculos
- e) Hacia sí, hacia otros o hacia objetos determinados

A continuación, detallamos cada elemento.

- a) Decir que es **un conjunto de bienes** implica reconocer la existencia de un patrimonio moral y ubicarlo dentro de los derechos de la personalidad;

pues aunque en la Doctrina se han considerado como elementos extrapatrimoniales, se empieza a considerarlos dentro del patrimonio de una persona. Tal es el caso específico de los estudios realizados al respecto por Ernesto Gutiérrez y González y que cuentan con la ventaja de que algunas de sus ideas son derecho positivo en los Códigos Civiles de Puebla, Quintana Roo y Tlaxcala.

Así resulta necesario precisar el concepto de patrimonio y el de bienes. De acuerdo con el autor citado el patrimonio<sup>242</sup> es: “el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona que constituyen una universalidad de derecho” y un bien o cosa es “toda realidad corpórea e incorpórea, interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular.”

Por ello, puede decirse que los afectos son parte del patrimonio moral y constituyen un bien incorpóreo del ser humano y son susceptibles de exteriorizarse, es decir de entrar en una relación de derecho como objeto o materia de la misma, que en este caso recaen sobre las proyecciones físicas y psíquicas en las manifestaciones y vínculos de afecto. Cuestión que será estudiada con más profundidad en un apartado posterior.

b) Constituidos sobre las **proyecciones físicas o psíquicas**, ya que es prácticamente imposible enumerar las emociones que experimenta el ser humano y al mismo tiempo no todas ellas pueden ser sujetas de protección jurídica. Se ha mencionado sólo al afecto como un término que es usado en el lenguaje cotidiano para designar sentimientos y emociones que vinculan y son susceptibles de manifestaciones exteriores. Las proyecciones físicas

---

<sup>242</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. **El Patrimonio**. Octava edición corregida y actualizada. Editorial Porrúa. México, 2004 pp 67 y 73

pueden abarcar algunas clases de derechos en la parte social-pública, la parte afectiva y la físico-somática de los derechos de la personalidad, según la clasificación de Ernesto Gutiérrez y González<sup>243</sup>, a quien se le atribuye el inicio del estudio, en México, de los derechos de la personalidad.

c) Que intervienen en el **desarrollo integral de la persona**. Esto implica una relación con la familia y su creación en su concepto amplio entre los que destacan los lazos de amistad, fases de transición como la pubertad, la relaciones de subordinación, la vejez o manifestaciones críticas en la pérdida de un ser querido, los sufrimientos padecidos por una enfermedad, el aborto, que se caracterizan precisamente por la ausencia de indiferencia emocional y provocan desequilibrio en la vida afectiva. El desarrollo integral deberá entonces contemplar ésta y otras situaciones, crear y promover un entorno jurídico y social que permita el real acceso a los medios económicos, políticos y sociales, que permitan el desarrollo de un plan de vida de acuerdo al ideal de felicidad que en conjunto con la sociedad y el cuidado de sí en la practica reflexiva de la libertad individual propicien a su vez un marco de justicia social.

d) En sus **manifestaciones de afecto y vínculos**. Dentro de estas manifestaciones de afecto se contempla<sup>244</sup>: el afecto por los miembros de la familia, el afecto de amistad, el afecto a los recuerdos de familia y fosas mortuorias de familia, el afecto al propio cuerpo, al cadáver, los afectos de carácter político y religioso. Ahora bien, cabe precisar que la principal manifestación de afecto surge en la familia, término que no se reduce a los lazos de filiación reconocidos por el Estado, sino que se amplía a las nuevas e incipientes formas de reconocimiento, como las Sociedades de Convivencia (SC). Ya hay de hecho propuestas para modificar el artículo

---

<sup>243</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op, cit. pp. 837-1116

<sup>244</sup> Ernesto Gutiérrez y González, dentro de la clasificación por él propuesta, considera a estos afectos dentro de los que constituyen un verdadero derecho subjetivo, en lo que denomina "parte afectiva" de los derechos de la personalidad.

cuarto de la CPEUM para que diga “familias” y no familia. De esta forma se estaría protegiendo a todos los tipos de familia y no solamente a las que tienen como base el matrimonio y el concubinato heterosexual.

Los sectores más conservadores de la sociedad se niegan a aceptar la existencia de otros lazos afectivos y sostienen que a éstos no se les puede denominar familia. Sin embargo, “hoy puede considerarse que no hay un único y mejor modo de ser familia, sino que existe una diversidad de formas constitutivas de la familia, que hacen de ella una realidad plural y permanente... Hoy le asignamos a las familia (s) un crecimiento significativo como actores sociales colectivos en lucha por la defensa de sus valores, de sus necesidades básicas, de su calidad de vida y de la supervivencia de sus miembros.”<sup>245</sup> Claro que este cambio en la concepción de la familia se ha dado lentamente y puede observarse mejor en la Ciudad de México con la reciente creación de la Ley de sociedades de convivencia y en el interior de la República las recientes adiciones al Código Civil del Estado Libre y Soberano de Coahuila (en lo sucesivo CCC), ambas reconocen las uniones entre personas del mismo sexo.

Pero el cambio legal está aunado al cambio en el pensamiento político, de tal manera que “Un pensamiento político que excluya como dimensión práctica y/o teórica la crítica de la vida cotidiana, de la afectividad y de las relaciones humanas, de los roles naturales y de la discriminación sexual, es un pensamiento ideológico, encubridor. Ya que la ausencia de crítica al sistema de valores dominantes... en una sociedad, implica de hecho aceptarlo y reproducirlo.”<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> Eroles, Carlos. (coordinador) **Familia (s), estallido, puente y diversidad**: una mirada transdisciplinaria de derechos humanos, Editorial Espacio, Buenos Aires, 2006, p. 189

<sup>246</sup> Rossi, Laura. Citado por Eroles, Carlos. (coordinador) **Familia (s), estallido, puente y diversidad: una mirada transdisciplinaria de derechos humanos**, Editorial Espacio, Buenos Aires, 2006, p. 199

e) **Hacia sí, hacia otros o hacia objetos determinados.** Lo que implica que los afectos pueden estar en la propia persona y que ésta, con su capacidad de autodeterminarse, puede y está en la libertad de decidir sobre su propio cuerpo y sus partes. Por ejemplo, el aborto o la eutanasia; el primero constituye una decisión unilateral que depende de la mujer, en pleno uso de sus facultades y según las propias convicciones y creencias, donde el Estado sólo debe garantizar un máximo de libertad y de seguridad, dar las condiciones mínimas para la toma de decisiones. La eutanasia constituye la decisión sobre la muerte digna sin sufrimientos innecesarios y en las mejores condiciones que cada caso permita. La reforma al Código Penal del Distrito Federal, es un avance significativo en esta materia. Sin embargo, está en discusión su mejora y ampliación, pues no se contempló la situación de las menores de edad, dejando su situación en manos de sus tutores, de su padre y madre quienes no pocas veces rechazan esta opción (aborto) y en vez de ello ven en el embarazo un buen castigo.<sup>247</sup>

Por otro lado los afectos pueden ser dirigidos hacia otros, del mismo o de diferente sexo y los que pueda tenerse a objetos materiales, como los afectos a los recuerdos de familia y otros mencionados en el inciso anterior.

Se procede ahora a desglosar los elementos del **derecho sexual**. Estos son:

- a) Bien jurídico
- b) Constituido sobre el ejercicio pleno de la vida sexo erótica
- c) Con independencia de la preferencia genérica de la persona

---

<sup>247</sup> En el caso de la eutanasia el ocho de enero de 2008 entraron en vigor la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal y las adiciones al Código Penal y a la Ley de Salud locales, aprobados por la Asamblea Legislativa el 4 de diciembre de 2007.

d) Lo que implica el acceso libre a los medios que le permitan su desarrollo, tales como la autodeterminación para decidir sobre su propio cuerpo y su capacidad reproductiva

e) Respeto a las demás personas y el consentimiento de la persona con la que se pretenda establecer un vínculo afectivo sexual

A continuación detallamos cada elemento.

a) Se ha denominado **bien jurídico** por las mismas razones que en el concepto general se expresan, es decir, se reconoce la existencia del patrimonio moral de la persona y por lo tanto esta parte del patrimonio es susceptible de protección jurídica.

b) **Constituido sobre el ejercicio pleno de la vida sexo erótica.** Aquí se contemplan todos aquellos actos que tienen una repercusión profunda en la vida sexual de una persona y su acceso al placer sexual, que además contribuyen al desarrollo de la personalidad, de gran importancia para el bienestar físico y mental; por ejemplo los tratamientos de feminización en el caso de las personas transexuales, o las dificultades físicas y psicológicas de las intersexuales. Entra aquí también cualquier atentado contra la integridad física que por motivo de la preferencia genérica se realice en cualquier persona, así como todas las relaciones afectivas o no, que impliquen un daño ejecutado en un tercero. Por ejemplo la violación, que aunque está regulada como delito, es de todos conocido la poca sensibilidad de los ministerios públicos durante la integración de la averiguación previa y de los jueces penales en caso de ser consignada. De hecho el proceso penal no contribuye al bienestar de la persona, con el reconocimiento de este bien jurídico se podría incluso exigir el respeto al estado afectivo de la víctima, tanto de parte del agresor como de todas las personas que participen en el proceso. Claro que el ejercicio pleno está constituido por otros factores, tales como los que adelanten se mencionan, únicamente de forma enunciativa y no limitativa.

c) **Con independencia de la preferencia genérica**<sup>248</sup> de la persona. En la pluralidad de manifestaciones sexo eróticas, no deben ser condición para respetarlas, el predominio de una de ellas. Así el derecho a generar vínculos familiares o eróticos, el acceso a los medios de seguridad social, orientación y en general cualquier información relacionada con la vida sexual, deberá quedar protegida con independencia de la preferencia y el estado de salud, libre de discriminación.

d) Lo que implica el acceso libre a los medios que le permitan su desarrollo, tales como la **autodeterminación para decidir sobre su propio cuerpo y su capacidad reproductiva**. Cada persona decide con quién y cuándo se relaciona afectivamente con otra y la forma en que lo realice. El Estado debe abstenerse de tomar partido por cierto tipo de relaciones. Por el contrario, deberá ser sensible a las diversas manifestaciones y necesidades vitales de sus gobernados, entre las que se encuentra el placer sexual como fuente de creatividad continua y discontinua en expresiones. Es todo aquello que nos hace ser más humanos, más éticos, más libres, tal como es concebido el placer en esta tesis. La capacidad reproductiva debe ser respetada y fomentada por el Estado a través de servicios de salud más eficaces y sensibles, así como de programas educativos que propicien valores que contribuyan al ejercicio pleno de la sexualidad, en un marco de respeto a la diversidad de sus expresiones.

En este sentido la norma jurídica es una guía que orienta a las personas en su expresión de libertad y la búsqueda de su propio placer. Las manifestaciones de la vida afectiva de la persona deben protegerse como derecho fundamental.

---

<sup>248</sup> Se ha adoptado la terminología utilizada por el doctor Juan Luis Álvarez-Gayou Jurgenson. De acuerdo a sus estudios ofrece este concepto como alternativa a la poca precisión de otros como orientación sexual o preferencia sexual. La Preferencia Genérica es la atracción dirigida “hacia los aspectos fenotípicos y externos, los que pertenecen más a lo que categoriza a una persona como integrante del género femenino o masculino”.

e) **Respeto** a las demás personas y el **consentimiento** de la persona con la que se pretenda establecer un vínculo afectivo sexual. El límite de este derecho está delineado por el respeto y la existencia entre iguales. No podrá así justificarse el ejercicio de un derecho afectivo sexual si no hay consentimiento de la persona con quien se pretenda realizarlo o si ésta se encuentra sometida a algún tipo de presión o amenaza. De tal manera que no podrá aducirse el derecho al placer sexual, pues como ha quedado dicho, para nosotros el fundamento ético primordial consiste en que el placer sólo lo es si está constituido sobre los elementos de un cálculo axiológico y racional que se funda en el libre consentimiento.

### **3.1.3 Lenguaje de los sentimientos en la legislación mexicana**

Es pertinente comenzar este apartado con algunas precisiones acerca de la cuestión, poco reflexionada en la práctica, de la relación entre el Derecho y el amor. En éste se encuentran diversas manifestaciones como el afecto y el placer. Al igual que nadie sabe con exactitud cómo debería de ser una sociedad justa, nadie ha podido tampoco conceptualizar el amor, sentimiento que por lo demás varía en su contenido y expresiones según la época y el lugar determinado de que se trate. Sin embargo, aspiramos a las dos cosas, a una sociedad justa y al amor. Este último puede ser una expresión muy individual o bien un amor más amplio dirigido hacia mi prójimo, hacia la colectividad que me rodea, hacia la sociedad a la que pertenezco o bien al congregarlo humano en general. Actualmente se habla de una sociedad democrática como la mejor forma de alcanzar un equilibrio entre los diversos valores y los múltiples intereses humanos. El respeto, la solidaridad, la tolerancia, y la protección de los derechos fundamentales, denominados en nuestra constitución como garantías individuales, constituyen un ejemplo de la relación entre el derecho y el amor.

En los derechos fundamentales, por ejemplo, “se regulan jurídicamente ideales que expresan la dignidad humana, que son expresión del valor moral de cada persona, fin en sí, y del respeto y la fraternidad del otro... A través de los derechos fundamentales en todas sus facetas, individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, se tiende a favorecer por medio del derecho el desarrollo integral de la persona.”<sup>249</sup>

Es la parte afectiva factor de desarrollo en la personalidad, destacando la importancia de la vida sexo-erótica de los gobernados como un motivo de reflexión y punto de partida de una propuesta ética. Ya que todo esfuerzo ético realizado desde el derecho tiende a conquistar y tratar de realizar efectivamente la dignidad humana, la libertad y la igualdad. El lenguaje y la carga emotiva o sentimental que contiene es poco visualizada desde el punto de vista que relaciona al derecho con el amor y que, sin embargo, está presente y nos mueve casi automáticamente en la vida cotidiana. Se abordará aquí el articulado de los derechos contenidos en la CPEUM vinculados a los afectos.

Las palabras, como las escopetas, también las carga el diablo dice Alex Grijelmo. Cada palabra trae un contenido sentimental que no está descrito en los diccionarios y que sólo podemos experimentar cuando las escuchamos o cuando las decimos, y más aún cuando van dirigidas específicamente hacia nosotros. De acuerdo con Agnes Heller el lenguaje puede realizar llamamientos a sentir y el lenguaje que se usa en un texto legal no es la excepción. Por el contrario, constituyen llamamientos a sentir que son coaccionados en caso de violación, que imponen deberes de hacer o de no hacer. Detrás de estos llamamientos se encuentra diversos valores que buscan la armonía y el equilibrio social. En un marco dado por ella

---

<sup>249</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. Derecho y derechos fundamentales. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993, pp 237

misma, pues aunque la norma no es en sí generadora de sentimientos, sí contribuye a dirigirlos y encaminarlos hacia una concepción incluyente.

En el artículo 1 de la CPEUM encontramos una palabra interesante: los individuos “gozarán de las garantías”. Su carga emotiva es importante; nos evoca la capacidad de disfrutar, de hacer en libertad, nos invita a saber que tenemos un amplio margen de actuación, incluso nos remite a un punto importante, si podemos gozar, debemos estar seguros de poder hacerlo frente al Estado, pues “la libertad no sólo significa ausencia de coerción...ser libre es poder serlo, y ese poder ha de venir garantizado y refrendado públicamente”<sup>250</sup> Tal disfrute ha de extenderse a todos. Las dos prohibiciones expresas, esclavitud y discriminación, complementan el llamamiento a sentir dirigido principalmente por la “dignidad humana”, que por otro lado es percibida sentimentalmente, ya que no hay una conceptualización concreta en la carta política. Dejamos al margen algunas precisiones acerca de la esclavitud que por lo demás se ha modernizado de acuerdo a las necesidades de los grupos de poder dominantes. Es de todos conocida la constante violación a los derechos de los trabajadores en los que incurren aquéllos.

El artículo 3 da las pautas mínimas para la educación a la que, en teoría, debe tener acceso cualquier menor en cualquier parte del territorio mexicano. “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano...” Tal desarrollo armónico nos remite, por un lado, a la concepción de la felicidad individual y, por otro, al desarrollo de condiciones materiales mínimas para lograr a su vez un desarrollo individual y social equilibrado. La palabra “desarrollo” posee una carga sentimental positiva. Nos llama a sentir posibilidades, a generar expectativas de cambio, que por lo regular es concebida como un

---

<sup>250</sup> Camps, Victoria. Ética, retórica y política. Alianza Editorial. España, 1995. p. 67

algo que nos dará mayor placer y también felicidad. Pero éste desarrollo debe ser armónico, es decir, semejante al desempeño que cada músico tiene en la orquesta durante la interpretación de una sinfonía, muestra de unidad y de diversidad, habrá en la sociedad también un desarrollo en el que cada persona desde su función debe actuar en equilibrio con los demás para lograr la armonía social, practicando valores muy específicos, como el respeto y la solidaridad. La educación impartida por el Estado debe ser coherente con los ideales plasmados en la Constitución.

Continua el precepto "...y fomentará en él a la vez el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia..." Aquí vemos una palabra poco usada en el Derecho y que sin embargo está presente en la misma esencia de su creación. La palabra amor es por excelencia la expresión de un sentimiento muy específico, que en este caso se enfoca a la patria. Pero por muy difusa que sea la concepción del amor y el de amor a la patria, este lenguaje contiene una carga de valoraciones sociales importantes, una de ellas es que se nos inculcará desde niños que somos parte de una nación, que a su vez está en coexistencia con otras naciones. En un nivel internacional donde debe prevalecer nuestra independencia, que por lo demás es perceptible primeramente por el sentimiento, de tal manera que "a través de los derechos fundamentales, en todas sus facetas, individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, se tiende a favorecer por medio del Derecho el desarrollo integral de la persona, y esa colaboración de Derecho con el esfuerzo ético tendiente a conquistar la libertad moral, la libertad autonomía, la libertad mayor de los clásicos, es obrar a su vez de una relación de apoyo mutuo entre el Derecho y el amor".<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. Op, cit. p. 237

Se reserva el Estado la impartición de la educación religiosa según el principio de libertad de creencias contenido en el artículo 24 de la CPEUM. Por otro lado establece criterios para orientar la educación: el progreso científico, luchar contra la ignorancia, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Pero estos criterios no han sido aplicados del todo. Recientemente vemos algunos cambios reales en materia de educación sexual, por ejemplo. Algunos especialistas opinan, en el caso de los criterios utilizados por el Estado en la educación sexual que es conveniente limitar el modelo médico que clasifica los comportamientos sexuales, ya que no hay una unanimidad de opiniones científicas.

Mejorar la convivencia humana, apreciar la dignidad de la persona, así como la integridad de la familia, dice el artículo en cita. Con este lenguaje se homogeneiza la existencia de la familia y como bien ha quedado ya mencionado, no hay actualmente una sola forma de ser familia, por el contrario, los lazos de convivencia y de cohesión se van extendiendo hacia otras formas de vivir y concebir el ideal de desarrollo dentro de un núcleo que ya no solo es el tradicional. Debe extender su reconocimiento para proteger la diversidad. En un marco de reflexión incluyente, donde el interés general de la sociedad no podría ser acaso el eudemonismo social, con todos los mecanismos que implica, pero con valores específicos como la fraternidad y la igualdad. Actualmente “fraternidad” es una palabra que poco se usa, prefiriéndose la palabra solidaridad, que en esencia es igual. La solidaridad nos remite a un campo más extenso de la convivencia humana que no sólo abarca un pequeño grupo, sino a todos. Es una manera importante de sentir y de sentirse comprometidos con el desarrollo de la sociedad, pues “la solidaridad es una fuerza colectiva que impulsa a la organización y política de los sectores populares”.<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> Eroles, Carlos. (coordinador) Op, cit. p. 200

En el artículo 4 se insiste en el concepto homogéneo de la familia. De hecho se habla de proteger la organización y el desarrollo de la familia, tratando a esta como un solo modelo definitivo y perpetuo. La realidad no es así, hay múltiples formas de establecer vínculos afectivos y familias. Todas estas formas deben gozar de los mismos derechos, comenzando por el reconocimiento de la diversidad en la formación de núcleos familiares. Tal concepción estrecha de la familia hay que destacar que “el Derecho debe tener en cuenta al amor como elemento integrante no solamente de la propia vida humana, de la estructura de todo ser humano, que además es sujeto de Derecho homo jurídicus, sino también de muchas formas de agrupación humana integradas precisamente por ese elemento del amor”.<sup>253</sup> El respeto a la pluralidad en este ámbito ha sido obstaculizado por grupos conservadores que se niegan a reconocer cualquier tipo de lazos de afecto diferentes a la familia tradicional. Los lazos afectivos que hoy forman una familia superan la necesidad biológica de perpetuar la especie, se constituyen otro tipo de vínculos donde la reproducción no es indispensable. Ampliar la visión de la familia es ya una necesidad que está a tono con las formas de vida de las que ahora somos testigos. Claro que con esto no negamos la importancia de la familia tradicional en el desarrollo social. Afirmamos que su existencia no tiene por qué negar y descalificar la existencia de otro tipo de familia que, a pesar de no tener como principal fin la reproducción de la especie, busca una estabilidad afectiva, económica y social, fundamentada sobre lazos de amor y de valores necesarios para la vida en común.

Respecto del lenguaje de los sentimientos en la constitución hemos citado, hasta aquí, lo que consideramos relevante en relación con los derechos afectivos. Ahora bien en el CCDF encontramos lenguaje con carga sentimental. Tal es el caso del artículo 24. El mayor de edad tiene la

---

<sup>253</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. Op, cit. p.202

facultad de *disponer libremente de su persona* y de sus bienes, salvo las limitaciones que esta ley establece. Esta disposición de la persona se traduce en varios derechos concretos. Tal es el caso del derecho a la presencia estética o del ejercicio del derecho afectivo sexual. Disponer del propio cuerpo invita el ejercicio de múltiples derechos, pero sobre todo nos hace sentir con esa libertad y seguridad, al menos en teoría, frente a cualquier particular para disponer como mejor nos parezca de nuestra persona.

En los artículos contenidos en el Libro primero del CCDF título cuarto bis capítulo único, hay una serie de disposiciones relativas a la familia. El artículo 138-Ter precisa que las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad. Habrá en realidad interés social o más bien hay un interés dirigido sólo a cierto sector, aquél que sigue con el modelo tradicional. Pretender proteger la organización de la familia implica que se sabe cómo se organiza. Pero como ya se dijo, la organización y establecimiento de los núcleos familiares no está dada de plano. Estos núcleos son diversos y plurales. Por ello según dice el artículo 138-Quáter que las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia. Debe tenerse en cuenta la existencia plural de las familias y de sus integrantes además del respeto a la dignidad de la persona.

En el artículo 138-Quintus se establece que las relaciones jurídicas familiares generadoras de derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato. Con lo que se limita, una vez más, la existencia de vínculos familiares restringiendo su reconocimiento a los vínculos heterosexuales. Se otorga mayor protección y jerarquía social a esta forma de vínculo lo que parece

contradictorio con el contenido de artículo 138-Sextus. En él se afirma que es deber de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares. Parece como si estos valores fueran exclusivos de un solo vínculo familiar. Por el contrario son elementos característicos de los lazos y vínculos afectivos que establecen las personas entre sí. Por tanto, no se debe limitar el reconocimiento y la protección a un tipo de modelo.

Pero ahora cabe preguntarnos por qué consideramos que los derechos afectivos son un derecho fundamental y cómo los ubicamos dentro de nuestra Constitución. Según la clasificación de los derechos fundamentales, por su estructura, para Luigi Ferrajoli existen: derechos civiles y derechos políticos que pertenecen al derecho de poder o de autonomía, los derechos de libertad y los derechos sociales que son derechos expectativa, positiva o negativa, y que “implican por parte de los poderes públicos, prohibiciones de interferencia en un caso y obligaciones de prestación de otro, permiten fundar una función de la democracia que bien podemos llamar sustancial”.<sup>254</sup> De acuerdo a esta clasificación los derechos afectivos son derechos de libertad, porque implican la expectativa en el campo subjetivo y objetivo del derecho y exigen al mismo tiempo una no intervención del Estado para limitar las expresiones afectivas entre las personas. Al mismo tiempo se exige la prestación por parte del Estado de servicios públicos (salud, reproducción, atención psicológica y un efectivo sistema legal) para quienes resulten afectados negativamente por las actitudes de funcionarios públicos, además de que estos derechos solo pueden hacerse valer respecto de los actos que realizan las autoridades y no sobre aquéllos que realizan otras personas en el ámbito privado.

---

<sup>254</sup> Carbonell, Miguel et al Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Editorial Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas- UNAM. México, 2005. p. 105

Ahora bien los derechos fundamentales de acuerdo al derecho positivo son: “derechos del hombre o de la personalidad y derechos del ciudadano o de ciudadanía”.<sup>255</sup> El aquí denominado “derecho afectivo” forma parte del patrimonio moral de las personas, y por lo tanto, es parte de los derechos de la personalidad.

### **3.1.4 Relación de los derechos afectivos con los derechos de la personalidad**

Una vez ubicados los derechos afectivos y sus elementos, veamos la forma en que se relacionan de manera directa con los derechos de la personalidad. Resulta necesario ahondar en algunos conceptos básicos al respecto de éstos últimos derechos, así como algunas consideraciones teóricas para entender el panorama de estudio. El autor mexicano que más ha estudiado y sistematizado los derechos de la personalidad es Ernesto Gutiérrez y González. Por ello, hemos utilizado sus estudios como guía para establecer el derecho afectivo en el patrimonio moral de una persona, además de que algunas de sus ideas al respecto son derecho positivo en México.

Comencemos por la definición de los derechos de la personalidad:

“Los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para si o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico”.<sup>256</sup>

La palabra personalidad se usa para designar una serie de atributos que pertenecen a la persona humana como ser real y concreto, de carne y hueso, no en su sentido técnico como sujeto que tiene la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones. Así lo precisa Nelson Roger, citado por

---

<sup>255</sup> *Ibíd*em, p. 106

<sup>256</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. *Op, cit.* p. 830

Gutiérrez y González: “en rigor la personalidad no es un derecho, sino que los derechos consisten en las diversas manifestaciones de esa personalidad.”<sup>257</sup>

Por otro lado, también es necesario reiterar el concepto de patrimonio como: “el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho”.<sup>258</sup>

Por su parte, los bienes o las cosas “es toda realidad corpórea o incorpórea interior y exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular”.<sup>259</sup>

De acuerdo a estos dos conceptos, **los afectos pueden ser considerados bienes o cosas que están en el patrimonio moral de la persona**, pues como bien se dice en líneas anteriores la personalidad se manifiesta en los diversos derechos. Los derechos de la personalidad son clasificados por nuestro autor en cita en tres grandes campos, la parte social pública, la parte afectiva y la parte físico-somática. El criterio que sirvió de base a esta clasificación atendió a las siguientes razones: “Primero.- Atendí a que las proyecciones psíquicas o físicas que se tutelan por el ordenamiento jurídico se vean afectadas en mayor o menor grado por la política y la moral, y por las ciencias físicas y naturales. Segundo.- Simultáneamente al anterior criterio, uní el de la mayor o menor repercusión social que puede tener la violación o ataque de que se haga objeto a estos derechos.”<sup>260</sup>

---

<sup>257</sup> *Ibíd*em, 832

<sup>258</sup> *Ibíd*em, p.67

<sup>259</sup> *Ibíd*em, p. 73

<sup>260</sup> *Ibíd*em, p. 810

Respecto de la parte afectiva el autor anota que ésta parte de los derechos de la personalidad es menos receptiva a los cambios que sufre la moral y la política. En cambio les afecta en mayor medida el avance de las ciencias físicas y naturales. Cuando estos son vulnerados la divulgación es menor, en comparación con la divulgación de los ataques a los derechos en la parte social pública.

Se reproduce el cuadro sinóptico que presenta nuestro autor para tener una visión clara del panorama teórico de los diversos derechos de la personalidad. (Ver Figura 2)

Como puede observarse la parte afectiva está constituida por los derechos de afección que a su vez pueden ser respecto de afectos a la familia o bien a las amistades. Por nuestra parte, y de acuerdo a lo expuesto respecto de los afectos y tal como hemos definido a los **derechos afectivos**, como género, son ***un conjunto de bienes constituidos por las proyecciones físicas o psíquicas del ser humano que intervienen en el desarrollo integral de la persona, en sus manifestaciones y vínculos de afecto hacia sí, hacia otras personas o hacia determinados objetos.***

Dichas manifestaciones de afecto abarcan otros derechos que se encuentran dentro de la parte pública como de la parte físico-somática. Cada uno de esos derechos de acuerdo al criterio que utilizó el autor para clasificarlos, contiene una carga afectiva mayor o menor y son modificados de diferente manera por los cambios en la moral y en las ciencias físicas.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

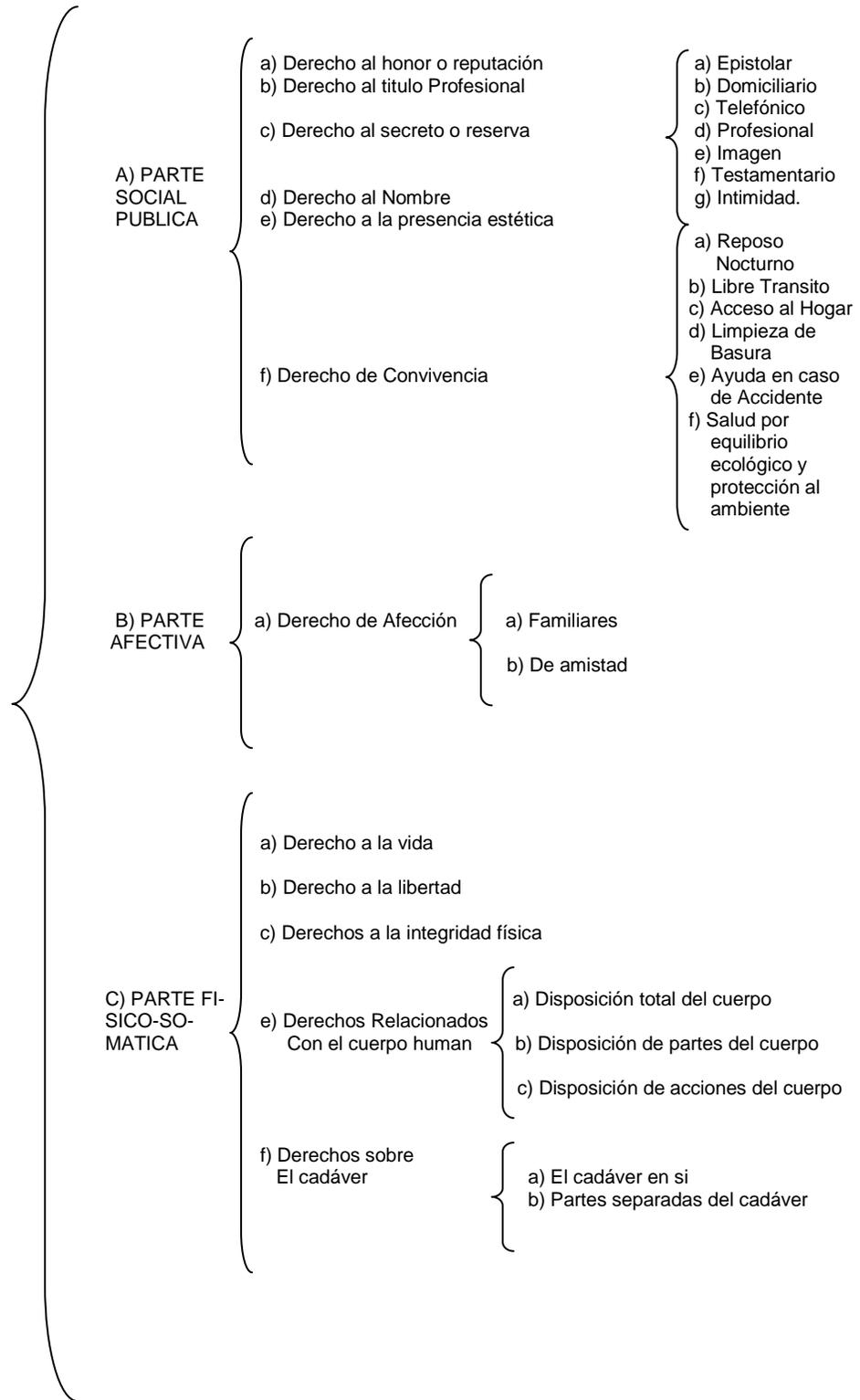


Figura 2.

Estamos de acuerdo con la clasificación, sólo habrá que agregar a los derechos de afección otros campos importantes en el desarrollo de la personalidad, como son los específicos derechos sexuales y hacer hincapié en otros derechos de la personalidad que pueden encajar en los derechos afectivos por la forma en que repercuten en lo que aquí hemos denominado la vida afectiva de la persona.

Los derechos afectivos se encuentran entre la parte social pública y la parte físico-somática, ya que los cambios ocurridos en éstos son más lentos que en los otros. Sin embargo, en dichos cambios también están presentes los sentimientos. Gutiérrez y González afirma que los afectos:

Al responder a lo más profundo del subconsciente, son menos variables, y sufren menos con el avance de las ciencias físicas y naturales, así como con la moral y la política.

Precisamente por ello, es que también surge un gran problema para admitir estos sentimientos o afectos como "Derechos de la personalidad", y más aún para llegar a estimarlos como elementos patrimoniales.

No obstante, *considero que el hecho de que un tema jurídico presente serias dificultades no es motivo para que se le vuelva la espalda, y se le ignore como se ha hecho en México y en muchos otros países, sino que muy por el contrario, esa dificultad debe ser el acicate para que el jurista, el científico del Derecho se aboque al estudio profundo, al análisis cuidadoso del problema, y busque darle una solución adecuada.*<sup>261</sup>

En el ordenamiento jurídico no se aborda el problema de los derechos afectivos. Hay referencias aisladas a ellos en la legislación, pero no se dice qué son. Se considera su existencia hasta que han sido violados y se

---

<sup>261</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op, cit. p. 967

persigue su reparación por los daños morales causados, sin haber determinado concretamente cuáles son los bienes afectivos.

En el primer apartado de este capítulo se proporcionó un concepto de derechos afectivos y se dijo que éstos se sustentan en un conjunto de bienes, se reconoce que hay un derecho subjetivo que tiene la persona humana que se identifica con un bien jurídico que contiene sus afectos. Lo que implica considerar que: “los sentimientos constituyen verdaderos Derechos de la personalidad, y deben incluirse en el ámbito patrimonial, aunque surja precisamente el problema de delimitar cuáles son los sentimientos con los que deben integrarse en esa categoría”.<sup>262</sup>

Este trabajo pretende ser una aportación importante para establecer esos límites. Dada la extensión de posibilidades se hace énfasis en la vida emotiva de la persona que desemboca en la vida sexo-erótica y sus diversas manifestaciones. Se establecen dos conceptos básicos, primero lo que aquí se entiende por afecto y el concepto de derecho afectivo. Al respecto nuestro autor entiende por “sentimiento o afecto al bien jurídico constituido por la manifestación sentimental o emocional de una persona, respecto de su familia, amistades o cosas, y que esté acorde con lo que en un momento determinado y conforme a la ley y a las buenas costumbres se considere respetable”.<sup>263</sup>

Por nuestra parte hemos optado por utilizar el término afecto porque es más concreto, refleja mejor el contenido al que nos referimos. Como quedo dicho estos sentimientos –los afectos- repercuten en la vida emotiva de la persona, de tal forma que hay una modificación, es decir, nos afectan. A diferencia de la palabra sentimiento, que nos remite a un sinnúmero de experiencias que pueden o no causar una modificación que trasciende al

---

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 973

<sup>263</sup> *Idem*, p. 1105

plano externo en el que se está en posibilidad de regular. Por ello consideramos como **afectos** a todos aquellos sentimientos susceptibles de ser modificados por un elemento exterior que influye en la vida afectiva de una persona vinculada a otra, a una cosa o en relación a su propia estima. Los términos **vida afectiva y vida emotiva** se entienden como sinónimos, constituidos por la totalidad de relaciones interpersonales que vive una persona a lo largo de su vida y que incluyen diversos aspectos de su desarrollo en sus capacidades afectivas hacia sí, hacia otra persona o hacia algún objeto en el que haya depositado un valor sentimental.

De tal manera que existen sentimientos de afecto por los miembros de la familia y afectos de amistad. Claro que ha de tenerse en cuenta que el mismo concepto de familia se ha diversificado. Sin embargo, un elemento sigue siendo su distintivo: la creación de lazos de afecto que surgen por la convivencia continua. Así, “la familia une estrechamente a sus componentes en una obra común creadora de una solidaridad afectiva formada por la comunidad de tendencias, de afectos, de necesidades y de medios materiales para satisfacerlas”.<sup>264</sup> Estos afectos constituyen un verdadero bien jurídico consistente en una proyección psíquica del individuo. El afecto de amistad es un importante vínculo de cohesión social, es uno de los principales afectos que se establecen fuera de la familia tradicional, pero son susceptibles de convertirse en un sentimiento tan fuerte y tan profundo que puede ser considerado también al amigo como familia, de hecho es lo que ocurre, pero pocas veces nos atrevemos a reconocerlo socialmente, será acaso porque el Estado solo reconoce los afectos que tienen como base el matrimonio y otorga a otros un reconocimiento meramente pecuniario, como las sociedades de convivencia, por ejemplo.

---

<sup>264</sup> H. Ruiz Francisco. Citado por Gutiérrez y González, Ernesto. Op, cit. p. 975

Hay otros afectos que recaen sobre los recuerdos de familia, las fosas mortuorias y los que surgen respecto del cadáver, cada una de estas manifestaciones contiene una carga importante de sentimientos que son tutelados indirectamente en el CCDF. Se reconoce el daño moral en el artículo 1916, pero no se dice a qué sentimientos se refiere o qué aspectos físicos hay que considerar.

Por todo lo anterior, los derechos afectivos son derechos de la personalidad y forman parte del patrimonio moral de la persona. Se hace hincapié en un aspecto básico en el desarrollo de la personalidad, la sexualidad, como parte fundamental en el curso de la vida afectiva, que se constituye a su vez de varios derechos que contemplan diferentes ámbitos del desarrollo sexo-erótico y que se presentarán de manera sistemática en el último apartado de este capítulo. Por el momento, baste con dejar claro el porque la relación entre lo que hemos denominado derecho afectivo y derecho afectivo sexual con los derechos de la personalidad, y su relación con la parte físico somática, como por ejemplo el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física.

### **3.2 Los derechos afectivos en la teoría jurídica contemporánea**

Los derechos afectivos no han sido identificados bajo tal denominación en la teoría jurídica contemporánea. Sí hay referencias importantes en la salvaguarda de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el libre desarrollo de la personalidad. La denominación de estos derechos no es la que aquí se establece. Por ello resulta necesario establecer los puntos de coincidencia o bien de diferencia entre las principales teorías contemporáneas que sugieren el tema como el neoconstitucionalismo, el uso alternativo del derecho y los Critical Legal Studies. Trataremos de exponer los puntos característicos de cada corriente para ubicar nuestra tesis dentro de alguna de ellas.

### 3.2.1 Desde el neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo se ubica, según Ferrajoli, “históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. El dilema cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo –la Carta de la ONU de 1945, la Declaración universal de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949 se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación ...Es por eso que se redescubre el significado de «Constitución» como límite y vínculo a los poderes públicos establecido hace dos siglos en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789”.<sup>265</sup>

Cuando el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales se tomaron como los principios del orden jurídico, se dio cuenta, entonces, que a pesar de las declaraciones de derechos incorporadas a las constituciones su efectividad quedaba a la merced del legislador, quien carecía de mecanismos institucionalizados. El neoconstitucionalismo se presenta, primeramente, con desconfianza hacia el poder legislativo y ejecutivo, quienes deben estar al servicio del individuo, pero al mismo tiempo esta corriente apoya al Estado constitucional y democrático de derecho y propugna su ampliación y defensa.

Son múltiples los autores que se agrupan entorno al neoconstitucionalismo. Todos hacen énfasis en la protección de los derechos fundamentales y destacan el papel de los jueces en la efectividad de los derechos

---

<sup>265</sup> Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías, La ley del más débil. Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2004, Madrid, pp. 53-54

fundamentales y de alguna u otra forma están de acuerdo en la conexión entre derecho y moral, aun que sea de manera contingente.

Entre sus principales expositores pueden nombrarse a Luigi Ferrajoli, Paolo Comanducci, Robert Alexy, Ronald Dworkin y G. Zagrebelsky. Cada autor posee su perspectiva del constitucionalismo: desde el garantismo de Ferrajoli hasta el neoconstitucionalismo de Comanducci este último que lo ubica desde tres planos: como una teoría, como una ideología y como un método.

Rebasa por mucho el objetivo de esta parte del trabajo intentar siquiera esbozar el contenido de la teoría del derecho de Ferrajoli o los estudios de Comanducci. Sin embargo, se intentará dar algunos puntos clave que caracterizan grosso modo al neoconstitucionalismo. En América Latina ha sido adaptada a las necesidades propias de cada Estado y de acuerdo al tipo de constitución que se posea, de donde se puede destacar la identificación de los derechos humanos con los derechos fundamentales. En nuestro país a dicha coincidencia se suman las denominadas “garantías individuales”.

En esta corriente “se trata de un abordaje a la carta magna comprometida con valores y principios vinculados a los derechos fundamentales del hombre y a su dignidad humana que exceden su formulación escrita de tal modo que han impulsado a un debate entre quienes sostienen que estamos frente a una positividad del iusnaturalismo y quienes afirman que se trata de una iusnaturalización del positivismo”.<sup>266</sup>

---

<sup>266</sup> Pérez Hualde, Alejandro, “**Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo.**” p.3, 2007 Fuente: [www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-06.pdf](http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-06.pdf) (Consulta: octubre de 2007).

Más allá de las discusiones filosóficas que se suscitan al respecto, el núcleo del neoconstitucionalismo ha sido descrito como sigue por Bernal Pulido: “consiste en que los derechos de la Constitución son principios, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación, y –a ello agregamos – esos principios encuadran dentro de un marco universal consensuado de valores receptados en convenciones y tratados internacionales que obligan a los Estados y los hacen responsables por sus omisiones y apartamientos”.<sup>267</sup>

¿Ante quiénes son responsables los Estados, frente a otros Estados o frente a sus gobernados? Por otro lado, ¿cuáles valores serán reconocidos por el texto constitucional? En este punto las declaraciones y los tratados poseen relevancia como un posible acuerdo objetivo sobre los valores guía que deben tomar fuerza en el propio Estado que los adopte mediante mecanismos específicos que los hagan efectivos. Ante cualquier planteamiento teórico queda todavía por construir dichos mecanismos. Sabemos el para qué, pero estamos descubriendo el cómo. La teoría ética que aquí se presenta es parte del para qué. La sistematización que aquí se pretende por medio del reconocimiento de los derechos de la personalidad en la CPEUM, entre los que se encuentran los derechos afectivos, es el principio del cómo, aunque sea sólo en una pequeña parte de todos los cambios que se requieren para seguir construyendo un Estado que merezca tal denominación.

Otro punto importante en esta corriente es el que versa respecto de la interpretación de la Constitución: aquello que distingue la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional. Tal modelo ha sido denominado «Modelo Axiológico» de la Constitución concebida como una norma en donde «Constitución» designa aquel conjunto de reglas jurídico positivas y fundamentales respecto a las demás

---

<sup>267</sup> *Ibidem*, p.4

reglas del conjunto, pero que pasan a ser «constitución en razón del particular contenido que expresan, y no en razón del sujeto que ha redactado el documento».<sup>268</sup>

Adoptar este modelo de Constitución significa crear un puente entre Derecho y moral donde ésta última será la justificación de la máxima norma en virtud de su contenido, dejando de lado su forma de creación. Este punto puede verse claramente en los estudios de Paolo Comanducci, quien distingue tres perspectivas para ubicar a esta corriente.

En el neoconstitucionalismo como *teoría* se sostiene principalmente que, es una teoría del Derecho que postula la necesidad de una ciencia jurídica normativa “una ciencia jurídica que no sólo describe los derechos y deberes de los ciudadanos de acuerdo con lo que establece determinado ordenamiento jurídico, sino que tiene como cometido valorar dichos contenidos desde el entramado axiológico de la Constitución”.<sup>269</sup> Claro que dicho entramado puede o no ser congruente con las necesidades de los gobernados e incluso puede vulnerar, otras veces, algunos principios de justicia.

Comanducci explica que esta corriente como teoría también contempla la interpretación de la Constitución con algunas peculiaridades, respecto de la interpretación de la ley, según se adopte un modelo axiológico de Constitución o un “modelo descriptivo de constitución presenta más o menos una característica en común con la ley: la de ser ella también un

---

<sup>268</sup> Pozzolo, Susana. “**Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.**” Universidad de Génova, Italia. p.4 Doxa 21-II (1998) Fuente: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II\\_25.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_25.pdf) (Consulta: septiembre 2007).

<sup>269</sup> Moresco, José Juan. “**Comanducci sobre neocosntitucionalismo.**” Isonomía No 19 Octubre de 2003 p. 2 Fuente: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719724684726977680/isonomia\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719724684726977680/isonomia_12.pdf) (Consulta: septiembre de 2007).

documento normativo...Y en efecto, en la literatura reciente, la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley como una cuestión de grado y no como diferencias cualitativas”.<sup>270</sup>

En esta corriente puede adoptarse uno u otro modelo, pero hay una tendencia al modelo axiológico. Ferrajoli sostiene que, según su modelo de constitucionalismo, no es necesario “poner en crisis la separación entre derecho y moral realizada con el primer positivismo, sino, por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de derecho”.<sup>271</sup>

En este mismo sentido expresa Susanna Pozzolo que “el modelo axiológico de la constitución concebida como norma rechaza la concepción del siglo XVIII que considera tal documento normativo una barrera contra el poder. Este modelo por el contrario identifica en la constitución un objetivo, una guía, para el legislador, a la que no solo debe adaptarse, sino que debe desarrollar, tiende, en definitiva, a configurar el documento constitucional como un instrumento capaz de modelar las relaciones sociales, y no como un mero instrumento de limitación del poder político y garantía de derechos individuales”.<sup>272</sup>

El neoconstitucionalismo como *ideología* pone en primer plano los derechos fundamentales en la medida que apoyan el modelo del Estado constitucional y democrático y propone su defensa y ampliación: “en particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos en este sentido hablar de

---

<sup>270</sup> Comanducci, Paolo. **Constitucionalización y teoría del derecho**. Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba, 23 de agosto 2005. p. 5 Fuente: [www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-06.pdf](http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-06.pdf) (Consulta: octubre de 2007).

<sup>271</sup> Ferrajoli, Luigi. Op, cit. p. 54-55

<sup>272</sup> Pozzolo, Susana. Op, cit. p. 9

“neoconstitucionalismo de los poderes”-, pero mas todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminados a la concretización la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución –podríamos en este sentido hablar de un neoconstitucionalismo de las reglas-“. <sup>273</sup>

Por otro lado, esta perspectiva ideológica se deriva en gran medida de que algunos de sus promotores (Alexy, Dworkin) sostienen que hay una conexión sustancial entre derecho y moral y puede subsistir hoy la idea de que hay una obligación moral de obedecer la constitución. Así, “...y en este sentido específico, el neoconstitucionalismo puede ser considerado una variante del positivismo ideológico del siglo XIX que predicaba la obligación moral de obedecer la ley”. <sup>274</sup>

Esta afirmación ha sido objetada y es uno de los puntos en que recae el mayor número de críticas ya que “una cosa es defender que, en muchos puntos, la Constitución remite a la argumentación moral y, en este sentido, el texto constitucional exige una lectura moral y otra cosa, muy distinta, es suponer que todas las obligaciones constitucionales son obligaciones morales o que la Constitución no puede vulnerar la moralidad”. <sup>275</sup> Las concepciones morales van cambiando según la época, ante ello solo quedan las declaraciones a nivel internacional como un parámetro de objetividad en los valores guía que se han de adoptar por el Estado.

Por lo que toca al neocostitucionalismo como *metodología* hay dos tendencias contrapuestas, una de ellas se inclina por la continuación del mismo método (positivista), pero con un objeto parcialmente modificado, es decir la necesaria separación entre derecho y moral reconoce, al mismo

---

<sup>273</sup> Comanducci, Paolo. Op, cit. p.6

<sup>274</sup> Idem,

<sup>275</sup> Moresco, José Juan. Op, cit. p.7

tiempo, que hay un puente entre ambos. Otras sostienen que la transformación del objeto de investigación aporta la necesidad de un cambio radical de metodología y, por ello, esta corriente presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo clásico.

Por su parte, Ferrajoli aporta una definición de derechos fundamentales que no está basada en ningún ordenamiento concreto resaltando el carácter universal de su imputación y neutral valorativamente. Para dicho autor son derechos fundamentales: “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídico positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.<sup>276</sup>

Dicha definición es parte del cambio de paradigma en el positivismo clásico. Este nuevo paradigma consiste en “la positivación de los derechos fundamentales como límites a la legislación positiva, lo que significó un cambio de paradigma del positivismo clásico de la omnipotencia del legislador a la afirmación del principio de estricta legalidad”.<sup>277</sup>

Este cambio de paradigma afecta al derecho, a la jurisdicción y a una constante en la teoría de Ferrajoli, la ciencia del derecho, que “ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque

---

<sup>276</sup> Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Editorial Trotta. Madrid 2005, p.22

<sup>277</sup> Ferrajoli, Luigi. **Derechos y Garantías**. Op, cit. p. 53

vigente cuando se separa de la Constitución”.<sup>278</sup> Comanducci considera que Ferrajoli parte del derecho que es para alcanzar el que debe ser.

Otros puntos importantes en la teoría de Ferrajoli son sus ideas respecto de la ciudadanía que, al menos en América Latina, están muy lejos de ser viables, más en nuestro país por la cercanía de los vecinos del norte que continúan con sus rígidas políticas migratorias.

### **3.2.2 Desde el uso alternativo del derecho**

El uso alternativo del derecho es una teoría jurídica de influencia neomarxista que surge en la década de los setenta en Europa, principalmente en España e Italia, como crítica a los principios del derecho positivo. Se extiende posteriormente al continente americano influyendo con más fuerza en el pensamiento jurídico de Argentina y Brasil. Cabe mencionar que esta teoría se ha adaptado a las necesidades del pueblo latinoamericano. Las coincidencias que permanecen entre el pensamiento jurídico europeo y el latinoamericano se centran principalmente en un postulado: utilizar el Derecho en beneficio de las clases menos favorecidas sustentado en un pluralismo jurídico que permita la alternatividad. "Derecho alternativo significa la existencia de un fenómeno de pluralidad jurídica no siendo necesariamente verdadero lo contrario: no todo fenómeno de pluralismo constituye derecho alternativo.

Resulta necesario precisar a qué nos referimos con pluralismo jurídico. Por tal puede entenderse “la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos. Si aceptamos - como creo que es pacífico a esta altura del desarrollo de la Teoría General del Derecho- que un sistema normativo lo es porque está organizado en torno de una norma de reconocimiento o fundamental -la Grundnorm de

---

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 55

Kelsen-, entonces estamos frente a un fenómeno de "pluralismo jurídico" en los casos en que el derecho indígena, no escrito, convive con las normas producidas por el Estado hegemónico<sup>279</sup>; o bien como un nuevo referencial político y jurídico que está comprometido con la satisfacción de las necesidades humanas, de acuerdo a "ciertos fundamentos formales como la materialización de una ética concreta de la alteridad y la construcción de procesos relativos a una racionalidad emancipadora, ambas capaces de traducir la diversidad y la diferencia de las formas de vida cotidianas, la identidad, la informalidad y la autonomía de los agentes legitimadores".<sup>280</sup>

Para esta teoría el derecho es un elemento articulante de la realidad social, donde éste puede ser un catalizador de cambio y no sólo un instrumento de regulación, de tal manera que se pueda incluso llegar a invertir el contenido de una ley para favorecer a los más necesitados. De aquí surge una de las principales objeciones a esta teoría, pues se opina que pone en riesgo la seguridad jurídica.

Pero lo que en realidad se pretende es usar el mismo derecho positivo existente en un sentido político diferente. Se persigue un equilibrio entre la existencia de clases sociales dispares y contrastantes, resultado de la aplicación rigorista de los principios de derecho positivo y trata a su vez de poner en evidencia al sistema dominante, resaltando los vacíos y antinomias que posee y lo considera como un sistema abierto e incompleto con un sinnúmero de contradicciones y que, sin embargo, puede ser usado a favor de las clases más necesitadas.

---

<sup>279</sup> Idem

<sup>280</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**, Fundamentos de una nueva cultura del Derecho. Traducción, revisión y Estudio preliminar David Sánchez Rubio. Editorial MAD. España, 2006. p. 206

En América Latina es más palpable la desigualdad social, por ello el uso alternativo del derecho ha sido adoptado por diversos estudiosos del derecho como forma de crítica al sistema de derecho actual.

En palabras de Jesús Antonio de la Torre, “El uso alternativo del Derecho constituye las diversas acciones encaminadas a que toda juridicidad (normatividad, derechos subjetivos, ideas y concretizaciones de justicia) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como por ellos mismos en sus relaciones comunitarias creando y recreando la solidaridad.”<sup>281</sup>

Usar alternativamente el Derecho es una labor que puede realizarse desde diversos ángulos, pasando desde la misma comunidad, el litigante, el teórico del derecho hasta la labor que realiza un juez al dictar una sentencia. En este último caso la labor es de importancia vital ya que una decisión judicial influye inmediatamente en la realidad. Así el uso alternativo del derecho permite a los jueces resolver apartándose de la ley cuando ésta es injusta, con lo que se les atribuye una nueva función “aquellos encargados de impartir justicia dicten decisiones contra la ley cuando esta es injusta, teniendo como base una visión más amplia del derecho”<sup>282</sup> Un ejemplo de esto es la tarea iniciada en el sur de Brasil por los “Jueces Gauchos”, quienes en bloque se han apartado de la ley, dada su injusticia, con lo que se contribuye a otra forma de creación de derecho. Tarso Fernando Genro sostiene que “el derecho alternativo no es pues, el no derecho, mucho menos un derecho inventado...es siempre la mejor posibilidad de un sistema jurídico, dada por los conflictos sociales e

---

<sup>281</sup> De la Torre, Jesús Antonio. **Sociología Jurídica y Uso Alternativo del Derecho**. Instituto Cultural de Aguascalientes. México, 1997. p. 80

<sup>282</sup> De la Torre Rangel, Jesús Antonio (coordinador y coautor). **Derecho alternativo y crítica jurídica**. Editorial Porrúa. México, 2002. p. 91

individuales que lo generan, por su historia y por la cultura de la sociedad en que emergen”.<sup>283</sup>

Aplicar el Derecho en sus diversas concepciones, donde una y otra se complementan es usar el derecho como una alternativa, es defender principios de vida, libertad, igualdad, justa distribución de la riqueza, etcétera. En él se consideran a: la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, los pactos internacionales y la doctrina. En este mismo sentido argumenta Alonso de la Veracruz, quien sostiene que “los juicios son instituidos a favor de la caridad y la justicia, no deben funcionar contra la caridad y la justicia. El Derecho para Veracruz es la ley, pero es también más que la ley; si cesa la razón de la ley cesa también la obligatoriedad de ésta”<sup>284</sup>, con lo que el juez deberá resolver conforme a otras fuentes del Derecho.

De acuerdo con Amilton Bueno “la alternatividad lucha para que surjan leyes efectivamente justas, comprometidas con los intereses de la mayoría de la población...Lo que la alternatividad no reconoce es la identificación del Derecho tan sólo con la ley, ni que sólo el Estado produzca Derecho, lo que es diverso de negar a la ley”.<sup>285</sup>

En concreto se promueve ampliar el uso del derecho a todas sus fuentes, bajo los principios de libertad y equidad, lejos del rigorismo del Derecho positivo, destacando el elemento popular para la creación del Derecho en defensa de quienes han sido relegados de la élite social y, por tanto, también de la aplicación del derecho.

---

<sup>283</sup> Citado por De la Torre Rangel, Jesús Antonio (coordinador y coautor) *Ibíd.*, p. 93

<sup>284</sup> *Ibíd.*, p. 102

<sup>285</sup> *Ibíd.*, p. 104

Otro aspecto importante de esta teoría son los principios éticos para una nueva legalidad. Las prácticas jurídicas alternativas se ven limitadas por el hecho de que su contenido “depende de un tenor intencional, justo y ético, siendo articulado por los agentes comprometidos con las mudanzas sociales”.<sup>286</sup> Claro que no toda construcción colectiva puede ser considerada justa, válida y ética, ya que bien puede pretender proteger o defender intereses de dominación o explotación, o simplemente en contra de la comunidad. “La ausencia de principios éticos vacía la legitimidad de ciertas prácticas legales que no merecen ser calificadas de derechos auténticos.”<sup>287</sup> Por ello debe fomentarse como condición para la realidad emancipadora una “ética de la alteridad” dentro del pluralismo jurídico.

La construcción de la ética de la alteridad no se adhiere a las ingenierías ontológicas ni a juicios universales a priori, sino que traduce las concepciones de valor que provienen de las propias luchas, conflictos e intereses de sujetos históricos en permanente afirmación...Su contenido se construye con valores emergentes (justicia, solidaridad, autonomía, emancipación) bajo dos condiciones esenciales: primero se inspira en la “praxis concreta” y en la situación histórica de las estructuras socioeconómicas que han sido despojadas, dependientes, marginadas y colonizadas; segundo, las categorías teóricas y los procesos de conocimiento se encuentran en la propia cultura teológica, filosófica y sociopolítica latinoamericana. La ética de la alteridad, sin dejar de contemplar los principios racionales y universales comunes a toda humanidad, da prioridad a las prácticas culturales de una determinada condición histórica particular, material y no formal.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup>Wolkmer, Carlos Antonio en **Derecho alternativo y crítica jurídica**. Editorial Porrúa. México, 2002. p. 177

<sup>287</sup> Idem,

<sup>288</sup> Ibídem, p. 178-181

En esta teoría la condición histórica de una sociedad y las necesidades humanas que surgen en ella son fundamento para el cambio en el uso del derecho, pero dichas necesidades no son solo sociales y materiales, “sino que comprenderá otras necesidades existenciales (de vida), materiales (subsistencia) y culturales...Profundizando en el tema es posible constatar que la *estructura de las necesidades* se refiere tanto a la falta o privación de objetos determinados (bienes materiales inherentes a la producción humana en sociedad) como a la ausencia subjetiva de algo inmaterial relacionado con los deseos, acciones, normas, posturas, modos y formas de vida, valores etc. Heller subraya las funciones prominentes de los valores en las comprensión real de las necesidades propias a una esencia humana cada vez más autónoma y pluralista, conviviendo con diferentes formas de vida cotidiana”.<sup>289</sup>

Dentro de las que encajan las necesidades de afecto y la protección de lo que aquí denominamos derechos afectivos y que pueden derivarse de los derechos humanos vistos desde el uso alternativo del derecho como: “todos aquellos que implican una mejora substancial de la calidad de vida, y que son derechos sociales, económicos y culturales...Se toman como una idea-fuerza alternativa al discurso político y jurídico dominantes”.<sup>290</sup> Lo descentralizan de la idea del hombre como raíz de todas las cosas, para aplicarlo al beneficio real de los sectores más necesitados. Desde la perspectiva del uso alternativo del derecho los derechos humanos están mas allá de la visión estatal de no violación de los derechos, a la vigencia plena de los derechos sociales, culturales, civiles y políticos del individuo y de sus grupos sociales. En la realidad implica, como dice Agnes Heller

---

<sup>289</sup> Wolkmer, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**, Fundamentos de una nueva cultura del Derecho. Traducción, revisión y Estudio preliminar David Sánchez Rubio. Editorial MAD. España, 2006. p. 214

<sup>290</sup> De la Torre, Jesús Antonio. **Sociología Jurídica y Uso Alternativo del Derecho**. Instituto Cultural de Aguascalientes. México, 1997. p. 104

“practicar el reconocimiento de todas las necesidades, cuya satisfacción no supone el uso ni la explotación de los de los demás hombres y mujeres”.<sup>291</sup>

### **3.2.3 Los Critical Legal Studies**

Los estudios críticos legales (CLS por sus siglas en inglés) son originarios de los Estados Unidos de América. Surgen principalmente en el ámbito universitario a finales de los años setenta, de aquí se extienden a países europeos, entre los que se destaca Gran Bretaña. Encuentran sus raíces en el realismo jurídico americano, en el marxismo de la escuela de Frankfurt y en la perspectiva sociológica del derecho. Cabe mencionar que ninguno de sus principales exponentes reconoce abiertamente que éstos sean o hayan sido sus puntos de partida, circunstancia que permite una de las principales objeciones a esta corriente. Pero abreviar de todas ellas hace de los estudios críticos legales (en lo sucesivo Cls) una corriente ecléctica.

Este movimiento es descriptivo y crítico, tanto en sentido sociopolítico y cultural, de cuestionamiento al liberalismo que practica la sociedad capitalista y la concepción del mundo que influenciaba el pensamiento jurídico actual. Se pregunta si es natural el orden jerárquico en el que vivimos, si es natural por ello la desigualdad. A pesar de esto no niega la existencia del derecho positivo, pero tiene la intención de “demostrar la indeterminación del Derecho y de la doctrina jurídica, así como la ausencia de autonomía en el proceso de creación y de aplicación del Derecho, factores que, según sus postulados, por un lado inciden en la falta de credibilidad del Derecho y en una evidente falta de equidad a la hora de aplicarlo y, por otro, provocan

---

<sup>291</sup> Citada por Wolkmer, Antonio Carlos. Op, cit. p. 216

que cualquier conjunto de principios jurídicos pueda ser usado para conseguir resultados opuestos”.<sup>292</sup>

Describir detalladamente las posiciones fundamentales de los CIs resulta prácticamente imposible en este lugar, además de que rebasa por mucho el objetivo de nuestro trabajo. Por ello trataremos de presentar algunos de los fundamentos que caracterizan a esta corriente. Entre los críticos más conocidos se encuentran los teóricos Roberto Mangabeira Unger, Roberto W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kennedy, y Katharine A. MacKinnon.

Las críticas que se hacen desde esta corriente se dirigen principalmente a la toma de conciencia de las desigualdades y problemas que afectan a la sociedad. Dadas las múltiples fuentes de que se sirven los CIs son, como ya se decía, eclécticos. Uno de sus principales exponentes, Duncan Kennedy, sostiene: “Con pocas excepciones (...) no se trata aquí ni de filosofía, ni de sociología de derecho, aunque se tomen en préstamo sin pudor los textos clásicos de estas disciplinas, de forma ecléctica, y aunque se pretenda superarlos mientras se los canibaliza. Esta inversión de las jerarquías convencionales de la disciplina ocasiona muchos mal entendidos, en parte porque sus motivaciones culturales y políticas son ininteligibles o repugnantes para la mayor parte de los filósofos y sociólogos profesionales. Su análogo europeo se encuentra, quizá, en la crítica cultural (p.ej. Gramsci, Nietzsche, Benjamin), cuyas pretensiones filosóficas siempre han generado burla o irritación entre los profesionales. Por contraste, proliferan los estudios históricos y semióticos”.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> Huertas Jiménez, María José. **Do critical international legal studies effectively deny the existence of a positive international law?** 12 Revista electronica de estudios internacionales (2006). Fuente WWW. reei.org/reei%2010/HuertasJimenez(reei12).pdf (Consulta: agosto de 2007).

<sup>293</sup> Kennedy, Duncan. **Notas sobre la historia de CLS en Estados Unidos.** Doxa, 1992, p. 284-285. En línea: [WWW.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa11\\_13.pdf](http://WWW.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa11_13.pdf) (Consulta: agosto de 2007).

Pero al lado de la crítica se encuentra la deconstrucción o *trashing*, es decir la propuesta de demoler las estructuras que han guiado a la sociedad a la realidad que hoy experimenta, principalmente en la desigualdad económica y política resultado de los sistemas actuales. El movimiento de los estudios críticos legales del derecho “ha socavado las ideas centrales del moderno pensamientos jurídico y en su lugar a colocado una concepción del Derecho. Esta concepción implica una visión de la sociedad e informa una práctica de la política”.<sup>294</sup>

De lo que resulta que el problema vital de los CIs es la relación entre Derecho y Sociedad como cuestión esencial para la comprensión del cambio histórico. Desde una posición de izquierda en la que persiguen, según Duncan Kennedy, “poner al descubierto y censurar el sentido político de la practica cotidiana de los jueces y de los juristas, que crean el Derecho mientras se ven a sí mismos como instrumento del mismo”.<sup>295</sup> En este punto hay una gran semejanza con el uso alternativo del derecho, en esta corriente también se hace hincapié en el papel que desempeñan los jueces y estudiosos del derecho.

Al contrario de la concepción del derecho que se tiene en las ideas del uso alternativo del derecho, los CIs rechazan que el derecho sea un instrumento de la clase dominante, por el contrario consideran que hay una relación directa entre la política y el derecho, de tal manera que las decisiones tomadas desde el derecho afectan a la política y viceversa. Esta relación debe tomar en cuenta a la sociedad como objeto real y concreto que vive cotidianamente y que no encuentra una verdadera protección a sus intereses. Uno de sus principales exponentes, Unger, sostiene que no se ha

---

<sup>294</sup> Unger, Roberto M, Citado por Carrino Agostino. **Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legals Studies».** Traducción de Elena Beltrán Pedreira del original en italiano publicado en la Revista Democrazia e Diritto año XXX, Nº 5-6, septiembre-diciembre, 1990. Fuente: <http://www.Cervantesvirtual.com/fichaobra.html?Ref=15637&portal=4> Consultado en julio de 2007

<sup>295</sup> Kennedy, Duncan. Op, cit. p. 284

podido crear un sistema que beneficie a todos por igual por la existencia de una «estructura profunda» de la sociedad liberal, que se impone totalizadora. Dicha «estructura profunda» está construida de capacidades humanas y sus relaciones valorativas (hecho-valor) y sobre la distinción universal-particular que evidencian consecuencias antinómicas, tales como individuo-comunidad.<sup>296</sup> Lo que Unger propone es superar estas antinomias, especialmente la que surge entre individuo y comunidad: “es necesario inventar relaciones sociales que escapen al dilema entre Utopía (comunidad socialista) e idolatría (comunidad organicista de tipo conservador)”.<sup>297</sup>

Dentro de la «estructura profunda» se encuentran también una serie de convicciones convertidas en sentido común, que hacen pensar en el sistema de jerarquías existente como algo natural. Los CIs cuestionan la existencia de dichas jerarquías y lo identifican como un “movimiento político estructurado sobre un sistema de categorías y de significados producidos por las élites dominantes con la finalidad de conservar su poder. El Crítico quiere demostrar que todas estas categorías no son necesarias, que son abstracciones de relaciones concretas entre los individuos. Considerarlas como naturales e inevitables lleva al fenómeno que Marx denominaba «reificación», que encuentra su expresión en la retórica de los derechos del hombre, refuerzo de los modelos existentes de jerarquía y de dominio”.<sup>298</sup>

Esta crítica a los sistemas de poder existentes tiene su base en la identificación que hace Michel Foucault entre los sistemas de poder y los sistemas del saber y es uno de los pilares sobre los que se asienta el discurso propio de esta corriente. “Todo saber implica poder, todo discurso de la sabiduría es un discurso de la potestad. De suerte tal que lo que se construye científicamente nunca se construye desde la neutralidad, sino al

---

<sup>296</sup> Carrino, Agostino. Op, cit. p. 121

<sup>297</sup> Unger, R. M. Knowledge and politics. Traducción al castellano de L. Rodríguez Ozan. Fondo de Cultura Económica. México, 1985. p. 289

<sup>298</sup> Carrino, Agostino. Op, cit. p. 125

servicio de aquellos intereses subyacentes. Formas de verdad, formas jurídicas, formas de poder, son conclusiones inmediatas. El derecho es, en su doble vertiente, saber y poder, un saber que se construye para justificar y legitimar la dominación inherente a todo sistema de poder, que conforma así su campo específico de estudio”.<sup>299</sup>

El cuestionamiento acerca de las categorías jurídicas existentes es otra característica de los Cls. Para R.W. Gordon “el poder ejercido por un régimen jurídico consiste no tanto en la fuerza que puedan aplicar contra quien viola sus reglas, como en la capacidad de convencer a la gente de que el mundo descrito en sus imágenes y categorías es el único mundo alcanzable en que una persona sensata querría vivir”.<sup>300</sup>

Así, lo que aquí denominamos derechos afectivos está presente de forma indirecta en esta corriente, en cuanto que los Cls son objetivos en sus críticas y propuestas. Ve el derecho, la política y la economía desde la perspectiva de la vida real, la vida cotidiana que experimente la sociedad, pues los cambios que hay en el derecho, la económica y la política los afectan de manera directa.

Las propuestas éticas son fundamentales para lograr un cambio; para convencer a las personas de que efectivamente, no resulta tan cierta la contradicción entre el individuo y la comunidad. De tal manera que sí es posible vivir como una unidad, desde el mismo hecho en que el hombre es un ser social y está llamado a realizarse con los demás en el mundo, bajo las circunstancias sociales, económicas y políticas que lo rodeen y es capaz, al mismo tiempo, de impulsar otra forma de vivir y de convivir. La crítica, como dice Mill en **Sobre la Libertad** es fundamental para que la sociedad crezca, evolucione. Las relaciones de la vida cotidiana se viven

---

<sup>299</sup> Huertas Jiménez, María José. Op, cit. p. 2

<sup>300</sup> Citado en pie de página por Carrino, Agostino. Op, cit. p. 127

principalmente a través de los sentimientos, en cuanto son conductores de valores, pues éstos se experimentan por medio del aparato del sentimiento.

De estas tres teorías nos ubicamos en la primera. Hasta ahora no hay modelo idóneo, ni política, ni socialmente. Sin embargo, ante los fenómenos sociales y políticos el neoconstitucionalismo parece ser la mejor opción para situar a los derechos afectivos como derechos fundamentales. Este campo de expresión de los derechos afectivos del ser humano es universal, indisponible y personalísimo.

Desde la perspectiva del placer, la preferencia genérica, la diversidad de núcleos familiares, en un marco de valores guía, se destaca la importancia de los derechos afectivos y del derecho afectivo sexual. Este ejercicio contribuye a valorar el contenido de los derechos. Ambos derechos son fundamentales y en este sentido susceptibles de ser regulados, primero en la Constitución y después en los ordenamientos correspondientes.

Los derechos de la personalidad destacan las características de la persona humana en su desarrollo y acentúan su disfrute. En el caso del derecho afectivo y el derecho afectivo sexual se derivan de las manifestaciones afectivas hacia sí y hacia otros sujetos, creando y fortaleciendo vínculos. De tal forma que el contenido de los derechos fundamentales está dirigido al establecimiento del bienestar social e individual a través de la búsqueda de mecanismos que tengan como base el respeto y protección de los derechos fundamentales. Por ello los derechos afectivos contribuyen a desarrollar los derechos fundamentales, porque la constitución no es sólo un instrumento que limita al poder público, ésta deber ser ante todo, un instrumento para modelar las relaciones sociales.

### **3.3 Por una legislación especializada en materia de derechos afectivos**

La tendencia actual es de reconocimiento y protección de los derechos humanos recogidos en las constituciones y en diferentes instrumentos internacionales. Desde la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, pasando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, no han dejado de realizarse otras declaraciones de derechos. Estas son el resultado del trabajo de distintas organizaciones internacionales.

Más allá de la reciente adhesión del apartado “B” en el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en los sucesivo CPEUM) para crear la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de los tintes políticos de que estuvo rodeada, es inevitable reconocer la poca fuerza de sus resoluciones. Con ellas queda de manifiesto la ineptitud de algunos funcionarios públicos, más que constituir una verdadera protección de los derechos humanos. Ni qué decir, por otra parte, acerca de la restitución en los derechos que han sido objeto de violación.

En este apartado se puntualizará la existencia de lo que aquí denominamos derecho afectivo y derecho afectivo sexual en distintas declaraciones internacionales y legislaciones nacionales que protegen estos derechos.

La experiencia comparada en el derecho internacional público, entre las que destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en lo sucesivo DUDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Pará” (1994). Estas dos últimas han sido

adoptadas por México y recientemente instrumentadas con la Ley General de Acceso a las Mujeres a una vida sin violencia (2007).

Desde el paradigma heterosexual – homosexual, la creación de vínculos a través de proyecciones físicas y psíquicas, entre las que destacamos el placer y la preferencia genérica en un marco de valores guía que justifican la creación y defensa de derechos afectivos. Su repercusión en la vida de la persona humana se destacará el contenido de las declaraciones. Al respecto de lo que se ha denominado derecho afectivo sexual, hay dos declaraciones específicas: la Declaración de Valencia de los derechos sexuales (1997) (en lo sucesivo DV) y la Declaración Universal de los derechos sexuales (1999) (en lo sucesivo DUDS).

En el segundo punto se estudiarán los avances en la legislación nacional en materia de discriminación y sociedades de convivencia entre las que destacan la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la Ley de Sociedades de Convivencia, el Pacto Civil de Solidaridad, las reformas y adiciones al Código Penal en materia de aborto, así como la mencionada Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida sin Violencia.

### **3.3.1 La experiencia comparada: el Derecho Internacional Público**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 es por excelencia el instrumento de referencia para el reconocimiento y protección de valores específicos de la persona. Destacaremos aquéllos que se relacionan directamente con la vida afectiva dada su conformación como ser social. Se relacionarán a su vez con el contenido y sentido de otras declaraciones tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” que en lo sucesivo se denominará CADH; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) en lo sucesivo CEDM; la

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem Do Pará” (1994) en lo sucesivo CBDP. Cada instrumento está guiado principalmente con los siguientes valores y derechos:

- Valores principales: libertad, igualdad y dignidad.
- Reconocimiento de la personalidad jurídica artículo 6 DUDH; artículo 3 CADH.
- Derecho a la vida artículo 3 DUDH; artículo 4 CADH.
- Derecho a la vida privada y a la protección de la familia artículo 12 de la DUDH, artículo 17 de la CADH y el artículo 16 de la CBDP.
- Derecho a la integridad física, psíquica y moral artículo 5 CADH
- Derecho a que se proteja su honra y su reputación parte de su integridad personal artículo 12 DUDH.
- Protección a la mujer artículos 5 y 10 de la CBDP; artículo 8 CEDM.

Estas disposiciones están encaminadas a la protección y reconocimiento de la vida afectiva. Es una paradoja que siendo el hombre un ser social por naturaleza se ocupe tan poco de la protección de sus afectos, base de la convivencia social. A pesar de las serias dificultades que el tema presenta, a la hora de tratar de definir los múltiples derechos que de la vida afectiva se derivan, hay en estas declaraciones derechos afectivos, aunque no se reconocen con tal denominación. Por ejemplo, los valores que se afirman y promueven a partir de la DUDH, entre otros, son la libertad, la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, religión, etcétera. La concreción de estos valores en derechos específicos, tales como los que aquí se destacan, son en principio el reconocimiento de la existencia afectiva del ser humano.

El reconocimiento de la personalidad jurídica no sólo tiene efectos patrimoniales, en el sentido material con el que tradicionalmente se ha identificado al patrimonio. Existe también un patrimonio moral de la persona física, que se constituye con los atributos que le son propios dada su existencia social y su necesaria vinculación con los demás. Uno de los aspectos más importantes en la vida afectiva, fundamental para el desarrollo de su personalidad es reconocido en las diversas declaraciones: el derecho a la vida.

El derecho a la vida implica otros derechos indispensables para el desarrollo humano entre los que se pueden citar el derecho a la integridad personal física, psíquica y moral, el derecho a que se proteja su honra y su reputación, parte de su integridad personal. A pesar de que los derechos afectivos son múltiples y pueden cambiar de acuerdo a las necesidades individuales y sociales la no discriminación coadyuva a preservar la integridad y el desarrollo de la personalidad. De tal forma que “verse libre de dolores y de presiones y perturbaciones psíquicas, contar con el funcionamiento normal de los órganos y miembros del cuerpo, no estar afectado por desfiguraciones, o sea, en suma, gozar de salud física y mental, constituye una condición que amplifica la capacidad de elección y materialización de proyectos de vida.”<sup>301</sup>

Se puede decir entonces que, los derechos afectivos como parte de los derechos de la personalidad integran el patrimonio moral de la persona y potencian nuestra elección de vida y su realización. Ello en la medida en que otorgan seguridad y protección jurídica, así como certeza al reclamar su restitución. Aún cuando no pueda, en todo caso, evaluarse absolutamente el

---

<sup>301</sup> Nino, Carlos S, Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989 p. 224

daño moral ocasionado, habrá por lo menos una pauta para mejorar su protección.

El derecho a la vida privada y la protección a la familia, como núcleo natural de la sociedad, al lado del derecho a casarse y fundar una familia deben reposar sobre el reconocimiento de la pluralidad tanto de la vida afectiva como de los derechos que de ésta se deriven.

El reconocimiento de los derechos afectivos se ha enfatizado a favor de la mujer, dada la marginación histórica de que ha sido y es todavía objeto. Se han pronunciado declaraciones para erradicar, prevenir y sancionar la violencia y la discriminación hacia la mujer. Como un llamado urgente a la protección y promoción de valores en pro de su vida afectiva limitada por el dominio masculino. En éstas se puede apreciar diversos derechos que tienen una repercusión definitiva en el desarrollo de la personalidad.

Conviene puntualizar algunas medidas que deben adoptar los Estados parte para eliminar las condiciones de violencia hacia la mujer. Entre ellas destacamos: “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”<sup>302</sup>

Entre estas medidas, que surgen lentamente, se tiene por ejemplo el reconocimiento y regulación jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo en Canadá y España, entre otros. Destacamos también la reciente Ley de sociedades de convivencia en el Distrito Federal, las adiciones al Código Civil de Coahuila y el Pacto Civil de Solidaridad que regulan las relaciones entre personas del mismo sexo. Estas legislaciones

---

<sup>302</sup> Artículo 5 inciso a) de la Convención Interamericana, para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer “**Convención de Belém Do Pará**” 18 de diciembre de 1979.

contribuyen a mermar los estereotipos de la mujer y del hombre dando la opción de vivir una vida afectiva libre de violencia que tenga como origen su condición per se de mujer y más aún, de mujer con preferencia genérica diversa a la heterosexual.

El artículo 8 de la DUDH señala que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”<sup>303</sup> El reconocimiento del patrimonio moral de la persona y la sistematización enunciativa de los derechos de la personalidad, entre los que se encuentran los derechos afectivos, es una opción que facilitaría el acceso al mencionado recurso. Como se verá en el último apartado la regulación del daño moral es insuficiente y difusa, lo que vuelve poco efectiva tal disposición que, por lo demás, es la única con referencia específica al patrimonio moral de la persona.

Los derechos afectivos así reconocidos en las declaraciones citadas enfatizan el principio de autonomía individual. Reconocer el patrimonio moral de la persona es reconocer el conjunto de bienes de que se conforma éste. El Estado debe instrumentar la protección de esos derechos y el acceso a su efectivo resarcimiento en caso de ser violados. Debe promover, también, los cambios culturales y la promoción de principios a través de los medios que permitan al individuo realizar su plan de vida.

Así, “el Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.”<sup>304</sup>

---

<sup>304</sup> Nino, Carlos S. Op, cit. p. 204-205

El libre desarrollo de la personalidad involucra, entre otros aspectos, la sexualidad humana y sus expresiones. La abordamos bajo la denominación de derecho afectivo sexual. Hay dos declaraciones al respecto: la DV y la DUDS, ya citados. En esta última se afirma:

La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor. La sexualidad es construida a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social.

Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad inherente, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico. Para asegurarnos que los seres humanos de las sociedades desarrollen una sexualidad saludable, los derechos sexuales siguientes deben ser reconocidos de todas las maneras. La salud sexual es el resultado de un ambiente que reconoce, respeta y ejerce estos derechos sexuales.<sup>305</sup>

En la DV se dice, el placer sexual incluyendo el autoerotismo, es fuente de bienestar físico, psíquico, intelectual y espiritual. Es parte de una sexualidad libre de conflictos y angustia, promotora del desarrollo personal y social. Bajo estas consideraciones se declaran en la DV y la DUDS diversos derechos que expondremos en tres rubros:

---

<sup>305</sup> Preámbulo de la **Declaración Universal de los Derechos Sexuales**. Aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología. El 26 de agosto de 1999. En [www.sexovida.com/declaracion.htm](http://www.sexovida.com/declaracion.htm)

## Derechos de libertad:

- **Derecho a la libertad** que excluye todas las formas de coerción, explotación y abusos sexuales en cualquier momento de la vida y en toda condición. La lucha contra la violencia constituye una prioridad. (DV)
- **Derecho a la libertad sexual.** La libertad sexual abarca la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual. Sin embargo, esto excluye todas las formas de coerción sexual, explotación y abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida. (DUDS)
- **Derecho a la autonomía, integridad y seguridad corporal.** Este derecho abarca al control y disfrute del propio cuerpo libre de torturas, mutilaciones, y violencias de toda índole. (DV)
- **Derecho a la autonomía sexual, integridad sexual y seguridad del cuerpo sexual.** Este derecho involucra la habilidad de tomar decisiones autónomas sobre la vida sexual de uno dentro de un contexto de la propia ética personal y social. También incluye el control y el placer de nuestros cuerpos libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo. (DUDS)
- **Derecho a la libre asociación.** Significa la posibilidad de contraer o no matrimonio, de disolver dicha unión y de establecer otras formas de convivencia sexual. (DV y DUDS)
- **Derecho a la decisión reproductiva libre y responsable.** Tener o no hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el acceso a las formas de regular la fecundidad. El niño tiene derecho a ser deseado y querido. (DV)
- **Derecho a hacer opciones reproductivas, libres y responsables.** Esto abarca el derecho para decidir sobre tener niños o no, el número y el tiempo entre cada uno, y el derecho al acceso a los métodos de regulación de la fertilidad. (DUDS)
- **Derecho a la vida privada.** Que implica la capacidad de tomar decisiones autónomas respecto de la propia vida sexual dentro de un contexto de ética personal y social. El ejercicio consciente racional y satisfactorio de la sexualidad es inviolable e insustituible. (DV)
- **Derecho a la privacidad sexual.** Este involucra el derecho a tomar decisiones individuales y conductas sobre la intimidad siempre que ellas no interfieran en los derechos sexuales de otros. (DUDS)
- **Derecho al placer sexual.** El placer sexual incluyendo el autoerotismo, es una fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual. (DUDS)
- **Derecho a la expresión sexual emocional.** La expresión sexual es más que el placer erótico en los derechos sexuales. Cada individuo tiene derecho a expresar

su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor. (DUDS)

#### Derechos de igualdad:

- **Derecho a la igualdad sexual.** Se refiere a estar libre de todas las formas de discriminación. Implica respeto a la multiplicidad y diversidad de las formas de expresión de la sexualidad humana, sea cual fuere el sexo, género, edad, etnia, clase social, religión y orientación sexual a la que se pertenece. (DV)
- **Derecho a la equidad sexual.** Este derecho se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o invalidez física o emocional. (DUDS)

#### Derecho a la salud y a la educación:

- **Derecho a la salud sexual.** Incluyendo la disponibilidad de recursos suficientes para el desarrollo de la investigación y conocimientos necesarios para su promoción. El SIDA y las ETS requieren de más recursos para su diagnóstico, investigación y tratamiento. (DV)
- **Derecho al cuidado de la salud sexual.** El cuidado de la salud sexual debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y desórdenes sexuales. (DUDS)
- **Derecho a la información amplia, objetiva y verídica sobre la sexualidad humana** que permita tomar decisiones respecto a la propia vida sexual. (DV)
- **Derecho a información basada en el conocimiento científico.** La información sexual debe ser generada a través de un proceso científico y ético y difundido en formas apropiadas en todos los niveles sociales. (DUDS)
- **Derecho a una educación sexual integral** desde el nacimiento y a lo largo de la vida. En este proceso deben intervenir todas las instituciones sociales. (DV)
- **Derecho a la educación sexual comprensiva.** Este es un proceso que dura toda la vida, desde el nacimiento y debería involucrar a todas las instituciones sociales. (DUDS)

La sexualidad humana constituye el origen de vínculos más profundos entre los seres humanos y de su realización efectiva depende el bienestar de las personas, las parejas, las familias y la sociedad. Es por tanto su patrimonio

más importante y su respeto debe ser promovido por todos los medios posibles. (DV)

De lo anterior se desprende con exactitud que la sexualidad es parte del patrimonio de la persona, en concreto parte de su existencia moral y del patrimonio que a ésta le corresponde. Se destaca el derecho al placer sexual y el derecho a la expresión sexual emocional. De acuerdo a lo expuesto respecto del placer como sentimiento innato y como principio de manifestación humana, es parte del desarrollo de la personalidad y está vinculado a los valores. Reconocer la importancia del placer implica integrar sus diversas manifestaciones afectivas y fomentar una cultura del cuidado de sí, que implica a su vez el cuidado del otro como parte de la construcción de la dignidad humana.

Como se ha visto la vida afectiva de la persona y los derechos afectivos están presentes en el derecho internacional público. Este es un promotor de una serie de principios y medidas que deben adoptar los Estados parte con el fin de protegerlos. Claro que su reconocimiento en ocasiones, no pasa de la mera declaración e incluso promoción, sin que haya en la ley un reconocimiento y acceso específico a tales derechos. La propuesta de reconocimiento del patrimonio moral de la persona humana es un punto de partida para su sistematización adecuada.

### **3.3.2 Avances en la legislación nacional en materia de discriminación y sociedades de convivencia**

Desde la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1992 se han emitido diversas leyes que pretenden garantizar algunos de los derechos humanos en particular. Asimismo, con ellos se ha buscado modificar los patrones socioculturales. Cabe resaltar que estos cambios son

recientes y que han sido resultado del trabajo de diferentes organizaciones no gubernamentales y de los cambios en la sociedad mexicana.

El 11 de junio de 2003 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Fue el resultado de los esfuerzos realizados por grupos sociales que han sido discriminados a lo largo del tiempo como los indígenas, discapacitados, personas con preferencia sexual diferente, mujeres, etcétera. Sobre esta ley destacaremos el aspecto sustantivo, dejando al margen el ámbito procesal.

Se aportan conceptos útiles en la aplicación de la ley. Por ejemplo, en el artículo 4 se precisa qué se entiende por discriminación, siendo ésta toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá por discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones. Esta última descripción es relevante, pues se adopta el contenido de instrumentos internacionales que hacen hincapié al respecto.

El artículo 5<sup>306</sup> precisa las conductas que no se consideran discriminatorias. Con ello se establece la idea de que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad de tratar en forma diferente a otras personas. A decir de Miguel Carbonell el legislador establece, en este artículo una prohibición de *distinciones no razonables*.<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> Este artículo fue reformado el 27 de noviembre de 2007. En su fracción IV. Para quedar: fracción IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, pedagógicos y de evaluación.

<sup>307</sup> Carbonell, Miguel. **Consideraciones sobre la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación**. En [www.bibliojuridica.org/libros/5/2312/14.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2312/14.pdf) Consulta noviembre de 2007 p. 3

Para la interpretación de esta Ley se reconoce a los instrumentos internacionales relacionados con el tema así como las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales. Por otro lado, se reconoce que puede haber más de dos significados distintos de la ley y que éstos no necesariamente se contraponen a la Constitución. Con ello se adopta una postura moderna de interpretación, al reconocer que deberán preferirse aquéllas que protejan con mayor eficacia a las personas o a los grupos afectados por conductas discriminatorias.

Sin embargo, no basta con saber qué es la discriminación, es necesario prevenirla. En el capítulo dos titulado “Medidas para prevenir la discriminación”, se describen las prácticas discriminatorias (artículo 9). Destacamos los siguientes supuestos:

VI. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas.

VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios.

XIV. Impedir la libre elección del cónyuge o pareja.

XV. Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación.

XX. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo los casos que la ley así los disponga.

XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión.

XXVIII. Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual.

Estas últimas dos fracciones han sido motivo de crítica en varios medios de comunicación. Se sostiene que su contenido es violatorio de la libertad de expresión. Sin embargo, decimos con Carbonell que “la libertad de expresión no puede servir para proteger las manifestaciones verbales de odio racial u homofóbico, ni para hacer escarnio de quien tiene una discapacidad o de quien presenta cierto estado de salud o asume una determinada preferencia sexual.”<sup>308</sup>

Se establecen otras medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades, respecto de grupos específicos, la mujer, los niños y las niñas, las personas mayores de 60 años, las personas con discapacidad y la población indígena. A favor de la mujer se hace referencia a la libertad de reproducción que incluye al número y espaciamiento de los hijos. La importancia de la educación en la preservación de la salud, el conocimiento integral de la sexualidad, la planificación familiar, la paternidad responsable y el respeto a los derechos humanos.

Esta ley es un gran avance en la protección de una parte de los derechos de la personalidad. Al mismo tiempo es un impulso relevante en la modificación de patrones socioculturales, si bien no hay precisión respecto de algunos términos usados como, por ejemplo, la dignidad e integridad humana, trato abusivo o degradante. Hay un gran margen de interpretación que resulta en ventaja de quien deba interpretarla. Además, el concepto de discriminación y los supuestos a que se refiere la ley, da un punto de partida para la protección de los derechos afectivos. Pues en cada supuesto hay

---

<sup>308</sup> Carbonell, Miguel. Op, cit. p. 11

una merma en la vida afectiva, se afectan los vínculos y proyecciones físicas y psíquicas hacia sí, por una condición específica.

Después de cinco años y siete meses aproximadamente, se aprobó en la Asamblea Legislativa del Gobierno del Distrito Federal la Ley de Sociedades de Convivencia, en lo sucesivo LSC. (Gaceta Oficial del Distrito Federal del 16 de noviembre de 2006.)

Largo fue el camino recorrido desde que la iniciativa fue presentada y muchas serán las modificaciones para que esté a la altura de las necesidades afectivas del sector al que va dirigida. Aunque en la exposición de motivos se argumenta que el reconocimiento no es únicamente para uniones entre personas del mismo sexo, de su texto se desprende lo contrario, ya que se queda corto el legislador en regular ese otro tipo de uniones a que hace referencia.

La LSC es un instrumento legal que contribuye al pluralismo social en la medida en que reconoce otras formas de convivencia. Dentro de un Estado democrático no hay fundamento jurídico que justifique la falta de reconocimiento de derechos civiles y sociales por causa de la preferencia sexual y/o afectiva de las personas. Integrar al derecho positivo las consecuencias jurídicas que se derivan de las diversas formas de convivencia humana que, de hecho se da en la realidad, mejora la calidad de vida de sus habitantes y fomenta la integración social.

Otro avance en este sentido son las adiciones al Código Civil del Estado de Coahuila (CCC), publicadas el 12 de enero de 2007. Establecen el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo, por medio del "Pacto Civil de Solidaridad". Ambas figuras, la Sociedad de Convivencia y el Pacto Civil de Solidaridad, serán presentadas en forma comparativa.

La sociedad de convivencia, en lo sucesivo SC, es “un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua”(artículo 2 ). La SC obliga a las o los convivientes, en razón de la voluntad de permanencia, ayuda mutua y establecimiento del hogar común; la cual surte efectos contra terceros cuando la sociedad es registrada ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo correspondiente (artículo 3 LSC).

El pacto civil de solidaridad, en lo sucesivo PCS, es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común. Quienes lo celebran se considerarán compañeros civiles. Los compañeros civiles, se deben ayuda y asistencia mutua, consideración y respeto, así como deber y gratitud recíprocos y tendrán obligación de actuar en interés común; de igual manera tendrán derecho a alimentos entre sí (artículo 385-1 CCC).

Ambas figuras concuerdan en lo relativo a los sujetos, se abre otra posibilidad para las personas heterosexuales. Los requisitos de mayoría de edad y el fin para el que se realiza el acto jurídico se encuentran en el mismo sentido. Aunque a decir de la maestra Ortiz Contreras la SC se define primero como un acto jurídico bilateral y después se pretende regular con las disposiciones relativas al concubinato que, es un hecho jurídico y no un acto jurídico como el matrimonio.<sup>309</sup>

La gran diferencia con el PCS es que éste crea estado civil, con la denominación “compañeros civiles”. Lo que trae consecuencias en las vida cotidiana, pues no será lo mismo decir, cuando nos pregunten el estado

---

<sup>309</sup> Ortiz Contreras, Et al, Conferencia titulada “Aspectos procesales de la Ley de sociedades de convivencia”. Facultad de Derecho UNAM, 26 de febrero de 2007.

civil, somos compañeros civiles, que usar el término conviviente mencionado en la LSC para definir dicha unión que no genera estado civil. Circunstancia que sí influye en el reconocimiento social y en impulsar, desde este ángulo, la no discriminación. Además, resulta más enriquecedor en la vida afectiva el uso del primer término, mismo que contribuye a la cohesión personal y social en la formación de otro tipo de familias.

Los requisitos para celebrar el PCS, según el artículo 385-2 del CCC son:

- I. Ser mayor de dieciocho años y contar plenamente con capacidad de ejercicio;
- II. Estar libre de vínculo matrimonial o de diverso pacto civil de solidaridad o similar no disuelto;
- III. Que entre los solicitantes no exista vínculo de parentesco, incluso por afinidad;

Estos requisitos no podrán, bajo ningún caso, ser dispensados. No es impedimento para celebrar el pacto que uno de los solicitantes hubiere adquirido alguna condición de transexualidad. Este último caso no se contempla en la LSC, que sólo se limita a determinar en su artículo 4 que: “No podrán constituir Sociedad de Convivencia, las personas unidas en matrimonio, concubinato y aquéllas que mantengan vigente otra Sociedad de Convivencia. Tampoco podrán celebrar entre sí SC los parientes consanguíneos en línea recta sin límite de grado o colaterales hasta el cuarto grado”.

Los derechos que se generan con la SC son: derecho a proporcionarse alimentos, aplicándose lo relativo a las reglas de alimentos (artículo 13); derechos sucesorios, aplicándose lo relativo a la sucesión legítima entre concubinos (artículo 14); derecho a ejercer tutela sobre alguno de los convivientes, cuando éste sea declarado en estado de interdicción en los términos del Código Civil para el Distrito Federal, siempre que hayan vivido

juntos por un período inmediato anterior de dos años de que se haya constituido la SC. Se aplicarán las reglas correspondientes a la tutela legítima entre cónyuges (artículo 15); respecto de la terminación de la SC, la muerte de alguno de los convivientes o lo relativo al patrimonio, se aplicarán en lo relativo, las reglas previstas en el Código Civil del Distrito Federal (artículo 16).

El PCS tiene los siguientes efectos (artículo 385.4 del CCC):

- Los contratantes asumen el estado civil inherente en forma personal y exclusiva, sin que importe vínculos de parentesco de ninguna clase, línea o grado con las familias de ambos, salvo en el caso de descendencia común.
- Los contratantes podrán fijar un domicilio común en el cual tendrán igual autoridad.
- El estado adquirido como compañeros civiles, legitima a los interesados para reclamar las prestaciones que, bajo las modalidades de pensiones, disposiciones testamentarias especiales o beneficios o provechos por prestaciones sociales u otros análogos, contemplen las leyes.
- Es válido el señalamiento a favor de otro que cualquiera de ellos realice, en actos y negocios a que se refiere este artículo.

De lo anterior, se desprende la amplitud de las disposiciones en el PCS y lo corto de la regulación en las disposiciones relativas a las SC que, por otro lado, respecto de las relaciones patrimoniales remite a las disposiciones relativas en las leyes correspondientes y no se puntualiza qué tipo de régimen patrimonial será válido.

Otra disposición relevante es la contenida en el artículo del 385-6 CCC. Indica el caso en que el PCS se celebre entre dos personas de distinto sexo que tengan descendencia. Se presumen hijos del compañero civil varón: los nacidos de la mujer que tenga el carácter de compañera civil, durante el pacto o el que nazca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del pacto. Disposición que no se establece en la LSC, aunque puede desprenderse al aplicar las disposiciones relativas al concubinato, según el artículo 5 de dicha ley. Sin embargo, en ninguno de los dos ordenamientos se contempla el caso en que alguno de los celebrantes tenga descendencia. Por ejemplo, en el caso de dos mujeres que decidan establecer un hogar común y una de ellas o las dos tengan descendencia.

Respecto del régimen patrimonial en estas uniones, la LSC se limita a expresar que en caso de que no se exprese la forma en que habrá de regularse las relaciones patrimoniales, cada conviviente conservará el dominio, uso y disfrute de sus bienes así como su administración. En el CCC se precisa en los artículos 385-10 y 385-11, el régimen de separación de bienes o el de sociedad solidaria.

La SC debe registrarse ante la autoridad correspondiente según el artículo 3. Cada conviviente deberá proporcionar los datos que se asentarán en el formato que para el efecto emita la autoridad mencionada. Dicho escrito debe ser ratificado personalmente ante dos testigos y la autoridad, quien para estos efectos tiene fe pública (artículos del 8 al 12). En cambio, en el PCS la autoridad correspondiente es el Oficial del Registro Civil (artículo 195-1 CCC) y se debe acompañar la documentación señalada en el artículo 195-2, entre ellos los exámenes de laboratorio pertinentes donde se indique si los contrayentes padecen alguna enfermedad crónica o incurable. El reconocimiento de la unión se realiza con un acta de pacto civil de solidaridad, donde se hacen constar las circunstancias y datos contenidos

en el artículo 195-6 del CCC y resultan aplicables las disposiciones relativas al Registro Civil.

Las formas de terminación no son muy diferentes en ambas figuras. Así, tanto la LSC, artículo 20, como el CCC, artículo 385-12, contemplan las siguientes formas: por mutuo acuerdo; por acto unilateral de cualquiera de las dos partes, mediante el aviso correspondiente; por muerte de alguno de los contratantes; por dolo o declaración de nulidad o bien por abandono del hogar común, por más de tres meses sin causa justificada. Ésta última está prevista sólo en la LSC.

Es relevante el contenido de la fracción III del artículo 20 de la LSC que a letra dice: la sociedad de convivencia termina porque alguno de las o los convivientes contraiga matrimonio o establezca una relación de concubinato. A mi parecer, se sigue otorgando mayor jerarquía a estas dos uniones, a tal grado que no es impedimento legal para contraer matrimonio, la existencia de una SC. Si alguno de los convivientes, simplemente decide casarse, se termina la relación con el otro. Dónde queda entonces la seguridad jurídica que se supone brinda la Sociedad de Convivencia. Así, la protección de los derechos en la LSC tiene meros efectos patrimoniales. Falta mucho para que se protejan los derechos afectivos.

Sobre esto se hace una parca referencia a la indemnización por daño moral. En el artículo 19 se establece que: “En caso de que alguno de las o los convivientes de la Sociedad de Convivencia haya actuado dolosamente al momento de suscribirla, perderá los derechos generados y deberá cubrir los daños y perjuicios que ocasione”. Pero cómo hacerlo si la regulación del daño moral es deficiente. En este sentido el legislador protegerá los derechos de la personalidad, sólo en la medida en que sistematice cada uno de estos derechos. En este caso dicha sistematización recae en la

parte afectiva. Será mejor dar verdadera fuerza a este tipo de uniones que simular su regulación con un modelo tan incipiente y desprotegido.

En el CCC sí se describe la presunción de daño moral (artículo 385-15). Cuando el pacto civil de solidaridad termine por mutuo acuerdo o por acto unilateral, el compañero civil que estime haber sufrido daño o afectación en los derechos de la personalidad, con motivo o por el tiempo en que estuvo unido por el contrato, podrá ejercer la acción prevista en el artículo 1895 de este Código, en contra de quien fue su compañero civil. Se presumirá daño moral y por tanto habrá lugar a la indemnización a favor del afectado, además de los casos previstos en el párrafo segundo del artículo de referencia, cuando:

I. Por haber cometido delito que merezca pena corporal en perjuicio del compañero civil.

II. Se ejerza violencia o intimidación en el seno del hogar común.

III. Se ejerza violencia o intimidación hacia los ascendientes, descendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado.

IV. Cuando se termine el pacto civil de solidaridad porque alguno de los compañeros civiles hubiese estado unido en matrimonio o pacto civil de solidaridad anteriores y no disuelto.

V. Cuando se oculte deliberadamente, al celebrar el pacto, padecer alguna de las enfermedades señaladas en el artículo 195-2, fracción III, y se pida la nulidad.

El legislador local se queda corto en su regulación, y deja mucho que desear. Hace pensar que, por la forma en que fue aprobada la LSC, fue “una respuesta a la presión política generada por los grupos de personas homosexuales”<sup>310</sup> y no resultado de un trabajo profundo por parte del legislador. Dejamos de lado los comentarios respecto de la competencia y la

---

<sup>310</sup> Linares Carranza, Andrés, Et al, En Conferencia titulada **“Aspectos procesales de la Ley de sociedades de convivencia”**. Facultad de Derecho, UNAM, 26 de febrero de 2007.

vía en la LSC, pues en este ámbito los descuidos fueron todavía mayores que en la parte sustantiva, ya comentada.

Deseamos señalar, por otro lado, las adiciones al Código Penal del Distrito Federal en materia de aborto. (Gaceta Oficial del Distrito Federal del 26 de abril de 2007.) Actualmente aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Conforme al artículo 144 del Código Penal de Distrito Federal, no se considera aborto al que se realiza antes de las doce semanas. Su importancia para nuestro trabajo versa en que, con estas reformas y las hechas a la Ley de Salud del Distrito Federal, se configura una opción más en el plan de vida de las mujeres dirigida por el principio de autonomía de la persona. No se trata de que el Estado ordene la vida ética de los gobernados, sino de que abra los caminos para que ésta se realice según sus propios proyectos e ideales. Porque la autonomía es, además, “la capacidad de elegir entre la más amplia variedad posible de planes de vida.”<sup>311</sup> Pero también de medios para satisfacer dichos planes.

Las reformas mencionadas son el resultado de un problema de salud pública al que se enfrentaban las mujeres y contribuyen al cambio de patrones socioculturales. En la medida en que se promueve el cuidado de sí y la practica reflexiva de la libertad se establece de forma prioritaria la salud y la educación sexual. El artículo 16 Bis 8, segundo párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal a la letra dice: “El gobierno promoverá y aplicará permanentemente y de manera intensiva, políticas integrales, tendientes a la capacitación sobre salud sexual, los derechos reproductivos, así como la maternidad y paternidad responsables. Sus servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito principal

---

<sup>311</sup> Nino, Carlos S. Op, cit. p. 210

reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y no deseados, disminuir el riesgo reproductivo, evitar la propagación de las enfermedades de transmisión sexual y coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad con las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes.”

Con estas medidas se busca materializar lo dispuesto en el artículo 4 de la CPEUM, “El varón y la mujer son iguales ante la ley...” en especial cuando dice: **toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.**

Hay que subrayar que la mayoría de los embarazos no deseados se dan entre los adolescentes. Dada su condición de menores de edad no tienen acceso a esta posibilidad a menos que su madre, padre o los tutores posean la suficiente visión y planteen a la adolescente la posibilidad de un aborto. Entre tanto, legalmente queda al arbitrio de sus tutores.

Hay que mencionar también, de manera general, el contenido de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida sin Violencia. (Diario Oficial de la Federación del 1 de febrero de 2007.) en lo sucesivo LGAMVV. Con ella se instrumentan algunas de las recomendaciones contenidas en la CBDP y de la CEDM

Se aportan, en el artículo 7 de la LGAMVV, conceptos de los tipos de violencia, además de todos los delitos sexuales que ya son contemplados en los Códigos Penales. Destacan las nociones de violencia familiar, violencia feminicida, discriminación en el interior del núcleo familiar, entre los que se encuentra la imposición vocacional, la prohibición de actividades

escolares o laborales y la imposición de una preferencia sexual determinada.

En el concepto de violencia familiar se precisan el maltrato psicoemocional, las prohibiciones, coacciones, condicionamientos, amenazas, actitudes devaluatorias de abandono y cualquiera otra que provoque deterioro, disminución o afectación en las áreas de la personalidad. Dentro del maltrato sexual, inducir a la realización de prácticas no deseadas o practicar la celotopia<sup>312</sup>, para el control o manipulación de la pareja.

La violencia en la comunidad incluye a los delitos sexuales sin parentesco; el acoso sexual, con independencia del delito de hostigamiento sexual; prostitución y comercialización de la violencia contra las mujeres con fines de lucro; ridiculización de las mujeres en los medios de comunicación; imposición social de una preferencia sexual determinada.

Un concepto que aporta un nuevo ángulo en la forma de detectar la violencia es el concepto de “violencia de Estado”. Esta se efectúa cuando se tolera a la violencia en acciones como: la negligencia en la procuración y administración de justicia sobre mujeres en su detención o bien a las refugiadas o inmigrantes; esterilización forzada; emisión de criterios en resoluciones o sentencias que emita el Poder Judicial Federal o local que preserven la discriminación y/o refuercen roles sexuales predeterminados socialmente de sumisión.

Estas referencias y el contenido del artículo 10 de la LGAMVV, contribuyen al cambio de los patrones socioculturales y por lo tanto aumentan las posibilidades individuales de realizar el proyecto de vida personal en conjunto con la sociedad.

---

<sup>312</sup> Práctica de los celos desmesurados.

Entre las responsabilidades del Estado indicadas en el artículo 10 se encuentra la de fomentar la cultura jurídica y la legalidad con una sensibilización hacia la no violencia, sustituyendo ésta por el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Lo que urge realmente, pues es de todos conocido el desgaste físico y psicológico que padece una mujer, cuando decide denunciar algún tipo de agresión o violación sexual. Incluso instituciones privadas, como la Asociación para el desarrollo integral de las personas violadas, A. C. (ADIVAC) sostienen una política de no denuncia. El daño que se provoca con ello no contribuye a la recuperación de quienes en esta situación. Claro que cuando el paciente decide denunciar se le otorga asesoría jurídica para el procedimiento.

Es responsabilidad del Estado, de acuerdo a la fracción VIII del artículo en cuestión, implementar estrategias en materia penal, civil, administrativa y familiar que contengan y sancionen a quienes ejercen violencia contra las mujeres. Se pretende no sólo sancionar la violencia, sino prevenirla y en su caso erradicarla con medidas como las que determina el artículo 12, dirigidas a quien genera el acto de violencia, para que se le atienda psicológicamente o en programas de autoayuda.

Otras medidas como las órdenes de protección emergentes, preventivas o civiles (artículo 21 y siguientes), o la garantía de no repetición (artículo 60) persiguen otorgar mayor protección palpable a la mujer que se encuentre en peligro de sufrir violencia. En caso de que se haya consumado, dictar las medidas necesarias para evitar que sea víctima del mismo delito.

Como expresa Pich Tamar “no todos los hombres son violadores, pero sí todos los violadores son hombres” por ello es necesario cambiar los estereotipos masculinos, tan arraigados en nuestro país.

A nivel social, más que jurídico se adoptan medidas como la “Alerta de Violencia de Género”. Tiene como fin identificar los lugares donde las

mujeres son gravemente violentadas en forma general. Con la violencia feminicida o delitos especiales contra la vida por motivos de género – feminicidio –. Lo anterior es resultado de un caso específico, las muertas de Ciudad Juárez. La creación de procuradurías especiales no ha detenido las muertes lo que señala un problema sociológico que rebasa por mucho los alcances del Estado.

Varios especialistas sostienen que la LGAMVV es casi letra muerta. Sin embargo, no hay que dejar de señalar que dentro de ella se detallan formas de violencia que no se encuentran en otros ordenamientos, como el penal. Por ello habrá que tomar lo mejor de ella para mejorar las legislaciones locales o bien analizar la manera de agilizar su aplicación.

### **3.3.3 Propuesta de adición constitucional: por una sistematización de los derechos afectivos**

Se ha expuesto el panorama internacional de los derechos afectivos así como los avances en la legislación nacional, con excepción de la reciente Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal. Esta última será comentada en el presente apartado por la relación directa con el tema que nos ocupa.

Afirma Atienza que “La intención de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su extensión al campo de aplicabilidad del mismo.”<sup>313</sup> En este sentido hemos propuesto dos conceptos: el de derecho afectivo y el de derecho afectivo sexual. Ahora bien, antes de entrar en materia conviene recapitular los presupuestos jurídicos de los que partimos.

---

<sup>313</sup> Atienza, Manuel, Op, cit., p. 55

En primer lugar, se considera que la persona física posee ciertas características que le son inherentes. Al relacionarse con los otros, al estar en el mundo y desarrollarse en él surgen otras características que lo identifican como un ser único e irreplicable. Pero estar en el mundo implica tener y ser. Tener nos remite principalmente a los bienes materiales necesarios para sobrevivir que van desde la satisfacción de las necesidades básicas de nuestra existencia fisiológica hasta un sinnúmero de cosas triviales. Esta parte de nuestra estancia en el mundo, es la que se identifica con el patrimonio que para muchos estudiosos del derecho está constituido exclusivamente por bienes materiales.

Pero la persona también es ser. Claro que, definir este ser es casi imposible, a menos que se haga a la distancia y de acuerdo a las variables de tiempo, modo y lugar. Sin embargo, desde la DUDH se promueve el respeto a estos derechos y los valores que le son propios. Encontramos conceptos como dignidad, libertad, igualdad, respeto y demás que resaltan la importancia de nuestro *ser*.

Por lo anterior partimos del reconocimiento del patrimonio moral de la persona. Reconocerlo equivale a reconocer la capacidad afectiva del gobernado. Implica reflexionar acerca de la utilidad que el Derecho tiene en la vida de las personas y como éste puede contribuir a la realización de ciertos principios éticos. Se está, entonces, en la tesis de vinculación iusnaturalista – iuspositivista, en un punto de equilibrio entre los principios morales recogidos por el Derecho y la forma de hacerlos verdaderamente efectivos a través del Derecho positivo.

El patrimonio moral está constituido por los derechos de la personalidad. Palabra ésta última que se usa para designar un conjunto de atributos de la persona, que incluye su existencia como experiencia íntima, individual y sus respectivas expresiones en la sociedad. Nos vincula afectivamente con

otros e incluso con bienes materiales a los que depositamos un valor afectivo especial.

Adoptamos la clasificación de los derechos de la personalidad realizada por Ernesto Gutiérrez y González en sus dimensiones social pública, afectiva y psicosomática. Consideramos que la parte afectiva no se reduce a los afectos de familia y de amistad, sino que abarca otros aspectos como *la integridad física, el derecho a la presencia estética, el derecho al nombre, el derecho a la sexualidad o derechos sexuales*. Dentro de estos últimos se pueden mencionar el derecho a la identidad sexogenérica, la manifestación pública de los afectos, el derecho al placer sexo erótico, a la preferencia genérica, etcétera.

El tema de los derechos de la personalidad ha sido ampliamente discutido en la doctrina civilista europea. En España, por ejemplo, éstos derechos son auténticos derechos subjetivos. Contiene un deber general de respeto y son extra patrimoniales en el sentido de que no se encuentran en el comercio. Son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles y constituyen el patrimonio moral de la persona. De hecho algunos juristas sostienen que “los derechos de la personalidad son derechos fundamentales, en el ámbito del derecho privado constituirán los derechos de la personalidad, mientras que en el ámbito de derecho público, constituirán los derechos fundamentales y libertades publicas. Algunos otros como Llamas Pombo sostiene que los derechos fundamentales son todos reconocidos en la Constitución a partir del artículo 14, mientras que los bienes de la personalidad son determinados derechos que forman el patrimonio de la persona humana en su identidad psicológica, los cuales, además, adquieren rango fundamental.”<sup>314</sup>

---

<sup>314</sup> Pérez Fuentes, Gisela María. Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España. Revista de Derecho Privado. Nueva Época año III. Num. 8, Mayo-Agosto de 2004, pp.114 en

En nuestro país los derechos de la personalidad han sido poco estudiados y mucho menos sistematizados. De hecho el Código Civil local hace una parca referencia a ellos en su artículo 1916. Este precepto define lo que se considera daño moral. Los derechos de la personalidad se presentan por el final, o sea, cuando ya han sido violentados. Además, las circunstancias políticas que dieron origen a este artículo parecen sospechosas. Como parte de la "renovación moral de la sociedad" el presidente Miguel de la Madrid promulgó el artículo 1916 el cual tenía el propósito de defender con un enfoque más moderno el llamado "patrimonio moral de las personas". Así que comenzó por el final, definió el daño moral, pero nunca se dijo qué conforma el patrimonio moral lo que da carta abierta a un sinnúmero de interpretaciones respecto a lo que es y no es daño moral.

Así, encontramos en los medios informativos que las principales demandas por daño moral son hechas por presuntos pederastas, evasores fiscales y sospechosos de tráfico de influencias, entre otros. Circunstancia que genera inseguridad y desconfianza en las instituciones, en la ley y por ende en el Estado.

Ahora vemos que se crea una nueva ley dirigida casualmente a un sector poderoso e influyente, los medios de comunicación, los cuales poseen una reputación que defender. En dicha ley se aportan conceptos como el de patrimonio moral y los derechos de la personalidad pero sólo desde la perspectiva periodística y de libertad de expresión. En efecto, el 19 de mayo del año 2006 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal. (En lo sucesivo LRC.) Con esta nueva ley se derogaron los antiguos delitos de calumnia, difamación y violación de la intimidad del Código Penal local.

---

[www.juridicas.unam.mx/publica/libre/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr4.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/libre/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr4.pdf) (Las cursivas son mías.) Consulta Octubre de 2007.

La LRC limita su aplicación al daño moral ocasionado por el abuso de los derechos de información y libertad de expresión. En el artículo 1 se precisa que para otros daños al patrimonio moral las acciones se seguirían rigiendo por lo dispuesto en el artículo 1916 del Código Civil. Con lo que los demandantes tendrán acceso directo al antiguo régimen, aun cuando no hay en el CCDF artículo alguno que determinen qué se entiende por sentimientos, afectos, creencias, decoro y consideración de los demás, ni tampoco qué constituye el patrimonio moral.

En dicha ley se utilizan los conceptos de derechos de la personalidad y de honor, así como parte de las ideas que sostiene Ernesto Gutiérrez y González, el más destacado estudioso en la materia. Lo cual es de reconocerse ya que no siempre se hace caso a los estudios jurídicos realizados, en la materia de que se trate, a la hora de legislar. Es increíble que el legislador no haya contemplado la existencia de los derechos de la personalidad también en otros aspectos. De lo contrario habría integrado estos conceptos al Código Civil y sí habría un avance en esta materia. La creación de nuevas leyes que solo confunden al gobernado y hacen más complicado el acceso a los medios para la defensa de sus derechos no es siempre la mejor solución. En la parte adjetiva de la LRC destacamos las siguientes cuestiones:

- En el artículo 1 se dice que la ley está inspirada en la protección de los derechos de la personalidad a nivel internacional en términos del artículo 133 de la CPEUM.
- Su finalidad es regular el daño al patrimonio moral, derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión.
- Su objeto es garantizar los siguientes derechos de la personalidad: el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen de las personas.

- Los derechos de la personalidad corresponden a la persona física, son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables. Reconocen a la persona moral los mismos derechos, en tanto sea compatible con su naturaleza jurídica.
- La fracción IV del artículo 7 establece que los derechos de la personalidad son: los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizados por el ordenamiento jurídico. Los derechos de la personalidad tienen un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas.
- La fracción VI, del mismo artículo define al patrimonio moral como: el conjunto de bienes no pecuniarios, obligaciones y derechos de una persona que constituyen una universalidad de derecho. Se conforma con los derechos de la personalidad.
- El honor es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable. (Estas tres últimas definiciones fueron retomadas del maestro Ernesto Gutiérrez y González en su obra titulada El patrimonio.)

Los derechos de la personalidad son reconocidos a nivel internacional, de acuerdo con las convenciones y declaraciones firmadas por México. La persona posee un patrimonio moral que se constituye por los derechos de la personalidad. De acuerdo a la definición de los derechos de la personalidad, las cuestiones reguladas en esta ley son sólo una pequeña parte de ellos.

Por lo tanto, si los derechos de la personalidad son reconocidos a nivel internacional y éstos son, a su vez, los que integran el patrimonio moral de

la persona, entonces el patrimonio moral es reconocido en el ámbito internacional. Lo que apoya nuestra perspectiva de derecho comparado en la que afirmamos el reconocimiento de los derechos afectivos y los derechos afectivos sexuales en el derecho internacional.

En el presente trabajo se ha desarrollado una parte del aspecto afectivo de la personalidad a partir de una cuestión fundamental para el desarrollo de ésta: el placer como sentimiento innato y su relación con la sexualidad. Desde el paradigma heterosexual - homosexual ha quedado claro ya que la preferencia genérica hacia el mismo sexo no es ninguna enfermedad, ni un error de la naturaleza, ni el resultado de un trauma psicológico experimentado en la infancia. Ya que como se expuso en el primer capítulo ninguna de estas corrientes y tipos de estudios es concluyente. Simplemente somos, tenemos necesidades afectivas, sea desde la perspectiva homosexual o heterosexual. Poseemos la misma capacidad de expresarnos a partir de una u otra y desarrollar gran parte de nuestro ser en ella.

Al respecto se han mencionado los avances en la legislación nacional, con la emisión de leyes como la Ley de Sociedad de Convivencia, aunque está limitada frente a las adiciones del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Coahuila. Estas últimas son muestra de una forma congruente de legislar, al ubicarlo dentro del ordenamiento adecuado y no con la emisión de nuevas leyes que solo saturan el derecho positivo.

Con lo expuesto hasta ahora se responde a la pregunta ¿por qué regular los derechos de la personalidad y considerarlos como elementos básicos del patrimonio moral de la persona? Hay dos interrogantes todavía: ¿para qué y cómo regular los derechos de la personalidad? Trataremos de responder a cada una de ellas. La respuesta a la primera pregunta parece obvia. Hay que regular los derechos de la personalidad, particularmente los derechos

afectivos, para otorgar seguridad jurídica al gobernado, de que sus derechos son exigibles a los demás y de que en caso de ser vulnerados éste puede poner en marcha su acción en contra de quien considera responsable. Por otro lado, la seguridad también implica claridad en los alcances de estos derechos, pues hasta ahora pocos se encuentran sistematizados. Por ello cuando decimos que se nos ha causado daño moral nos referimos a este tipo de bienes que no tenemos muy claros, pero que percibimos o intuimos por medio de nuestro aparato sentimental.

Para qué regular estos derechos si ya existen los Derechos Humanos, argumentan algunos. El sentido de estos últimos derechos es para nosotros útil, principalmente a nivel político nacional e internacional. Como una serie de principios y derechos, en los que existe un *acuerdo* de la comunidad internacional, en cuanto a establecer y fomentar su protección. Estos son encaminados a proteger al ser humano frente a los abusos que pudiera cometer en su contra los funcionarios públicos, representantes del poder del Estado. Pero la persona existe tanto frente al Estado como frente a sus semejantes y otras personas no físicas. Su patrimonio moral vale tanto para unos como para otros.

Los derechos de la personalidad son inherentes a la persona y surgen de los atributos que le son propios. Son útiles, en cuanto determinan con mayor exactitud en qué consiste cada uno. Aclaran lo que antes se intuye, una vez que se ha causado el daño.

Nuestra propuesta es a nivel constitucional, pues consideramos que los derechos de la personalidad alcanzan ese rango. Ya que “un aspecto importante de la autorrealización de la mayoría de los individuos está dada por las diversas modalidades de vida afectiva, sexual y familiar...”<sup>315</sup> De tal

---

<sup>315</sup> Nino, Carlos S. Op, cit. p. 225

modo que los bienes que constituyen el patrimonio moral de la persona se identifican con los derechos de la personalidad cuya función es “atrincherar esos bienes contra medidas que persigan menoscabar el beneficio de otros o del conjunto social o de identidades supraindividuales. Esos bienes son los indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos pudieran proponerse.”<sup>316</sup>

Se puede afirmar entonces que, los derechos de la personalidad son parte de esos bienes, constituidos sobre el desarrollo de la persona y su proyecto de vida. Y que a su vez conforman el patrimonio moral tanto frente al Estado como frente a la sociedad. Pues al legislar “no se trata de explicar un fenómeno, sino de estudiar cómo se puede producir un determinado resultado dadas ciertas condiciones; no tanto de conocer una realidad, como de obtener unos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos y datos previos.”<sup>317</sup>

El patrimonio moral de la persona es ya una realidad dentro del derecho internacional y en diferentes legislaciones nacionales como las mencionadas en párrafos anteriores. Por qué no reconocerlas también en la Constitución. Para continuar, desde esta base, con la tarea de su sistematización. Nuestro enfoque sólo abarca un aspecto de la múltiple gama de los derechos de la personalidad.

Desde la perspectiva ética de los sentimientos y la sexualidad hemos ubicado a los derechos afectivos en el campo de los derechos de la personalidad. Estos se extienden hacia otras áreas de la existencia que dejamos señalados. Además, se encuentran en armonía con los principios

---

<sup>316</sup> *Ibíd*em, p. 223

<sup>317</sup> Atienza, Manuel, Contribución a una teoría de la legislación, Editorial Civitas S.A., España, 1997, p. 21

éticos que se vienen promoviendo no sólo en el discurso político sino también en la política interna de cada Estado.

Proponemos adicionar el artículo cuatro de la CPEUM. La adición propuesta es la siguiente:

Artículo 4

.....

**Toda persona posee un patrimonio moral que está constituido principalmente por los derechos de la personalidad en sus dimensiones social pública, afectiva y psicosomática, mismas que deberán ser individualizadas en el ordenamiento jurídico para su protección y deber de respeto, tanto frente al Estado como ante los particulares.**

**La dimensión afectiva recae principalmente en *un conjunto de bienes constituidos por las proyecciones físicas o psíquicas del ser humano que intervienen en el desarrollo integral de la persona, en sus manifestaciones y vínculos de afecto hacia sí, hacia otras personas o hacia determinados objetos, denominados derechos afectivos.***

Desde la perspectiva de los derechos afectivos que en el presente trabajo parten del paradigma heterosexual homosexual, seguidos del placer y los valores guía. La individualización de los derechos afectivos se sostiene en la siguiente propuesta de sistematización:

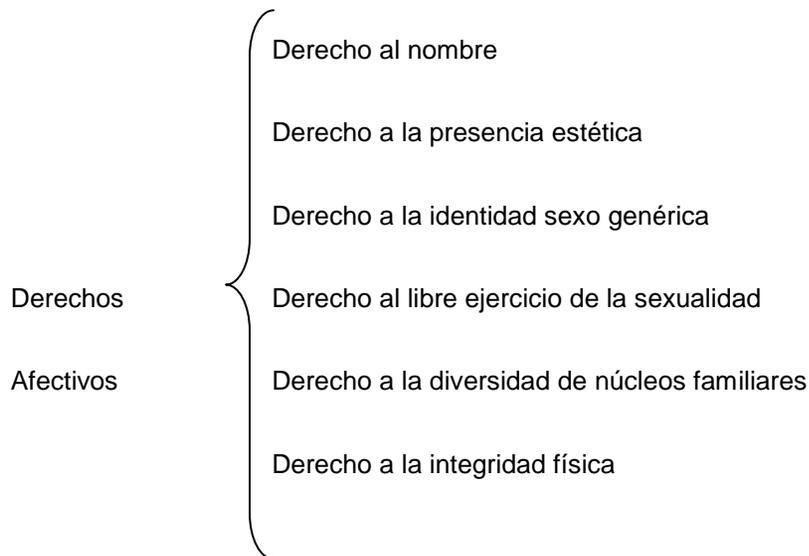


Figura. 3

El **derecho al nombre** es parte de los derechos afectivos, por la importancia que tiene en el desarrollo individual y social de la persona. El nombre individualiza a la persona, la hace identificable y con él se impone ante la sociedad y el Estado. Es una proyección psíquica que se materializa y se convierte en un signo fundamental de la identidad personal. Por ello consideramos que es parte de los derechos afectivos. Como base de una sistematización futura del derecho al nombre como derecho afectivo, adoptamos el siguiente concepto:

Nombre es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del ser humano, de tener para sí, una denominación propia y los apellidos o patronímicos de sus ascendientes, con los que se le designa e individualiza en todas las manifestaciones de su vida social.<sup>318</sup>

Este derecho tiene una relevancia específica en los casos de personas transexuales quienes necesitan adaptar su situación jurídica a su realidad psíquica y física. Aunque ya se hicieron algunas reformas en esta materia, falta cultura jurídica y sexual por parte de los funcionarios públicos. El

<sup>318</sup> Ernesto Gutiérrez y González. Op, cit. p. 894

Registro civil presenta, entre otras, la siguiente argumentación para negar la corrección del acta de nacimiento:

- 1.- La persona (transexual) es un enfermo mental, padece una psicopatología que requiere urgentemente tratamiento psicológico y no una rectificación de acta
- 2.- La persona padece una perversión sexual que se encuentra contemplada dentro de las parafilias como lo son pedofilia, zoofilia, necrofilia, entre otras, así como lo es el homosexualismo, y el travestismo.
- 3.- La persona es un travesti no un transexual.
- 4.- La persona es un artificio producto de una serie de cirugías, “una aberración social”
- 5.- El cambio de sexo no está contemplado en la ley.
- 6.- Las mujeres no nacen en los quirófanos.
- 7.- La parte actora no es un verdadero transexual.<sup>319</sup>

**El derecho a la presencia estética** está dentro de los derechos afectivos. Es una proyección psíquica que se manifiesta públicamente. Encuentra su raíz en el sentido de respeto e identificación de la persona consigo misma. Aquí hay una fuerte influencia de las costumbres sociales, que casi siempre son choques entre las nuevas y las viejas generaciones. En este derecho está comprendido el sentimiento de lo que el individuo considera debe ser su presencia física ante la sociedad, y lo que ésta o una parte de ella, por su parte considera que implica la presencia de un sujeto que se mueve en el campo de la misma.<sup>320</sup>

La concepción que tenga de sí mismo se manifiesta en su presencia estética, en su aspecto exterior. Lo que abarca uno de los aspectos del

---

<sup>319</sup> Flores, Víctor Hugo. Fuente: <http://www.transexualegal.com/regcivil/argumentos3.html> Consulta Enero de 2008

<sup>320</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, Op, cit. p. 904

desarrollo integral de la persona. El término “estética” se usa en el sentido de la apreciación propia de la persona. Ella definirá que es para sí misma estético. Ahora bien este derecho comprende varios aspectos, que varían de acuerdo a la sociedad y la época. Entre ellos se pueden mencionar, a manera de ilustración, los siguientes: la indumentaria, la estética del rostro, el tatuaje y la cirugía estética.

La indumentaria es la vestidura que cubre el cuerpo, así como cualquier otro adorno que la persona desee portar lo que depende de la capacidad económica del sujeto. La estética del rostro supone que cada persona puede arreglar su rostro como mejor le parezca. Está el caso de las personas transexuales y travestí. Todos gozamos del derecho a arreglar nuestro rostro e indumentaria de acuerdo a nuestra concepción personal y según lo que nos parezca consideren bello.

El tatuaje tiene múltiples motivaciones. Puede ser portado por razones afectivas, religiosas, políticas o simplemente por capricho personal. Sin embargo, en la actualidad se ha relacionado este tipo de prácticas a grupos sociales con tendencias delictivas. De hecho, la mayoría de las empresas públicas y privadas solicitan como requisito, no tener tatuaje alguno en el cuerpo. Queda por reflexionar si ésto constituye un principio de discriminación o se justifica en razón del trabajo que se va a desempeñar.

Mejorar la apariencia por razones personales o por razones médicas es parte del derecho a la presencia estética. También se presenta este aspecto en el caso concreto de las personas transexuales que desean someterse a cirugías o tratamientos específicos para lograr una adecuación física con su identidad psíquica.

La presencia estética es un derecho afectivo, pues se involucra directamente con una proyección física y psíquica. Parte del desarrollo de la personalidad y base para manifestar y establecer un vínculo afectivo, ya

sea hacia sí o hacia otras personas. Adoptamos para efectos de su futura sistematización el concepto siguiente:

“El derecho a la presencia estética es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del sentido de la estética que la persona tiene respecto de sí misma, y que coincidiendo o no con la apreciación estética media colectiva de un lugar y momento determinado, no pugna con el ordenamiento jurídico o la moral media.”<sup>321</sup>

**El derecho a la identidad sexo genérica y la preferencia genérica** son derechos esenciales en el desarrollo de la personalidad que se relaciona con los derechos afectivos. Son los bienes que se constituyen sobre la identidad sexo genérica y la preferencia genérica. De estos aspectos depende, en gran medida, la realización de los proyectos de vida individual así como el establecimiento de los vínculos de afecto, la formación de una familia y la propia realización del placer y la felicidad.

La identidad sexo genérica es la pertenencia al grupo “de las mujeres” o “de los hombres” (siento que soy mujer o siento que soy hombre) con las consecuencias de conducta, instrumentales, eróticas (quién me debe gustar, a quién le debo gustar, cómo vestir, qué decir, etc.) pertinentes. La Identidad de Género habitualmente concuerda con el Sexo de la persona; cuando no hay esta concordancia sexo-genérica la persona es Transexual”<sup>322</sup>.

Me puedo asumir como hombre o como mujer y al mismo tiempo sentir atracción por personas de la misma o diferente identidad sexogenérica, incluso por ambos. De acuerdo al concepto que hemos adoptado la preferencia genérica se dirige “hacia los aspectos fenotípicos y externos,

---

<sup>321</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, Op, cit. p. 911

<sup>322</sup> Chávez Lanz, Oscar, Diccionario de sexualidad No publicado

los que pertenecen más a lo que categoriza a una persona como integrante del género masculino o femenino.”<sup>323</sup>

Para su futura sistematización proponemos el siguiente concepto:

*El derecho a la identidad sexo genérica y la preferencia genérica es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica y física del ser humano en el sentido de su propia identificación y preferencia en el ejercicio de su sexualidad. Puede o no coincidir con la práctica general colectiva de un lugar y momento determinado y debe ser reconocida de forma fehaciente por el Estado.*

El **derecho al libre ejercicio de la sexualidad** es un bien jurídico que abarca varios aspectos. Entre ellos se pueden mencionar los siguientes: derecho a decidir en forma libre e informada sobre el cuerpo y sexualidad de la persona; derecho a ejercer y disfrutar plenamente de la vida sexual; derecho a manifestar públicamente mis afectos; derecho a vivir libre de violencia sexual. El libre ejercicio de la sexualidad cubre varios aspectos del desarrollo de la personalidad. Por ello anotamos el concepto específico de **derecho afectivo-sexual: es un bien jurídico constituido sobre el ejercicio pleno de la vida sexo erótica, con independencia de la preferencia genérica de la persona. Implica el acceso libre a los medios que le permitan su desarrollo, así como la autodeterminación para decidir sobre su propio cuerpo y su capacidad reproductiva; su único límite será el respeto a las demás personas y el consentimiento de la persona con la que se pretenda establecer un vínculo afectivo sexual.**

---

<sup>323</sup> Álvarez-Gayou Jurgenson, Juan Luis, **Homosexualidad; derrumbe de mitos y realidades** Benemérita Universidad Autónoma de Puebla Colección Tercer Milenio, serie sexualidad y cultura, México, 1997, p.31

Por otro lado tenemos el **derecho a la diversidad de núcleos familiares**. No hay una sola y mejor manera de ser familia; hay que aceptar la pluralidad en su conformación más allá de la tradición y las costumbres sociales preponderantes. Hay que contemplar otras formas de constituir lazos afectivos distintos al matrimonio. Dentro de este derecho se incluyen los afectos de amistad y de familia que recaen algunas veces sobre bienes muebles e inmuebles. Proponemos el siguiente esbozo del derecho: es el bien jurídico constituido sobre la pluralidad de los vínculos afectivos, económicos y sociales, permanentes. Se constituye por las proyecciones psíquicas y físicas que los integrantes del núcleo familiar consideren valiosas así como por los afectos de familia que recaigan en bienes muebles o inmuebles, considerados por el valor afectivo depositado en ellos.

Estamos en el mundo y nos expresamos por medio de nuestro cuerpo. Este es nuestro máspreciado bien. Por medio de él podemos disfrutar, sentir placer, relacionarnos, establecer vínculos afectivos y un sinnúmero de expresiones. El cuerpo es el punto de partida para el desarrollo de la personalidad y de la colectividad. Por ello consideramos que el **derecho a la integridad física** es un derecho afectivo. Cuando el cuerpo es lesionado tal acto trasciende a la vida afectiva de la persona. De tal forma adoptamos este concepto:

Derecho a la integridad física es la proyección psíquica del ser humano, constituida por la exigencia de que los demás miembros de la colectividad, respeten su cuerpo, y que regula y sanciona el ordenamiento jurídico.<sup>324</sup>

De esta manera quedan enunciados algunos de los que consideramos son derechos de la personalidad y, más puntualmente, derechos afectivos.

---

<sup>324</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, Op, cit. p. 1037

## CONCLUSIONES

**Primera.** Los derechos afectivos constituyen un bien jurídico que tiene por contenido a las proyecciones físicas o psíquicas del ser humano que intervienen en el desarrollo integral de la persona, así como en sus manifestaciones y vínculos de afecto.

**Segunda.** Las proyecciones de la vida sexo-erótica generan vínculos afectivos que surgen con independencia de la preferencia genérica. Estos son materia del derecho afectivo sexual.

**Tercera.** La persona es ser y tener. Parte de ese ser se manifiesta en tres grandes campos: el público, el afectivo y el psíquico somático. Los derechos de la personalidad, expresión del patrimonio moral, reflejan dicha dicotomía.

**Cuarta.** El lenguaje de los sentimientos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos resalta valores-guía reconocidos universalmente como fundamentales en el desarrollo personal y social. Dichos valores deben ser motivo de reflexión e instrumentación para su efectivo cumplimiento.

**Quinta.** El neoconstitucionalismo parece ser la mejor opción teórica para encuadrar los derechos afectivos en el campo de la teoría jurídica. Destaca la importancia de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los derechos afectivos, como parte del los derechos de la personalidad. La expresión de los derechos afectivos del ser humano es universal, indisponible y personalísimo.

**Sexta.** Los derechos de la personalidad destacan las características de la persona humana en su desarrollo y acentúan su disfrute. Los derechos afectivos contribuyen a desarrollar los derechos fundamentales porque la

Constitución deber ser, ante todo, un instrumento para modelar las relaciones sociales.

**Séptima.** La sexualidad humana es parte del patrimonio moral de la persona. Es necesario reconocer la importancia del placer en sus diversas manifestaciones afectivas y fomentar una cultura del cuidado de sí, que entrañe el cuidado del otro como parte de la construcción de la dignidad humana.

## CONCLUSIONES GENERALES

**PRIMERA.** Estamos en el mundo, poseemos un cuerpo, un intelecto y un espíritu, nos distinguimos de los demás animales por nuestra capacidad de sentir y de generar placer. Vivimos, anhelamos y experimentamos una multitud de sentimientos y justificamos nuestra existencia en valores y principios, encaminados a la realización del bien propio y ajeno.

**SEGUNDA.** Como punto de partida la reflexión hecha desde la Comunidad Lésbica, Gay, Bisexual y Transexual nos invita a la reflexión de qué y cómo estamos viviendo. Pues la persona humana existe en un doble aspecto del interior al exterior y de éste al interior. En esta medida nos encontramos determinados por el mundo que nos rodea y al mismo tiempo somos capaces de determinar a éste a partir de nuestro interior.

**TERCERA.** Los afectos que se derivan del ejercicio de la sexualidad no son homogéneos y no se agotan en la heterosexualidad. Poseemos un cuerpo como vehículo a través del cual podemos desarrollar nuestro ser interior desde las más variadas y diversas formas de vida. La preferencia genérica es objeto y fuente de placer, en el entendido de que el placer lo es a condición de poseer dos elementos: el racional y el axiológico. De tal manera que no puedo justificar mi placer en detrimento del placer ajeno.

**CUARTA.** La afirmación anterior, implica repensar los lazos de familia y de parentesco, así como la repercusión de estos en la vida social y política. Por ello, es necesario el cambio no tanto de las leyes como de los pensamientos que encaminan las reformas y las adiciones. Desde aquí cabe impulsar valores y principios, instrumentados en derechos y políticas sociales efectivas que amplíen el marco de elección y de seguridad.

**QUINTA.** Es imperativo saber de qué estamos hablando cuando se pretende legislar un aspecto vital en el desarrollo humano: los sentimientos. Por ello adoptamos los términos Derecho Afectivo y Derecho Afectivo Sexual para designar las entidades cuya regulación defendemos.

**SEXTA.** Las categorías apuntadas intentan, además, destacar la importancia del desarrollo humano y de la búsqueda del placer o felicidad. Nunca como hoy la existencia humana se ve amenazada por la violencia, la indiferencia y la falta de valores fundamentales. Pero no me refiero a la preservación a ultranza de los valores tradicionales, sino a los valores que han sido resultado de la crítica y de la historia. Valores y principios que nos impulsen a ser cada uno lo que quiera ser, desde la perspectiva propia en armonía con la existencia ajena.

**SÉPTIMA.** De manera que el Estado dará el máximo de libertad y de seguridad a sus gobernados, sin favorecer un modelo de vida sobre otro. La libertad a la que nos referimos debe ser entendida en un marco de interdependencia entre iguales en derechos y desiguales en expresiones y formas de vida. De lo contrario, el control social no existe y se vuelve discriminación, desigualdad y odio hacia todo aquello que no es igual a mí.

**OCTAVA.** La corrientes jurídicas aquí estudiadas persiguen el desarrollo humano y social bajo ideales axiológicos y jurídicos muy similares. Sin, embargo el neoconstitucionalista parece ser la mejor opción para reivindicar el sentido humano en el máximo ordenamiento y las leyes que de éste se derivan.

**NOVENA.** Reconocer que los afectos son bienes jurídicos es ocuparse de uno de los aspectos más importantes del desarrollo humano, individual y social. A pesar de todas las dificultades que presenta el tema, se han dejado sentadas varias líneas de estudio en las que se destaca que es

necesario repensar las formas establecidas para, en su caso, adecuarlas a las circunstancias que hoy se viven.

**DÉCIMA.** Nos ubicamos en la postura que reconoce la conexión entre derecho y moral. Consideramos que el contenido de los textos legales constituyen llamamientos a sentir y practicar los valores. Ser conscientes de esto, nos hará meditar acerca de qué tipo de leyes se están creando, para qué y por qué es necesaria su creación; o si acaso, ese contenido puede ser ubicado dentro de los códigos adjetivos ya existentes.

## FUENTES GENERALES

González Torres Roberto A. Tesis titulada **Los derechos afectivos y la importancia de mejorar su protección jurídica**. Facultad de derecho. Ciudad universitaria, 2003

Linares Carranza, Andres, Et al, En conferencia titulada **“Aspectos procesales de la Ley de sociedades de convivencia”**. Facultad de Derecho UNAM, 26 de febrero de 2007.

## HEMEROGRÁFIA Y DICCIONARIOS

Cabanelas, Guillermo. **Diccionario de filosofía**. Vigésima edición. Editorial Heliasta, S. R. L., Argentina, 1986

**Diccionario del español usual en México**. Centro de estudios lingüísticos y literarios. Editado por el Colegio de México. México, 2001

Dorsh, Friedrich. **Diccionario de psicología**. Editorial Herder. Segunda edición. Barcelona, 1978

Chávez Lanz, Oscar, **Diccionario de sexualidad** No publicado

**Equidad de género y medio ambiente**. Ensayo, Instituto Nacional de las Mujeres. México, 2003,

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de lo Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. México, 2007.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969 entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar, la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994, entrada en vigor el 5 de marzo de 1995.

Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la [Asamblea General de las Naciones Unidas](#) en su Resolución 217 A (III), de [10 de diciembre](#) de [1948](#) en [Paris](#), Francia.

Declaración de Valencia de los Derechos Sexuales, Valencia España, 1997

Declaración Universal de los Derechos Sexuales. Aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología. El 26 de agosto de 1999. En [www.sexovida.com/declaracion.htm](http://www.sexovida.com/declaracion.htm)

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003.

Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida sin Violencia publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007.

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista. México, 2007.

Código Penal del Distrito Federal reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 26 de abril de 2007.

Ley de Responsabilidad civil para la protección del Derecho a la vida privada, el honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal. Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo del año 2006.

Ley de Sociedades de Convivencia publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre de 2006.

Código Civil del Estado Libre y Soberano de Coahuila, reformas publicadas el 12 de enero de 2007.

#### VINCULOS DE INTERNET

Bisexualidad, **¿un disfraz de la homofobia internalizada?** En línea: [.www.ucm.es/info/rqtr/biblioteca/estudios%20gltb/bisexualidad.doc](http://www.ucm.es/info/rqtr/biblioteca/estudios%20gltb/bisexualidad.doc)

Carbonell, Miguel. **Consideraciones sobre la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.** En línea: [www.bibliojuridica.org/libros/5/2312/14.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2312/14.pdf)

Comanducci, Paolo. **Constitucionalización y teoría del derecho.** Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba, 23 de agosto 2005. En línea: [www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-06.pdf](http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-06.pdf)

Copca Oscar, “Del joteo ... al jotismo”, en línea:  
<http://www.enkidu.netfirms.com/art/2005/150305/E-065/150305.htm>

Enciclopedia GER. Acto moral I. En línea:  
[http://www.canalsocial.net/GER/ficha\\_GER.asp?id=5556&cat=etica](http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=5556&cat=etica)

Escalante Gonzalbo, Fernando. El derecho a la privacidad. En línea:  
<http://www.ifai.org.mx/publicaciones/derecho.pdf>

Flores, Victor Hugo. En línea:  
[www.transexualegal.com/regcivil/argumentos3.html](http://www.transexualegal.com/regcivil/argumentos3.html)

Garzón Valdés, Ernerto. Lo íntimo, lo privado y lo público. En línea:  
<http://www.ifai.org.mx7publicaciones/cuadernillo6.pdf>

Huertas Jiménez, María José. **Do critical international legal studies effectively deny the existence of a positive international law?** 12  
Revista electronica de estudios internacionales (2006). En línea:  
[www.reei.org/reei%2012/HuertasJimenez\(reei12\).pdf](http://www.reei.org/reei%2012/HuertasJimenez(reei12).pdf)

Kennedy, Duncan. Notas sobre la historia de CLS en Estados Unidos.  
Doxa, 1992. En línea:  
[WWW.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa11\\_13.pdf](http://WWW.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa11_13.pdf)

Moresco, José Juan. **“Comanducci sobre neocosntitucionalismo.”**  
Isonomía No 19 Octubre de 2003 En  
línea:[www.cervantesvirtual.com.servlet/SirveObras/01372719724684726977680/isonomia\\_12.pdf](http://www.cervantesvirtual.com.servlet/SirveObras/01372719724684726977680/isonomia_12.pdf)

Pérez Fuentes, Gisela María. Evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en

**España.** Revista de Derecho Privado. Nueva Época año III. Num. 8, Mayo-Agosto de 2004, En línea: [www.juridicas.unam.mx/publica/libre/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr4.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/libre/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr4.pdf)

Pérez Hualde, Alejandro, “**Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo.**” 2007 En línea: [www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-06.pdf](http://www.encuentroparana.com.ar/archivos/ponencia-06.pdf)

Pozzolo, Susana. “**Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.**” Universidad de Génova, Italia. Doxa 21-II (1998) En línea: [www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II\\_25.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_25.pdf)

Unger, Roberto M., Citado por Carrino Agostino. **Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los «Critical Legals Studies».** Traducción de Elena Beltrán Pedreira del original en italiano publicado en la Revista Democrazia e Diritto año XXX, Nº 5-6, septiembre-diciembre,1990. En línea:<http://www.cervantesvirtual.com/fichaobra.html?Ref=15637&portal=4>

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

Álvarez-Gayou Jurgenson, Juan Luis, **Homosexualidad; derrumbe de mitos y realidades** Benemérita Universidad Autónoma de Puebla Colección Tercer Milenio, serie sexualidad y cultura. México, 1997

Álvarez, Norberto. **Hacia una teoría psicoanalítica de la justicia.** Servicio de publicaciones Universidad de Alcalá. España, 1999

Aranguren L. José Luis. **Ética.** Tercera Reimpresión en Alianza Editorial, España 1985

Aristóteles. **Ética Nicomaquea**. Segunda edición. Editorial UNAM. México D. F.1983.

Aristóteles. **Política**. Editorial Porrúa. México, 2000.

Atienza, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Editorial Civitas S.A. España, 1997

Atienza, Manuel. **El sentido del Derecho**. Editorial Ariel. España 2001

Becerra-Fernández, Antonio. **Transexualidad**. La búsqueda de una identidad. Editorial Díaz Santos. Madrid, España, 2003

Blackburn, Simón. **Sobre la bondad**. Una breve introducción a la ética. Traductor Ramón Vilá Vernis. Editorial Paidós. España, 1993

Camps, Victoria. **Ética, retórica y política**. Alianza Editorial. España, 1995

Camps, Victoria. **Virtudes Públicas**. Tercera edición 1996. Editorial Espasa Calpe. España, 1996

Careaga Gloria y Salvador Cruz (compiladores). **Sexualidades Diversas**. Aproximaciones para su análisis. Editorial porrúa. Programa Universitario de Estudios de Género, Cámara de Diputados. México, 2004

Castañeda, Marina. **La experiencia homosexual**. Para comprender la homosexualidad desde dentro y desde fuera, Editorial Paídos. México, 2000

Castilla del Pino, Carlos. **Teoría de los sentimientos**. Tusquets Editores, S.A. España, 2000

Cisneros, Isidro H. **Tolerancia**. El desafío de nuestro siglo. Editorial Porrúa. México, 2004

Corres Ayala, Patricia. Bedolla Miranda, Patricia. Martínez Torres, Isabel. **Los significados del placer en mujeres y hombres**. Editorial Fontamara. México, 1999

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. **Sociología Jurídica y Uso Alternativo del Derecho**. Instituto Cultural de Aguascalientes. Gobierno del Estado de Aguascalientes. México, 1997

De la Torre Rangel, Jesús Antonio (coordinador y coautor). **Derecho alternativo y crítica jurídica**. Editorial Porrúa. México, 2002.

Eroles, Carlos. (coordinador) **Familia (s), estallido, puente y diversidad**: una mirada transdisciplinaria de derechos humanos. Editorial Espacio. Buenos Aires, 2006.

**Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Editorial Trotta, Instituto de investigaciones jurídicas- UNAM. México, 2005

Farré, Luis. **Antropología filosófica**. Ediciones Guadarrama S.A. Madrid, 1968

Ferrajoli, Luigi **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Cuarta edición. Editorial Trotta. Madrid, 2004

Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Editorial Trotta. Madrid, 2005

Foucault, Michel **Historia de la sexualidad humana**. La inquietud de sí, Sexta edición en español. Editorial Siglo XXI Barcelona, España, 1993

Fromm, Erich. **Espíritu y sociedad**. Editorial Paidós. Madrid, 1996

Fronzizi, Risieri. **¿Qué son los valores? Introducción a la axiología**. FCE. México, 1986

Garay, Oscar E. **Derechos fundamentales de los pacientes**. Editorial Ad Hoc Villela. Buenos Aires, 2003

Gevaert, Joseph. **El problema del hombre**. Introducción a la antropología filosófica. Duodécima Edición. Ediciones Sígueme. Salamanca, 2000

Guasch, Óscar **La crisis de la heterosexualidad**. Editorial Alertes 1997

Guastini, Ricardo. **Estudios de teoría constitucional**. Editorial UNAM Fontamara. México, 2001

Guisán, Esperanza. **Ética sin religión**. Alianza editorial. Madrid, 1993

Gutiérrez y González, Ernesto. **El patrimonio**. El pecuniario y el moral derechos de la personalidad. Octava edición. Editorial Porrúa. México, 2004

Heller, Agnes. **Teoría de los sentimientos**. Editorial Fontamara. México, 1999

Hierro, Graciela. **La ética del placer**. Editorial UNAM. México, 2003

**Historia de la ética**. Volumen 1 De los griegos al renacimiento. Editorial Crítica. España, 1999

**Historia de la ética**. Volumen 2. La ética moderna. Editorial Crítica. España, 1999

Lafer, Celso. **Ensayos liberales**. Fondo de Cultura Económica. México, 1993

Lamas, Martha (compiladora.) **El género. La construcción cultural de la diferencia sexual** Programa Universitario de Estudios de Género (PUEG). México, 1996

Larroyo, Francisco. **Los principios de la ética social**. Décimo sexta edición. Editorial Porrúa. México, 1981

Medina, Graciela **Los Homosexuales y el derecho a contraer matrimonio**. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2000

Meján, Luis Manuel C. **El derecho a la intimidad y a la informática**. Editorial Porrúa. México, 1994

Mill, John Stuart. **El Utilitarismo**. Alianza Editorial. Madrid, 2002

Mill, John Stuart. **Sobre la libertad**. Cuarta edición, Alianza Editorial. España, 1984

Mondragón, Carlos. Coordinador. **Concepciones de lo humano**. Cómo explicaron la conducta, las emociones y el pensamiento los más influyentes psicólogos del siglo XX. Editorial Paidós, México, 2002

Nino, Carlos S. **Ética y derechos humanos**. Un ensayo de fundamentación. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1989

Nohl, Herman. **Introducción a la ética**. Fondo de Cultura Económica, México, 2004

Nova Monreal, Eduardo. **Derecho a la vida privada y libertad de información**. Un conflicto de derechos. Quinta edición. Editorial Siglo XXI. México, 1997

Peces - Barba Martínez, Gregorio. **Derecho y derechos fundamentales**. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993

Peces - Barba Martínez, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. Segunda edición. Editorial Dykinson. España, 2003.

Pérez Contreras, María Montserrat **Derechos de los homosexuales**. IPN, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. UNAM, Instituto de investigaciones políticas. México, 2001

Pitch, Tamar. **Un derecho para dos**. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Editorial Trotta. Madrid, 2003

Porras Rengel, Juan F. **Lógica del sentimiento**. Ensayo de una antropología filosófica. Tomo I, Monte Ávila Editores Latinoamericana. Venezuela, 1996

Porras Rengel, Juan F. **Lógica del sentimiento**. Ensayo de una antropología filosófica. Tomo II, Monte Ávila Editores Latinoamericana. Venezuela, 1996

Preciado Hernández, Rafael. **Lecciones de filosofía de derecho**. Tercera edición, Editorial. UNAM. México, 1997

Rico Galindo, Blanca **¿Cómo Ves? La Sexualidad** Editorial UNAM, México D. F. 2001

Rebollo Delgado, Lucrecio, **El derecho fundamental a la intimidad**, Editorial Dykinson, Madrid, 2000

Rodríguez Lozano, V. **Ética I. Ética y moral personal**. Editorial Alhambra. España, 1982

Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil Mexicano**. Introducción y personas. Tomo I. Sexta edición. Editorial Porrúa. México, 1990

Sánchez Vázquez, Adolfo. **Ética**. Editorial Crítica. España, 1999.

Spargo, Tamsin. **Foucault y la teoría queer**. Editorial Gedisa Barcelona, España, 2004

Tamayo y Salmoran, Rolando. **Elementos para una Teoría General del Derecho**, introducción al estudio de la ciencia jurídica. Colección teoría del derecho. Segunda edición. Editorial Themis. México, 1998

Trigeaud, Jean-Marc. **Humanismo de la libertad y filosofía de la justicia**. Traductora María Luisa Marin Cartan. Editorial Resus, S.A. Madrid, 1991

Tugendhat, Ernst. **Lecciones de ética**. Editorial Gedisa. Barcelona, 1997

Unger. Knowledge and politics. Traducción al castellano de L. Rodríguez Ozan. Fondo de Cultura Económica. México, 1985

Viñales, Esmeralda. Comp. **Antología de lecturas sobre Sexualidad**. Red Democracia y Sexualidad, publicación independiente. México, Distrito Federal, 1999

Wolkmer, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**, Fundamentos de una nueva cultura del Derecho. Traducción, revisión y Estudio preliminar David Sánchez Rubio. Editorial MAD. España, 2006.