

Número 4

AGOSTO 2024

REHISDEHU

REVISTA HISPANOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ISSN 2952-1882



4



REVISTA HISPANOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS



María del Ángel Iglesias (Dir.)
Manuel Palomares (Coord.)



EQUIPO EDITORIAL

Dirección: Dra. María del Ángel Iglesias Vázquez (UNIR)
Subdirección: Dr. Manuel Palomares Herrera (UNIR) y Dra. Ángela Casals Fernández (Universidad CEU San Pablo)
Colaboradores: Dra. Anna Buchardó Parra; Dr. Mariano Rodrigo Navas Escribano; Dña. Alba Gisbert García; D. José Antonio Romero Lara

EQUIPO CIENTÍFICO

Dr. Antonio Tirso Esther Sánchez (ULPGC)
Dr. Rubén Miranda Gonçalves (ULL)
Dr. Víctor Luis Gutiérrez Castillo (UJA)
Dr. Víctor Martínez- Patón (UNIR)
Dra. Avelina Alonso de Escamilla (CEU San Pablo)
Dra. Carmen Figuero Navarro (UAH)
Dra. Mereces Salido López (UNIR)
Dra. Laura Miraut Martín (ULPGC)
Dra. Susana Blanco Miguélez (UNIR)
Dra. Izabel Rigo Portocarrero (USAL)
Dr. Luca Paladini (Università per stranieri di Siena)
Dra. Eva María Getino Calama (UNIR)
LL.M. adv. Mario Manuel León Pulido (Universidad ECCI)
LL.M. adv. José Javier Fernández Hernández (ICAM)



Entidad editora: IIDH
Página web: <http://iidhespana.org/>

La Revista Hispanoamericana de Derechos Humanos (REHISDEHU) nace, en 2022, como iniciativa de miembros del Instituto Internacional de Derechos Humanos de España, al que está asociada. Se trata de una publicación académica de carácter semestral, abriendo la recepción de artículos científicos en los meses de mayo y diciembre.

La REHISDEHU tiene como principal objetivo la difusión de contribuciones científicas, análisis de casos, y jurisprudencia, sobre la promoción y protección internacional de los derechos humanos desde diferentes disciplinas y enfoques.

Con la Revista se pretende difundir investigaciones de calidad, contribuyendo al diálogo interdisciplinario e interregional con el fin de abrir debate sobre la promoción y la protección de los derechos humanos desde diversas perspectivas.

Se dirige, principalmente, a la comunidad académica y profesional de los 19 países de la comunidad hispanoamericana, donde se habla el español, sin perjuicio de otras regiones, como la africana o asiática.

REHISDEHU está dirigida por un Equipo Editorial especializado en la disciplina y con un amplio reconocimiento investigador además de estar avalado por un Comité Científico compuesto por juristas especializados de reconocido prestigio laureado y con expertos que realizan un sistema doble ciego para la revisión por pares externos que garantizan la excelencia de la publicación.

Como REHISDEHU nace en un ente internacional humanista con el ánimo de contribuir a la Academia, es de acceso abierto y gratuito, por lo que no existe costo para la publicación de manuscritos ni para la lectura y consulta de los mismos.

Está incluida en:



Se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido siempre y cuando se cite la fuente. Los conceptos expresados son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

SUMARIO

Presentación del número 4 de la Revista Hispanoamericana de Derechos Humanos.....7

SECCIÓN I. TEMAS DE ACTUALIDAD

EL GENOCIDIO CULTURAL: SU NECESARIA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL (David Robles Ramos) SUMARIO. 1. Introducción 2. El Genocidio Cultural: su necesaria calificación en el Derecho Internacional 2.1. Antecedentes históricos del genocidio cultural 2.2. Raphael Lemkin y el Genocidio Cultural 2.3. Características del Genocidio Cultural 2.4. Grupos protegidos en el delito de genocidio 2.5. La cuestión del genocidio y las Naciones Unidas 2.5.1. Los Trabajos Preparatorios de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Genocidio 2.5.2. La Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948 2.5.3. La interpretación del genocidio cultural tras la Convención 2.6. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y la cuestión del genocidio 2.6.1. El asunto Radislav Krstić 2.6.2. El asunto Milomir Stakić 2.6.3. El asunto Vlastimir Dordevic 2.6.4. El asunto Biljana Plavšić 2.7. El Estatuto de Roma y el genocidio 2.7.1. Diferencias entre crimen de genocidio y crimen de lesa humanidad 2.7.2. El asunto Ahmad Al Faqi Al Mahdi 2.8. El patrimonio cultural y los lugares de culto religioso 2.9. La correcta aplicación jurídica del genocidio cultural 2.10. El genocidio cultural en la actualidad 2.10.1. El grupo terrorista Daesh 3. Conclusiones 4. Referencias.....9

LIDERAZGO Y LA CULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CONTEXTO MILITAR (Dahianna Mercedes Rodríguez Ortégón y José Octavio Duque López) SUMARIO. 1. Introducción. 2. Metodología. 3. Capítulo 1. 3.1. Liderazgo militar. 3.2. Liderazgo de los oficiales en formación del Ejército Nacional de Colombia. 3.3. Liderazgo de los oficiales del Ejército Nacional de Colombia. 4. Capítulo 2. 5. Capítulo 3. 6. Discusión. 7. Conclusiones. 8. Referencias.34

EL PERDÓN COMO FUNDAMENTO DE LA PAZ SOSTENIBLE EN COLOMBIA: UN ENFOQUE DESDE LA JUSTICIA TRANSICIONAL. (Mario Manuel León Pulido) SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contextualización histórica del conflicto armado interno en Colombia, con énfasis en las problemáticas sociales subyacentes. 3. Análisis de los retos del Acuerdo Final, desde su negociación hasta la implementación del Nuevo Acuerdo. 4. Estudio del perdón como condición necesaria para la construcción de una paz estable y duradera en Colombia. 5. Examen de la observancia de los mecanismos de protección multinivel de los derechos de las víctimas en el marco de la justicia transicional colombiana. 6. Análisis de la relación entre el perdón y la promoción de los Derechos Humanos. 7. Conclusiones. 8. Referencias. 54

ESTUDIO SOBRE LA NUEVA TUTELA MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL ÚLTIMO MEDIO SIGLO (Manuel Palomares Herrera y Sindy Paola Orrego Pereira) SUMARIO. 1. Planteamiento; 2. De lo habiente a lo pretendido; 3. Debate y discusión desde la sentencia italiana que acaba en el TJUE; 4. Reflexiones finales; 5. Referencias.....67

LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRESUPUESTO ESENCIAL DEL DERECHO A MORIR DIGNAMENTE (Leidy Xiomara Bautista Trujillo)	
SUMARIO:	
1. Introducción	
2. La dignidad humana	
2.1. Evolución del concepto de dignidad humana	
2.2. Dignidad humana como cimiento de los derechos humanos	
2.3. La dignidad humana en el derecho a morir dignamente	
2.4. El derecho a morir dignamente en la Unión Europea	
2.4.1. El derecho a morir dignamente en la normativa interna de los países en Europa	
2.4.2. El derecho a morir dignamente en el sistema Europeo de Derechos Humanos	
2.5. El derecho a morir dignamente en América del Norte y Latinoamérica	
2.5.1 El derecho a morir dignamente en América del Norte	
2.5.2 El derecho a morir dignamente en América Latina	
2.6 El derecho a morir dignamente en otras partes del mundo	
2.7 El derecho a morir dignamente en Colombia	
2.7.1 Evolución legal y judicial en Colombia	
2.7.2 Aspectos éticos y culturales en Colombia	
2.8 La oposición del derecho a morir dignamente	
2.9 Perspectivas médicas sobre el derecho a morir dignamente	
2.9.1 Principios de la bioética	
2.9.2 Principios de la bioética y el final de la vida	
2.9.3 El rol del personal médico en la muerte digna	
2.9.4 Desafíos clínicos y prácticos en el contexto del derecho a morir dignamente	
2.10 Impacto social y cultural del derecho a morir dignamente	
2.10.1 Percepciones sociales de la muerte y el sufrimiento	
2.10.2 Efectos en las políticas de salud pública del derecho a morir dignamente	
2.10.3 La muerte digna en el contexto de la diversidad cultural	
2.11 Perspectivas legales y jurisprudenciales globales	
2.11.1 Comparación de legislaciones internacionales	
2.11.2 Jurisprudencia significativa y casos emblemáticos	
2.11.3 Tendencias emergentes y futuras en la legislación	
3. Conclusiones	
4. Referencias	81

SECCIÓN II. RECENSIONES

RESEÑA DEL LIBRO « <i>Recensión: Iglesias M. (2024). Actores y víctimas: los crímenes internacionales y la ayuda humanitaria</i> » DE MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS, POR MANUEL PALOMARES HERRERA	114
---	-----

RESEÑA DEL LIBRO « <i>Derechos humanos, cultura e identidad: un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil</i> » DE RUBÉN MIRANDA GONÇALVES, POR MARIO MANUEL LEÓN PULIDO	117
--	-----

RESEÑA DEL LIBRO « <i>Pueblos y comunidades indígenas Definiendo los hechos, la realidad y sus derechos</i> » DE MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ, POR JOSÉ JAVIER FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ	120
---	-----

RESEÑA DEL LIBRO « <i>Asylum detention under the European Convention on Human Rights</i> » DE JUAN RUIZ RAMOS, POR MARIANO RODRIGO NAVAS ESCRIBANO	122
---	-----

SECCIÓN III. NOTAS Y COMENTARIOS

CREO EN TI, VENEZUELA, COMO EN EL AMOR PRIMERO: VENEZUELA EN LA ENCRUCIJADA ELECTORAL (Mario Manuel León Pulido)	125
---	-----

PRESENTACIÓN Y SALUDO DEL SECRETARIO GENERAL DEL IIDH-ESPAÑA

Apreciados lectores y lectoras:

En el IIDH-España estamos de enhorabuena. Con el que presentamos a continuación, ya son 4 los números que la REHISDEHU pone a disposición de la comunidad académica internacional para contribuir a los nobles propósitos de la promoción e investigación de los Derechos Humanos. Y aunque es cierto que el 4 no es un guarismo tan vistoso como el 10 o el 25, es preciso recordar (y recordarnos) que cada nuevo número que publicamos nos acerca con ganas a esas cifras. Una nueva publicación supone una contribución más al conocimiento científico sobre los Derechos Humanos y a posicionar la REHISDEHU como una Revista de referencia en esta materia. Y no menos importante: cada nuevo número es un motivo renovado de felicidad para el equipo de la REHISDEHU y, por extensión, para el IIDH-España.

Este regocijo no es, en absoluto, vacío: tenemos buenas razones para alegrarnos de la publicación de este 4º número de la REHISDEHU. En concreto, diez motivos en forma de cinco artículos, cuatro reseñas y una novedad con la inclusión de la sección "Notas y comentarios" - sobre temas de actualidad-, cuya lectura proporcionará a cualquier académico, profesional o incluso interesado en los Derechos Humanos, grandes dosis de información rigurosa, crítica y atractiva sobre muy diversos temas de este vasto campo.

Asimismo, resulta necesario destacar que, con cada número, nuestra Revista se abre no sólo al mundo académico, sino también a la sociedad civil, y en este sentido nos congratulamos de poder contar con contribuciones tanto de personal docente e investigador de las Universidades de todo el mundo como de estudiantes que se inician en la investigación en Derechos Humanos o profesionales de otros ámbitos. En cada texto podrán encontrar la cualificación del autor, así como su centro de procedencia.

Precisamente de la procedencia queremos hablar a continuación, pues junto a la multidisciplinariedad profesional que antecede a las diferentes contribuciones académicas, imperativo es resaltar también el diverso origen de los autores que participan en este número. Este 4º ejemplar vuelve a constatar, una vez más, la firme voluntad de la REHISDEHU de consolidarse como una Revista de referencia abierta a todo el mundo hispanoamericano.

Genocidio cultural, justicia transicional y cultura de Derechos Humanos en el mundo militar, eutanasia y dignidad humana, tutela multinivel, perdón y justicia transicional son los temas sobre los que versan los artículos que componen este 4º número de la REHISDEHU, y podemos asegurar que su lectura no dejará a nadie indiferente. Además, *habemus* récord de reseñas en un número de nuestra Revista por lo que, si el lector busca referencias de primer orden para interesarse por los Derechos Humanos, resulta obligatorio pasarse por la sección de "Reseñas" para echar una ojeada a las 4 obras analizadas.

Para concluir, y como es de bien nacido ser agradecido, deposito aquí el mayor reconocimiento posible al esfuerzo y al trabajo dedicado por el equipo directivo, científico y editorial de la revista por su labor a la hora de recabar las contribuciones, la edición del número y, finalmente, en la publicación de este gran 4º número. Aún recuerdo cómo en el primer número de la REHISDEHU, nuestro presidente Albert Martínez García comentaba cómo el hecho de poder crear una revista académica le parecía una utopía. Hoy nos alegramos de poder decir que es una realidad tangible a la que podemos tener acceso a golpe de 'clic'. Esperamos, espero personalmente, que este número les proporcione el mismo placer que me ha reportado su lectura y, por qué no, esas ganas de querer aportar un granito de arena al mundo de los Derechos Humanos.

Les saludo con mucho cariño y esperamos sus comentarios sobre este número, así como les invito a su participación en futuros ejemplares de una REHISDEHU que al final, como los propios Derechos Humanos, es de todos y cada uno de nosotros.

Mariano Rodrigo Navas Escribano
Secretario General del IIDH-España

SECCIÓN I.

TEMAS DE ACTUALIDAD

EL GENOCIDIO CULTURAL: SU NECESARIA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

CULTURAL GENOCIDE: ITS NECESSARY QUALIFICATION IN INTERNATIONAL LAW

David Robles Ramos

Magister en acceso a la abogacía.

Resumen

El Genocidio Cultural es un concepto jurídico controvertido que debe ser calificado de la forma más estricta. Este artículo pretende definir su encaje en el ordenamiento jurídico internacional, discutido por consideraciones legales, políticas y culturales. Se sostendrá que los símbolos, edificios y lugares de culto religioso, asociados a la identidad de un grupo determinado, que han sido objeto de destrucción como parte de una estrategia generalizada y planificada, es potencialmente comparable al delito de genocidio. Un análisis histórico-legal del concepto de genocidio cultural y la transformación de ese concepto originario de Raphael Lemkin a lo largo del siglo XX nos reflejará que el genocidio cultural evoluciona como una forma autónoma de genocidio, en contra de la inclusión de los procesos de destrucción sociocultural.

Palabras clave

Calificación jurídica, derecho internacional, evolución del Derecho, genocidio cultural, Raphael Lemkin.

Abstract

Cultural Genocide is a controversial legal concept that must be qualified in the strictest way. This end-of-degree work aims to define its fit in the international legal system, discussed by legal, political and cultural considerations. It will be argued that symbols, buildings and places of religious worship, associated with the identity of a particular group, which have been the subject of destruction as part of a generalized and planned strategy, are potentially comparable to the crime of genocide. A historical-legal analysis of the concept of cultural genocide and the transformation of this concept originally from Raphael Lemkin Throughout the twentieth century we will reflect that cultural genocide evolves as an autonomous form of genocide, against the inclusion of the processes of sociocultural destruction.

keywords

Cultural genocide, evolution of law, international law, legal qualification, Raphael Lemkin.

SUMARIO: 1. Introducción 2. El Genocidio Cultural: su necesaria calificación en el Derecho Internacional 2.1. Antecedentes históricos del genocidio cultural 2.2. Raphael Lemkin y el Genocidio Cultural 2.3. Características del Genocidio Cultural 2.4. Grupos protegidos en el delito de genocidio 2.5. La cuestión del genocidio y las Naciones Unidas 2.5.1. Los Trabajos Preparatorios de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Genocidio 2.5.2. La Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948 2.5.3. La interpretación del genocidio cultural tras la Convención 2.6. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y la cuestión del genocidio 2.6.1. El asunto Radislav Krstić 2.6.2. El asunto Milomir Stakić 2.6.3. El asunto Vlastimir Dordevic 2.6.4. El asunto Biljana Plavšić 2.7. El Estatuto de Roma y el genocidio 2.7.1. Diferencias entre crimen de genocidio y crimen de lesa humanidad 2.7.2. El asunto Ahmad Al Faqi Al Mahdi 2.8. El patrimonio cultural y los lugares de culto religioso 2.9. La correcta aplicación jurídica del genocidio cultural 2.10. El genocidio cultural en la actualidad 2.10.1. El grupo terrorista Daesh 3. Conclusiones 4. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

En la historia de la humanidad, hechos desgraciados tipificados actualmente como genocidio, actos por los que se procede a exterminar grupos humanos, han venido ocurriendo sin que sus autores fueran debidamente enjuiciados y castigados. La pretensión de mantener la paz y seguridad internacional condujo a que en 1948 la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) con el propósito de erradicar y sancionar esos deleznable hechos aprobara la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

En los trabajos preparatorios para la redacción del texto final, cobró especial relevancia la aportación de Raphael Lemkin, quien propuso, entre otros, la tipificación del genocidio cultural como *“cualquiera que, por odio contra una colectividad racial, religiosa o social, o con miras al exterminio de la misma, destruyere sus obras culturales o artísticas, será pasible por el crimen de vandalismo”*.

No obstante, tras las deliberaciones entre los partícipes en la elaboración del texto final de la Convención de 1948, se descartó el genocidio cultural o el intento de hacer desaparecer un grupo con la destrucción de la identidad colectiva que su propia cultura le presta. Si bien no se eliminó por completo la figura del genocidio cultural (se incluyeron supuestos como el traslado forzoso de niños de un grupo a otro grupo con el objetivo de hacerles perder su identidad de origen). A pesar de ello, se descarta por completo la idea original de Raphael Lemkin de incluir la definición anteriormente descrita.

La Convención de 1948 estableció las conductas punibles en su articulado, excluyendo como quedó expuesto anteriormente, el genocidio cultural. Es de descartar que, si bien existía una normativa aplicable a los Estados, la Convención era aplicable a aquellos Estados que tuviesen ratificado dicho acuerdo (recuérdese su ratificación por Estados Unidos (en adelante EE.UU.) en 1998, cuarenta años después del texto original). La creación de los Tribunales ad hoc (Ruanda, antigua Yugoslavia) fueron el precedente, tras los cuales se procede a la aprobación del Estatuto de Roma por la que se crea el Tribunal Penal Internacional, (en adelante CPI) con jurisdicción para enjuiciar los crímenes de guerra, de genocidio, de lesa humanidad y de agresión.

El Estatuto de Roma, nuevamente, excluye el delito de genocidio cultural en su articulado. Hubiera sido la ocasión perfecta para su inclusión con el pretexto que podía atentar contra la noción de genocidio en su sentido estricto. No obstante, adelantamos, que encontramos en el artículo 7º del texto la interpretación por la que podría acogerse esa figura delictiva.

Como trabajo preparatorio, analizaremos las sentencias *Croacia contra Serbia*, *Bosnia-Herzegovina contra Serbia-Montenegro*, las del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, así como la recaída en el asunto *Al Mahdi*, del Tribunal Penal Internacional entre otras.

Se analizarán, entre otros, con el objetivo de establecer un marco jurídico común del genocidio cultural, los Convenios de Ginebra, la Convención para Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el Informe revisado y actualizado sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio preparado por el Sr. B. Whitaker, los trabajos preparatorios para la elaboración del texto final de la Convención del delito de Genocidio, la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural en Tiempos de Guerra, La Haya 14 de mayo 1954 UNESCO¹, la Convención para la Prevención y el Castigo de la Importación, Exportación o Tráfico ilícito de Patrimonio Cultural, París 14 noviembre

¹ Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención 1954, aprobado en La Haya el 14 de mayo de 1954. Disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. (Última consulta 14-06-2024).

1970² UNESCO, la Convención para la protección de la herencia patrimonial mundial de la humanidad³.

Analizaremos la tipificación de la figura delictual del Genocidio Cultural en los diversos regímenes jurídicos de los países que han ratificado el Estatuto de Roma, con el objetivo de establecer su analogía y aplicación en el ámbito internacional. Entendemos que la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) está demostrando más eficiencia que el Tribunal Penal Internacional (en adelante TPI) a la hora de establecer un marco jurisprudencial del Genocidio Cultural.

Así, en una primera parte, procederemos al estudio del concepto del genocidio tras una necesaria aproximación histórica. A continuación, expondremos la evolución del delito de objeto de este artículo y la Convención para Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y la creación de los tribunales *ad hoc*. La necesaria creación de un tribunal permanente a través del Estatuto de Roma y los problemas que se derivan en el contexto histórico actual que hacen necesario revisar y adecuar la normativa internacional e incluir el genocidio cultural como uno de los crímenes elementales en el marco del genocidio.

Finalizaremos el presente artículo con unas conclusiones, no sólo a efectos de cumplir con las formalidades propias de un trabajo de este tipo, sino para señalar las principales ideas vertidas a lo largo de este estudio.

2. EL GENOCIDIO CULTURAL: SU NECESARIA CALIFICACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

2.1. Antecedentes históricos del genocidio cultural

Podemos establecer la regulación del tipo penal⁴ de genocidio tras el Holocausto de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, debemos trasladarnos varios lustros antes, al Tratado de Sèvres suscrito por Turquía por las potencias aliadas tras las matanzas sobre la población armenia entre los años 1914 y 1918. En presencia de esos crímenes, tal como refleja la declaración, los gobiernos aliados hacen públicamente responsables de los crímenes al gobierno otomano, así como a los agentes que se encuentren implicados en las matanzas.

Si bien el término “*genocidio*” como expresión que refiere la concepción actual no se empleó en el Tratado de Sèvres, sí podemos afirmar que los actos cometidos bajo su definición ya se reflejan en la jurisprudencia internacional a raíz de los actos cometidos en la Primera Guerra Mundial.

² Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales 1970, aprobado en París, el 14 de noviembre de 1970. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. (Última consulta 14-06-2024).

³ Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, aprobado el 16 de noviembre de 1972. Disponible en: <http://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>. (Última consulta 14-06-2024).

⁴ Diccionario del español jurídico: Descripción legal de la conducta delictiva abstracta que configura una clase (tipo) de delito o conducta penalmente prohibida mediante elementos positivos objetivos y subjetivos, casi todos expresos, pero alguno tácito como la imputación objetiva, unidos a la ausencia de alguna causa de exclusión de la tipicidad expresa o tácita. Disponible en: <http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-del-espanol-juridico>; (Última consulta 25-06-2024).

La locución “genocidio” genocidio proviene del griego. γένος *génos* 'estirpe' y del latín *cidio*, acción de matar, como “eliminación sistemática o exterminio de un grupo humano por razón de su religión, raza, etnia, política o nacionalidad”⁵.

Como se ha expuesto anteriormente, si bien el término “genocidio” no ha sido usado como una situación jurídica, sí lo ha sido su fenómeno. Desde que existe la humanidad y las sociedades han estado enfrentadas unas con otras, se han producido conflictos en los que ha estado siempre presente el genocidio⁶ tal y como afirmaba Jean-Paul Sartre en la valoración de la sentencia del genocidio vietnamita.

Hemos expuesto de forma somera una breve introducción al término jurídico de genocidio desde la perspectiva de sus efectos. A continuación, expondremos su naturaleza jurídica y su contexto histórico.

2.2. Raphael Lemkin y el Genocidio Cultural

Raphael Lemkin nació en 1900 en una granja cerca de la ciudad de Wolkowysk en una parte de la Rusia zarista entonces conocida como Lituania. Mas tarde se describe como una tierra *"en la que varios las nacionalidades vivieron juntas para muchos siglos "*. Los polacos, rusos y judíos de esta área *"no les gustaba el uno al otro, e incluso luchó entre sí. Pero "a pesar de estos disturbios "*, escribió Lemkin, compartieron un *"sentimiento de destino común que impedía de destruirse unos a otros completamente"*⁷.

El interés de Lemkin en otras culturas propició los estudios en idiomas extranjeros. Pronto dominó el alemán, ruso, francés, italiano, hebreo y yiddish, y luego estudió filología, el estudio de la evolución del lenguaje. Pero la masacre de los armenios por el Imperio otomano durante La Primera Guerra Mundial cambió drásticamente el concepto que tenía Lemkin sobre la condición humana. El destino de los armenios, y el fracaso de los aliados victoriosos para llevar a los responsables otomanos y alemanes como criminales de guerra ante la justicia después de la guerra, horroriza a Lemkin. En 1921 se matriculó en la Universidad de Lvov en Polonia para estudiar derecho internacional⁸. Lemkin aprendió todo lo que pudo sobre la ley antigua y moderna, en la búsqueda por encontrar una manera de definir la matanza de los grupos nacionales, raciales y religiosos como crimen en términos legales y morales. Después de su graduación, trabajó brevemente como abogado.

Posteriormente ejerció funciones como fiscal adjunto en Varsovia⁹. A comienzos de la década de 1930, Lemkin trató de regular un marco normativo en el ámbito internacional que protegiera sobre todo a las minorías de las barbaries mencionadas anteriormente. La oportunidad de dar a conocer a la comunidad internacional sus ideas proteccionistas le vino cuando la Liga de Naciones se reunió en Madrid en 1933¹⁰. Coincide con una fecha clave pues recientemente el gobierno alemán había dictado las leyes antisemitas provocando el éxodo de miles de personas. No obstante, el gobierno polaco persuadió a Lemkin para que no acudiera a Madrid con el ánimo de no enturbiar las relaciones con Alemania, país

⁵ Diccionario de la Real Academia Española online, Disponible en <http://dle.rae.es/?w=diccionario> (Última consulta 15-06-2024).

⁶ SARTRE (1973 : 47).

⁷ JACOBS y TOTTEN (2002 : 368).

⁸ POWER (2002 : 21).

⁹ BARTLETT (1959: 97).

¹⁰ Sobre la contribución de Lemkin, *vid.*, SEGESESSER y GESER (2005: 457).

que se ausentó de la Liga de Naciones¹¹ siendo un delegado del gobierno alemán quien acudiera en su lugar y expusiera sus ideas.

La propuesta de Lemkin parte de una serie de precedentes en las normativas internas de los países, afirmando que algunos crímenes se extienden más allá de las fronteras nacionales, pudiendo desestabilizar la comunidad internacional. Leyes que protegían a los estados contra crímenes como la piratería, la falsificación o el comercio de esclavos, así como nuevas leyes internacionales contra el “uso de cualquier instrumento capaz de producir un peligro público”, lo que se conoce en la actualidad como terrorismo¹². Lemkin logró demostrar que todas esas leyes internacionales tenían un objetivo común, el hecho que ciertos hechos fueran considerados delitos en la esfera internacional. Este hecho suponía que una persona que hubiera cometido un delito de esas características podía ser detenido y llevado a juicio en cualquier país, independientemente de dónde se hubiera cometido el delito. Tras esta conclusión, Lemkin profundizó en esa idea de un marco normativo internacional y definió un nuevo tipo de crimen internacional: los actos cometidos contra un individuo como miembro de una colectividad.

Lemkin definió estos crímenes contra las colectividades como “actos de barbarie”, en los que incluía las masacres religiosas, contra los judíos¹³ y otros grupos minoritarios. Pero el propósito de Lemkin era extender el alcance de esos crímenes. No quería limitar su definición a la destrucción de los seres humanos.

Para ello, Lemkin elevó la protección de la vida social y cultural y la situó en el mismo contexto que la existencia física. En este sentido, la “destrucción sistemática y organizada del patrimonio artístico y cultural”, definiéndola como vandalismo¹⁴.

En un ensayo escrito después de la Segunda Guerra Mundial, Lemkin explicó la importancia de proteger la cultura de los grupos étnicos: Todo nuestro patrimonio es un producto de la contribución de todas las Naciones. Tales actos de “vandalismo”, argumentó Lemkin, deben ser protegidos a través de su condena por el derecho internacional porque estaban comprometidos, no simplemente contra un grupo específico, sino contra la civilización en su conjunto¹⁵. A pesar de la tenacidad de Lemkin, su propuesta de legislar los crímenes referidos fue rechazada por los delegados en la Conferencia de la Liga de Naciones celebrada en Madrid, bien por razones políticas o por su “escasa entidad histórica”

En 1944 Raphael Lemkin publicó su obra *Axis Rule in Occupied Europe* en la que estableció por vez primera el término “genocidio” como el acto tendente a destruir bien una nación o bien un grupo étnico¹⁶. En este sentido lo definió como un plan coordinado de diferentes acciones dirigidas a la destrucción de fundamentos esenciales de la vida, como la desintegración de la política e instituciones sociales, la cultura, la lengua, los sentimientos nacionales, la religión, la economía, la salud, la libertad y la dignidad inherente a todo ser humano.

¹¹ La Liga de las Naciones se formó después de la Primera Guerra Mundial para promover la cooperación internacional, la paz y seguridad como parte del Tratado de Versalles, el acuerdo de paz firmado al final de esta guerra. No obstante, el Congreso de los Estados Unidos se negó a ratificar el Tratado de Versalles y hacer de los Estados Unidos un socio de la Liga. Sin apoyo militar, la Liga de Naciones fue ineficaz en la prevención de la agresión militar que llevó a la Segunda Guerra Mundial. En octubre de 1945, las responsabilidades de la Liga de las Naciones fueron suscritas en las Naciones Unidas.

¹² Lemkin (1933).

¹³ También llamado Pogrom, (ruso: "devastación", o "disturbio"), un ataque de la muchedumbre, aprobado o aceptado por las autoridades, contra las personas y la característica de una minoría religiosa, racial, o nacional. El término se aplica generalmente a los ataques contra judíos en el imperio ruso a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

¹⁴ *op. cit.* pág. 10.

¹⁵ LEMKIN (1946).

¹⁶ LEMKIN (1944).

2.3. Características del Genocidio Cultural

Como hemos mencionado anteriormente, el genocidio cultural, también llamado “actos de vandalismo”¹⁷ se caracteriza por las acciones dirigidas a la extinción de una lengua, cultura o los monumentos y reliquias. En este sentido, el jurista francés Henri Donnedieu de Vabres, miembro del Tribunal de los juicios de Nuremberg y miembro del comité de Naciones Unidas (en adelante NNUU) para la elaboración de la Convención de Genocidio de 1948, definió en un primer borrador el genocidio cultural de la siguiente forma¹⁸:

Destrucción de rasgos característicos de un grupo mediante:

- a. Traslado forzoso de niños a otro grupo humano
- b. Exilio forzoso y sistemático de las personas que representan la cultura de un grupo
- c. Prohibición de utilizar la lengua nacional, incluso en las relaciones privadas,
- d. Destrucción sistemática de los libros impresos en el idioma nacional o de obras religiosas o la prohibición de nuevas publicaciones
- e. Destrucción sistemática de monumentos históricos o religiosos o su desviación para usos ajenos, destrucción o dispersión de documentos y objetos de valor histórico, artístico o religioso y de objetos utilizados en el culto religioso

2.4. Grupos protegidos en el delito de genocidio

El artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio enumera a los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos como víctimas de las acciones penadas. Para poder determinar el alcance jurídico de los grupos protegidos, debemos concretar qué constituye la protección de ese bien jurídico.

Los grupos protegidos han de ser “definidos por sus características positivas, no por la vía negativa de exclusión”¹⁹. La pertenencia a un grupo religioso refiere a que poseen la misma confesión, creen en la misma imagen o idea espiritual y realizan prácticas de culto comparables²⁰, incluidos los pequeños grupos religiosos.

Por confesión debemos entender una declaración conjunta, por la pluralidad de los sujetos, así como la acción y efectos de declarar el conjunto de artículos de la fe²¹.

2.5. La cuestión del genocidio y las Naciones Unidas

2.5.1. Los Trabajos Preparatorios de la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Genocidio

¹⁷ DICCIONARIO GENERAL ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (1964: 1698).

¹⁸ United States Senate, Eighty-First Congress, Second Session (1950: 523 y ss.).

¹⁹ Tribunal Internacional de Justicia, *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro))*, sentencia de 14 de febrero de 2007, para. 193-196.

²⁰ WERLE (2005: 309-344).

²¹ ENCICLOPEDIA JURIDICA. Disponible en: <http://enciclopediajuridica.biz14.com/d/confesionreligiosa/confesionreligiosa.htm>, (Última consulta 14-06-2024).

Mientras las NNUU desarrollaban la Convención sobre el genocidio en 1948, los delegados estatales debatieron sobre el concepto de genocidio cultural defendido por Lemkin. Los trabajos preparatorios desarrollaron una visión adicional del concepto de genocidio cultural, siendo finalmente eliminada del texto aprobado.

Entre los países que se opusieron figuran EE.UU. y Francia. Éste último país afirmó que el concepto de genocidio cultural podría tener incluso un carácter lícito, como la imposición de ciertas restricciones al uso de la lengua nacional por ciertos grupos que viven en su territorio.²² EE.UU., planteó la posibilidad que una concepción amplia del concepto de genocidio, incluyendo su alcance cultural, podría dar lugar a que algunos estados se negaran a ratificar la Convención o retrasar significativamente la firma²³.

El 25 de octubre de 1948, se somete a votación la inclusión o no del genocidio cultural ante la Sexta Comisión de la Asamblea General. Los Estados a favor de incluir el genocidio cultural incluían Pakistán, Venezuela, China, la República Socialista Soviética de Bielorrusia, y Checoslovaquia, todos los cuales entendían el genocidio cultural es inseparable del genocidio físico y biológico. La delegación de Pakistán declaró que, para millones de hombres, la protección de los libros sagrados y los santuarios era tan importante como la vida de las personas²⁴. China sostuvo que, si bien el genocidio cultural pudiera parecer menos brutal, resultaba ser aún más perjudicial pues se despoja a toda una población de su cultura ancestral y su lenguaje²⁵. El delegado de Checoslovaquia sostuvo que el genocidio cultural durante la ocupación nazi se diseñó para allanar el camino para la desaparición sistemática de la nación checoslovaca a través de la destrucción del patrimonio nacional. Todos estos actos de genocidio cultural habían sido inspirados por los mismos motivos que el genocidio físico y tenían el mismo objeto: la destrucción de la religión racial o de los grupos religiosos²⁶. Por ello, estos países sostuvieron que el genocidio cultural debía ser incluido en el texto final de la Convención.

Por otra parte, la mayoría de los países presentes en la Convención se negaron a la inclusión del genocidio cultural, como EE.UU., Francia, Canadá, Sudáfrica, Nueva Zelanda, los Países Bajos, Suecia y Dinamarca. Sostuvieron que, a diferencia del genocidio como agresión física, el genocidio cultural era un concepto demasiado vago para incluirlo en la Convención pues cae dentro de la esfera de la protección de los Derechos Humanos (en adelante DDHH) o protección de las minorías, no así en el propósito de la Convención que era tipificar el genocidio físico²⁷.

2.5.2. La Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948

Finalmente, tras someter a votación la inclusión del genocidio cultural, el resultado fue de veinticinco votos en contra, dieciséis a favor y cuatro abstenciones. La Comisión decidió no incluir las disposiciones relativas al genocidio cultural en la Convención.

La Asamblea General de las NNUU aprobó la Convención sobre el genocidio el 9 de diciembre de 1948 y el Convenio entró en vigor el 12 de enero de 1951. El término de genocidio cultural fue relegado a una esfera jurídica indefinida fuera de las conductas prohibidas contenidas en la Convención y no punible como tal.

2.5.3. La interpretación del genocidio cultural tras la Convención

²² ABTABI y WEBB (2008: Vol. I.885-893:889).

²³ *Ibidem* (2008: Vol. I 715-737:727).

²⁴ *Ibidem* (2008: Vol. 2.1499-1518, 1502).

²⁵ *Ibidem* (2008: Vol. 2.1499-1518, 1507).

²⁶ *Ibidem* (2008: Vol. 2, 1499-1518: 1517).

²⁷ *Ibidem* (2008: Vol. 2, 1499-1518: 1514).

Como se ha expuesto anteriormente, la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio entró en vigor en 1951. En la actualidad la negativa a reconocer la inclusión en el texto de la Convención el genocidio cultural sigue vigente, siendo de aplicación únicamente las causas explícitas referidas en la Convención. Desde entonces, juristas y responsables políticos han pedido en numerosas ocasiones la inclusión del genocidio cultural, con una nueva interpretación de la Convención o la firma un nuevo Tratado²⁸. Desde la firma de la Convención, se han realizado intentos para abordar la inclusión del genocidio cultural. En 1947, la Subcomisión de la ONU sobre la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías²⁹, siendo Relator Especial Nicodème Ruhashyankiko, solicitó previamente opiniones de organizaciones internacionales y gobiernos sobre si el genocidio cultural debía ser incluido entre los actos de genocidio³⁰. Su informe de 1978 refiere que, sobre la base de la información en su Disposición...el Relator Especial no puede establecer una conclusión concluyente sobre si los hechos apreciados como genocidio cultural o etnocidio son elementos integrantes del delito de genocidio y si es viable perfeccionar un Convenio adicional que regule el genocidio o incluirlo en un Convenio reconocido sobre el genocidio. Consecuentemente, la posibilidad de avalar el reconocimiento del genocidio cultural a través de instrumentos convencionales depende de si los Estados miembros de las NNUU y en particular los que son partes en la Convención 1948 quieren reconocer los inconvenientes relativos con la prevención y el castigo del genocidio, entre los que no puede excluirse el genocidio cultural, y regular medidas internacionales en este elemento como parte de la prevención y la sanción del delito de genocidio³¹. En su informe final el Relator Especial recomendó una lectura moderada, manteniendo el espíritu de la Convención. En este sentido, el Relator Especial dijo que sería un error interpretar de forma más amplia el texto del Convenio de 1948, evitando de esa forma los conflictos con los Estados partes³².

El informe señalado anteriormente fue actualizado por el Relator Especial Benjamin Whitaker en 1980³³. Consideró que el genocidio cultural estaba captando la atención de la comunidad internacional y se debía considerar, incluso si no hay consenso, la posibilidad de redactar un protocolo opcional³⁴. Las opiniones que no consideraron esa opción sostuvieron que el genocidio cultural es crimen contra la humanidad o de lesa humanidad, no así encuadrable en el marco del genocidio. Sin embargo, no se adoptó ningún protocolo y los tribunales internacionales se negaron a reconocer el término de genocidio cultural.

2.6. El Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y la cuestión del genocidio

El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante TPIY) fue un tribunal de Justicia de las NNUU que se ocupó de los crímenes de guerra que tuvieron lugar durante los conflictos en los Balcanes en la década de 1990. Durante su enjuiciamiento, que trabajó desde el año 1993 hasta el año 2017, cambió irreversiblemente el paisaje del derecho internacional humanitario: proporcionó a las víctimas la oportunidad de expresar los horrores que presenciaron y experimentaron, y demostró que las responsabilidades cometidas durante los conflictos armados son punibles internacionalmente.

²⁸ ANAYIOTOS (2009: 99-129).

²⁹ NACIONES UNIDAS (1948) La subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías (desde 1999, subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos se estableció por la Comisión de Derechos Humanos bajo la autoridad del Consejo Económico y Social (Res. (II) de 21 de junio de 1946. Estaba compuesta por expertos en la materia y realizó varios estudios haciéndose recomendaciones a la Comisión de Derechos Humanos).

³⁰ RUHASHYANKIKO (2018.)

³¹ *Ibidem*. para.461.

³² *Ibidem* para. 618.

³³ WHITAKER (1985: para 1).

³⁴ WHITAKER (1985, para 33).

El Tribunal fue creado por la Resolución del Consejo de Seguridad de NNUU 827/1993 con fecha 25 de mayo de 1993, que contenía el Estatuto del Tribunal³⁵. Las normas que rigen la realización de los procedimientos ante el Tribunal fueron redactadas por los magistrados del Tribunal elegidos por la Asamblea General de las NNUU. Las reglas se actualizan periódicamente con el fin de salvaguardar los juicios justos y oportunos³⁶.

En su importante legado, nos ha dejado una rica jurisprudencia sobre crímenes internacionales y sobre la cuestión que nos ocupa, como veremos en los epígrafes siguientes.

2.6.1. El asunto *Radislav Krstić*

El asunto Radislav Krstić³⁷ tiene especial importancia por cuanto constituyó la primera sentencia del TPIY sobre genocidio.

Ya en Primera Instancia el tribunal, en sentencia de 2 de agosto de 2002³⁸ concluyó, más allá de la duda razonable, que Krstić participó en una empresa delictiva conjunta para matar a los hombres de edad militar bosnios musulmanes de Srebrenica desde la noche del 13 de julio en adelante. Radislav Krstić, sobre la base de la responsabilidad penal individual (apartado 1 del artículo 7 del Estatuto del Tribunal) fue declarado culpable de genocidio, crímenes de lesa humanidad y violación de las leyes o de las costumbres de la guerra. Aunque Krstić apeló, finalmente fue condenado a 35 años de prisión³⁹.

Nos parece importante resaltar, por lo que a este trabajo respecta, que en su pronunciamiento, el Tribunal examinó si cabía la posibilidad de enjuiciarlo por genocidio cultural, señalando que la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio rechazó esa situación jurídica pues “la destrucción en cuestión es la destrucción material de un grupo, ya sea por medios físicos o biológicos, y no por la destrucción de lo nacional, lo lingüístico, lo religioso, cultural u otra identidad de un grupo en particular⁴⁰. El elemento nacional o religioso y el elemento racial o étnico no se toman en consideración en la definición de la palabra destrucción, que debe ser tomada solamente en su sentido material, su sentido físico o biológico”⁴¹.

Si bien el Tribunal reconoce los actos cometidos por el acusado, como la destrucción de bienes culturales son punitivos desde el punto de vista jurídico, el derecho internacional consuetudinario limita la definición de genocidio a aquellos actos que buscan la destrucción física o biológica de todo o parte del grupo, por lo que dichos actos no caerían bajo la definición de genocidio⁴².

2.6.2. El asunto *Milomir Stakić*

³⁵ CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, S/RES/877, de 21 de octubre de 1993.

³⁶ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Reglas de Procedimiento de 11 de febrero de 1994.

³⁷ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case IT-98-33-A. Sentencia de la Sala de Apelación de 19 de abril de 2004.

³⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Asunto IT-98-33-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 2 de agosto de 2002.

³⁹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Asunto IT-98-33-A, Sentencia de la Sala de Apelación de 19 de abril de 2004, paras.86-87.

⁴⁰ IGLESIAS VÁZQUEZ (2023, 310)

⁴¹ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Radislav Krstić* Asunto IT-98-33-T Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 2 de agosto de 2002, para 576.

⁴² Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Asunto núm. IT-98-33-T, para 580.

Otra de las sentencias referidas al genocidio cultural en el TPIY es la recaída en el *caso Milomir Stakić*⁴³.

La Corte señaló que la destrucción de los bienes culturales y religiosos, cuando se comenten con intención discriminatoria necesaria, equivalen a un ataque a la identidad religiosa de un pueblo. Por consiguiente, los actos de destrucción o daño intencional a los edificios religiosos y culturales, aunque no se reseñan en el art. 5 del Estatuto del TPIY de 25 de mayo de 1993, pueden equivaler a persecuciones y, por lo tanto, enjuiciables en la Corte⁴⁴.

2.6.3. El asunto *Vlastimir Dordevic*

Otro de los casos que analizaremos será el concerniente a Vlastimir Dordevic⁴⁵. La sala de primera instancia consideró que la destrucción de un lugar religioso debe establecer la situación jurídica determinada como un acto persecutorio. No obstante, la sala matizó esa respuesta en el sentido siguiente:

Para poder determinar jurídicamente la destrucción de sitios religiosos como delito subyacente, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- el sitio religioso debe ser destruido o dañado extensivamente.
- la destrucción o el daño debe seguir de un acto dirigido contra la propiedad.
- la destrucción o el daño no deben justificarse por necesidad militar, esa institución religiosa no debe haber sido utilizado para un propósito militar o encontrarse en la proximidad inmediata de los objetivos militares⁴⁶

La determinación de la sala cuando realiza el apunte específico, a nuestro juicio resta seguridad jurídica en virtud del resto de disposiciones judiciales reseñadas anteriormente. La protección de los bienes culturales y religiosos se realiza de forma difusa y poco concreta. Si bien las sentencias recaídas sobre varios de los acusados resaltaban la ilicitud y castigo para aquellos actos de genocidio cultural, en este caso la sala rechaza hacerlo extensible a cualquier acto, especificando que debe ser realizado sobre edificios que no se encuentren cerca de objetivos militares.

2.6.4. El asunto *Biljana Plavšić*

Biljana Plavšić fue una figura política de alto nivel serbio durante la guerra de Bosnia y fue miembro de la Presidencia colectiva de Bosnia y Herzegovina y copresidente de la dirección de los serbios de Bosnia. Plavšić participó en la persecución de musulmanes en Bosnia y otros no serbios apoyando una campaña de separación étnica que resultó en la muerte de miles de personas. Fue una de las responsables de la destrucción de numerosas mezquitas e iglesias. El TPIY determinó que esa sistemática destrucción de edificios de culto, se podía considerar persecución por motivos religiosos⁴⁷. En 2003 se declaró culpable de un cargo de persecución por motivos políticos, raciales y religiosos.

⁴³Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia *Prosecutor v Milomir Stakić* Asunto núm. IT-97-24-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 31 Jul 2003, y sentencia de la Sala de Apelación, asunto IT-97-24-A, de 22 marzo 2006.

⁴⁴ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia *Prosecutor v Milomir Stakić* Asunto núm. IT-97-24-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 31 Jul 2003, y sentencia de la Sala de Apelación, asunto IT-97-24-A, de 22 marzo 2006, para 768.

⁴⁵Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia *Prosecutor v Dordevic*, asunto IT-05-87/1-T, sentencia de Primera Instancia de fecha 23 Feb 2011 y asunto IT-05-87/1-A, sentencia de la Sala de Apelación de fecha 27 de enero de 2014.

⁴⁶ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia asunto núm. IT-05-87/1-T, para. 1773,

⁴⁷ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia *Prosecutor v. Biljana Plavšić (IT-00-39&40/1-S)*, sentencia de la Sala de Primera Instancia de fecha 27 de febrero de 2003, para. 52.

Fue sentenciada por crímenes contra la humanidad dirigidos a la población bosnio-musulmana a la pena de 11 años de prisión⁴⁸.

Los juicios celebrados al amparo del TPIY supusieron la primera ocasión desde los juicios de Nuremberg en la que se podrían calificar hechos reprobables como fueron la destrucción de sitios y lugares destinados al culto. La oportunidad para poder enjuiciar de forma independiente los hechos como genocidio cultural no pasó desapercibida por los fiscales. No obstante, se centraron en la calificación de delitos de lesa humanidad, toda vez que se daban los elementos para que así fuera. Consideramos que el TPIY actuó de forma conservadora, toda vez que de no haberse dado el elemento tipo del delito de lesa humanidad, concretamente el ataque sistemático y generalizado encaminado contra la población civil, esos hechos habrían quedado impunes. La ausencia de una interpretación más extensa del genocidio cultural impide, bloquea y excluye del ordenamiento esa figura delictual.

2.7. El Estatuto de Roma y el genocidio

El Estatuto de Roma (en adelante ER) nace de la idea, tal y como se menciona en su Preámbulo, de establecer una CPI que suponga la intervención de un organismo supranacional con la finalidad de enjuiciar los crímenes más graves en la esfera internacional. La conciencia universal hace necesario que los Estados confíen en el Tribunal supranacional, la CPI, que concilie con el principio de humanidad como seña de identidad⁴⁹. En consecuencia, desaparece la concepción de los tribunales *ad hoc*, como Yugoslavia o Ruanda, siendo una Corte permanente la que se encargue de enjuiciar las causas según determina el ER, con respecto a aquellos Estados que hubieran aceptado su jurisdicción. La determinación de los crímenes competencia de la CPI, regidos por los principios generales del Derecho penal, confiere el rigor y seguridad jurídica tanto en los crímenes que juzga como en las penas que señala. La Conferencia de Plenipotenciarios celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17 de julio de 1998 adoptó el ER de la CPI fue adoptado al final de esta, el día 17. El ER entró finalmente en vigor el 1 de julio del año 2002.

Tal y como se desprende del Preámbulo del ER, uno de los fines de la CPI es acabar con la impunidad de los perpetradores de estos crímenes y contribuir a que se prevengan nuevos crímenes. Se observa, por una parte, un efecto positivo del derecho penal consistente en la aplicación de las penas sobre crímenes especialmente graves y, por otra parte, como medida de persuasión y prevención delictual. Se trata pues, de generar una concienciación colectiva y legítima en la esfera internacional.

La competencia de la CPI se encuentra regulada en el artículo 5 del ER de tal forma que materialmente su ámbito de aplicación queda circunscrito a las vulneraciones de las Convenciones de Ginebra -crímenes de guerra-, al crimen de genocidio, a los crímenes contra o de lesa humanidad y finalmente al de agresión, cuyo mecanismo se acaba de poner recientemente en marcha tras muchas vicisitudes dadas las consecuencias que puede acarrear para ciertas potencias mundiales -léase EEUU o la Federación Rusa- razón por la cual han escapado intencionadamente de la jurisdicción del Tribunal.

Durante los textos elaborados en las discusiones o trabajos preparatorios, se estudió la inclusión del término de genocidio cultural, entendiendo como tal la destrucción de monumentos y lugares de culto, pero fue nuevamente omitido en el texto final⁵⁰. Así, el ER no incluyó tampoco como tal el etnocidio cultural de manera que cuando se han destruido o atacado ciertos edificios o símbolos culturales las

⁴⁸ Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Biljana Plavšić*, asunto núm. IT-00-39&40/1-S, Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2003, para 134.

⁴⁹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma, aprobado el 17 de julio de 1998.

⁵⁰ Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 Doc. A/53/10, pp. 96-98.

condenas-por ahora- han tenido como fundamento de derecho o los crímenes de guerra de las Convenciones de Ginebra y artículo 6 del ER -en cuanto prohíben expresamente el ataque de todo aquello que no sea exclusivamente o sirva a fines militares- siendo la principal razón la consideración del genocidio en la misma forma y manera que en la Convención. En este sentido, en Roma se perdió la oportunidad de retomar el concepto, el significado que Lemkin aportó para definir el genocidio, mucho más amplia como hemos visto antes que la codificada en 1948 y en 2000, alejándose de la definición anteriormente descrita por el Relator Especial Benjamín Whitaker⁵¹.

En cualquier caso, mantengamos presente que, bajo ciertas condiciones que han de darse y que luego veremos y en ciertos casos- puede existir genocidio cultural cuando se produce el traslado o desplazamiento por la fuerza de niños del grupo a otro grupo⁵².

De otra parte, el ER da cierta cabida en el artículo 7 a la condena cuando se perpetren ataques y destrucciones de bienes culturales al entender por crimen de lesa humanidad, en el artículo 7.1 apartado h) la “persecución” de grupos o colectividades cuando estas tienen una propia identidad y cuando aquella se basa en causas políticas, de raza, etnia, nacionales religiosas, culturales o de género tal y como lo define el párrafo 3, así como por otros motivos reconocidos universalmente como inadmisibles bajo el derecho internacional, en unión con cualquier otro acto indicado en tal párrafo o con cualesquiera otro de los crímenes que caen bajo la competencia de la Corte y mencionados anteriormente.

Una cuestión a resaltar es la enunciación separadamente de “cultura” y “religión” cuando entendemos que ésta es una manifestación de aquélla por lo que una persecución vía artículo 6 o 7 del ER (genocidio y lesa humanidad respectivamente) por motivos religiosos podrían considerarse culturales.

Cuando actualmente se considera la pérdida de identidad de Europa, de su cultura, se alega la pérdida de sus raíces -entre otras- tradiciones judeo-cristianas. De forma similar la imposición a ciertas comunidades indígenas del norte de Europa de la religión luterana se ha considerado por muchos como genocidio cultural. Así, una interpretación amplia -como creemos debe ser- de la palabra “cultura” haría que el genocidio cultural se viera plasmado cuando se exterminan grupos por razones religiosas. En este sentido, un ejemplo lo encontramos en la población *Sami* del norte de Europa, una comunidad indígena a la que le fueron confiscados y destruidos símbolos e imágenes religiosas tras la imposición del luteranismo especialmente en Suecia. La antigua religión sigue siendo considerada ilícita entre muchos cristianos nórdicos Sami, que pertenecen a la Iglesia Luterana y que a menudo ven las tradiciones precristianas como irreligioso e idólatras⁵³.

2.7.1. Diferencias entre crimen de genocidio y crimen de lesa humanidad

Para poder determinar la distinción entre una u otra figura delictiva, es preciso examinar el elemento tipo de cada delito. Para ello examinamos los requisitos que han de darse en uno de estos crímenes a efectos de su adecuada calificación jurídica:

Los requisitos del crimen de genocidio según los Elementos del Crimen son: a) el *mens rea* y b) el *actus reus*.

⁵¹ Supra nota 33.

⁵² CORTE PENAL INTERNACIONAL, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Sala de Primera Instancia, sentencia de 10 de julio 2012, op. cit., paras. 207-209.

⁵³ KRAFT, ELLEN (2009: 186-189).

El *mens rea*, como elemento intencional específico, requiere que la persona a quien se le imputa la comisión del delito de genocidio ha de haber cometido los actos enumerados en el artículo 2 del ER con el propósito de aniquilar sea total o sea parcialmente un grupo de los arriba citados. Encontramos en esta definición el *actus reus* cuando hablamos de un grupo. La víctima no ha sido seleccionada por una situación o cualidad individual, sino que debe pertenecer necesariamente a un grupo. La intencionalidad que llamamos *dolus specialis* requiere que el autor pretende claramente el resultado lesivo⁵⁴. Esta doctrina la encontramos en el TPIY en el Caso *Krstic* donde se estatuyó que el ataque dirigido contra las víctimas (de genocidio) ha de serlo por causa de la pertenencia a un grupo. Por otra parte, añade que es esta la única interpretación concurrente con la casualidad que define el crimen de genocidio. El propósito de extinguir un grupo como tal, supone que las víctimas fueron escogidas por razón de que son parte del mismo cuya aniquilación se procura⁵⁵. El TPIY también refiere ese extremo en el Caso *Zoran Kuprešić*, definiendo los mismos extremos mencionados⁵⁶. Por grupo, la CPI entiende que ha de ser nacional, étnico, racial, o religioso.

Por lo que se refiere al de lesa humanidad, para determinar sus requisitos nos remitimos a la sentencia del TPIY de 27 de septiembre de 2006, en el caso *Momčilo Krajišnik*⁵⁷. Entre los requisitos mencionados, destacamos el referente al ataque sistemático y generalizado encaminado contra la población civil. Por lo tanto, ese ataque, no repercute contra un grupo específico sino contra cualquier población, se distingue bajo los siguientes elementos:

- (i) debe existir un ataque;
- (ii) aquel debe de ser sistemático o generalizado;
- (iii) debe estar dirigido contra la población civil;
- (iv) los actos del que lo perpetra han de ser parte del ataque;
- (v) el perpetrador debe tener conocimiento de los dos puntos anteriores.

A tenor de lo expuesto anteriormente, podemos afirmar que la diferencia entre el crimen de genocidio y el crimen de lesa humanidad reside en los elementos tipo mencionados anteriormente, el *mens rea* y el *actus reus*. Aquellos actos que tengan como propósito inicial y manifiesto de ataques contra un grupo religioso, se debe considerar crimen de genocidio⁵⁸. Por el contrario, el ataque sistemático y generalizado, sin que constituya persecución, contra la población civil en general, constituye un crimen de lesa humanidad.

2.7.2. El asunto *Ahmad Al Faqi Al Mahdi*

El 27 de septiembre de 2016 la Sala de Primera Instancia VIII de la CPI condenó a *Al Mahdi* a la pena de nueve años de prisión como autor de crimen de guerra. La sentencia considera probado que *Al*

⁵⁴ Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de los ciudadanos ruandeses responsables de genocidio y otras violaciones en el territorio de los estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. Asunto núm. ICTR-96-13-A sentencia de 27 de enero de 2000, Alfred Musema, para. 164.

⁵⁵ Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Asunto núm. IT-98-33-T, para 561.

⁵⁶ Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, Asunto núm. IT-95-16-T, para 636.

⁵⁷ Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Asunto núm. IT-00-39-T, para 705.

⁵⁸ Elementos del crimen de genocidio. Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, 6 Julio de 2000.

Mahdi fue responsable de la destrucción directa e intencionada de edificios históricos y edificios dedicados al culto religioso en la localidad de Tombuctú, Mali.

La CPI consideró que los delitos que se le imputaban a *Al Mahdi* se regulan en el artículo 8.2 e 4)⁵⁹ del ER, el cuál prohíbe los ataques intencionales contra los edificios dedicados a la religión, reflejando la importancia particular del patrimonio cultural internacional.

Durante el conflicto iniciado en Mali en el año 2012, *Al Mahdi* tomó el mando de la “Brigada de moralidad” llamada *Hesbah*, perteneciente a la organización terrorista al Qaeda⁶⁰. Entre el 30 de junio y el 11 de julio de 2012, *Al Mahdi* estuvo presente en diez ataques contra edificios históricos y lugares de culto religioso en la localidad de Tombuctú. Queda probado que *Al Mahdi* participó físicamente en la destrucción de cinco de esos edificios⁶¹.

En sus consideraciones la Sala observa que si bien los crímenes contra la propiedad son de menor gravedad que los crímenes se contra las personas⁶², la destrucción de los sitios de culto, patrimonio mundial de la UNESCO son de gravedad particular porque afectan tanto a los residentes locales como a la comunidad internacional⁶³, siendo determinante para enjuiciar la destrucción de los sitios de culto, el motivo religioso discriminatorio invocado para la destrucción⁶⁴. Los requisitos esenciales para que pudiera ser enjuiciado por el artículo 8.2 del ER, quedaron sobradamente justificados dado el propio *Al Mahdi* comunicó la intencionalidad y la conciencia de la condición especial de los sitios⁶⁵.

A pesar de que *Al Mahdi* fue condenado por crimen de guerra, tras haber destruido edificios históricos y religiosos, la condena lo fue por la admisión de los cargos que le imputaba la CPI. Este hecho evidencia que la CPI no realizó una interpretación más amplia del artículo 8.2 del ER que les brindara la oportunidad de reflexionar sobre los límites y las lagunas jurídicas de la protección del patrimonio cultural reguladas en el ER, pudiendo fomentar su propia jurisprudencia.

La propia discrecionalidad de los fiscales de la CPI en el caso *Al Mahdi*, hacen dudoso que se juzguen más casos relativos a la destrucción de edificios destinados al culto religioso. Esta probabilidad que mencionamos se refiere a la falta de jurisdicción de la CPI sobre países como Siria o Irak⁶⁶, por lo que carece de autoridad para enjuiciar la destrucción del patrimonio cultural en esas regiones. Más adelante, desarrollaremos ese conflicto y su encaje en la normativa internacional⁶⁷. Consideramos que la CPI con la escasa argumentación en el caso *Al Mahdi* dejó pasar una oportunidad única y en lugar la actual protección jurisdiccional de los bienes culturales es escasa, en un momento en que la destrucción se está convirtiendo en una característica arraigada de la guerra moderna.

2.8. El patrimonio cultural y los lugares de culto religioso

⁵⁹ Se refiere a atacar de forma intencionada edificios destinados a la educación, religión, las artes o las ciencias, así como a la beneficencia, los monumentos históricos, hospitales y otros lugares en que se atiende a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos de carácter militar.

⁶⁰ Corte Penal Internacional, *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, sentencia de 27 de septiembre de 2016, para.31.

⁶¹ *Ibidem* para.40.

⁶² *Ibidem* para.77.

⁶³ *Ibidem* para. 80.

⁶⁴ *Ibidem* para.81.

⁶⁵ *Ibidem* para.46.

⁶⁶ Ni Siria ni Irak son parte en el Estatuto de Roma, y un esfuerzo de 2014 por el Consejo de seguridad de la ONU para invocar la jurisdicción de la corte al referir la situación en Siria a la CPI fue vetada por Rusia y China.

⁶⁷ GERSTENBLITH (2016).

Como acabamos de exponer anteriormente, la sentencia que dictó la CPI sobre el caso *Al Mahdi* consideró como crimen de guerra la destrucción de edificios de interés cultural y dedicados al culto religioso. En este sentido, el Consejo de Seguridad de la ONU a través de una resolución de 2013 sobre Mali, incluyó la destrucción de sitios culturales e históricos, al tiempo que omitió la referencia específica a sitios religiosos, entendiendo que se encontraban subsumidos dentro de las dos primeras categorías⁶⁸.

Entendemos en este sentido, que tanto la sentencia de la CPI sobre el caso *Al Mahdi* y la posterior resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, deberían extender los conceptos que refieren la significación cultural, como el mínimo común denominador de estos términos. Una definición más extensa y profunda que refuerce la interpretación jurídica de “cultura”, “histórico” y “religión”. El énfasis en la importancia cultural subyacente de los sitios es compatible con, y de hecho absorbe, su innegable significado religioso⁶⁹.

2.9. La correcta aplicación jurídica del genocidio cultural

Como se ha mencionado anteriormente, el espíritu del ER es poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes tipificados y contribuir a la prevención de nuevos crímenes, creando al efecto la CPI. La competencia de la CPI se extiende a los delitos que ya señalamos anteriormente⁷⁰.

La destrucción de lugares de culto religioso no puede tipificarse como un delito de genocidio, pues éste se extiende únicamente al exterminio físico o biológico, así como la pertenencia de la víctima a un grupo.

Si examinamos los elementos del crimen de lesa humanidad, podemos afirmar que el genocidio cultural tiene cabida siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

Que el ataque sistemático y generalizado, no constituya persecución y se realice contra la población civil. En consecuencia, si se destruyen lugares de culto religioso, ha de probarse que no existió persecución por motivos religiosos para que se pueda enjuiciar por delito de lesa humanidad.

En párrafos anteriores, hemos mencionado que la única sentencia en el derecho internacional que contempla específicamente el delito de genocidio cultural recayó en el caso *Ahmad al Faqi Al Mahdi*. La CPI lo juzgó por un delito de crimen de guerra, por la destrucción de edificios históricos y lugares de culto religioso. Si examinamos los elementos del crimen de guerra⁷¹, el artículo 8.2 e) 4) del ER⁷² menciona de forma específica la destrucción de lugares de culto. No obstante, hay que tener en cuenta que el propio ER delimita el alcance del conflicto armado y, en consecuencia, la competencia de la CPI⁷³.

Otro de los elementos del crimen de guerra que debemos analizar es el conflicto armado. Para su correcta aplicación, el ER refiere su carácter internacional o el conflicto armado no internacional. El artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949⁷⁴ define el conflicto armado internacional como aquel en el que se enfrentan dos Estados acudiendo a la fuerza armada uno de ellos o los dos. Por otra

⁶⁸ NACIONES UNIDAS, Resolución del Consejo Seguridad S/Res/2100/2013 para la estabilización de Mali.

⁶⁹ BEAMAN (2013: 67, 83).

⁷⁰ Vid. Convenios de Ginebra de 1949.

⁷¹ TPI *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15, sentencia de 27 de septiembre de 2016.

⁷² Ibídem, pág. 20.

⁷³ Cfr. art. 8: f) ER.

⁷⁴ Vid., Convenios de Ginebra de 1949.

parte, para considerar ese conflicto armado ajeno a la esfera internacional, hemos de remitirnos al artículo 3 del Convenio de Ginebra de 1949⁷⁵, atendiendo igualmente a la hostilidad entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales. Una definición más acertada del alcance del conflicto no internacional, la encontramos en el Protocolo adicional II⁷⁶, en su artículo 1.1, al referirse a la hostilidad entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados disidentes no gubernamentales bajo un mando común, organizados y con capacidad logística suficiente para realizar operaciones armadas sostenidas.

Tras haber mencionado los distintos elementos penales en los que cabría afirmar que se puede enjuiciar la destrucción de edificios de culto religioso, podemos afirmar que, en el supuesto de realizarse con la clara intención y propósito de persecución religiosa, aun con actos preparatorios, si no ha tenido lugar bajo un conflicto armado internacional o interno, el Derecho Internacional no puede juzgar esos actos al no estar tipificados en el ER. La evolución del concepto sobre el conflicto armado en la esfera internacional o afecto a un conflicto interno se ha transformado desde su origen. En la actualidad no se puede considerar ni adecuar un conflicto armado en una zona geográfica concreta. La aparición del terrorismo yihadista ha modificado sustancialmente la definición de conflicto armado hasta el punto de que no se trata de disputas políticas, geográficas o estratégicas. Se trata de un conflicto con una clara tendencia religiosa, por lo que consideramos que la inclusión del genocidio cultural como crimen de guerra no es adecuado, debiendo revisarse el texto de la Convención de 1948 y el ER de 1998.

2.10. El genocidio cultural en la actualidad

Desde la aprobación del ER el 17 de julio de 1998 los acontecimientos surgidos a raíz del surgimiento de grupos terroristas han modificado, a nuestro juicio, el marco jurídico internacional.

2.10.1. El grupo terrorista *Daesh*

El grupo terrorista *Daesh*, (*Daesh* es una transcripción de los acrónimos árabes formados por las mismas palabras que componen los ISIS en inglés: ' estado islámico en Irak y Siria ', o '*alDowla alislaamiyya FII-Il-i'raaq WacenizaSHAAM*'⁷⁷). los orígenes de *Daesh* residen en el grupo de al-Qaeda en Irak (AQI) establecido por *Abu Musab al-Zarqawi* en 2004, basándose en un grupo yihadista iraquí anterior. En 2006, después de que *al-Zarqawi* fuera asesinado en un ataque aéreo estadounidense. Se fusionó con otros grupos yihadistas iraquíes y se renombró Estado Islámico de Irak. En 2011, el ISIS, ahora liderado por *Abu Bakr al-Baghdadi*, se unió a la filial de al-Qaeda *Jabhat Al-Nusra*, grupo de lucha en Siria. En 2013, esta alianza se dividió, con un nuevo grupo, el estado islámico en Irak y Siria (ISIS, también conocida como *Daesh*)⁷⁸. *Daesh* tiene una estructura jerárquica con un comando central. A su cabeza, *al-Baghdadi* (recientes noticias referían su muerte, si bien no se ha confirmado por medios oficiales) ostenta el poder absoluto, ejercido a través de diversos órganos, entre ellos un Consejo militar y una red de emires y comandantes militares regionales y locales, que impone una disciplina estricta y un control territorial pleno. La estructura de liderazgo de *Daesh* está dominada por combatientes extranjeros

⁷⁵ El artículo 3 establece una serie de normas comunes aplicables tanto a los conflictos internacionales como a los nacionales.

⁷⁶ Cfr. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, art. 1.1.

⁷⁷ Free Word Centre. Disponible en: <https://www.freewordcentre.com/explore/daesh-isis-media-alice-guthrie>, (Última consulta 19-06-2024).

⁷⁸ NACIONES UNIDAS, (2014) Comisión internacional independiente de investigación sobre la República Árabe Siria.

Estos grupos han destruido una importante cantidad de sitios históricos y lugares de culto con el objetivo de borrar el patrimonio cultural y en una clara muestra de persecución por motivos religiosos. La interrupción de la continuidad histórica y cultural, así como la limitación de la libertad religiosa a través de medios hostiles, es un claro atentado contra la dignidad e identidad humana. Eliminando la identidad religiosa y cultural es como el *Daesh* busca eliminar a las minorías religiosas infieles o a los musulmanes apóstatas. Esta destrucción, ligada estrictamente a la confesión de la fe contraria a los postulados de los grupos terroristas que los consideran apóstatas, conlleva una limpieza cultural-religiosa que el propio ER, en su aprobación, distaba mucho de regular por la realidad histórica del momento en que fue redactado el texto.

En 2014, la Comisión de investigación internacional independiente de las Naciones Unidas, especialmente constituida, sobre la República Árabe Siria (en adelante IICISAR) concluyó que el *Daesh*, como grupo armado en el sentido del artículo 3 común de los convenios de Ginebra y el derecho internacional consuetudinario, había cometido un catálogo de crímenes de guerra y de lesa humanidad. En su informe, el IICISAR describe a *Daesh* como un "grupo cohesivo y coordinado" que funciona bajo "mando responsable" con una "estructura jerárquica", capaz de "imponer una política a sus miembros y asegurar la implementación coordinada de las decisiones tomadas por su liderazgo". "los comandantes del *Daesh* han actuado deliberadamente, perpetrando estos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad con la intención clara de atacar a las personas con conciencia de su estatus civil"⁷⁹.

Los mecanismos internacionales han sido muy cautelosos para determinar si el *Daesh* ha cometido el delito específico de genocidio. En agosto de 2014, el asesor especial del Secretario General de las NNUU para la prevención del genocidio era particularmente prudente, señalando que "los informes que hemos recibido de los actos cometidos por el Estado Islámico también pueden señalar el riesgo de genocidio"⁸⁰. En marzo de 2015, el Alto Comisionado de las NNUU para los DDHH declaró en términos un poco más definidos que "es razonable concluir, a la luz de la información recogida en general, que algunos de esos incidentes, de ataques del *Daesh* contra grupos religiosos y étnicos, puede constituir genocidio".

Como se indicó anteriormente, no cabe duda de que *Daesh* ha cometido un catálogo de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en Irak y Siria, y una aceptación cada vez más extendida de que también ha cometido genocidio. Tales acciones caen dentro de la Jurisdicción de la CPI, referidos como tal en los artículos 5, 6, 7 y 8 del ER. En virtud del artículo 28, los comandantes militares de *Daesh* parecen ser responsables de los crímenes de quienes están bajo su mando, dada la estructura jerárquica de *Daesh* y la estricta disciplina interna.

Uno de los problemas que se plantean para enjuiciar los actos de destrucción de edificios dedicados al culto religioso, lo encontramos en el propio texto del ER. En conformidad con el artículo 12, la CPI sólo podrá ejercer jurisdicción cuando el presunto delito se haya producido en el territorio de, o fue cometido por un nacional de un Estado parte en el ER, o un Estado que ha declarado su aceptación de la jurisdicción de la CPI con respecto al delito en cuestión. Ni Irak ni Siria son parte en el ER y tampoco ha aceptado la jurisdicción de la CPI. Por lo tanto, la CPI no tiene Jurisdicción sobre todos los delitos pertinentes cometidos en esos países. Sin embargo, muchos combatientes extranjeros, incluidos miles de Estados miembros del Consejo de Europa y otros Estados partes en el ER, se han unido al *Daesh* y muchos de ellos, en alguna medida han participado en la comisión de delitos en el marco del derecho internacional. Esto potencialmente vincula a estas personas dentro de la Jurisdicción de la CPI, a pesar

⁷⁹ *Ibidem* paras. 74-78.

⁸⁰ DIENG (2014).

de que los crímenes que han cometido no se realizaron en el territorio de un estado dentro de su jurisdicción.

El 8 de abril de 2015, el fiscal emitió una "Declaración sobre los presuntos crímenes cometidos por ISIS". En la misma señaló que "las atrocidades supuestamente cometidas por ISIS, sin duda, constituyen graves delitos de preocupación para la comunidad internacional y amenazan la paz, la seguridad y el bienestar de la región y del mundo"⁸¹. Recordó que, aunque la CPI no tiene Jurisdicción sobre estos crímenes, puede sin embargo ejercer jurisdicción personal sobre presuntos perpetradores que son nacionales de un Estado parte. Aunque miles de combatientes extranjeros se habían unido a *Daesh*, algunos de los cuales podrían haber estado involucrados en la comisión de crímenes de derecho internacional, fue dirigido principalmente por nacionales de Irak y Siria, y por lo tanto las perspectivas de investigar y enjuiciar a los más responsable dentro del liderazgo parecía limitado. Por lo tanto, concluye que "la base jurisdiccional para abrir un examen preliminar de esta situación es demasiado estrecha en esta etapa".

Tras el estudio realizado pasamos a presentar las siguientes ideas principales extraídas:

3. CONCLUSIONES

PRIMERA: El término genocidio posee unas peculiaridades que hacen difícil su exégesis. Sin embargo, esto no debe ser un obstáculo para que renunciemos de trazar la necesidad de revisar el debate en torno a su definición. Durante la historia de la humanidad han ocurrido hechos que son merecedores de ser calificados como graves delitos y bajo esa premisa, era necesario regular un marco común para condenar esos delitos. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 estaba motivada por la situación global de la época, especialmente por los crímenes realizados en la Segunda Guerra Mundial. Ese hecho motivó que se tipificara el delito del genocidio. El propio *Raphael Lemkin* en su idea original subrayó la importancia de proteger la cultura de los grupos étnicos: Todo nuestro patrimonio es un producto de la contribución de todas las Naciones. Tales actos de "vandalismo", argumentó *Lemkin*, deben ser condenados por el derecho internacional. Finalmente, no se aprobó la inclusión del genocidio cultural.

SEGUNDA: El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia emitió veredicto de condena para varios acusados de cometer delitos contra el patrimonio cultural y religioso por crímenes de lesa humanidad. Se propuso la posibilidad de penar el genocidio cultural como delito independiente, si bien el Tribunal estimó que no existía marco legal pues solo se tipifica la destrucción personal, no así el material en el delito de genocidio. Fueron 45 años los que transcurrieron desde la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio hasta los juicios por crímenes en la guerra de Yugoslavia. El criterio legal, a pesar de la evolución histórica y los conflictos por motivos religiosos, seguía siendo el concepto originario. Nuevamente, se cuestiona la necesaria calificación del delito de genocidio cultural.

TERCERA: En la elaboración del Estatuto de Roma se genera un debate sobre la inclusión del genocidio cultural como un delito que atenta contra la herencia cultural de un grupo. En este sentido,

⁸¹ Esta redacción recuerda el artículo 39 de la carta de las Naciones Unidas, que establece que "el Consejo de seguridad determinará la existencia de cualquier amenaza para la paz, el quebrantamiento de la paz o el acto de agresión y hará recomendaciones, o decidirá qué medidas se toman de conformidad con los artículos 41 y 42, para mantener o para restablecer la paz y la seguridad internacionales ". Por lo tanto, podría interpretarse como un deber por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de remitir la situación al fiscal de la CPI.

consideramos que se debe abandonar la definición de que el genocidio es exclusivamente la destrucción física o biológica para determinar de que el daño cultural es igualmente comparable. La destrucción de la cultura, de los centros destinados al culto religioso, no es más que el primer paso para la destrucción de seres humanos. El delito de genocidio requiere como elementos principales para que sea punible la intencionalidad. Esta característica dota al delito de genocidio de un carácter único, permitiendo diferenciarlo de las restantes figuras. Es por ello por lo que consideramos que la intención de destrucción de un grupo a través de su identidad cultural por medio de la destrucción de los sitios de culto debe ser considerada como genocidio. Habiendo transcurrido 50 años desde la Convención para la Prevención y Sanción del genocidio, la comunidad internacional, pese a varios informes que solicitaron la inclusión del genocidio cultural en el texto final, volvió a rechazar su mención.

CUARTA: Con la sentencia comentada del caso *Al Mahdi* encontramos la primera condena por delito relacionado con el genocidio cultural, aunque bajo el crimen de guerra. No obstante, ya hemos señalado que la definición jurídica del crimen de guerra ha sufrido una amplia transformación por la singularidad de los crímenes cometidos en la actualidad histórica. A pesar de que *Al Mahdi* fue condenado por crimen de guerra, tras haber destruido edificios históricos y religiosos, la condena lo fue por la admisión de los cargos que le imputaba. Nuevamente se puede observar que la CPI alega falta de jurisdicción y cede bajo las presiones para evitar una interpretación jurisprudencial del genocidio cultural.

QUINTA: El surgimiento de grupos terroristas vinculados al yihadismo, con un claro objetivo como es la destrucción de las instituciones políticas, religiosas y culturales, nos aleja considerablemente de la definición que recoge el Estatuto de Roma sobre el crimen de guerra. De igual manera, el concepto de conflicto armado internacional o no internacional no se puede calificar en la actualidad debido a los escenarios geográficos donde suceden estos actos terroristas. Por el contrario, cabe la posibilidad de juzgar como delitos de lesa humanidad los actos de destrucción de sitios religiosos. Como hemos indicado anteriormente, es requisito para condenar por delito de lesa humanidad que exista un “ataque generalizado y sistemático dirigido contra cualquier población civil”. Por lo tanto, ese ataque, no repercute contra un grupo específico sino contra cualquier población, con la intención de la destrucción total o parcial de un grupo religioso. Por ello, consideramos que en la actualidad que vivimos, con ataques constantes, generalizados y orientados específicamente contra lugares de culto religioso, con una clara intención de destrucción del grupo, se hace necesaria una reflexión y adecuación de la normativa internacional para incluir el genocidio cultural como un delito específico.

SEXTA: Una de las limitaciones que impiden enjuiciar a los responsables de crímenes de genocidio cultural, lo encontramos en el propio texto del ER. La jurisdicción del Estatuto solo comprende a aquellos Estados (incluyendo a sus nacionales) que hayan ratificado el Estatuto. Una solución alternativa podría ser el establecimiento de un tribunal ad hoc. Desde el año 2015 de febrero, el IICISAR, habiendo observado la falta de consenso entre los miembros del Consejo de seguridad sobre la cuestión de la remisión a la CPI, ha recomendado que se reflexione sobre la posibilidad de remitir la situación a un tribunal ad hoc⁸². Concurren varias posibilidades. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha adoptado en dos ocasiones resoluciones que instituyen tribunales penales internacionales ad hoc, para la ex Yugoslavia en 1993 y para Ruanda en 1996. De igual forma, se han creado tribunales especiales basados en acuerdos entre las autoridades nacionales del estado en que se cometieron delitos enjuiciados y las NNUU, como el Tribunal Especial para Sierra Leona, establecido en 2002, y el Tribunal Especial para el Líbano, establecida en 2007. Otra posibilidad podrían ser los mecanismos judiciales "mixtos" especiales dentro del ordenamiento jurídico interno, tales como las secciones especiales para delitos graves en Timor Oriental, establecidos en 2000, las salas

⁸² Informe de la Comisión internacional independiente de investigación sobre la República Árabe para. 146.

extraordinarias en los tribunales de Camboya, establecidas en 2001, o la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina, establecida en 2004, en la que los magistrados internacionales se sientan junto a los nacionales⁸³.

SÉPTIMA: Hemos de concluir con la siguiente reflexión: el Derecho, al igual que la historia, sufren constantes cambios por la evolución cultural, religiosa, social y política. Los hechos y acontecimiento actuales no pueden quedar sumidos en una normativa creada al efecto hace 70 años, pues el texto de la Convención se mantiene en su casi totalidad en el Estatuto de Roma. La realidad histórica, el surgimiento de nuevos conflictos armados, el auge del terrorismo yihadista, la destrucción sistemática de la identidad cultural y religiosa, hacen necesaria una revisión de los textos legales en materia del derecho penal internacional que por fin protejan no solo la identidad y dignidad humana en su definición general, sino la libertad religiosa como expresión exterior de la cultura y la sanción específica de la destrucción de los sitios de culto. El progreso, la evolución humana, necesita adecuar las situaciones actuales descritas con el fin de proporcionar una protección más amplia y con las garantías suficientes para la cultura y edificios de culto religioso, signo de identidad del hombre.

No obstante, consideramos que la comunidad internacional, lejos de renovar dicho concepto se ha alejado de la evolución histórica, social y cultural por presiones políticas y geoestratégicas. Los acontecimientos actuales, en los que numerosas iglesias son quemadas y destruidas, ponen de manifiesto que se cometen sacrilegios con total impunidad, pero la CPI carece de jurisdicción para enjuiciar a los responsables de esos crímenes en muchas ocasiones y la comunidad internacional, por las presiones de los países con derecho a veto en la ONU, no han realizado el mínimo esfuerzo diplomático y político para lograr que esos crímenes sean sancionados. Por todo ello, consideramos adecuado y ajustado a Derecho que el genocidio cultural deba ser calificado como tipo penal específico. La identidad religiosa tiene como forma de expresión exterior los lugares de culto. Merecen protección y seguridad jurídica. El problema no es sólo que los crímenes que queremos incluir se clasifiquen como una atrocidad, el principal problema es el poder de coerción relacionado con la aplicabilidad de los juicios, hasta la fecha sin incluir el genocidio cultural.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos

ANAYIOTOS, DAPHNE (2009), The Cultural Genocide Debate: Should the U.N. Genocide Convention Include a Provision on Cultural Genocide, or Should the Phenomenon Be Encompassed in a Separate International Treaty? *New York International Law Review*, núm. 22, págs. 99-129.

BEAMAN, LORI G. (2013) Battles over Symbols: The “Religion” of the Minority Versus the “Culture” of the Majority, 28 J.L. & RELIGION 67, pág. 83.

Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española, Barcelona, Editorial SPES, 1964, p. 1698.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, Estatuto de fecha 17 de julio de 1998, Disponible en [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), (Última consulta 19 de junio de 2024).

⁸³ Sala de Crímenes de la Guerra Bosnia-Herzegovina. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Bosnia.pdf>, (Última consulta el 20-06-2024).

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2000): *Elementos del crimen de genocidio*. Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, de 6 Julio Disponible en: www.preventgenocide.org/es/genocidio/elementos.htm, (Última consulta 19 de junio de 2024).

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2002): *Elementos de los crímenes*. Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>. (Última consulta 19 de junio de 2024).

CORTE PENAL INTERNACIONAL (2010): *Elementos de los crímenes*. Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (publicación de la Corte Penal Internacional, RC/11). Disponible en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>. (Última consulta 19 de junio de 2024).

GERSTENBLITH, PATTY (2016), “*La destrucción del patrimonio cultural: un crimen contra la propiedad o un crimen contra las personas*” 15 J. Marshall Rev. Intell. Apoyo, págs. 336, 379.

HIRAD ABTAHI & PHILLIPA WEBB (2008), *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff Publishers, Vol. 1, 885-893: 889.

IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Ángel. 2023. «Del Genocidio Al Genocidio Cultural, Etnocidio, Limpieza étnica (y a La desnazificación)». *Estudios De Deusto* 71 (1), 291-320. <https://doi.org/10.18543/ed.2795>. (Última consulta, 24 de junio de 2024).

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE (2004). Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia-Herzegovina, establecida en 2004, Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Bosnia.pdf>. (Última consulta 19 de junio de 2024).

LEMKIN, Raphael (1933), *Acts Constituting a General (Transitional) Danger Considered as Offense against the Law of Nations* Disponible en: <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>. (Última consulta 17 de junio de 2024).

LEMKIN, RAPHAEL (1944), *Axis Rule in Occupied Europe*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 1944.

LEMKIN, RAPHAEL (1946) “Genocide,” *American Scholar* 15 (1946), Editorial, Ciudad, año, p. 228.

LEMKIN, RAPHAEL (2002), *Totally Unofficial Man: The Autobiography of Raphael Lemkin*, in *Pioneers of Genocide Studies*, ed. Steven L. Jacobs and Samuel Totten (New Brunswick: Transaction Books, 2002), 368.

MERRILL BARTLETT, Robert, (1959) *They Stand Invincible: Men Who Are Reshaping Our World*, New York: Thomas Y. Crowell Company, pág. 97.

NACIONES UNIDAS (1948) Asamblea General 83 Reunión, Sexto Comité, Doc. A/C.6/SR.83 de 25 de octubre de 1948 (reeditado en HIRAD ABTAHI & PHILLIPA WEBB, THE GENOCIDE CONVENTION: THE TRAVAUX PRÉPARATOIRES, Martinus Nijhoff Publishers, 2008), Research Guide. Disponible en: <http://www.un.org/depts/dhl/resguide/spechr.htm#subcom>, (Última consulta 19 de junio de 2024).

NACIONES UNIDAS (1978): Nicodème Ruhashyankiko, Special Rapporteur, “Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, U.N. ESCOR, Hum. Rts. Comm., Subcomm. on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 31st Sess., U.N. Doc. E/CN.4/Sub. 2/416 (4 July 1978). Disponible en: <https://es.scribd.com/document/118024936/Ecocide-is-the-Missing-5th-Crime-Against-Peace>, (Última consulta 14 de mayo de 2024).

NACIONES UNIDAS (1985): Benjamin Whitaker, Relator Especial, Informe de la Comisión de DDHH del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. Trigésimo octavo período de sesiones, de 2 de julio de 1985. Disponible en: <http://www.preventgenocide.org/prevent/UNdocs/whitaker/>. (Última consulta 14 de mayo de 2024).

NACIONES UNIDAS (1996): Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996. Documento A/53/10, pp.96-98 disponible en: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf, (Última consulta 19 de junio de 2024).

NACIONES UNIDAS (2014): Declaración de Adama Dieng, Asesor especial del Secretario General sobre la prevención del genocidio. 12 de agosto de 2014. Disponible en: <http://www.un.org/es/preventgenocide/adviser/statements.shtml>, (Última consulta 19 de junio de 2024).

NACIONES UNIDAS (2014), Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: “Regla del terror: vivir bajo Isis en Siria” de la Comisión internacional independiente de investigación sobre la República Árabe Siria, de 14 de noviembre de 2014. Disponible en: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session25/Documents. (Última consulta 19 de junio de 2024).

NACIONES UNIDAS (2015). Comité de Derechos Humanos: Informe de la Comisión internacional independiente de investigación sobre la República Árabe Siria, 5 de febrero de 2015, A/HRC/28/69, para. 146. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Pages/ListReports.aspx>. (Última consulta 20 de junio de 2024).

POWER SAMANTHA (2002), “*A Problem from Hell: America and the Age of Genocide*”, New York: Basic Books. pág. 21.

SARTRE, JEAN PAUL (1973), “*El genocidio*”, *Situations VIII*, Buenos Aires, Losada, pág. 47.

SEGESESSER, DANIEL MARC (2005), “Raphael Lemkin and the International Debate on the Punishment of War Crimes (1919-1948),” *Journal of Genocide Research* 7, pág. 457.

SIV ELLEN KRAFT (2009) “*Sami Indigenous Spirituality: Religion and Nationbuilding in Norwegian Sápmi*.” University of Tromsø. Temenos Vol. 45 No. 2, págs.179–206.

WERLE, GHERALD (2005). *Tratato de Derecho Penal Internacional*. Valencia. Tercera parte “Crímen de Genocidio”. págs. 309 – 344.

Otros documentos

Diccionario de la Real Academia Española online, Disponible en <http://dle.rae.es/?w=diccionario>, (Última consulta 15 de junio de 2024).

Enciclopedia Jurídica. Disponible en: <http://enciclopediajuridica.biz14.com/d/confesionreligiosa/confesionreligiosa.htm> (Última consulta 19 de junio de 2024).

Free Word Centre, Disponible en: <https://www.freewordcentre.com/explore/daesh-isis-media-alice-guthrie>, (Última consulta 19 de junio de 2024).

VIII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

VIII.1. Fuentes normativas

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, *Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948*. Entrada en vigor: 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>, (Última consulta 19 de junio de 2024).

Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención 1954, aprobado en La Haya el 14 de mayo de 1954. Disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Fecha de la última consulta 14-05-2024.

Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales 1970, aprobado en París, el 14 de noviembre de 1970. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html. Fecha de la última consulta el 14-05-2024.

Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, aprobado el 16 de noviembre de 1972. Disponible en: <http://whc.unesco.org/archive/convention-es.pdf>. Fecha de la última consulta el 14-05-2024

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>. (Última consulta 16 de junio de 2024).

Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991.

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>. (Última consulta 14 de mayo de 2024).

CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, S/RES/877, de 21 de octubre de 1993 Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/877%20\(1993\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/877%20(1993)); (Última consulta 14 de mayo de 2024).

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia International, Reglas de Procedimiento de 11 de febrero de 1994. Disponibles en <http://www.icty.org/en/sid/136>. (Última consulta 15 de mayo de 2024).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los *procès verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. En vigor el 1o de julio de 2002. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf). (Última consulta 20 de mayo de 2024).

Resolución de Consejo Seguridad de Naciones Unidas, S/RES/ 2100/2013 para la estabilización de Mali. Disponible: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/Varios/Resena_NNUU_Resolucion21002013_MALI.pdf, (Última consulta 13 de junio de 2024).

VIII.2. Fuentes jurisprudenciales

a) Tribunal Internacional de Justicia

Tribunal Internacional de Justicia, *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia (Serbia y Montenegro))*, sentencia de 14 de febrero de 2007, para. 193-196

Tribunal Internacional de Justicia, *Caso relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio (Croacia c. Serbia)*, Excepciones Preliminares. sentencia de 18 de noviembre de 2008.

b) Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia International, *Prosecutor v. Kupreskic*, asunto núm.IT-95-16-T, Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 27 de septiembre de 23 Oct 2001, para 636.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Biljana Plavšić*, asunto núm. IT-00-39&40/1-S, Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2003, para. 52.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Radislav Krstić*, asunto IT-98-33-A. Sentencia de la Sala de Apelación de 19 de abril de 2004, paras 561, 576, 580.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia International, *Prosecutor v Milomir Stakic*, asunto IT-97-24-A, sentencia de la Sala de Apelación de 22 marzo 2006 para. 768.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v Krajišnik*. Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, asunto núm. IT-00-39-T, para 705.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia *Prosecutor v Dordevic*, asunto IT-05-87/1-T, sentencia de Primera Instancia de fecha 23 Feb 2011 y asunto IT-05-87/1-A, sentencia de la Sala de Apelación de fecha 27 de enero de 2014.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v Dorđević*. Sentencia de la Sala de Primera Instancia de fecha 27 de enero de 2014, asunto núm. IT-05-87/1-T para. 1773.

c) Tribunal Internacional para Ruanda

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Musema*, asunto núm. ICTR-96-13-A, sentencia de 27 de enero de 2000, para. 164

d) Corte Penal Internacional

Corte Penal Internacional, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyil*, asunto núm. ICC-01/04-01/06, sentencia de 2 de julio de 2008, Disponible en <https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>. (Último acceso, 18 de junio de 2024), paras. 207-209.

Corte Penal Internacional, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, asunto núm.01/12-01/15, sentencia de 27 de septiembre de 2016. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi>, (Último acceso, 18 de junio de 2024), para.31.

LIDERAZGO Y LA CULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN EL CONTEXTO MILITAR LEADERSHIP AND THE CULTURE OF HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN THE MILITARY CONTEXT

Dahianna Mercedes Rodríguez Ortegón y José Octavio Duque López
Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova - Colombia

Resumen

Esta investigación da cuenta del siguiente cuestionamiento ¿Cómo opera el liderazgo militar en los procesos de enseñanza- aprendizaje (E-A en adelante) para la consolidación de la cultura en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario al interior del Ejército Nacional de Colombia? Con ello, se trazó un objetivo principal que consistió en analizar los componentes del liderazgo militar en el ejercicio de los procesos de E-A; la consolidación de la cultura de DDHH y DIH al interior del EJC; asimismo, establecer que, través de dichos procesos existe una repercusión en escenarios de aplicación de los DDHH Y DIH. Se consultaron diversas fuentes como: manuales del Ejército Nacional y material académico, así como aclaración con miembros del entorno militar en calidad de estudiantes, como oficiales y docentes.

Palabras clave

Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos, procesos de enseñanza aprendizaje, Liderazgo militar, Colombia.

Abstract

This research addresses the following question: How does military leadership operate in the teaching-learning processes (hereinafter referred to as E-Learning) for the consolidation of the culture of Human Rights and International Humanitarian Law within the Colombian National Army? With this, the main objective was to analyze the components of military leadership in the exercise of the processes of E-A; the consolidation of the culture of Human Rights and IHL within the JNA; also, to establish that, through these processes, there is an impact in scenarios of application of Human Rights and IHL. Several sources were consulted, such as: National Army manuals and academic material, as well as clarification with members of the military environment as students, officers and teachers.

Keywords

dInternational Humanitarian Law, Human Rights, teaching and learning processes, military leadership, Colombia.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Metodología. 3. Capítulo 1. 3.1. Liderazgo militar. 3.2. Liderazgo de los oficiales en formación del Ejército Nacional de Colombia. 3.3. Liderazgo de los oficiales del Ejército Nacional de Colombia. 4. Capítulo 2. 5. Capítulo 3. 6. Discusión. 7. Conclusiones. 8. Referencias.

1. Introducción

En el contexto de la enseñanza, tanto los docentes civiles, como militares, son responsables de la formación de los futuros oficiales del Ejército Nacional, puesto que cumplen con un rol significativo, teniendo en cuenta la transversalidad de las temáticas aplicadas al quehacer del militar. De ahí, resulta necesario reconocer la importancia al momento de implementar estrategias conjuntas que contribuyan a fomentar espacios de desarrollo y conocimiento en DDHH, DIH, enfocado al rol específico tanto del educador, como del estudiante.

Una de las problemáticas que resuenan en el espacio académico de los militares va de la mano con su ejercicio profesional y el dominio de temáticas aplicadas específicamente desde el DIH y los DDHH tomando en cuenta que los docentes que forman en estos aspectos desconocen en principio el ejercicio

operativo y práctico de los militares, no obstante, para ello se consolidan otras medidas propias de la instrucción militar (Jiménez, Gil, & Jiménez, 2021).

Este asunto actualmente se encuentra en desarrollo, por lo tanto, sirve como una guía y una entrada para reconocer que una vez los estudiantes se gradúan como profesionales en Ciencias Militares y ascienden durante su carrera, sigue estando en su ejercicio como líder darle encadenamiento a la enseñanza base para el ejercicio práctico de su profesión militar (Poloche, et., al, 2018), como una garantía con su comunidad; el ejercicio como comandantes y la responsabilidad que recae sobre ellos, dado que, el derecho a los sumo, se presenta de manera dinámica y constante.

La presente investigación se fundamenta, por lo tanto, en los postulados que parten del liderazgo militar (Monsalve, Chamorro, & Luzardo, 2018) y en la enseñanza del DIH y los DDHH. De ahí, se asume una posición desde las esferas de las particularidades de la educación superior en el desarrollo de métodos tanto de enseñanza, como del aprendizaje (Arana & Ibarra, 2022).

En consecuencia, se plantea la siguiente estructura investigativa:

Primero, abordar el liderazgo actual que se ha instaurado para la operación militar de manera general y enfocar este artículo hacia la observación externa de los escenarios de aplicación, creación y divulgación del derecho aplicable en situaciones de conflicto. Reconociendo, por lo tanto, la importancia de la promoción de estrategias que permitan tanto a estudiantes, como a los oficiales, hacer uso de habilidades y del conocimiento para el buen ejercicio de su labor militar y a lo sumo del liderazgo.

Segundo, reconocer los diferentes enfoques y lineamientos que se precisan en la práctica y las tendencias actuales en el sector educativo, esto, partiendo de una estructura enfocada a la obtención de resultados, como así se determina en la política pública para la educación superior militar en Colombia (Resolución 0455 de 2021), como una de las estrategias actualmente implementadas. Adicionalmente estudiando las líneas estratégicas que promueve la PEFuP, como directriz actual que delimita los estándares requeridos para la obtención y práctica del liderazgo, formación en DDHH y DIH para los miembros de la fuerza pública.

Tercero, abordar los criterios principales objeto de estudio que se dirige a la identificación y consolidación de herramientas que continúen con el proceso de formación y enseñanza, como discernimientos claves en el tejido de las construcciones sociales colombianas, situación que recaba la necesidad de aclarar las bases jurídicas de carácter nacional e internacional aplicables las situaciones de conflicto, como futuros funcionarios al servicio de la defensa y la seguridad, independientemente de sus carreras.

Lo anterior, aporta un contenido crucial que consiente en confirmar que la instrucción del derecho como comúnmente se conoce y de las distintas temáticas, el rol de quien enseña, para el presente caso desde una calidad (civil o militar), continúa y se extiende al quehacer como guía (Centellas, 2014),

En razón a ello, el EJC sigue los lineamientos de educación superior con base en la implementación de “la Política de Educación para la Fuerza Pública ((PEFuP) 2021-2026”)), que entrelaza los requerimientos exigidos por el Ministerio de Educación y a la vez, por el Ministerio de Defensa, permitiendo así, crear una amalgama de directrices y lineamientos específicos al momento de impartir un saber y el Manual de Educación Conjunto (MEC 6-27.2) Derechos humanos y derecho internacional humanitario para las fuerzas militares (Min. Defensa, 2024).

Se evidencia que estos componentes son un eje central del derecho enmarcado en los contextos operacionales y el liderazgo militar (Beltrán, 2016), con esta información se logra resaltar el escenario en el que el rol del militar como líder, es darle continuidad al proceso de formación de futuros oficiales. Razón por la cual, la doctrina y el material académico que gira en torno a este tema resulta ser de tipo adaptativo y, por ende, se debe ajustar a los fines esenciales para sembrar el respeto por la vida, la dignidad humana y la protección de los derechos fundamentales en situaciones de conflicto armado, como una evidencia para el mejoramiento de las estrategias pedagógicas.

Atendiendo a que, los Derechos Humanos, corresponden a las garantías “inherentes a todas las personas” (Naciones Unidas [OHCHR], 2016, p. 19). dicho de otro modo, son el resultado de la adición

de derechos individuales y colectivos que se instituyen en cada ordenamiento jurídico a nivel nacional o internacional (OHCHR, 2016). Por cuanto el Gobierno está obligado a respetar, proteger y cumplir con los DDHH como: condiciones de vida bajo criterios de dignidad, libertad, igualdad de condiciones y oportunidades.

Como cita Alejandro Valencia Villa (2013):

El Derecho Humanitario es un intento de recuperar las antiguas tradiciones militares del honor, aplicándolas a la guerra democrática y extender las normas de conducta en cuanto a asistencia a los heridos y recuerdo de los muertos ... al hombre común, al héroe de esta época (p.15).

Con esta premisa, se reconoce que la valía con la que cuenta esta área del derecho, resuena desde un criterio complementario y moderador que pretende salvaguardar la integridad de las personas que no hacen parte del conflicto y limitar las conductas, recursos y formas de la guerra.

De la mano con lo anterior, se ilustran los lineamientos, políticas o estrategias implementadas por la institución para el reconocimiento de la continua mejora en la calidad de la formación académica superior para dichos escenarios militares, con la finalidad de atender los medios para transmitir el conocimiento imperativo dentro del desarrollo de habilidades, conocimiento e información, como pilares fundamentales para ejercer el liderazgo.

Una vez descritas las estrategias se identifican aquellas que contribuyen a la creación, divulgación y aplicación de conocimiento en DDHH y en DIH en este escenario y enfocado al rol específico tanto del educador, como del estudiante, para ahondar en la relevancia que recobran a la luz de las actividades en donde los comandantes acompañan los procesos externos una vez culminan su periodo académico y aunque diste la realidad de la práctica, el ser humano, el respeto por la vida y la dignidad humana son elementos clave a la hora de liderar un grupo de individuos formados para el conflicto armado, la defensa y consolidación de la seguridad del Estado.

2. Método y materiales

La presente investigación tuvo un diseño metodológico que partió desde el modelo epistémico a través del estructuralismo (Jiménez, Gil, & Jiménez, 2021) tomando en cuenta que este se basa en los aspectos para el desarrollo del conocimiento del ser humano a tal efecto, se siguieron tres pasos esenciales:

Primero la observación: la cual consintió en tener un acercamiento desde la experiencia a la dinámica militar a través de la interacción verbal y visual con la comunidad académica (docentes civiles y militares y estudiantes). Segundo la construcción de modelos: en donde, se elaboró un modelo de dicha realidad que pudo dar cuenta de la estructura de los objetos que consolidó su percepción y la descripción; y tercero el análisis de la estructura: que gracias a este se llegó a un nivel de abstracción con el que se interpretó el modelo de los hechos observados que involucraron elementos y arrojó nuevos hechos, esenciales para resaltar la importancia de la enseñanza y práctica de los DDHH y el DIH aplicables a escenarios militares operacionales desde la labor del liderazgo (Lévi-Strauss, 1995). De igual manera, se implementó una metodología de carácter multidisciplinaria (Báez & Chipuli, 2019), desde una primera perspectiva de las dinámicas sociales efectuadas en la cultura de la transmisión del conocimiento en Derecho para poderlo extender al sentido de sus ramas como lo es la aplicable a los DDHH y el DIH, impartidos en la actividad académica de educación superior militar. Asimismo, el tipo de investigación sistemática cualitativa, con el propósito consolidar el contenido propio de la labor del liderazgo del oficial, tomando la atribuciones que tiene el proceso educativo en los estudiantes de la ESMIC, como un ejemplo clave de las diferentes herramientas que se han ido efectuando desde el modelo educativo tradicional hasta el actual, y, por otro lado, se evidenció desde el liderazgo el aporte al fortalecimiento de la transformación de la enseñanza de estas ramas del Derecho. Para ello, se tomaron como base la recolección de contenido bibliográfico e investigaciones que giraron en torno al desarrollo pedagógico sobre los DDHH y el DIH, manuales del EJC, y documentos como la Política Pública para la Educación de la Fuerza Pública.

3. Resultados

3.1. Liderazgo militar

Con la enfática expresión dada por el Capitán de Navío Boris Leyton Moran en 1999 “Mandar no es sinónimo de liderar” (p.257) se da inicio a este capítulo en donde se avanzará en lo relativo al liderazgo y el liderazgo militar.

Hablar de liderazgo, implica una serie de aristas que han sido objeto de estudio y por medio de las cuales se han establecido imperios, reinados, estados y organizaciones a nivel mundial (Estrada, 2007), pues resulta ser un tema extenso. Sin embargo, de manera general, a lo largo de la historia se identifican sujetos que han promovido esta figura social y la han enaltecido para que hoy día continúe siendo pilar de investigaciones o guía de instituciones y empresas.

Históricamente el liderazgo ha consistido en una forma de administrar, en donde su carácter militar también ha sobresalido en el interés de los estudiosos del tema en obras principales como el “El Arte de la Guerra” de Sun Tzu (1532). Por lo tanto, es el resultado de la definición de “estructuras sobre cómo se podría dirigir la sociedad” (Giraldo & Naranjo, 2014, p. 12). Se trata entonces de habilidades de dirección, de influir sobre las personas para conducirlos al logro de metas y objetivos compartidos. La definición de liderazgo fue aportada al ambiente militar, desde las organizaciones griegas, en donde la principal función de los líderes militares era de dirección, cuyas actividades consistían en darle manejo al mando, orden y el desarrollo de actividades en equipo, todo con el objetivo de aportar a la administración del gobierno (Estrada, 2007).

Por su parte, Carl Von Clausewitz, en sus manuscritos sobre la guerra, puso en consideración que la característica principal para las labores militares y de la guerra, consistían precisamente en enfocarse en la disciplina como “requisito básico para una buena organización” (Estrada, 2007, p. 345), por lo que la planeación será uno de los elementos que componen en camino para la toma de decisiones. Con lo anterior, una organización, empresa o un ejército se construye y constituye a partir del arraigo de la calidad humana será de cara a una interacción social dinámica, organizada y estructurada.

En la actualidad el Ejército colombiano se referencia por el liderazgo con la siguiente premisa de Dwight D. Eisenhower: “el arte de conseguir que alguien haga algo que tú quieres porque él quiere hacerlo” (CEDOE, 2017, p. 20). Entonces, sirve para que el dominio del combate corresponda como unificador de los elementos de la información y el liderazgo, represente la base de la misión, movilidad, la maniobra, inteligencia, soporte logístico y la protección de los componentes que potencian el combate necesariamente (CEDOE, 2017).

Su fundamento se encuentra en la Constitución Política de 1991, en los cuatro Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales, que establecen un sistema de valores interrelacionados, metas compartidas y creencias naturalizadas conservadas a lo largo del tiempo. Su importancia radica en que proporcionan un sentido de identidad nacional y delinean los derechos y las responsabilidades que cada soldado y líder deben conocer y alcanzar (CICR, 2014).

De modo que, el liderazgo militar en Colombia representa una piedra angular en la protección y seguridad del país, bajo el modelo democrático y el respeto por los DDHH, siendo su base: los valores como la disciplina, el valor, la integridad y el compromiso para dirigir y motivar las tropas, razón principal para atender la relación del liderazgo con el rol de los miembros del Ejército, que están en formación y los que ejercen propiamente como comandantes.

3.2. Liderazgo de los oficiales en formación del Ejército Nacional de Colombia

Al respecto de la formación de los futuros oficiales del EJC, se han llevado a cabo una serie de investigaciones, que denotan la relevancia que presenta este tema, en efecto, se comparte la posición presentada por Lyria Perilla (2020) adherida a la afirmación con la que inicia su texto, en donde menciona la marcada estructura jerárquica y las peculiaridades relativas a los métodos sociales como lo es el liderazgo.

Sumado a ello, previamente se llevó a cabo una investigación en donde el proceso de formación de los líderes militares está dado por connotaciones de carácter físico, mental y corporal dependiendo de la etapa de estudio que se encuentren. Para Sandoval y Otálora (2015) la importancia de reconocer la imagen del líder y con ello su respeto, está enfocando en el liderazgo desde el punto de vista del “reconocimiento del trabajo, las habilidades y la experiencia de quien ejerce” (p. 35).

De ahí, sobresale una noción de dos aspectos a tener en cuenta en este estudio, por una parte, su formación y constante construcción tanto mental, como física, criterios y/o características con las que debe contar un líder y, por otro lado, su formación integral en aspectos de saberes específicos con los aplicables en materia jurídica.

Como ya se ha mencionado previamente, la institución castrense cuenta con un modelo jerárquico que también es reconocido en la escuela de formación, por ejemplo: son cadetes hasta sexto nivel de formación, a partir de séptimo nivel ascienden al rango de Alférez y de ahí hasta su graduación que adquieren el primer grado militar como oficiales: subtenientes (ESMIC, 2022).

Durante este recorrido, el paso de una etapa a la otra contribuye a que en los últimos niveles (semestres) el estudiante adquiera habilidades y ponga en práctica otras que están encaminadas a la instrucción o el mando con estudiantes de niveles más bajos, con ello, poder dimensionar la responsabilidad de comandar a futuro sus pelotones.

3.3. Liderazgo de los oficiales del Ejército Nacional de Colombia

se concibe que las características principales de los subtenientes del EJC, está determinada por su rango militar, dado que, son subalternos una vez han completado su formación en la ESMIC. Con ello, el rol que desempeñan como oficiales del EJC puede estar en constante cambio dependiendo de la unidad y el contexto en donde se encuentren, para una mejor comprensión, se relacionan las principales características a continuación:

Liderazgo en el campo: los tenientes ejercen el liderazgo en unidades pequeñas denominadas como los pelotones, en donde su principal tarea será la de guiar y supervisar a los soldados que tengan a su cargo, siendo los responsables de las tareas y las misiones encomendadas por los superiores (Centro de Doctrina Militar - CEDOE, 2017).

Instrucción y entrenamiento: son los encargados de instruir y entrenar a los soldados en habilidades tácticas y técnicas, lo que incluye el manejo de armas y herramientas de combate, así como técnicas de supervivencia (CEDOE, 2017).

Planificación y operaciones: hacen parte de la planificación y el cumplimiento de operaciones militares, con ello colaboran con el diseño de estrategias y tácticas para la coordinación de las acciones propias de las operaciones (Arcadio, 2015).

Preservación del orden y disciplina: velan por el respeto y debida aplicación de las normas y reglamentos militares dentro de las unidades, como elementos esenciales para el funcionamiento. (Congreso de la República, Ley 1862 de 2017, Art. 3).

Apoyo al mando superior: los subtenientes asisten en la toma de decisiones de sus superiores, en el seguimiento de las órdenes (Congreso de la República, Ley 1862 de 2017) (Rolón, 1985). Las anteriores son las principales características concernientes con las funciones que cumplen los subtenientes, tomando este rango específico porque corresponde inmediatamente el siguiente paso de la formación del ejercicio profesional, lo cual indica que por una parte, se destaca que en la medida en que van adquiriendo experiencia van asumiendo más funciones específicas y avanzadas, pudiendo también variar de conformidad con el arma a la que sirvan, ya sea infantería, artillería, ingenieros, entre otros.

Se entiende que en la formación de los futuros oficiales la implementación de los anteriores criterios, serán el devenir del estilo y la manera de impartir su liderazgo en las unidades asignadas, procurando entre otras cosas, fomentar el respeto por el funcionamiento de la institución y la responsabilidad en el uso de la fuerza (Klepak, 2012).

A continuación, se abordarán elementos importantes que tiene el líder militar desde su rol y su trabajo integral, consolidando las bases que deben tener o se deben atender desde su formación previa, para resaltar el importe de sus funciones y la preparación para la práctica profesional.

4. Rol de los militares oficiales del ejército nacional de Colombia

Las características que tienen los oficiales del EJC, en el ejercicio del liderazgo frente a los procesos académicos en la enseñanza del DIH y los DDHH, con el propósito de comprender desde el cargo que desempeñan, la influencia y necesidad de ahondar en dichos ejes temáticos corresponde principalmente en dicha la formación.

Existen una serie de parámetros y estándares que se organizan de manera jerárquica a través del mando y dirección de un líder con su grupo, haciendo hincapié en las cualidades propias de los comandantes que hacen parte de la formación castrense. De manera que, los líderes de las unidades se encargan de constituir las habilidades para que a través de estas sea encause la satisfacción de la misión institucional (Castillo, 2016).

Por lo tanto, el enfoque a través del cual se dirige la formación cumple con unos estándares organizacionales, recursos y herramientas específicas, como se expresa a continuación:

Estos conducen el entrenamiento y la educación en tres dominios: institucional, operacional y autodesarrollo, con el fin de adoptar las mejores formas para fomentar el aprendizaje, adaptar



el entrenamiento de las unidades y la capacitación de los líderes y emplear técnicas innovadoras y conducentes para los requerimientos de aprendizaje y entorno (Centro de Doctrina del Ejército [CEDOE], 2017, p. 15).

En consecuencia, la responsabilidad de los comandantes (como líderes), está direccionada al entrenamiento de las unidades y de la capacitación del personal a cargo (futuros líderes), no sobra mencionar que esta formación está intrínsecamente relacionada para la defensa y resguardo de la seguridad de la nación, por lo tanto, el enfoque principal será el conocimiento en DDHH y DIH.

El rol que tienen los miembros de la fuerza pública, se debe partir desde el mandato constitucional que de manera estratégica tiene como objetivo: “prevenir, configurar y vencer” (Ejército Nacional de Colombia [EJC], 2017), deben ocuparse de las personas que están cobijadas por el DIH o los DDHH en el hilo de las operaciones militares, propiamente este criterio debe ser considerado previamente al ejercicio práctico de la labor.

Así pues, desde el liderazgo, acorde a lo señalado en la Resolución 01642 de 2016, es considerado como un conjunto de situaciones que tiene la institución a partir de un modelo que se enmarca en tres aspectos fundamentales:

Gráfico 2. Componentes del liderazgo militar

Fuente: Elaboración con base en el manual MFE 6-22 Liderazgo, (Ejército Nacional, 2017)

En el ejercicio de su liderazgo promuevan como principio fundamental la garantía y acciones encaminadas a la observancia de las normas nacionales e internacionales para asegurar que los

soldados operen bajo la aplicación del DIH y el acatamiento de los DDHH además de tener en cuenta las reglas de enfrentamiento (Ministerio de Defensa Nacional, 2021).

Los militares en su rol de líderes, tiene influencia directa al momento de formar o hacer parte de la formación, lo que implica una labor directa en el desempeño de las actividades presentes y futuras como se plantea en el gráfico al mencionar los atributos del mando tipo misión, dentro del proceso de E-A (Ros, 2006). Siendo así, el sistema educativo del Ejército Nacional está integrado por cinco aspectos que definen y enmarcan el desarrollo de las capacidades académicas, empezando por la instrucción, que consisten en el perfeccionamiento de competencias. La capacitación es en donde se encuadran aquellos procesos que se encargan de fortalecer la formación tanto para los militares, como para policías con los programas integrales. Posteriormente, se encuentra la instrucción, en donde se plantean actividades para la preparación individual y en equipo, como un modelo permanente y dinámico, cuya estructura se encamina a aumentar el conocimiento en doctrina, habilidades conductuales y disciplina.

En penúltimo lugar, se encuentra el entrenamiento que apunta a ser un proceso en donde se afianzan desde el punto de vista físico, las destrezas para mantener el ánimo competitivo. Y finalmente se encuentra en reentrenamiento, que consiste en reformar aquellas habilidades adquiridas en el aspecto táctico y físico (Rodríguez, 2019).

Ros (2006), desarrolla una investigación que reúne los dos aspectos antes mencionados, entendiendo los roles como elementos clave desde el liderazgo y encaja de una manera colosal con el modelo conductista de la ESMIC, esto, partiendo de la teoría de roles que a grandes rasgos ha sido estudiada a partir del análisis de las organizaciones, en donde se considera que las mismas consiguen el éxito por tomar en consideración la estrategia pues en ella está contenida la información, esto en palabras textuales de Ros (2006), significa:

[...] La organización, se configurará como una red de interacciones, en que las personas (el equipo) se consideran fundamentales, por cuyo motivo la relación interpersonal y el trabajo en equipo se convierten en una competencia clave. Esto dotará a la organización de una estructura, ágil, competitiva e incentivadora en todos los niveles (Ros, 2006, p. 13).

Ahora bien, desde la óptica de la teoría de roles, al interior de una organización las personas que ocupan una labor determinada e integrada por grupos, se configuran a nivel social un requisito indispensable para concretar una meta. Por lo tanto, el concepto de rol está dado como un entramado de patrones de comportamientos dentro de una unidad, cada una con una responsabilidad plenamente identificada (Ros, 2006).

El rol del militar es crucial para la enseñanza, no solo en los salones de clase, si no posterior su graduación y respectivo ascenso. Puesto que, efectivamente lo que se enseña en el pregrado es lo que el estudiante va a poner en práctica, pues el comandante en sus formaciones o programas radiales con los dirigentes de pequeñas unidades tácticas o aquellos que están desplegados en el área de operaciones, se les menciona el principio del respeto por el DIH y los DDHH, ya que siempre se está interactuando con la población civil y en operaciones militares.

5. Los lineamientos, políticas o estrategias en la enseñanza militar en dih y ddhh

Una vez caracterizado el rol de los subtenientes como oficiales del EJC, se abre paso a los criterios imperativos que se deben tener en cuenta, no solo desde la formación superior, si no también prever escenarios posteriores, pues se reitera que es en la práctica donde se evidencian las principales necesidades por atender. De tal manera, se desarrollarán los principales lineamientos, políticas o estrategias que se enmarcan en el progreso de la enseñanza especialmente en DDHH y DIH.

Se precisa la ilustración de los lineamientos, políticas o estrategias que se han implementado en el EJC con el propósito de dotar de razón, fuerza y sostenimiento el fundamento que respalda la formación y educación militar de acuerdo a las disposiciones de comando en DDHH y DIH que hablan acerca de los métodos de instrucción militar, el contenido temático y su preparación, respecto a las estrategias

en educación para el desarrollo de un sistema articulado y funcional entre lo curricular y lo extracurricular.

Planes estratégicos

Se han tenido dos estrategias principales en el avance de los aspectos educativos para las fuerzas militares:

- a. “Plan estratégico del sistema educativo de las Fuerzas Armadas (PESE)” que operó hasta el 2019

Este plan tuvo vigencia a partir del año 2007 hasta el año 2019, y fue a través del cual se instauraron una serie de reformas a la estructura de la educación para las Fuerzas Armadas, dada por el Ministerio de Defensa Nacional, con ello, se realizó el lanzamiento de la cartilla “Proyecto Educativo para las Fuerzas Militares (PEFA)” este proyecto a su vez, está instrumentalizado por el “Sistema Educativo para las Fuerzas Armadas (SEFA)” con el fin de alcanzar las metas establecidas en el proyecto.

Cabe resaltar que, este plan estuvo enmarcado en la “Política de Consolidación de la Seguridad Democrática” (Min. Defensa, 2007, p.1), siendo determinante para la promoción de experiencias de innovación y mejoras en las prácticas educativas. Cabe resaltar este plan estratégico porque aportó al fortalecimiento de la formación para el liderazgo militar y policial el cual estuvo encaminado en el fortalecimiento del quehacer de los hombres de las armas y focalizó sus temáticas en “Ética policial, Derechos Humanos y DIH/DICA, coherentes con el reforzamiento de las competencias del SER, del Saber, del HACER y del CONVIVIR” (Min. Defensa, 2008, P. 28).

- b. Plan minerva 2017- Doctrina Damasco que tuvo vigencia hasta el 2022

Este plan estratégico permitió el fortalecimiento de la educación y la doctrina, marcó la dirección del desarrollo institucional por medio de la consolidación de los subsistemas de: “educación, doctrina, lecciones aprendidas, instrucción y entrenamiento, y ciencia tecnología” (Rojas, 2017, p. 113).

En estos espacios se propiciaron los talleres relativos al fortalecimiento de aspectos jurídicos, de doctrina y operacional; de igual manera, conforme a este plan se consolidó la doctrina Damasco como principal mecanismo para la mejora de las capacidades y la protección exhaustiva del Estado colombiano y sus recursos. Pasó de el mando y control: en donde todos los comandantes debían garantizar no solo la emisión y las órdenes y el mecanismo de control; a tener un mando tipo misión: en donde todos los comandantes debían garantizar medidas y métodos para explotar la iniciativa del personal bajo su liderazgo, lo que significó que la existencia de un abanico de opciones para el cumplimiento de la misión.

En el ejercicio del liderazgo, el enfoque por el mando y mejora de las capacidades para plantear las diferentes necesidades respecto al empleo de las armas o el uso de la fuerza, fue una de las principales preocupaciones de este plan y adicionalmente el reconocimiento del liderazgo como el vértice de las misiones y de la constante toma de decisiones (Min. Defensa, 2008).

Lo anterior, cuenta con una relevancia marcada, puesto que, ha permitido que la institución se apropie y le otorgue la popularidad que tiene el líder militar en la orientación a la misión, partiendo del contexto, la jerarquía y la disciplina, como elementos clave para mantener en la institución la prestación del servicio y el logro. Poniendo de presente que la exigencia de un líder trasciende al conocimiento y mantenimiento de la identidad legal y normativa, puesto que ha permitido, a lo largo de la historia enfrentarse de una u otra manera a las amenazas como: enemigos armados, catástrofes, delincuentes, terroristas, amenazas tecnológicas, etc.), de las cuales un comandante debe asumir y efectuar su respectiva intervención en dichas situaciones de riesgo (Melo, 2019).

- c. Planes para el fortalecimiento de la capacitación extracurricular en Derechos Humanos de la Fuerza Pública -2019

De conformidad con el informe emitido por el “Observatorio de Derechos Humanos y Defensa Nacional” (Min. Defensa, 2022, p.1), se reporta que a través de dicho plan se realizaron aproximadamente 95.573 capacitaciones a uniformados de forma curricular y 433.340 de forma extracurricular (Min. Defensa, 2019) en asuntos sobre DDHH y DIH, actividades que estuvieron en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional y el Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR]. A través

de la cual se fomentaron espacios para el reconocimiento de la importancia de la aplicación de la política estratégica para la cero tolerancia a la violencia sexual y violencia de género, realizando jornadas de sensibilización y prevención a soldados regulares a nivel nacional.

De lo anterior, se resalta la procura por consolidar ambientes en donde el personal institucional, en cabeza de los comandantes, promueven y fortalecen el sistema y reconocen la relevancia de capacitar no solo al personal de oficiales, sino hacer extensivo dicho saber en tanto las implicaciones jurídicas que pueden girar en torno a problemáticas sociales, que escalan escenarios, no solo operacionales, si no, de trato y convivencia.

d. Proyectos educativos

En el 2007 se realizó la presentación del proyecto de modernización y reorganización de la educación de las Fuerzas Armadas. Por lo que se implementó el “Sistema Educativo de las Fuerzas Armadas (SEFA)”, dicho proyecto estuvo encuadrado en la consolidación de la “Política de Seguridad Democrática” (Min. Defensa, 2003), con este se formuló y ejecutó el PESE antes referenciado.

El “Proyecto Educativo de las Fuerzas Armadas (PEFA)” fue el principal proyecto que sustenta parte de una base ideológica, axiológica, pedagógica y didáctica el cual fomentó en su vigencia la autonomía de la Fuerza para el fortalecimiento de la identidad educativa cuya garantía giró en torno a “la formación, capacitación, instrucción y entrenamiento” (Min. Defensa, 2008, p. 12) siendo a través de este proyecto en donde se incorporaría el enfoque estratégico para la educación militar y policial (Min. Defensa, 2008).

En este mismo sentido, se cuenta con el Proyecto Educativo Institucional (PEI), dicho lineamiento representó el compromiso tanto individual, como colectivo, y se establecieron las diferentes situaciones para las que el EJC está alineado con la proyección institucional. También forma parte como una de las características a resaltar de dicho proyecto en materia de liderazgo que consistió en la potencialización de la educación para los militares y los policías, respecto al liderazgo y la ética en el marco del “PESE” antes referenciado.

e. Estrategias y lineamientos

Una vez se han identificado los planes y proyectos que ha girado en torno a los avances de la educación superior de manera general para la fuerza pública, surge la necesidad por establecer en la esfera de los desafíos y oportunidades, el mencionar las estrategias que han fortalecido dichos contenidos y promueven abordar desafíos puntuales y el aprovechamiento de estas para mejorar la calidad y la sostenibilidad de la institución educativa.

En razón a esto, en todas las organizaciones se debe contar con unas directrices que generen facilidad en los procesos y, por ende, en la satisfacción de objetivos, las estrategias corresponden a aquellas herramientas implementadas para consolidar procesos claros y eficaces. Existe un modelo estratégico implementado en EJC para el fortalecimiento de la educación, el cual parte de tres ejes principales:

- Partes Interesadas
- Procesos misionales
- Procesos de apoyo

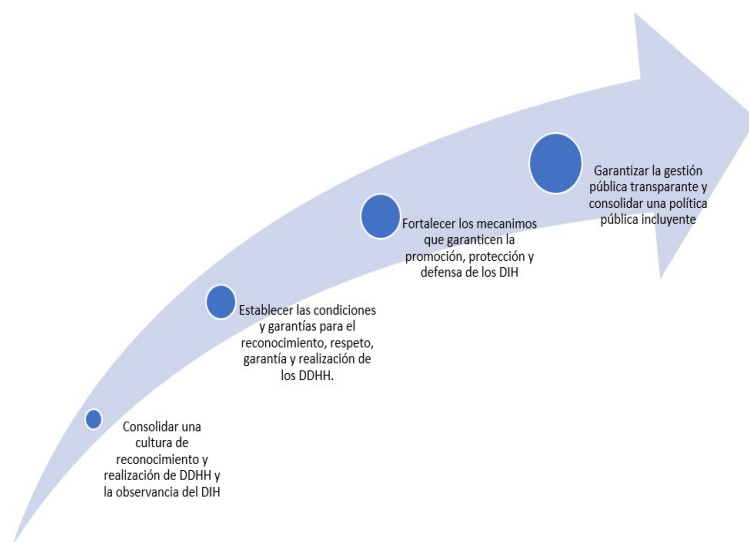
El segundo aspecto, encarna en el respeto por el Derecho Internacional Humanitario. Asimismo, para el año 2022 a través del acuerdo 00005165 por medio del cual, se establecen los lineamientos para el ecosistema científico en la ESMIC, se considera que a partir de acá se marca un punto de partida serio con el proceso científico, académico, tecnológico y de innovación como estrategia para promover procesos de aprendizaje, partiendo del paraje principal con relación a los enfoques del Derecho público, desde las facultades de Ciencias Militares y Derecho, sin excluir las demás carreras profesionales, que de una u otra manera, son en aquellas que se deben reforzar dichos espacios de capacitación y es a donde deben ir dirigidas las estrategias futuras.

f. Estrategias desde la propuesta docente

Una de las bases metodológicas que se esperan de la enseñanza, está enfrentada al quehacer del docente, en la ESMIC se cuenta con un grupo de docentes que tienen una formación en Derecho público, derecho militar, Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Público,

entre otras ramas del derecho. En Colombia a través de la “Estrategia Nacional para la Garantía de los Derechos Humanos 2014-2034” se busca el goce positivo de los DDHH, para todas las personas en ambientes de igualdad y sin lugar a discriminación.

Ilustración. 1. Objetivos de la “Estrategia Nacional para la Garantía de los Derechos Humanos 2014-2034”



Fuente: (Presidencia de la República, Consulta realizada el 30 de abril del 2023).

Con la anterior estrategia se indaga sobre la aplicación de las normas y modelos jurídicos que garanticen este marco legislativo a nivel nacional e internacional. Pues al interior de la enseñanza, aporta contenido siempre y cuando se implemente como recurso para proveer su conocimiento la interior de la fuerza. Razón por la cual, en este mismo sentido se crea el “Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos, bajo el liderazgo de la Consejería Presidencial para el 2021” (Presidencia de la República, 2023).

Se puede afirmar que si bien, existen una serie de parámetros y estrategias con objetivos establecidos durante periodos vigentes, se denota la necesidad por continuar y ampliar la gama de estrategias, no solo desde la deliberación del docente, o de la función pública, también hacer una correlación interinstitucional que permita, que cada vez más el conocimiento en materia de DIH y DDHH cobre fuerza, para que en el futuro, este conocimiento sea correctamente aplicado y respetado, haciendo uso de elementos clave como el fortalecimiento de la investigación, herramientas digitales y tecnológicas, que le permitan al estudiante consolidar competencias encaminadas a la obtención de resultados de aprendizaje óptimos.

En el contexto educativo, se encuentra el lineamiento jurídico que regula lo concerniente el servicio público de la educación partiendo desde el criterio constitucional en su artículo 67 y a través de la Ley 30 de 1992, la cual se halla articulada de manera integral con las finalidades del Estado.

En este sentido, el Ejército Nacional emite una directriz referente al “sistema articulado de aseguramiento de la calidad educativa del Ejército” (Rodríguez, 2019. p.1). En este mismo sentido, se encuentra la Ley 1188 de 2008 y su decreto reglamentario Decreto Nacional 1295 de 2010, que hacen referencia a la estructura “por la cual se regula el registro calificado de programas académicos de educación superior y se dictan otras disposiciones” (Congreso de la República, 2008).

El anterior contenido normativo, permite concertar de manera breve, los criterios que se establecen para brindar y desarrollar un programa académico de educación superior con calidad y con unos estándares que permitan el sostén de las condiciones óptimas del servicio a prestar en cabeza del Ministerio de Educación a través del otorgamiento del registro calificado.

g. Lineamientos

A lo largo de la consolidación de un país garante y afianzado en estamentos internacionales para la protección de la población, surgen una serie de directivas que precisan los antecedentes de las medidas adoptadas por el Gobierno y el Ministerio de defensa para el fortalecimiento de los DDHH y el DIH por parte de las fuerzas militares en Colombia.

Partiendo de la directiva N° 024 de 1995, seguida de la Directiva N° 11 del 2000 y la Directiva N° 10 del 2007, las cuales coadyuvaron a la consumación de la “Política Integral de DDHH y DIH” (Min. Defensa, 2008), todos estos elementos apuntalaron a los criterios de necesidad requeridos para que los miembros de la fuerza, se apoyaran y, por lo tanto, respetaran dichos lineamientos, por lo que se afirma que, desde hace varios años, el sector defensa ha reconocido la relevancia de lo tocante a la propuesta por un enfoque transversal.

De manera que, la consolidación de estos lineamientos promueve una estructura sólida y rigurosa que consientan el correcto enlace, en el presente caso, el trabajo mancomunado del Ministerio de Educación con el Ministerio de Defensa e incluso el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, instituciones que actualmente se encargan de velar y respaldar la calidad de la educación superior en la fuerza pública.

Por otra parte, el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) en el “Acuerdo por lo Superior 2034- Propuesta de Política Pública para la Excelencia de la Educación Superior en Colombia en el Escenario de la paz” (2014, p.1), traza una ruta para consolidar el sistema integrado de refuerzo de la calidad incluyendo aspectos relevantes como lo son llevar a otra dimensión el conocimiento en donde se zanden brechas respecto a los juicios de valor e influencias mal interpretadas o disociadas, propias de la cultura, social o institucional y esto se logra a través de la crítica del propio conocimiento, por ende, de los procesos. De igual manera, se pretende, responder a la apuesta por el conocimiento pertinente, “la educación debe promover una “inteligencia general” apta para referirse al contexto, a lo global, a lo multidimensional y a la interacción compleja de los elementos” (CESU, 2014, p. 9).

Consecuentemente, surge un análisis interesante referente a los elementos que componen la educación militar, puesto que corresponde al compromiso de confrontar su propio sistema, para mejorar y romper con paradigmas consuetudinarios, que se quedan de alguna manera obsoletos en la adecuación y adaptación al conocimiento. Esto, lleva a otra característica de esta política y es el logar enfrenar las incertidumbres, cultivar el reconocimiento de los espacios éticos y, sobre todo, la enseñanza de la comprensión desde esferas: tecnológicas, personales, interpersonales entre grupos y en el manejo de la información (Méndez & Contreras, 2021).

En este mismo sentido, se establece la Resolución número 0455 del 11 de marzo del 2021 “por la cual se adopta la Política de Educación para la Fuerza Pública PEFuP 2021-2026” (Salamanca, 2023), en esta, se enuncian una serie de propósitos que se encuadran desde el ámbito jurídico constitucional y abre paso a la transversalización de los escenarios propios de los programas académicos para el contexto militar.

Su intención radica en el resultado actual de los avances en el mejoramiento de la calidad y se precisan las siguientes líneas estratégicas que suscitan los adelantos en materia de DDHH y DIH para la comunidad académica, enlazando como se ha reiterado el: “saber, hacer, ser y el convivir”, paradigma propio de la educación por competencias (Rodríguez, 2007).

Al ser esta política la consolidación de criterios tomados del “PESE”, “PEFA” y el “SEFA”, se requiere mencionar sus principales implicaciones, iniciando por la ilustración de las estrategias que sirven de ruta para el cumplimiento del objetivo principal de una educación diferencial y de calidad, así:

Gráfico 2. Líneas estratégicas de la PEFuP 2021-2026

Fuente: (Min. Defensa, 2021, p. 12)

Las líneas estratégicas de la PEFuP 2021 - 2026 son las siguientes:

1. Liderazgo y desarrollo integral de militares y policías.
2. Educación Militar y Policial que responda a los retos y amenazas del país.
3. Investigación formativa y aplicada, desarrollo e innovación Militar y Policial sostenible de proyección nacional e internacional.
4. Enseñanza, aprendizaje y certificación de una o más lenguas para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.
5. Uso y apropiación de tecnologías de la información y la comunicación aplicadas a la educación de militares y policías.

Se debe partir de que la educación diferencial que se plantea, reconoce los procesos de: “formación, capacitación, entrenamiento, reentrenamiento, instrucción e investigación” (Min. Defensa, 2021, p. 43), con el propósito de formar mujeres y hombres con criterios que defieran el reconocimiento del respeto por los seres humanos, conforme a los estándares propios del Estado Social y Democrático de Derecho (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), con un sentido por los DDHH y el DIH, que permitan el enfrentamiento a necesidades y problemáticas en la seguridad, respaldo y defensa del país y alineado con el actual manual de educación conjunto MEC 6- 27.2.

En ese orden de ideas, la importancia de impartir saberes, capacitaciones, información, conocimiento y espacios de investigación sobre DDHH y DIH en la escuela y externo a la misma para el personal del EJC, en cabeza de los oficiales, permea dichas premisas diferenciales, en donde con la ayuda de las diferentes etapas de formación y conocimiento, aplicación y fomento de la enseñanza y el aprendizaje del Derecho aplicable en contextos específicos.

Los DDHH se reconocen a través del ejercicio cotidiano de los comandantes, atendiendo, protegiendo y velando por el bienestar de sus hombres, la población civil y el medio ambiente, principalmente al encontrarse enfrentado ante un Grupo de Delincuencia Organizado (GDO); Distinto es el momento en que se presente un enfrentamiento/amenaza por parte de los Grupos Armados Organizados (GAOs).

A partir de este momento es en donde se deberán aplicar lineamientos específicos del Derecho Internacional Humanitario (Min. Defensa, 2016), por ejemplo, estas son apenas una de las bases para el ejercicio de los quehaceres militares. En correspondencia con el Decreto 0157 de 2023 se promueve del respeto y la garantía por los DDHH y la debida aplicación del DIH.

Corolario de ello y ajustando la primera línea estratégica de la PEFuP, el liderazgo es la vertiente principal en la estructuración de la formación militar asociado a que los DDHH sean la médula en coherencia con el afianzamiento de la educación. Además, la cultura como parte de los DDHH, DIH y aquellos modelos sobre el uso de la fuerza permiten suplir, transversalizar, colectivizar y emplear el mismo, para del desarrollo humano integral por medio de los elementos, las bases axiológicas, las dignidades militares y policiales en busca de la vocación por la verdad, el bien común y el respeto por los DDHH en el diario vivir de la profesión militar (Quintero, Pieschacón, & Rincón, 2016).

6. DISCUSIÓN

6. Liderazgo militar en del conocimiento y la aplicación del DIH y los DDHH

El liderazgo de la actualidad, corresponde a quienes sugieren el camino de la inspiración, estimulando al equipo a desarrollar capacidades de las que carece. (Sánchez, 2015). El Liderazgo militar es esencial para el correcto funcionamiento y la efectividad de las fuerzas armadas, ya que guía y motiva a los miembros que dirige en el acatamiento de los obligaciones y deberes, como se indicó en un principio con el papel que juegan los militares en los procesos.

Al enfocar este elemento en la enseñanza y fomento del DIH y los DDHH, se garantiza que las decisiones, acciones y demás actividades estén tomadas con base en un marco ético y legal en donde

se promueve una cultura de respeto de los derechos (Gómez & Pureza, 2004). Por medio de los profesores e instructores se aplican estrategias metodológicas y didácticas que permiten a sus alumnos aprender a actuar, pensar, ser e interactuar en su entorno profesional y personal teniendo en cuenta que la educación es para toda la vida.

De acuerdo con las estrategias que el profesor aplica en el proceso de enseñanza y aprendizaje, se reflejan en el proceso de la cualificación de los hombres y mujeres y aún más específica en los resultados de aprendizaje en cada una de las áreas operacionales que desempeñan durante la vida militar y fuera de ella a través de los métodos y técnicas que se involucran (Guerra, 2020, p.64).

Con lo anterior, se muestra la importancia que tiene el currículo del sistema educativo, pues en este se encuentra establecido a través de competencias el elemento integrador y articulando de los principios, valores, virtudes, conocimientos, habilidades y destrezas; es decir, conjuga los procesos cognitivos, axiológicos, aptitudinales, actitudinales y procedimentales.

Según Pedro Pablo Camargo (2013), existen dos vías para llegar al conocimiento del DIH teniendo en consideración los siguientes métodos:

- A través del examen de las normas convencionales (convenios), como de las consuetudinarias (Costumbres aceptadas en la guerra).
- Mediante el análisis de los conflictos armados (estudio de casos).

Lo que supondrá que el docente también como líder del proceso consolide espacios que estén encaminados al fortalecimiento de aspectos necesarios como: ajustar los contenidos temáticos propios de cada currículo a la actualidad y a las necesidades de la fuerza; implementar elementos prácticos y desde el criterio del saber para correlacionar las inquietudes abrir espacios en donde el estudiante se permita cuestionar y cuestionarse desde la experiencia.

Porque como se sabe, DIH surge a partir del convenio de Ginebra del 22 de abril de 1864, los Estados parte en los cuatro convenios de ginebra de 1949 se han obligado a respetarlos en todas las circunstancias (Comité Internacional de la Cruz [CICR], 2014) y, asimismo, sus dos protocolos adicionales. También surgió el compromiso con su difusión tanto en períodos de paz, como en periodos de conflicto armado.

Por lo tanto, incorporar su observación en relación con la instrucción militar y en general en los currículos académicos es indispensable para fomentar el estudio y garantizar este aspecto y más aún en la práctica militar como comandantes en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

El derecho aplicable en contextos de guerra, se rige por tres principios:

- Acciones militares que estén dirigidas a objetivos militares y combatientes;
- La prohibición de los medios de lucha que causen sufrimiento o daños superfluo que no sean necesarios para derrotar al enemigo y,
- La prohibición de los medios de lucha péfidos, es decir aquellos que atentan contra el honor militar (CICR, 2010).

El DIH es de carácter subsidiario o de emergencia, que es aplicable solo cuando el derecho prohíbe recurrir a la fuerza armada no ha podido operar. Por lo que, está orientado a “la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados (derecho de Ginebra) y la limitación de los medios y métodos del combate (derecho de la Haya)” (CICR, 2004, párr. 10).

Uno de los criterios principales es la cimentación de la paz estable y duradera, de igual manera, el EJC debe tener presente la protección de la población y el respeto por las normas relativas al DIH y los DDHH, (Manual Fundamental del Ejército MFE 1.0 El Ejército., 2017). En ese orden de ideas, la enseñanza de estos discernimientos normativos es crucial para que los líderes militares comprendan la importancia de respetar y resguardar los derechos inherentes de todas las personas.

Al promover una cultura enfocada en DDHH y DIH, sobre todo en la actualidad que está enmarcada en el sostenimiento de la “Paz estable y duradera” (Acuerdo de Paz, 2016), repercute en el fortalecimiento, la confianza y la población civil. Más aún cuando se trata de transversalizar dicha enseñanza a potencialidades como un liderazgo militar sólido en el conocimiento y aplicación de estos lineamientos normativos. Esto implica lo siguiente:

Ilustración 2. Implicaciones de los DDHH y el DIH



Fuente: Elaboración propia con base en (CICR, 2004).

Se debe recalcar en las escuelas de formación, no solo del EJC, si no de la fuerza pública a nivel nacional, y en todos los líneas del mando, desde lo táctico hasta lo operacional y doctrinal, abarcando todos los roles a partir del ejecutante, hasta el nivel del planeamiento, los parámetros establecidos por la normatividad vigente que le permiten tener claridad acerca de los marcos jurídicos a los que se pueden ver expuestas las unidades en el teatro operacional, y como actuar frente a estos, garantizando así, el respeto y el cumplimiento constitucional, observando en todo momento el respeto por el DIH y los DDHH.

a. Respeto por la Vida

Hoy por hoy se habla mucho de una nueva humanidad, empero se trata de una que pretenda conducir hombres hacia una óptica ética y que valore el respeto por la vida. De tal situación se despliega un análisis profundo sobre el acontecer de la realidad social en Colombia, ampliando las distintas proyecciones de este tema. De una u otra manera, el respeto por la vida trata de no herir la integridad o suprimir la existencia humana (Lira, 2020).

Al tratar de exponer las estrategias que implican la creación, promoción y aplicación del DIH y los DDHH desde un ámbito educativo y militar, surgen diferentes formas de ver el panorama, por una parte, se encuentran los manuales, políticas estratégicas y planes que se derivan en indicaciones propias del actuar militar, resultando todo en un esquema elaborado. Por otro lado, es poco lo que se logra percibir con relación directa al campo de aplicación, ¿hemos participado de escenarios de crímenes? ¿sabemos siquiera como usar un arma?

Las respuestas varían de acuerdo con la persona a quien se le hagan, lo cierto es que son pocos los que han tenido que pasar por estas experiencias y como se está hablando de formación para personal que probablemente se enfrentará a esta situación, las estrategias y enseñanzas irían más allá de la simple teoría e incluso de la práctica, el conocimiento y el dominio del mismo radica en la determinación y el criterio, para que, en el eventual caso, se respete, tan siquiera el derecho a la vida.

b. Dignidad Humana

Así, para el (2013), Martínez Bullé-Goyri, desarrolla una investigación sobre la dignidad humana que pone de presente el análisis comparativo de las costumbres políticas, culturales y sociales que se vivían en el siglo pasado – Siglo XX-, de modo que, la reflexión filosófica sobre cuestiones de esta índole, llevan a que:

De la comprensión que se tenga de la naturaleza humana deriva el trato que debe dársele a todo ser que posea dicha naturaleza, a lo que denominamos “dignidad”. Vocablo que deriva del latín dignitas, que a su vez deriva de dignus, cuyo sentido implica una posición de prestigio o decoro, “que merece” y que corresponde en su sentido griego a axios o digno, valioso, apreciado, precioso, merecedor (Bullé-Goyri, 2013, p. 42-43).

También constitucionalmente se respalda la dignidad humana como un principio rector de la humanidad, por lo tanto, se refuerza el sentido que se tiene en el trato y el debido respeto a las personas y a los seres humanos. Esto aplica solo entre los militares oficiales, también con quienes tienen un rango de menor grado y con soldados regulares que prestan servicio, sin dejar de lado las mujeres y hombres que hacen parte de este ambiente e incluso trasciende al medio ambiente y los seres sintientes. Esto no quiere decir que, en la actualidad no se respete, se considera que el buen trato va de la mano con criterios subjetivos y si se ajustan a un sentido en derecho, la perspectiva tiene una connotación un tanto más claro (Tablante & Morales, 2018).

La importancia de la dignidad humana como elemento central del ejercicio de los militares, “hablar de DDHH implica hacer referencia a la dignidad humana” (Ramírez, 2017, p. 9) entonces, el alcance imperativo en la formación en estas ramas del derecho sobrepasa incluso posterior a la culminación de la carrera profesional. Los DDHH y el DIH son apenas la entrada a una atmósfera delimitada y puntual: los conflictos armados, y, por lo tanto, en tiempos de paz, bien como se afirma en la política pública propuesta para darle un enfoque a la educación para construir una “paz estable y duradera”.

c. Garantía y aplicación

Bien se conciben un Estado Social de Derecho (Asamblea Nacional Constituyente, 1991), los elementos garantes que lo componen y de cara a los criterios aportados o que se pretender resaltar aquí, se habla precisamente que el militar en cualquiera de sus niveles, logre comprender desde la base de su ejercicio, que cuenta con unas garantías, con un respaldo y que asimismo presenta el deber de promoverlos.

En el paradigma de la aplicación normativa o incluso en la aplicación de criterios experienciales de momentos imprevistos o previstos, el militar tiene herramientas -no solo armas- que le deben servir como el primer determinante a la hora de tomar decisiones, de impactar o no impactar, de culminar, detenerse y concebir una postura “objetiva” que a lo sumo, representa uno de los mayores desafíos, porque no solo se está en juego la vida desde diferentes puntos de vista, si no también, el sostenimiento de familias, instituciones y premisas que escalan prospectos normativos y sociales.

La invitación por demás corresponde a que el sector educativo y de defensa permitan desde la total armonía y coherencia, continuar respaldando estos talentos que no solo fungen como requisito legal, constituyen por demás, la continuidad de la protección para la propia fuerza en Colombia y a nivel internacional, desde los salones de clase, en el área y nuevamente como oficiales instructores de los cadetes y alférez.

7. Conclusiones

Del presente escrito de investigación en el ámbito de la construcción de una base sólida y estable para la construcción del conocimiento en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, dada su labor como funcionarios de la fuerza pública y por el lleno del contexto en el que suelen desempeñarse como comandantes, se puede concluir que:

El liderazgo militar opera desde un escenario de criterios desde el rol de los miembros del ejército, como un factor imprescindible para sembrar parámetros y criterios fundamentados en DDHH y DIH puesto que, dependiendo de la función o el grado militar que ejerza representa a nivel formativo (ESMIC, EMSUB, ESPRO) escuelas de formación militar, un grado de responsabilidad diferente y ejemplo en tanto en la formación, como en la aplicación de DDHH y DIH.

Asimismo, se evidencia que los lineamientos, políticas o estrategias planteados, desde el Ministerio de Educación y el Ministerio de Defensa, como compromiso para fortalecer el perfeccionamiento

académico de la enseñanza en la fuerza pública y al interior del EJC, resulta ser un compendio sólido siempre y cuando se continúen aplicando parámetros internos desde las clases, los currículos y la práctica, desde el modelo pedagógico ajustado a la PEFuP y al MEC 6-27.2. bajo el modelo de enseñanza y aprendizaje por competencias y resultados de aprendizaje.

De ahí, la importancia de vislumbrar el escenario académico militar como algo que va más allá del siempre ejercicio táctico, se sugiere desde los resultados, implementar una gama argumentativa que permita a cada uno de los comandantes tener un criterio y un pensamiento crítico que consienta, en cada una de sus acciones tomar decisiones coherentes y apoyadas en el respeto, la solidaridad y la misionalidad de la institución castrense.

Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, son el epítome principal aplicable a los contextos de conflicto armado y en general de la estructura constitucional que permite el respaldo y la garantía de los derechos de las personas que advierten su participación y no en los conflictos, esto, representa ser una de las directrices imperativas del conocimiento de cadetes, alféreces y comandantes, por la naturaleza de las funciones.

Entonces, propiciar espacios por la divulgación, creación y aplicación del conocimiento sea la base de la estrategia principal al momento de fomentar el desarrollo académico como el refuerzo innato y especializado de la carrera militar, indistintamente de la labor y del rango militar que se posea. Se tiene que a lo largo de la historia el EJC se ha preocupado por consolidar desde diferentes directrices, políticas, lineamientos y estrategias con el compromiso con la educación superior, muestra de ello se estructuran en el PESE, PEFA, SEFA y el Manual de Derechos Humanos para las fuerzas militares y actualmente en la PEFuP que han denotado la continuidad y cómo se determina en la propuesta para la “Política Pública para la Excelencia de la Educación Superior en Colombia en el Escenario de la paz- 2034”.

Los procesos de enseñanza y aprendizaje han mutado conforme las necesidades sociales que se vivan a nivel nacional, puesto que, Colombia ha sido un país que durante la mayor parte del tiempo ha presentado inestabilidad en el orden público y diferentes enfrentamientos entre grupos armados, esto ha contribuido a que dicha cultura se enraíce en el quehacer los militares a través del mando de sus hombres. Actualmente persiste el enfrentamiento con disidencias de grupos al margen de la ley, no obstante Colombia está bajo los lineamientos del acuerdo de paz firmado en el año 2016. Lo que implica que las necesidades de la fuerza y de la sociedad cambien.

Finalmente, como ello, se pretende que a través del liderazgo y la cultura que eduque al militar de manera clara y definida al interior de la Fuerza y de cara a los órganos internacionales, prime, el respeto por la vida tanto de los hombres que se tienen a cargo, como de aquellos que no participan en los conflictos de manera directa; de igual manera, velar por la reivindicación de la dignidad humana en la continuación de una la persistencia de la paz, entendiendo que el aprendiz y el maestro son seres humanos y están en constante dinamismo e integración.

8. Referencias

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991). Por medio de la cual se emite la Constitución Política de Colombia de 1991.

ARANA, M., & IBARRA, V. (2022). Reflexividad, Continuum y Contexto: Fundamentos epistémicos- pedagógicos del modelo educativo militar. Bogotá D.C.: Sello Editorial ESMIC. <https://doi.org/10.21830/9789585380271>

BELTRÁN, M. (2006). Importancia de la educación en los derechos humanos especial referencia a América Latina. Revista Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Vol. 1, 2011-2028 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2228405>

BULLÉ-GOYRI, V. (2013). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Boletín mexicano de derecho comparado 46 (136), 39-67.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000100002

CAMARGO, P. (2013). Derecho Internacional Humanitario. Bogotá D.C.: Leyer S.A.

CASTILLO, J. (2016). El liderazgo militar del Ejército Nacional de Colombia, ¿Más allá de las unidades militares? Universidad Militar Nueva Granada [Trabajo de grado especialización]., 1-17.
<https://repository.unimilitar.edu.co>

CAIRAMPOMA, M. (2015). Tipos de investigación científica: una simplificación de la complicada incoherentes nomenclatura y clasificación. Revista Electrón, 16(01), 2-15
<https://www.redalyc.org/pdf/636/63638739004.pdf>

CENTRO DE DOCTRINA DEL EJÉRCITO [CEDOE]. (2017). Manual Fundamental de Referencia del Ejército MFRE 7-0 Desarrollo de Líderes y Entrenamiento de Unidades. Bogotá D.C.: Imprenta del Ejército. https://www.cedoe.mil.co/enio/recurso_user/doc_contenido_pagina_web/800130633_4/458789/mfre_7_0_desarrollo_de_lideres_y_entrenamiento_de_unidades.pdf

CENTRO DE DOCTRINA MILITAR - CEDOE. (2017). Manual Fundamental del Ejército MFE 6-22 Liderazgo. Bogotá D.C.: Imprenta Militar del Ejército.
https://www.cedoe.mil.co/enio/recurso_user/doc_contenido_pagina_web/800130633_4/458773/mfe_6_22_liderazgo.pdf

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ [CICR]. (01 de enero de 2014). Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales. <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA [CICR]. (2004). ¿Qué es el derecho Internacional Humanitario? Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario., 1-2.
<https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf>

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (29 de octubre de 2010). Métodos y medios de guerra. <https://www.icrc.org/es/doc/war-and-law/conduct-hostilities/methods-means-warfare/overview-methods-and-means-of-warfare.htm>

CENTELLAS, I. (2014). La enseñanza del derecho y su interdisciplinariedad es un reto constante para el docente universitario. Revista Jurídica Derecho, 1(1) 97-100.
http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102014000100008&lng=es&nrm=iso

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2008). Ley 1188 de 2008. Bogotá D.C.: "por la cual se regula el registro calificado de programas de educación superior y se dictan otras disposiciones".
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30009>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2017). Ley 1862 de 2017. Por medio de la cual se establecen las normas de conducta del militar colombiano y se expide el código disciplinario militar. Diario Oficial No. 50.315 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1862_2017.html

DEL VALLE, W. (2015). Perfil del oficial del ejército en el postconflicto. [Ensayo. Universidad Militar Nueva Granada] <https://repository.unimilitar.edu.co>

EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA. (2019). Lineamientos de comando en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho operacional <<Bicentenario>>. Bogotá D.C.: Departamento Jurídico Integral- Dirección CEDE11.

EJÉRCITO NACIONAL DE COLOMBIA. (2017). Manual Fundamental del Ejército- MFE 3-0 Operaciones. Bogotá D.C.: Imprenta Militar del Ejército. <https://www.cedoe.mil.co>

ESCUELA MILITAR DE CADETES "GENERAL JOSÉ MARÍA CÓRDOVA" [ESMIC]. (2022). Acuerdo N° 0002078 por medio del cual se aprueba y adopta el reglamento estudiantil aplicable a los estudiantes de la ESMIC. Bogotá: Fuerzas Militares de Colombia. https://www.esmic.edu.co/aym_document/aym_regulation/2/2/4.pdf?1640020662

ESTRADA, S. (2007). Liderazgo a través de la historia. *Scientia Et Technica*, 13(34). 343-348 <https://www.redalyc.org/pdf/849/84934058.pdf>

GÓMEZ, F., & PUREZA, J. (2004). La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. Bilbao: RGM S.A. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27570.pdf>

JIMÉNEZ, J., GIL, J., & JIMÉNEZ, R. (2021). Derecho operacional en relación con los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. *Revista Científica General José María Córdova* 19(33), 115-131. <http://www.scielo.org.co/pdf/recig/v19n33/2500-7645-recig-19-33-115.pdf>

KLEPAK, H. (2012). Formación y educación militar: los futuros oficiales y la democracia. Buenos Aires: Red de Seguridad y Defensa de América Latina-RESDAL. <https://www.resdal.org/educacion/educacion-militar.pdf>

MANUAL FUNDAMENTAL DEL EJÉRCITO MFE 1.0 EL EJÉRCITO., RESOLUCIÓN 01866 (28 DE SEPTIEMBRE DE 2017).

MARTÍNEZ, V. (2013). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. *Boletín Mexicano de derecho comparado.*, 39-67. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v46n136/v46n136a2.pdf>

MEDRANO, O., OCHOA, W., & QUIROGA, L. (2015). La educación en situaciones de conflicto armado y posconflicto: aprendizajes para Colombia a partir de los casos de Argentina, El Salvador, Guatemala y Sudáfrica. [Tesis de Grado, Universidad Santo Tomás] <https://repository.usta.edu.co>

MELO, L. (2019). Experticia Militar. *Revista profesional del Ejército Nacional de Colombia.*, 1-80. <https://www.ejercito.mil.co>

MÉNDEZ, W., & CONTRERAS, D. (2021). Paradigmas y experiencias de aprendizaje en la educación militar: una respuesta a los desafíos de la educación contemporánea. Bogotá D.C.: Sello Editorial ESMIC. <https://doi.org/10.21830/9789585350663>

MIN. DEFENSA. (2024). Manual de Educación Conjunto (MEC 6-27.2) Derechos humanos y derecho internacional humanitario para las fuerzas militares. Imprenta CGFM.

- MIN. DEFENSA. (2003). Política de Defensa y Seguridad Democrática. Bogotá D.C.: Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/csh/spanish/documentos/colombia.pdf>
- MINISTERIO DE DEFENSA. (2008). Proyecto Educativo de las Fuerzas Armadas [PEFA]. Bogotá D.C.: Pro-offset Editorial S.A. <https://www.mindefensa.gov.co>
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2021). Política Integral de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Bogotá D.C.: Observatorio de Derechos Humanos y Defensa Nacional. <https://www.mindefensa.gov.co>
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2017). El compromiso de la fuerza pública colombiana con los Derechos humanos. <https://www.mindefensa.gov.co>
- MINISTERIO DE DEFENSA. (2019). Plan de Capacitación de la Directiva N° 11. Bogotá D.C.: Ministerio de Defensa Nacional. <https://www.mindefensa.gov.co>
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2021). Resolución 0455, por la cual se adopta la “política de educación para la Fuerza Pública (PEFuP) 2021-2026: hacia una educación diferencial y de calidad”. <https://www.emavi.edu.co>
- MONSALVE, C., CHAMORRO, L., & LUZARDO, M. (2018). Liderazgo Militar y su Relación con la Moral Combativa de la Segunda División del Ejército Nacional de Colombia. *Revista Facultad Ciencias Económicas*, 25(2), 115-127. <https://doi.org/10.18359/rfce.3049>
- MORENO, E. (2017). Educación, conflicto y posconflicto en Colombia. *Revista Diálogos de Saberes*, (46), 125-142. <https://doi.org/10.18041/0124-0021/dialogos.46.2017.2578>
- PERILLA, L. (2020). Percepciones y actitudes sobre la formación y el ejercicio del liderazgo con perspectiva de género en la Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova". En L. Albornoz, A. Fernández, & C. Betancur, *Práctica pedagógica en el Ejército Nacional de Colombia: reflexiones en torno a la formación, la gestión educativa y la investigación*. (págs. 213-233). Bogotá D.C.: Sello Editorial ESMIC. <https://doi.org/10.21830/9789585241459.08>
- QUINTERO, O., PIESCHACÓN, A., & RINCÓN, A. E. (2016). Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en la Doctrina Militar. Bogotá D.C.: Escuela Superior de Guerra- Centro de Investigación sobre el conflicto y la memoria histórica.
- RODRÍGUEZ, R. (2019). Lineamientos del Sistema Articulado de Aseguramiento de la Calidad Educativa del Ejército Nacional SIACEE. Bogotá: Jefatura del Estado Mayor de Planeación y Políticas- JEMPP- CEDE7 Departamento de Educación Militar. <https://www.ejercito.mil.co>
- RODRÍGUEZ, S. (2013). Fuerzas armadas y derechos humanos en Colombia: algunas reflexiones sobre el tema. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 24(1-2), 141-157. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32750.pdf>
- RODRÍGUEZ, H. (2007). El paradigma de las competencias hacia la educación superior. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Militar Nueva Granada*, (11)1, 145-165. <https://www.redalyc.org/pdf/909/90915108.pdf>
- ROLÓN, J. (1985). Manual del Lancero. https://www.academia.edu/42127659/Manual_del_Lancero

- ROMERO, F. (2013). Conflicto armado, escuela, derechos humanos y DIH en Colombia. *Revista UN. Análisis Político*, 26(77), 57-84. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/44001/45250>
- ROJAS, P. (2017). Doctrina Damasco: eje articulador de la segunda gran reforma del Ejército Nacional de Colombia. *Revista Científica "General José María Córdova"*, 15(19), 95-119. <http://dx.doi.org/10.21830/19006586.78>
- ROS, J. (2006). *Análisis de Roles de Trabajo en Equipo: Un Enfoque Centrado en Comportamientos*. Universitat Autònoma de Barcelona [Tesis Doctoral], 1-447.
- SÁNCHEZ, C. (2015). Mitos y realidades del liderazgo militar. *Military Review*, 3-9. https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Spanish/MilitaryReview_20150831_art004SPA.pdf
- SALAMANCA, A. (2023). Avances en la educación de las Fuerzas Armadas. *Revista de las Fuerzas Armadas*, (263), 4-5. <https://doi.org/10.25062/0120-0631.4825>
- SANDOVAL, L., & OTÁLORA, M. (2015). Desarrollo corporal y liderazgo en el proceso de formación militar. *Revista Científica General José María Córdova*, 13(16), 33-53. <http://www.scielo.org.co/pdf/recig/v13n16/v13n16a03.pdf>
- TABLANTE, C., & MORALES, M. (2018). *Impacto de la corrupción en los Derechos Humanos*. México D.F.: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37786.pdf>
- VALENCIA, A. (2013). *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*. 2da. Edición. Corregimiento de San Cristóbal (Dto. de Bolívar): Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/dih_conceptos_basicos_2013.pdf
- ZAMBRANO, L. (2017). *La enseñanza de los derechos humanos como parte integral de la educación humanística en Colombia*. [Trabajo de grado. Universidad Militar Nueva Granada].

EL PERDÓN COMO FUNDAMENTO DE LA PAZ SOSTENIBLE EN COLOMBIA: UN ENFOQUE DESDE LA JUSTICIA TRANSICIONAL.

FORGIVENESS AS THE FOUNDATION OF SUSTAINABLE PEACE IN COLOMBIA: AN APPROACH FROM TRANSITIONAL JUSTICE.

Mario Manuel León Pulido

Docente investigador y jefe del área de derecho público del programa de derecho de la Universidad
ECCI de Colombia

Resumen.

El presente artículo aborda un tema de gran relevancia y actualidad en el ámbito de la construcción de paz: el papel del perdón como elemento fundamental para lograr una paz estable y duradera. Esta investigación se enfoca específicamente en el contexto del proceso de transición en Colombia. El objetivo principal de este trabajo es examinar la interrelación entre el perdón y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, sin perder de vista la crucial importancia de reconstruir el tejido social para materializar efectivamente el derecho a la paz. Este enfoque multidisciplinario e integral busca aportar nuevas perspectivas a un campo de estudio complejo y en constante evolución. La metodología empleada en esta investigación se basa en un análisis conceptual fundamentado en diversas corrientes filosóficas, abordando el perdón desde una perspectiva que trasciende el ámbito puramente jurídico. Este artículo pretende contribuir al conocimiento académico y práctico sobre el rol del perdón en los procesos de construcción de paz, ofreciendo insights valiosos para futuros esfuerzos de reconciliación y consolidación de la paz en contextos post- conflicto.

Palabras clave: Perdón, paz, justicia transicional, tejido social.

Abstract:

This article addresses a topic of great relevance and current importance in the field of peacebuilding: the role of forgiveness as a fundamental element in achieving stable and lasting peace. This research focuses specifically on the context of the transition process in Colombia. The main objective of this work is to examine the interrelationship between forgiveness and victims' rights to truth, justice, reparation, and guarantees of non-recurrence, while emphasizing the crucial importance of rebuilding social fabric to effectively realize the right to peace. This multidisciplinary and comprehensive approach aims to provide new perspectives to a complex and evolving field of study.

The methodology employed in this research is based on a conceptual analysis grounded in various philosophical currents, addressing forgiveness from a perspective that transcends purely legal aspects. This article seeks to contribute to academic and practical knowledge on the role of forgiveness in peacebuilding processes, offering valuable insights for future reconciliation efforts and peace consolidation in post-conflict contexts.

Keywords: Forgiveness, peace, transitional justice, social fabric.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contextualización histórica del conflicto armado interno en Colombia, con énfasis en las problemáticas sociales subyacentes. 3. Análisis de los retos del Acuerdo Final, desde su negociación hasta la implementación del Nuevo Acuerdo. 4. Estudio del perdón como condición necesaria para la construcción de una paz estable y duradera en Colombia. 5. Examen de la observancia de los mecanismos de protección multinivel de los derechos de las víctimas en el marco de la justicia transicional colombiana. 6. Análisis de la relación entre el perdón y la promoción de los Derechos Humanos. 7. Conclusiones. 8. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El tema central de este estudio se sitúa en un ámbito novedoso, multidisciplinario y holístico, enfocado en el perdón como condición esencial para la construcción de una paz estable y duradera. Se examina específicamente cómo el perdón ha sido gestionado en el proceso de transición en Colombia y cómo esta experiencia puede enriquecer este contexto. Se abordan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, así como la necesidad de reconstruir el tejido social para asegurar el derecho a la paz.

La metodología de investigación abarca la definición de conceptos fundamentales desde diversas corrientes filosóficas, sin ofrecer respuestas estrictamente jurídicas. Este estudio profundiza en la contextualización histórica del conflicto armado interno en Colombia, destacando las problemáticas sociales que lo propiciaron. Además, analiza los retos del Acuerdo Final desde su negociación hasta la implementación del Nuevo Acuerdo, y estudia el perdón como requisito indispensable para la consolidación de una paz sostenible en el país.

Se examina también la observancia de los mecanismos de protección multinivel de los derechos de las víctimas en el marco de la justicia transicional colombiana, junto con un análisis de la relación entre el perdón y la promoción de los Derechos Humanos. Finalmente, se concluye con una reflexión sobre los desafíos y obstáculos que han limitado la implementación de políticas públicas dirigidas a fomentar procesos de perdón en la sociedad colombiana.

2. Contextualización histórica del conflicto armado interno en Colombia, con énfasis en las problemáticas sociales subyacentes.

El conflicto armado interno en Colombia, uno de los más prolongados en la historia reciente de América Latina, tiene sus raíces en una compleja red de factores sociales, políticos y económicos que se han entrelazado a lo largo de décadas. Este análisis busca proporcionar una comprensión profunda de las causas subyacentes y la evolución del conflicto, sentando las bases para entender los desafíos actuales en la construcción de una paz duradera.

Las semillas del conflicto contemporáneo pueden rastrearse hasta el período conocido como "La Violencia" (1948-1958), marcado por enfrentamientos sangrientos entre conservadores y liberales. Este episodio de violencia política, desencadenado por el asesinato del líder liberal Jorge Eliécer Gaitán en 1948, dejó un saldo estimado de 200,000 muertos y sembró las bases para futuras confrontaciones armadas. La formación de grupos de autodefensa campesina durante este periodo sentó un precedente para la posterior emergencia de guerrillas marxistas.

La desigualdad en la distribución de la tierra ha sido un factor persistente en la generación de conflictos sociales en Colombia. Históricamente, el país ha mantenido una de las tasas más altas de concentración de tierra en América Latina, con el 1% de los propietarios poseyendo más de la mitad de las tierras cultivables. Los intentos de reforma agraria han sido repetidamente frustrados,

perpetuando un sistema de desigualdad rural que ha alimentado el descontento y proporcionado una base de apoyo para grupos armados insurgentes.

En el contexto de la Guerra Fría y bajo la influencia de la revolución cubana, Colombia vio el surgimiento de varios grupos guerrilleros de orientación marxista- leninista en la década de 1960. Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) se formaron en 1964, seguidas por el Ejército de Liberación Nacional (ELN) en 1965 y el Ejército Popular de Liberación (EPL) en 1967. Estos grupos reivindicaban la lucha armada como medio para derrocar lo que consideraban un "Estado burgués" e instaurar un régimen socialista. Su arraigo en zonas rurales marginadas, donde reclutaban entre campesinos pobres, refleja las profundas desigualdades sociales y económicas del país.

La emergencia de poderosos carteles de la droga en las décadas de 1970 y 1980 introdujo un nuevo y devastador elemento en el conflicto colombiano. El narcotráfico se convirtió en una fuente de financiamiento tanto para guerrillas como para grupos paramilitares, a través del control de cultivos y rutas de tráfico. Esta inyección de recursos ilegales fortaleció a los grupos armados y prolongó su beligerancia, complicando significativamente la dinámica del conflicto y debilitando la capacidad del Estado para mantener el orden y la legalidad.

Como respuesta al hostigamiento de las guerrillas, terratenientes y narcotraficantes, con el apoyo tácito de sectores de las Fuerzas Militares, crearon grupos paramilitares en la década de 1980. Organizaciones como las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) se convirtieron en actores prominentes del conflicto, responsables de numerosas masacres, desapariciones forzadas y desplazamientos masivos. El paramilitarismo cambió la naturaleza del conflicto, intensificando la violencia contra la población civil y complicando aún más el panorama de la confrontación armada en Colombia.

La debilidad histórica del Estado colombiano y la corrupción generalizada han sido factores determinantes en la persistencia del conflicto. En numerosas regiones, especialmente en áreas rurales y fronterizas, la ausencia de instituciones estatales efectivas permitió que grupos armados ilegales establecieran control territorial y sistemas de gobierno paralelos. La corrupción en diversos niveles del gobierno y las fuerzas de seguridad socavó los esfuerzos para combatir tanto a las guerrillas como a los grupos paramilitares y narcotraficantes.

Las profundas desigualdades sociales y económicas en Colombia han proporcionado un terreno fértil para el reclutamiento por parte de grupos armados ilegales. La falta de oportunidades educativas y laborales, particularmente en zonas rurales y periferias urbanas, ha llevado a muchos jóvenes a ver en estos grupos una alternativa de vida. La pobreza extendida y la marginación de amplios sectores de la población han alimentado el descontento social y la desconfianza hacia las instituciones estatales, creando un ciclo de violencia difícil de romper.

El conflicto armado colombiano ha tenido una significativa dimensión internacional, influenciada por dinámicas geopolíticas regionales y globales. Durante la Guerra Fría, Estados Unidos vio en las guerrillas colombianas una amenaza comunista regional, lo que llevó a una mayor intervención a través de asistencia militar y programas de contrainsurgencia. Países vecinos como Venezuela y Cuba también han jugado roles complejos, apoyando a diferentes actores del conflicto según sus afinidades ideológicas. Esta internacionalización del conflicto ha complicado los esfuerzos de resolución, añadiendo capas adicionales de complejidad a un panorama ya de por sí intrincado.

El análisis histórico del conflicto armado interno en Colombia revela una compleja interacción de

factores que han contribuido a su longevidad y resistencia a soluciones simples. La violencia bipartidista inicial sentó las bases para una cultura de confrontación armada que se ha perpetuado a lo largo de décadas. La persistente desigualdad en la distribución de la tierra y la riqueza ha proporcionado un terreno fértil para el surgimiento y mantenimiento de grupos armados ilegales. El narcotráfico ha actuado como un catalizador, intensificando el conflicto y corrompiendo instituciones estatales.

Es crucial reconocer que estos factores no operan de manera aislada, sino que se interrelacionan y refuerzan mutuamente, creando un ciclo de violencia y marginación difícil de romper. La debilidad del Estado, especialmente en áreas rurales y marginadas, ha permitido que actores armados no estatales ejerzan control territorial y establezcan sistemas de gobierno paralelos. Esta situación se ha visto exacerbada por la corrupción generalizada y la falta de oportunidades económicas para amplios sectores de la población.

3. Análisis de los retos del acuerdo final, desde su negociación hasta la implementación del nuevo acuerdo.

El Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP), firmado en 2016, marcó un hito histórico en la búsqueda de una solución pacífica a más de 50 años de conflicto armado interno. Este proceso, iniciado formalmente en 2012 durante el gobierno del presidente Juan Manuel Santos, fue el resultado de cuatro años de intensas negociaciones llevadas a cabo en La Habana, Cuba.

Las conversaciones de paz abordaron seis puntos clave: reforma rural integral, participación política, fin del conflicto, solución al problema de las drogas ilícitas, reparación de víctimas, y mecanismos de implementación y verificación. Para 2015, ya se habían logrado acuerdos en tres de estos puntos: política de desarrollo agrario integral, participación política y solución al problema de las drogas ilícitas.

El 26 de septiembre de 2016, en un acto solemne celebrado en Cartagena de Indias, se firmó oficialmente el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto. Este evento, que contó con la presencia de delegados del gobierno nacional, las FARC-EP, presidentes de varios países latinoamericanos y representantes de las Naciones Unidas, simbolizó el compromiso público de Colombia con la construcción de la paz.

Sin embargo, el proceso enfrentó un giro inesperado cuando el acuerdo fue sometido a un plebiscito el 2 de octubre de 2016. Este mecanismo de participación directa, convocado por el presidente Santos, buscaba la aprobación ciudadana del acuerdo negociado. El plebiscito generó un intenso debate nacional, con campañas a favor y en contra del acuerdo, movilizando a la sociedad civil y a diversas organizaciones en todo el país.

Contra todo pronóstico, la opción del "No" ganó por un estrecho margen del 0.42%, con una participación de 13,066,047 personas. La tasa de abstención fue significativa, alcanzando un 62.57%. Este resultado sorpresivo obligó a una renegociación parcial del acuerdo, desafiando las expectativas del gobierno y de la comunidad internacional.

La campaña por el "No", liderada por el expresidente Álvaro Uribe, argumentaba que el acuerdo era demasiado indulgente con los crímenes cometidos por las FARC y que comprometía principios fundamentales de la justicia y la democracia colombiana. Tras conocer los resultados del plebiscito, el presidente Santos convocó a todas las fuerzas políticas, incluyendo a los líderes de la oposición, a

una reunión en la Casa de Nariño para analizar los siguientes pasos.

El proceso de renegociación se centró en cuatro puntos principales:

- Jurisdicción Especial para la Paz (JEP): Se incluyó la posibilidad de revisar sentencias y se excluyeron los crímenes sexuales de la amnistía. Aunque se mantuvo el enfoque restaurativo, se hizo más énfasis en la reparación a las víctimas.
- Participación política de las FARC: Se estableció que las curules de las FARC debían surgir de circunscripciones especiales de paz y transitorias. Además, se prohibió la candidatura de personas con delitos graves.
- Narcotráfico: Se fortaleció el punto referido al problema de las drogas ilícitas, incluyendo programas de sustitución de cultivos con indicadores, metas y compromisos más precisos.
- Refrendación: Se acordó que el Nuevo Acuerdo sería refrendado directamente por el Congreso, en lugar de convocar a un nuevo plebiscito.

Tras intensas jornadas de trabajo, el 24 de noviembre de 2016, en el Teatro Colón de Bogotá, el presidente Santos y el líder de las FARC, conocido como "Timochenko", firmaron con solemnidad el Nuevo Acuerdo Final de Paz. Este nuevo documento mantuvo el enfoque original, pero incorporó modificaciones para abordar las preocupaciones de los opositores y despejar dudas de los escépticos.

Los ajustes fueron considerados por el Gobierno como necesarios para refundar la legitimidad popular del proceso. Sin embargo, las FARC manifestaron cierto malestar, ya que consideraban que habían cumplido su parte y que los colombianos debían ratificar lo inicialmente pactado. A pesar de estas tensiones, primó la voluntad de ambas partes de no permitir que el proceso de paz fracasara, preservando lo acordado tras años de negociación.

Finalmente, el Congreso refrendó formalmente el Nuevo Acuerdo de Paz. El Senado aprobó el texto el 29 de noviembre y la Cámara de Representantes lo hizo al día siguiente, completando así el trámite legislativo requerido tras el replanteamiento obligado por los resultados del plebiscito.

La refrendación del Nuevo Acuerdo por parte del Congreso abrió la puerta para su implementación normativa e institucional. El presidente Santos declaró superada esta etapa crucial y convocó a la unidad nacional para trabajar conjuntamente en la construcción de una paz estable y duradera en Colombia.

Este proceso, desde la firma inicial en Cartagena hasta la refrendación final por el Congreso, demostró la complejidad de alcanzar consensos en una sociedad profundamente dividida por décadas de conflicto. También puso de manifiesto la importancia de la participación ciudadana y la necesidad de construir acuerdos que sean aceptables para una amplia mayoría de la población. El camino hacia la paz en Colombia, aunque desafiante, se abrió con este acuerdo, marcando el inicio de una nueva era en la historia del país, con la esperanza de cicatrizar las heridas del pasado y construir un futuro de reconciliación y desarrollo para todos los colombianos.

4. Estudio del perdón como condición necesaria para la construcción de una paz estable y duradera en Colombia.

El perdón es un concepto multifacético que ha sido objeto de estudio desde diversas disciplinas como la filosofía, la psicología, la política y la religión. Su complejidad radica en las profundas implicaciones éticas, emocionales y sociales que conlleva el acto de perdonar.

Desde la perspectiva filosófica, pensadores como Hannah Arendt han planteado la existencia de actos tan atroces que resultan imperdonables. Arendt argumenta que el genocidio nazi representó un

"mal radical" que anuló la condición humana de víctimas y verdugos (ARENDR 1999). Vladimir Jankélévitch coincide en que hay crímenes de tal magnitud que el perdón es moralmente inaceptable (JANKÉLÉVITCH 1986).

En contraste, Jacques Derrida (2020) y Paul Ricoeur (2019) sostienen que no hay actos intrínsecamente imperdonables, aunque advierten sobre los riesgos de un perdón irreflexivo. Ricoeur propone que el perdón válido requiere fases previas como el reconocimiento de la falta, el arrepentimiento y el compromiso de no repetición (RICOEUR 2006).

En el ámbito ético, surge el debate sobre si perdonar es un deber moral o un acto supererogatorio. Jeffrie Murphy argumenta que nadie tiene la obligación estricta de perdonar (MURPHY Y HAMPTON 2011), mientras que Charles Griswold sugiere que bajo ciertas condiciones puede convertirse en un deber ético superior (GRISWOLD 2012).

La dimensión psicológica del perdón lo considera un proceso intrapsíquico de sanación emocional. Se distingue entre perdonar y reconciliarse, siendo lo primero un acto individual y lo segundo la recuperación de un vínculo interpersonal ("El perdón: Dejar atrás los rencores y la amargura" 2023).

En contextos de posconflicto, el perdón adquiere una dimensión política y colectiva. Mecanismos como las comisiones de la verdad y reconciliación buscan facilitar el reconocimiento de abusos a gran escala a cambio de amnistías o reducción de penas. Sin embargo, estas políticas de "perdón de Estado" (DI RICCO 2014) corren el riesgo de forzar a las víctimas a perdonar prematuramente.

Las tradiciones religiosas aportan sus propias conceptualizaciones sobre el perdón. El cristianismo lo considera una virtud fundamental, como se evidencia en el padrenuestro (NACAR-COLUNGA 2000). El catolicismo desarrolló el sacramento de la confesión como mecanismo de absolución divina mediada por la Iglesia (CATÓLICA 2000).

En el judaísmo, solo Dios puede otorgar el perdón definitivo, pero se alienta el perdón interpersonal (La Torah. Los Cinco Libros de Mose 2022). El islam también concibe el perdón como atributo divino, instando a los creyentes a perdonar al transgresor arrepentido (MOHAMED 2021). El hinduismo y el budismo asocian el perdón con conceptos como ahimsa (no violencia) y karuna (compasión universal) (LAMA 2020).

La concepción y práctica del perdón ha variado históricamente. En la Grecia clásica se consideraba una virtud noble, mientras que para los romanos era visto como una debilidad (AMAYA 2002). En la Edad Media cristiana predominó la noción teológica del perdón divino.

Desde una perspectiva práctica, perdonar implica superar sentimientos negativos como el resentimiento y la venganza. Este proceso tiene beneficios para la salud mental y física, reduciendo el estrés, la ansiedad y la depresión ("El perdón: Dejar atrás los rencores y la amargura" 2023).

A nivel fisiológico, el perdón desactiva la respuesta de "ataque o escape" (KORT 1995) asociada al estrés crónico, favoreciendo la liberación de neurotransmisores beneficiosos y regulando funciones vitales.

En contextos de posconflicto, el perdón se torna una herramienta crucial pero delicada para la pacificación y la reconciliación social. Sin embargo, su implementación debe considerar las particularidades históricas y culturales de cada contexto para evitar una reconciliación superficial o forzada (LEDERACH 1998).

Martha Minow advierte sobre los riesgos de negociar justicia por verdad en procesos de justicia transicional, lo cual podría equivaler a premiar a criminales atroces (MINOW 2009).

En síntesis, el perdón es un fenómeno complejo que requiere un abordaje interdisciplinario. Su ejercicio responsable debe considerar contextos específicos y los procesos necesarios para que sea percibido como legítimo por víctimas y victimarios, equilibrando las necesidades de justicia, verdad, reparación y reconciliación.

El perdón juega un papel fundamental en los procesos de reconciliación nacional tras períodos de violencia y conflicto armado. En contextos de justicia transicional, el perdón se vuelve un elemento crucial para sentar las bases de una paz duradera y una convivencia pacífica en sociedades fracturadas por abusos a los Derechos Humanos.

Existen debates éticos sobre si el perdón debe ser una obligación de las víctimas o un acto voluntario. Independientemente de la postura, facilitar y motivar el perdón, sin imponerlo, es una tarea primordial del Estado y la sociedad civil en contextos transicionales.

Las comisiones de la verdad cumplen un rol vital para crear condiciones que posibiliten el perdón. Los programas de justicia restaurativa, donde víctimas y victimarios se encuentran en un contexto seguro, han demostrado ser efectivos para propiciar el perdón (SAMPEDRO-ARRUBLA 2010).

El caso de Sudáfrica, con su Comisión de la Verdad y la Reconciliación tras el apartheid, ilustra cómo un enfoque centrado en facilitar el perdón puede sentar las bases para una paz duradera.

Sin embargo, es crucial no idealizar ni forzar el perdón. El Estado debe generar las condiciones para que surja, pero no puede imponerlo por decreto. Tampoco debe presentarlo como una obligación moral superior de las víctimas, lo cual podría responsabilizarlas por el éxito o fracaso de la reconciliación nacional.

Los defensores del perdón argumentan que este es esencial para restablecer la dignidad y el poder de las víctimas. Por otro lado, los críticos señalan que el perdón obligatorio puede revictimizar a los sobrevivientes y que perdonar crímenes atroces sin justicia adecuada puede permitir la impunidad.

En el contexto colombiano, el Acuerdo Final de Paz de 2016 estableció compromisos orientados a sentar las bases para un perdón auténtico y una reconciliación duradera. Esto incluyó la creación de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, y la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas.

La construcción de una cultura de perdón y reconciliación que permee toda la sociedad colombiana es indispensable para una paz estable y duradera. Esto requiere la participación de múltiples actores sociales, incluyendo instituciones educativas, medios de comunicación y organizaciones sociales. El Estado colombiano tiene la obligación ética, política y jurídica de crear condiciones que acompañen a las víctimas en procesos de perdón respetuosos de sus subjetividades. Esto implica garantizar el derecho a la verdad, la reparación integral, y propiciar escenarios participativos y seguros de encuentro entre víctimas, victimarios y sociedad.

5. Examen de la observancia de los mecanismos de protección multinivel de los derechos de las víctimas en el marco de la justicia transicional colombiana.

La protección de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario ha tenido importantes desarrollos en los últimos

años en los sistemas regionales e internacional de Derechos Humanos.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) estableció bases para el derecho a la justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas, como en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (1988).

En el Sistema Universal de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y posteriores instrumentos han desarrollado estándares para las víctimas. Los relatores especiales del Consejo de Derechos Humanos han contribuido con recomendaciones sobre estos derechos.

El Sistema Europeo de Derechos Humanos, a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha definido estándares sobre los derechos de las víctimas, como en el caso McCann y otros vs. Reino Unido (1995).

Los mecanismos penales internacionales de justicia transicional, como el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993) y la Corte Penal Internacional (2002), han incorporado formas de participación de víctimas en procesos judiciales.

La ONU adoptó en 2005 los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas, desarrollando estándares específicos sobre los derechos de acceso a la justicia, verdad y reparación integral.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 sentó bases para los derechos de las víctimas. Leyes posteriores como la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz y la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras desarrollaron estos derechos. El Acuerdo final de Paz de 2016 creó mecanismos adicionales para garantizar los derechos de las víctimas.

El odio no es una emoción innata, sino un sentimiento aprendido (MANTILLA 2022). En contextos de violencia como el colombiano, comprender esto es esencial para transformar la cultura del odio heredada intergeneracionalmente.

La "cultura" (ZINO 2013) puede tener componentes que favorecen o perjudican la convivencia social. En Colombia, la guerra de más de 50 años ha arraigado culturas de odio que se transmiten entre generaciones.

Los grupos armados, sectores de la Fuerza Pública y parte de la sociedad civil han reproducido ideologías que deshumanizan al enemigo. Los medios de comunicación y redes sociales también pueden alimentar la estigmatización y polarización ("Cambiar la Narrativa: El Papel de las Comunicaciones en la Justicia Transicional" 2019).

La justicia transicional ofrece la oportunidad de introducir reflexiones éticas profundas en la sociedad y cuestionar las doctrinas que ampararon la deshumanización.

La pedagogía del perdón, la empatía y la reconciliación son fundamentales en este proceso. Como dijo Nelson Mandela: "nadie nace odiando a otra persona [...] La gente tiene que aprender a odiar, y si aprenden a odiar, también se les puede enseñar a amar" (MANDELA 2013).

Es necesario rechazar colectivamente la lógica del amigo/enemigo que fracturó los lazos de solidaridad ciudadana. La justicia transicional debe incluir una dimensión pedagógica profunda para todas las edades y estratos sociales, resaltando lo que une a los colombianos como compatriotas.

El mayor reto sigue siendo la implementación efectiva de estos estándares en los contextos nacionales, superando las brechas entre los marcos normativos y la realidad de las víctimas en los territorios.

La transición hacia la paz en Colombia representa una oportunidad crucial para establecer una cultura de perdón y reconciliación que trascienda las divisiones históricas y promueva valores fundamentales como la dignidad humana y la solidaridad. Este proceso no solo busca poner fin a décadas de conflicto armado, sino también construir bases éticas sólidas para las futuras generaciones, donde el respeto por la vida y la superación de las diferencias políticas se conviertan en norma.

La justicia transicional desempeña un papel central al facilitar la transición hacia una sociedad más justa y cohesionada. Esta justicia no se limita a resolver conflictos legales, sino que también promueve la verdad y la reconciliación social. La Comisión de la Verdad, como menciona López Restrepo (2023), tiene la responsabilidad de validar las experiencias de las víctimas, confrontando a toda la sociedad colombiana con los relatos de sufrimiento y promoviendo un entendimiento más profundo del impacto humano del conflicto armado.

En este sentido, Gómez Rey (2021) argumenta que es crucial transformar la cultura colombiana para que las nuevas generaciones hereden valores de paz, solidaridad y respeto por la dignidad humana. La educación juega un papel esencial en este proceso, como señala Rincón-Ramírez (2022), al integrar en los programas educativos conceptos como los derechos humanos, la resolución pacífica de conflictos y la empatía, equipando a los jóvenes con herramientas intelectuales y emocionales para construir una sociedad más justa y pacífica.

Además, Palacio (2023) subraya la importancia de la reincorporación de excombatientes a la vida civil de manera que incluya acciones restaurativas y reconciliadoras con las víctimas y las comunidades afectadas. Estos procesos no solo buscan la rehabilitación social de los excombatientes, sino también la reparación moral y el fortalecimiento de la cohesión social en las comunidades.

Para Torres (2023), la construcción de una paz estable y duradera requiere el compromiso activo de la sociedad civil, los medios de comunicación y el sector empresarial en la promoción de iniciativas de reconciliación que reconstruyan la confianza y fortalezcan los lazos comunitarios. Este enfoque integral no solo se limita a resolver conflictos del pasado, sino que también busca sentar las bases para una convivencia pacífica y solidaria en el futuro.

La relación entre el perdón frente a violaciones graves de Derechos Humanos y el compromiso con estos derechos fundamentales es crucial. Perdonar en contextos de violencia masiva implica reconocer la necesidad de acciones reparadoras (Gutiérrez Sanín, 2024).

Los Derechos Humanos establecen un marco ético universal para proteger la vida, la libertad, la integridad y la dignidad, responsabilidad que los Estados deben garantizar. Cuando el Estado colombiano permite crímenes atroces, falla en su deber de protección (López Restrepo, 2023). La justicia transicional en Colombia busca articular los imperativos éticos de reconocimiento y dignificación de las víctimas con acciones judiciales y extrajudiciales para asegurar verdad, justicia y reparación (Gómez Rey, 2021; Rincón-Ramírez, 2022).

El marco institucional establecido por la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, el Acuerdo de paz y la Jurisdicción Especial para la Paz, intenta materializar los derechos de las víctimas a la verdad,

justicia, reparación y no repetición (Palacio, 2023; Torres, 2023).

La promoción activa de los Derechos Humanos por parte del Estado colombiano, conforme a compromisos internacionales, es fundamental para construir una paz estable y duradera (ACUERDO FINAL, 2016; Observación General No. 3, Comité de Derechos Humanos de la ONU). Esta promoción cultural de los Derechos Humanos es esencial para la paz, requiriendo un cambio cultural profundo que interiorice estos principios éticos en la sociedad (Martínez, 2023).

La construcción de una cultura política democrática basada en la dignidad humana es crucial para prevenir la repetición de la violencia, iniciándose desde las aulas y extendiéndose a todas las esferas sociales (Torres, 2023).

6. Análisis de la relación entre el perdón y la promoción de los derechos humanos.

La relación entre el perdón y la promoción de los Derechos Humanos es compleja y multifacética, especialmente en contextos de justicia transicional y reconciliación post-conflicto. Por un lado, el perdón puede ser visto como un poderoso instrumento para la sanación individual y colectiva, facilitando la reconstrucción del tejido social y la promoción de una cultura de paz y respeto por los Derechos Humanos. Por otro lado, existe el riesgo de que un énfasis excesivo en el perdón pueda socavar los esfuerzos por garantizar justicia y responsabilidad por las violaciones de Derechos Humanos, elementos cruciales para prevenir futuras atrocidades.

El perdón como herramienta para la promoción de los Derechos Humanos

El perdón, cuando se entiende y se practica de manera adecuada, puede contribuir significativamente a la promoción de los Derechos Humanos de varias maneras:

- Restauración de la dignidad humana: El acto de perdonar puede ayudar a restaurar la dignidad tanto de las víctimas como de los perpetradores. Para las víctimas, el perdón puede ser un acto de empoderamiento que les permite reclamar su agencia y superar el estatus de víctima. Para los perpetradores, el perdón ofrece la posibilidad de redención y reintegración a la sociedad, reconociendo su humanidad inherente a pesar de sus acciones pasadas.
- Promoción de la reconciliación: El perdón puede ser un catalizador para la reconciliación entre individuos y grupos anteriormente enfrentados. Esta reconciliación es fundamental para construir una sociedad más cohesionada y respetuosa de los Derechos Humanos de todos sus miembros.
- Ruptura de ciclos de violencia: Al interrumpir el ciclo de venganza y retribución, el perdón puede ayudar a prevenir futuras violaciones de Derechos Humanos. Como señaló Nelson Mandela: "si aprenden a odiar, también se les puede enseñar a amar, porque el amor llega más naturalmente al corazón humano que su opuesto" (MANDELA 2013).
- Fomento de una cultura de Derechos Humanos: El perdón, cuando se practica a nivel social, puede contribuir a la creación de una cultura que valora la empatía, la compasión y el respeto mutuo, todos ellos elementos cruciales para una sociedad que respeta los Derechos Humanos.
- Facilitación de la verdad y la memoria: En muchos casos, la posibilidad de perdón puede incentivar a los perpetradores a confesar sus crímenes y contribuir a la verdad histórica, un aspecto crucial del derecho a la verdad de las víctimas.

Sin embargo, la relación entre el perdón y la promoción de los Derechos Humanos no está exenta de tensiones y desafíos:

- **Riesgo de impunidad:** Existe el peligro de que el énfasis en el perdón pueda llevar a la impunidad de los perpetradores de graves violaciones de Derechos Humanos. Como señalan algunos críticos, perdonar crímenes atroces sin justicia adecuada puede permitir la impunidad y negar la dignidad y el valor de las víctimas.
- **Tensión con la justicia:** El perdón puede entrar en conflicto con la necesidad de justicia, que es un componente crucial de la protección de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado repetidamente el deber de los Estados de investigar, juzgar y sancionar a los perpetradores de graves violaciones de Derechos Humanos.
- **Riesgo de revictimización:** Si el perdón se percibe como una obligación o se impone prematuramente, puede llevar a la revictimización de los sobrevivientes. Como se ha observado en algunos procesos de justicia transicional, forzar a las víctimas a perdonar antes de que estén preparadas puede causar más daño que bien.
- **Desafíos en la implementación:** Llevar el concepto de perdón del nivel individual al colectivo o social presenta desafíos significativos. Las políticas de "perdón político o perdón de Estado" (DI RICCO 2014) corren el riesgo de ser instrumentales y priorizar la estabilidad política sobre una elaboración genuina del trauma colectivo.
- **Diferencias culturales:** La concepción y práctica del perdón puede variar significativamente entre diferentes culturas y contextos. Lo que se considera un proceso de perdón apropiado en un contexto puede no ser aplicable o efectivo en otro.

Es importante reconocer que el perdón es tanto un proceso individual como colectivo. A nivel individual, el perdón es un acto profundamente personal que no puede ser impuesto. Como señala Jeffrie Murphy, nadie tiene el deber estricto de perdonar al ofensor, es un acto de gracia que no debe exigirse (MURPHY Y HAMPTON 2011).

A nivel colectivo, el perdón puede manifestarse como un cambio en las actitudes sociales y las narrativas culturales. Este "perdón social" puede contribuir significativamente a la promoción de los Derechos Humanos al fomentar una cultura de empatía y respeto mutuo.

Sin embargo, es crucial que este proceso colectivo no ignore o minimice el sufrimiento individual. Como advierte Martha Minow, existe el riesgo de que las políticas de perdón colectivo puedan equivaler a premiar a criminales atroces o forzar a las víctimas a perdonar prematuramente (MINOW 2009).

7. Conclusión

La relación entre el perdón y la promoción de los Derechos Humanos es compleja y requiere un equilibrio cuidadoso. El perdón, cuando se implementa de manera apropiada y en conjunción con otros mecanismos de justicia transicional, puede ser una herramienta poderosa para la promoción de los Derechos Humanos. Puede contribuir a la restauración de la dignidad humana, la reconciliación social y la prevención de futuras violaciones.

Sin embargo, es crucial que el énfasis en el perdón no socave los principios fundamentales de justicia y responsabilidad que son centrales para la protección de los Derechos Humanos. El perdón debe ser visto como un complemento, no un sustituto, de los procesos de justicia y rendición de cuentas.

Además, es esencial reconocer que el perdón es un proceso personal y voluntario que no puede ser impuesto. El papel del Estado y de la sociedad debe ser crear las condiciones que faciliten el perdón, respetando siempre los derechos y la autonomía de las víctimas.

En última instancia, la promoción efectiva de los Derechos Humanos requiere un enfoque integral que equilibre la necesidad de justicia con la posibilidad de perdón y reconciliación. Solo a través de este enfoque equilibrado podemos esperar construir sociedades más justas, pacíficas y respetuosas de los Derechos Humanos de todos sus miembros.

8. Referencias bibliográficas

AMAYA, A. C. (2002). **Cultura política y perdón**. Universidad del Rosario. ISBN 9789589203835.

ARENDT, H. (1999). **Los orígenes del totalitarismo**. Taurus. ISBN 9788430602889.

IGLESIA CATÓLICA. (2000). **Catecismo de la Iglesia Católica**. Editorial San Pablo. ISBN 9789586921015.

DERRIDA, Jacques. (2020). **Perdonar: Lo imperdonable y lo imprescriptible**. Ediciones Paidós Ibérica. ISBN 978-84-493-3679-4.

DI RICCO, M. (2014). 211 Massimo Di Ricco* Universitat Rovira i Virgili of Tarragona (URV) REVISTA DE DERECHO N.º 41, Barranquilla, 2014 ISSN: 0121-8697 (impreso) ISSN: 2145-9355

EL PERDÓN: Dejar atrás los rencores y la amargura. (Mayo Clinic, 2023). Recuperado el 26 de enero de 2024, de <https://www.mayoclinic.org/es/healthy-lifestyle/adult-health/in-depth/forgiveness/art-20047692>.

GRISWOLD, C. (2012). **Forgiveness: A Philosophical Exploration**. Cambridge University Press. ISBN 9780511619168. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9780511619168>.

JANKÉLÉVITCH, V. (1986). **L'imprescriptible: pardonner? : dans l'honneur et la dignité**. s.n.

KORT, F. (1995). Interacción mente-cuerpo. **Revista latinoamericana de psicología**, 27(3). ISSN 0120-0534. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=80527307>.

LA TORAH. (2022). **Los Cinco Libros de Mose**. Obelisco. ISBN 9788491117742.

LAMA, E. 14 D. (2020). El legado de la India de Karuna y Ahimsa. **El 14 Dalái Lama**. Recuperado el 26 de enero de 2024, de <https://eldalailama.com/news/2020/el-legado-de-la-india-de-karuna-y-ahimsa>.

LEDERACH, J. P. (1998). **Building peace: Sustainable reconciliation in divided societies**. United States Institute of Peace Press. ISBN 9781878379740.

MANTILLA, D. D. (2022). Entrenados en el arte de odiar. **Hypermedia Magazine**. Recuperado el 26 de enero de 2024, de <https://www.hypermediamagazine.com/sociedad/entrenados-en-el-arte-de-odiar-odio-sociedad-cubana/>.

MINOW, M. (2009). **Breaking the cycles of hatred**. Princeton University Press. ISBN

9781400825387.

MOHAMED, O. (2021). *El Coran: El Sagrado Coran en español, traducción clara*. Independently Published. ISBN 9798537658061.

MURPHY, J. G., & HAMPTON, J. (2011). *Forgiveness and mercy*. Cambridge University Press. ISBN 9780511874789.

NÁCAR-COLUNGA. (2000). *Sagrada biblia - con Cierre / Chica de bolsillo*. Biblioteca de Autores Cristianos. ISBN 9788479144456.

RICOEUR, P. (2019). *La memoria, la historia, el olvido: Acerca del vínculo entre estos conceptos fundamentales*. Independently Published. ISBN 9798591908973.

SAMPEDRO-ARRUBLA, J. A. (2010). *La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal*. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*.

ZINO, J. (2013). *Definiciones de cultura*. *Antropología, Transmisión Cultural, Educación*. Recuperado el 26 de enero de 2024, de <https://antropologies.wordpress.com/2013/10/13/definiciones-de-cultura/>.

ESTUDIO SOBRE LA NUEVA TUTELA MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL ÚLTIMO MEDIO SIGLO

STUDY ON THE NEW MULTILEVEL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE LIGHT OF COMMUNITY JURISPRUDENCE IN THE LAST HALF CENTURY

Manuel Palomares Herrera

Profesor Doctor de la Universidad Internacional de la Rioja

manuel.palomares@unir.net

Sindy Paola Orrego Pereira

Profesora de la ULSP de Colombia

pao_pereyra16@hotmail.com

Resumen

La presente obra corresponde a un estudio de los orígenes de la figura de protección multinivel, su recepción e inclusión en los sistemas de protección de derechos humanos, especialmente en el europeo y el americano; así como una mirada a la efectividad y beneficios que ha reportado su aplicación.

En contraposición, se trata también de un análisis de las problemáticas y retos que han surgido con la misma, los cuales han sido advertidos desde casos originarios, como en el asunto denominado *Servet Kamberaj contra el Instituto para la Vivienda Social de la Provincia Autónoma de Bolzano*; en el cual se ubicó al juzgador en una posición de dicotomía frente a la interrogante de ¿Cuál derecho de conformidad con su nivel espacial de protección, se debe aplicar en cada caso concreto?

Lo anterior, con miras a resaltar la importancia de una figura, la cual ha tenido su principal desarrollo en el modelo europeo y cada vez más impacto y acogida en el escenario americano.

Palabras clave

Protección internacional de derechos humanos, tutela multinivel, derechos humanos, sistemas regionales de protección, constitucionalismo multinivel.

Abstract

This work corresponds to an analysis or study of the origins of the figure of multilevel protection, its reception and inclusion in human rights protection systems, especially in the European and American ones; as well as a look at the effectiveness and benefits that has reported your application.

In contrast, it is also an analysis of the problems and challenges that have arisen whit it, which have been warned from original cases, such as the matter called *Servet Kamberaj against the Institute for Social Housing of the Autonomous Province of Bolzano*; in which the judge was placed in a dichotomous position facing the question of ¿which right, in accordance with its spatial level of protection, should be applied in each specific case?

The foregoing, with a view to highlighting the importance of a figure, which has had its main development at the European level and each time, more impact and reception on the American stage.

Key words

International protection of human rights, multilevel protection, human rights, regional protection systems, multilevel constitutionalism.

SUMARIO: 1. Planteamiento; 2. De lo habiente a lo pretendido; 3. Debate y discusión desde la sentencia italiana que acaba en el TJUE; 4. Reflexiones finales; 5. Referencias.

1. Planteamiento

La denominada tutela multinivel, corresponde a la identidad que se otorgó al fenómeno que se presenta ante la existencia de un esquema de protección de libertades y derechos con categoría de “humanos”, desde variedad de polos con localidad *sub* y *supra*; es decir, niveles ubicables en los planos provincial o local, nacional, regional e internacional, que responden a la demanda social de configuración de sistemas de protección de derechos humanos (en adelante DDHH) más allá de las fronteras.

En el presente estudio, se ejercerá un direccionamiento del análisis al mencionado concepto desde el ámbito de aplicación europeo; teniendo en cuenta que tal sistema jurídico de protección de DDHH representa una sólida ejemplificación de la figura estudiada; ello en consideración de la cantidad de leyes, convenciones (cartas, tratados, declaraciones) e instituciones que garantizan la salvaguarda de DDHH; de igual manera, se ahondará en el contexto europeo.

En comparativa se analizará también la efectividad del concepto en el Sistema Interamericano de Protección de DDHH y, en una mirada específica al caso de Latinoamérica. Así, se estudiarán y fijarán los beneficios que representa la aplicación de tal figura, pero a su vez, se realizará contraste con las problemáticas derivadas de la misma; ello con la finalidad de reflexionar acerca de su importancia y efectividad y también, determinar, en caso de que se concluya su poca efectividad, algunos caminos posibles para potencializar la misma.

Aunado a lo anterior, desde una mirada más específica se ahondará en la figura desde un escenario comparativo entre el sistema de protección de DDHH interamericano y el europeo, de manera puntal en el caso de Colombia y España, analizando también los obstáculos de aplicación de la protección multinivel en tales planos espaciales.

2. De lo habiente a lo pretendido

El concepto de tutela multinivel hace referencia a una protección ejercida desde pluralidad de rangos o categorías, la cual es demandada por los particulares y garantizada por el soberano. Ahora bien, ante la reiterada aparición del término “niveles” dentro del concepto estudiado, resulta necesario indicar las categorías que incluye el mismo, las cuales han sido definidas en el manual de protección multinivel de derechos humanos de la Red de Derechos Humanos y Educación Superior (DHES).⁸⁴

⁸⁴ «–Nivel nacional: Las constituciones nacionales de cada Estado miembro incluyen en su articulado los derechos que el respectivo Estado-Nación quiera reconocer a sus ciudadanos y residentes.

–Nivel supranacional: Los derechos humanos son también protegidos por el derecho de Unión; inicialmente, mediante la expansión jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y actualmente mediante la Carta de Derechos Fundamentales. A este nivel, los instrumentos están dirigidos primordialmente a proteger los derechos humanos de violaciones por parte de la Unión Europea y sus órganos, así como de los Estados miembros, cuando los mismos apliquen el derecho de la Unión .

–Nivel internacional: Así mismo, los derechos humanos son protegidos mediante el sistema europeo de derechos humanos, creado por la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 en el marco del Consejo de Europa, cuya corte competente es la Corte Europea de Derechos Humanos, que es un tribunal internacional con funciones similares (en Europa) a las cumplidas por la Corte Interamericana

Así entonces, tal cual se indicó de manera somera en los acápites introductorios, la figura corresponde a un escenario de refuerzo de protección de los DDHH a través de la amplitud de los mecanismos, instituciones y niveles en los que tiene aplicabilidad dicha salvaguarda; lo cual permite transcender del sistema de ejecución de protección clásico, limitado al nivel estatal, para escalar a un ámbito supranacional e internacional de demanda, interpretación y aplicación de garantías. Díaz Pérez⁸⁵ refirió la figura estudiada como *“una pluralidad de fuentes normativas superpuestas que reconocen derechos fundamentales y están acompañadas de una pluralidad de tribunales encargados de su interpretación”*. A su vez, bajo la visión de Montesinos⁸⁶ *«con la locución tutela multinivel normalmente pretendemos poner de manifiesto, simple y llanamente, la realidad de la expansión del ámbito de protección de los derechos a las esferas internacional y/o supranacional”*.

La autoría del término “tutela multinivel” es adjudicada a Ingolf Pernice, profesor de derecho público, derecho europeo y derecho internacional en la Universidad Humbolt de Berlín, Alemania; quien resaltó y categorizó a la Unión Europea, a posterioridad UE; como un sistema de gobernanza multinivel, con reconocimiento del ejercicio de la soberanía como mínimo desde dos niveles. Destacando que el proceso de globalización condujo a relegar la visión tradicional de soberanía nacional y limitación del poder estatal; para abrir paso a una visión de bien común mediante la inmersión para la protección de derechos fundamentales, en adelante DDFF, a través de estructuras gubernamentales con categoría complementaria.⁸⁷

Cabe anotar en este punto que, la escala de nivel de protección solo habilita el ascenso para el protegido en un marco de subsidiariedad, pues es necesario agotar los mecanismos de protección a nivel interno, pues claro está, los Estados se encuentran en la obligación de garantizar dentro de su estructura normativa un estándar mínimo de protección de DDHH.

Como se estableció en precedencia, el fenómeno de protección multinivel tiene un principal escenario de aparición al inicio de los años noventa, en marco del proceso de integración europea, guardando una relación intrínseca con el fenómeno de la globalización; los cuales se presentaron a raíz de la imposibilidad de los Estados de responder por el cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, el garantizar la protección efectiva de DDFF a sus gobernados. Dicho escenario exteriorizó la necesidad de intervención para tal finalidad de un “sistema de protección supraestatal”.⁸⁸

Podemos ver como el fenómeno descrito por Jürgen Habermas se ejemplifica de manera precisa en el proceso de creación de la Unión Europea (en adelante UE); sus primeros pasos de surgimiento acontecieron con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, mediante la industria del carbón y el acero a través del Tratado de París firmado el 18 de abril de 1951 entre Alemania,

de Derechos Humanos.)». RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR. 2013. Manual de protección multinivel de derechos humanos. 2013, p 10.

⁸⁵ DÍAZ PÉREZ, ALEJANDRO. 2018. La protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo entre tribunales. s.l. : Derecho & Opinión ciudadana, n°4, 2018, p. 76.

⁸⁶ MONTESINOS PADILLA, CÁRMEN. 2016. Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales. s.l. : Eunomía. N° 11. Revista en cultura de la legalidad, 2016, p. 212.

⁸⁷ PERNICE, INGOLF. 2009. The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action, 2009, p. 33.

⁸⁸ Lo anterior, se vio reflejado en la internacionalización de los Estados mediante la integración supranacional, dada en 4 esferas o fases así: integración nacional, continental, intercontinental y, por último, global; todas originadas desde una visión netamente económica representada en las telecomunicaciones y el comercio, pero que inevitablemente abrieron las puertas a la regulación de más aspectos que implican la vida del hombre en sociedad.

Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos; lo que hasta este momento reflejaba una unión dirigida de manera específica al ámbito de la cooperación y el desarrollo económico. Posteriormente, en el contexto de terminación de la Guerra Fría y el inicio del proceso de globalización, se estudió la posibilidad de una unión que también abarcara tres pilares fundamentales como lo fueron la Comunidad Europea, la política exterior y de seguridad común y la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos del interior; lo cual se materializó a través del Tratado de Maastricht, con el cual podemos empezar a ver la manera en que se va desfigurando el objetivo inicial de la UE y se introducen competencias en temas de política y defensa; así como a su vez se otorgan nuevos derechos para los ciudadanos europeos que por adhesión de los Estados a los que pertenecían pasaban a serlo también de la UE.

Con la firma del Tratado de Ámsterdam en 1997 se observa una visión más social de la UE, ante la finalidad de creación de espacios de libertad, seguridad y justicia común; la configuración de la Europol al vislumbrarse la necesidad de lucha contra el terrorismo y el crimen organizado; la determinación de la libre circulación de personas provenientes de los Estados miembros dentro de la UE y la configuración de sanciones para los Estados miembros que vulneraran grave y reiteradamente DDHH.

Es así como en una mirada final, se observa en los Tratados de Niza y Lisboa, las referencias directas a toda una serie de ámbitos que convergen en la vida del hombre en sociedad; tales como objetivos de paz, seguridad, libertad, justicia, lucha contra la discriminación, mejoramiento del medio ambiente, protección de la infancia, entre otras finalidades que desfiguraron el vínculo inicial y; por ende, ocasionaron que no solo a nivel estatal sino también de la UE se debiera ejercer una gobernanza enfocada a la garantía de un *welfare state*, lo que a su vez, supone entonces, la aplicación de una protección de carácter multinivel.⁸⁹

Como hasta aquí se ha explicado, la tutela multinivel supone la existencia de un contexto de variedad; representada en múltiples catálogos de derechos, diversas garantías para su protección y diferentes actores que interpretan y aplican los fundamentos normativos que propenden por el goce efectivo de los DDHH.

Consecuencia de la diversidad indicada, surge la primera problemática advertida; representada en la existencia de una ventana de producción de conflictos de competencia derivados de divergencias interpretativas; las cuales pueden dar pie al desplazamiento del verdadero factor relevante de las garantías, cual es la efectiva protección de derechos humanos y fundamentales. De lo anterior, se puede ver una línea de conflictos presentados en el contexto europeo de conformidad con el principio de primacía de la UE y la figura de cuestión prejudicial, entre ellos, con países como España, Alemania, Portugal y Dinamarca; frente a este último se resalta el presentado en el *caso Ajos*, en el cual dicho Tribunal adoptó una postura negativa al derecho de la UE, se apartó de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) y dio plena aplicabilidad a la Constitución danesa con fundamento en la capacidad legislativa de los Estados Miembro.⁹⁰

⁸⁹ Como fue anunciado al inicio de la presente obra, un sistema de tutela multinivel representa a primera vista un escenario ideal frente a la salvaguarda de DDHH; no obstante, al apartar esa mirada superficial y observar a fondo los detalles del asunto, es imposible no advertir que se trata de un sistema de protección exigente, que implica todo un engranaje para su funcionamiento; el cual, como todos los instrumentos es susceptible de presentar fallas, algunas de ellas a superar de manera breve y otras que suponen grandes retos frente a su efectividad y supervivencia.

⁹⁰ TRIBUNAL SUPREMO DANÉS. 2016. Caso Ajos. 2016. Sentencia del 2016 y TRIBUNAL SUPREMO DANÉS. 2016. Sentencia *Caso Ajos* 15/2014. 2016.

En igual sentido, se resalta el asunto *Melloni*, el cual reveló la problemática existente en la protección de derechos en marco de la UE y los estatutos nacionales; en un contexto especial en que, pese a que la UE constituía un nivel de jerarquía superior como organismo, la normatividad nacional resultaba evidentemente más garantista que la supranacional.

A partir del mencionado asunto se dio pie a lo que hoy se conoce como “*Dilema Melloni*”, que constituye un escenario de pluralismo constitucional en el que «*El dilema aparece entonces cuando, los jueces de Luxemburgo, quienes reclaman –y se les reconoce la competencia exclusiva en la interpretación del derecho de la UE, interpretan un derecho interconectado a un derecho constitucional de manera más restrictiva que los jueces constitucionales quienes, al mismo tiempo, tienen la última palabra en la interpretación de la constitución*».⁹¹, derivado del cual se estructura el surgimiento de cuestiones por parte del juzgador tales como: ¿Se debe o no admitir un nivel de menor protección de derechos al reconocido por interpretación constitucional?⁹²

De otro lado, se han presentado conflictos ante el abuso de los órganos estatales en cuanto a los interrogantes formulados en escenario de cuestiones prejudiciales, pues se vislumbra que en variedad de casos el TEDH no resuelve los cuestionamientos al considerar que los mismos corresponden al fondo del asunto o, a simples hipótesis frente al mismo; situación que evidentemente corresponde al juez o tribunal interno que se encuentra conociendo del caso.

La situación expuesta, tal como se verá con más detalle en líneas posteriores, tuvo ocurrencia en asuntos como el *Kamberaj*, en el cual, de múltiples cuestiones prejudiciales formuladas el TEDH se declaró competente únicamente para resolver dos de ellas, definiendo que las restantes eran de competencia exclusiva del fallador de orden nacional al anotar “*En efecto, el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone asimismo que, por su parte, el juez nacional tenga en cuenta la función confiada al Tribunal de Justicia, que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas*”.⁹³

El escenario descrito ocasiona un retraso en la resolución de fondo de los asuntos ante el vaivén de remisiones por erradas apreciaciones de competencia. Así entonces, se observa un contexto de confluencia judicial que da pie, no solo a los ya aludidos conflictos de competitividad, sino también, a las diversas posturas interpretativas frente a las regulaciones legales existentes; discrepancias que han resultado tan frecuentes que han dado pie al denominado diálogo judicial desde posturas horizontales y verticales.

En el caso colombiano, se puede ejemplificar la adopción de las posturas de la Corte IDH como soporte de las decisiones de la Corte Constitucional en sentencias como la *C-586 de 2016*, donde se citó la opinión consultiva *OC-18 de 2003*⁹⁴ para dejar sin efectos la prohibición del

⁹¹ PIZZOLO, CALOGERO. 2017. El dilema Melloni: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos, o de como una propuesta de diálogo termino en monólogo. Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet. Buenos Aires: s.n., 2017, p. 2.

⁹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Sentencia asunto Melloni*. C-399/11, 26 de 02 de 2013.

⁹³ GRAN SALA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Servet Kamberaj e Istituto per l'Edilizia sociales della Provincia di Bolzano (IPES)*.

⁹⁴ Dicha opinión consultiva fue elevada por México y hacía referencia a “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el

trabajo subterráneo de mujeres en las minas, al considerarlo una postura discriminatoria. De igual manera, la sentencia *C-496 de 2016*, donde en escenario de demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional hizo alusión a la armonización del ordenamiento normativo interno con el interamericano; señalando la complementariedad que representaban las posturas de dicho órgano para el ejercicio de la justicia colombiana.⁹⁵

Como hasta aquí se ha indicado, la protección multinivel tiene presencia de variedad de capas en las cuales se surte su aplicación, lo que a su vez indica la existencia de variedad de derechos en cada una de ellas; bajo dicho contexto es posible advertir que, en ocasiones se encuentra una consonancia entre DDFF en cada uno de los niveles, pero desde otra cara, también se pueden presentar discrepancias o derechos que no están incluidos en ciertos niveles, pero si en otros; dicha atmósfera puede ocasionar la readaptación de derechos o la ampliación de los catálogos que contienen los mismos, así como una disputa de poderes entre instituciones de diversos niveles de protección.

No se puede desatender que, a mayor número de actores al interior de un proceso, más puntos de vista coexisten y mayor es el margen para que se presenten errores en la actuación, pues el desempeño inadecuado de un rol pone en peligro la gestión realizada o la que se pretenda realizar; por lo cual la protección multinivel requiere de un gran compromiso, responsabilidad y capacidad por parte de sus intervinientes.

Aunado a lo anterior, la diversidad de derechos existentes y el constante surgimiento de otros, ha desencadenado que los textos constitucionales sean visualizados como “instrumentos vivos”, es decir, que deben irse moldeando en razón del desarrollo social; lo cual a su vez implica la aplicación del principio de progresividad con miras a que los mismos se tornen de disfrute, respeto y salvaguarda efectiva.

Algunos autores han advertido la problemática que nace con ese surgimiento desmedido de nuevos derechos y la exigencia social de inclusión de los mismos en textos constitucionales, pues en muchas ocasiones esos nuevos derechos implican la reducción del núcleo básico de otros que se consideran primarios, clásicos o básicos.⁹⁶ Ejemplo de lo anterior, lo constituye el caso del aborto y la eutanasia, cuya inclusión en catálogos de derechos implica de cierto modo una reducción del derecho a la vida, pero también realiza una constante disputa con la marcada importancia del derecho a la dignidad humana, ello dependiendo de la visión conservadora o innovadora de cada contexto social y ordenamiento jurídico.

De otro lado, se observa también la creación más específica o delimitada de derechos que ya se encuentran incluidos de forma genérica en los catálogos, ejemplo de ello lo constituye el derecho a la protección de datos, el cual puede observarse como una extensión más detallada del derecho a la intimidad. Estas nuevas pretensiones surgen muchas veces de la grande protección y protagonismo que se les ha otorgado a los colectivos sociales, tales como, la comunidad LGTBI y los movimientos feministas, entre otros; a los cuales se suman las denominadas ONG,

contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”.

⁹⁵ En suma, la existencia de variedad de actores dentro del marco de protección de DDHH no siempre promueve tal salvaguarda mediante la unificación de criterios o estándares mínimos, sino que también genera indispensablemente eventos de contradicción y discusiones, no siempre pacíficas; ante la defensa radical de la autonomía judicial de sus intervinientes.

⁹⁶ FONDEVILA MARON, MANUEL, 2017. Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos, 2017, p. 98.

quienes cuentan con un poder de convicción y acción bastante considerable y se han ido abriendo paso en la sociedad creando cada vez un mayor consenso y apoyo por parte de ella frente a sus pretensiones.

Esto ha generado un sentir de insatisfacción por parte de los particulares y ha aumentado la incredulidad de los mismos frente al poder estatal para garantizar de manera efectiva sus DDFF. En cuanto a la apreciación de una injerencia en la soberanía de los Estados y de la existencia de jerarquización hemos de indicar que la soberanía es básicamente concebida como el poder de ejercer autoridad dentro de un determinado territorio, condición esta última que abre la puerta al concepto de jurisdicción; es decir, el marco de ejercicio de la citada autoridad.⁹⁷ De manera inicial, se observaba a través de tesis como *La pirámide de Kelsen* la aplicación única del principio básico de la supremacía de la constitución, lo que implicaba que en un sistema jurídico no había ningún instrumento que pudiese ser aplicado por encima de dicho texto.

En el contexto colombiano, por ejemplo, en el texto constitucional de 1986 no había un reconocimiento superior de tratados internacionales frente a la carta magna; no obstante, ante el surgimiento del fenómeno del narcotráfico, la era de violencia desbordada que implicó el mismo y la estructuración del conflicto armado que llevó a la presencia de un estado de sitio por al menos 17 años; se observó la imperiosa necesidad de efectuar una reforma constitucional, dentro de la cual se estableció en la Constitución 1991, específicamente en su Art. 93, la inclusión de la figura del bloque de constitucionalidad, como tendiente a garantizar una consonancia entre el ordenamiento jurídico colombiano y los tratados internacionales.

Así entonces, actualmente se observa la supervivencia del principio de supremacía constitucional en el contexto interno; es decir, la constitución se antepone a leyes, decretos y reglamentos emitidos en el escenario nacional, pero también la supremacía de los tratados internacionales frente al texto constitucional colombiano del año 1991, es decir: “*Los tratados y convenidos internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno*”.⁹⁸

La necesidad de cooperación internacional se ha hecho visible a partir de las dos grandes guerras mundiales, así como de los contextos de violencia y vulneración sistemática de DDHH existentes al interior de cada país; lo que ha derivado en una imposibilidad estatal de garantizar la protección de los mismos y abrir la puerta a la intervención internacional para procurar un estado de paz de sus gobernados; para muchos Estados esta inmersión es vista como un mero complemento, pero desde otro punto de vista, la apertura internacional supone indispensablemente una cesión en temas de soberanía, situación que para algunos actores resulta difícil de digerir y negociar. Respecto a lo anteriormente planteado, se ha señalado: “*Hoy en día, podemos afirmar que los Estados, aunque insisten en su soberanía nacional, han perdido parte del control para el que fueron creados. Esto es así porque los Estados son cada*

⁹⁷ Lo que excede al contexto descrito, da pie a conceptos como derecho supranacional, justicia universal, justicia penal internacional, derecho penal internacional, entre otros; que permiten la internacionalización de los derechos tanto desde el punto de vista estatal como el particular.

⁹⁸ Al día se observa entonces que, a raíz de la realidad interna de los países y las limitaciones y problemáticas que contienen muchos textos constitucionales, los Estados han adoptado modelos de justicia internacional para suplir estas barreras existentes a nivel interno; ello mediante la incorporación en los textos de la ya señalada cláusula de apertura.

vez más incapaces de hacer frente a los retos y servir a las necesidades de su ciudadanía con respecto a la paz, la seguridad, el bienestar, etc.”⁹⁹

Así entonces, pese a que con esta extraterritorialidad se busca llegar a un consenso sobre un mínimo irreductible para los Estados en materia de DDHH; no se puede pasar por alto la diversidad de culturas y posturas que surgen al interior de cada país; más aún, cuando se habla de un contexto internacional en donde interactúan una considerable cantidad de actores, cuyas perspectivas se contraponen entre la conservación y la innovación; motivo por el cual muchas veces, el Estado debe ceder en su postura y, por ende, en su poder de decisión, ante las determinaciones que se adopten en una instancia superior y cuya mediación en asuntos internos ha sido aceptada mediante la ratificación de tratados.

Frente a lo aludido y continuando con la postura de la autora anteriormente citada, se tiene que, con la ampliación de la protección a esferas extra estatales *“Se produce así, un desplazamiento en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas debido a la aparición de poderes normativos superiores al Estado. Y de forma paralela se produce el fenómeno de la infraestatalidad normativa, con una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre la ciudadanía y el poder Estatal. Ello no significa que los ordenamientos se coloquen en una relación de jerarquía entre ellos”*.

Pese a que no se trata de señalar la existencia de una jerarquización entre los ordenamientos supranacionales o internacionales frente a los estatales, no se puede obviar que; dichas esferas a veces fungen como instancias de cierre en ciertos conflictos o marcan pautas para actuar frente a determinadas situaciones; lo cual se vislumbra erradamente como la imposición de la postura internacional sobre la nacional y, es por ello, que los Estados avizoran una amenaza o ataque a su soberanía, la cual recae en variedad de oportunidades en actos como ausencia de cumplimiento de las disposiciones adoptadas, la retirada de los tratados ratificados o la limitación de competencia de los tribunales en sus asuntos.

3. Debate y discusión jurisprudencial: de la primera instancia italiana al juzgado comunitario de Luxemburgo

En este apartado se ahondará en uno de los casos que suscitó la revelación de la disyuntiva existente para el juez nacional en el escenario de conflicto entre una norma de derecho nacional y el CEDH; derivado de la ausencia de claridad acerca de si se trata o no de una obligación para el juzgador la aplicación directa de las disposiciones del Convenio.

Los hechos de la sentencia objeto de estudio giran en torno a un ciudadano nacional albanés, señor *Servet Kamberaj*, el cual contaba para el año 1994 con permiso de residencia de duración indeterminada para vivir en la Provincia de Bolzano, Italia. Con posterioridad, durante los años 1998 y 2008 se le otorgó como beneficio en materia de vivienda por parte de dicha provincia, un auxilio para sufragar los gastos de arriendo; teniendo en cuenta que este presentaba una condición de escasos recursos económicos para garantizarse un nivel de vida adecuado.

El destino del mencionado subsidio, era en un porcentaje para ciudadanos de la UE, indistintamente de si se trataba de naturales italianos o no y, por otra parte; a nacionales de países terceros y apátridas que contaban con residencia en la provincia de manera legal e

⁹⁹ EXPÓSITO, ROCÍO ORIA. 2016. Dinámica y tutela multinivel de los derechos. [En línea] 2016. [Citado el: 23 de 04 de 2023.] <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/3630/1/Oria%20Exp%C3%B3sito%20Roc%20Do.pdf>.

ininterrumpida por al menos, un periodo de cinco años, con ejercicio de actividad profesional no menor a tres años.

En el año 2009, la ayuda otorgada al señor Kamberaj fue objeto de modificación, en el entendido que; el reparto de los fondos se calculó de manera distinta para los ciudadanos de la UE y para los nacionales de países terceros, situación que derivó en afectación de sus intereses ante la negativa de la autoridad regional para continuar suministrándole el subsidio, ello en razón del agotamiento del presupuesto que se tenía destinado para las personas que se encontraban en su condición, es decir; los nacionales de países terceros.

En virtud del escenario relatado, el señor *Servet Kamberaj* solicitó ante el Tribunal de Bolzano declarar la resolución denegatoria del subsidio como una discriminación en su contra, a su vez; que la decisión 1855, a través de la cual se estableció la cuantía y manera de distribución del presupuesto del subsidio, resultaba incompatible y contraria con las Directivas 200/43CE y 2003/109CE; teniendo en cuenta que otorgaba un trato menos favorable que el concedido a los ciudadanos de la UE. Así entonces, el demandante estableció un conflicto entre la norma provincial (Provincia de Bolzano) y una supranacional (Unión Europea).

En planteamiento de cuestión prejudicial dentro del asunto, entre otros; se formularon ante el TJUE los siguientes cuestionamientos:

- Principio de primacía: ¿El derecho de la UE obliga al juez nacional a aplicar de manera plena las normas de la UE y dejar a un lado las de derecho interno que contraríen las primeras, aun cuando las internas hubiesen sido adoptadas con ajuste a los principios del sistema constitucional del Estado miembro?
- ¿Resulta opuesto al derecho de la UE (Art. 2 y 6 del Tratado de la UE, a seguir TUE, Art 21 y 34 de la Carta y Directivas 200/43 y 2003/109) la normativa provincial (Art. 15, párrafo 2 Decreto Presidencial 670/1972 y Art. 1 y 5 de la Decisión 1855) al conceder un trato desfavorable para los apátridas y los residentes de larga duración que no pertenecen a la UE? Igualmente, ante las normativas nacionales que exigen únicamente a los ciudadanos no comunitarios, cumplir el requisito adicional de haber trabajado durante tres años para acceder al beneficio en materia de vivienda. De igual manera, las normas que obligan a los ciudadanos comunitarios a declarar pertenencia a los tres grupos lingüísticos y a haber residido o trabajado durante al menos 5 años en el territorio provincial.

El TJUE indicó que su pronunciamiento se encontraba enmarcado dentro del examen de circunstancias en las que un juez nacional planteaba una cuestión relativa a la verificación de su propia competencia; toda vez que la intervención del organismo estaba dirigida a aportar a la administración de justicia de los Estados miembros y no frente a la emisión de opiniones consultivas sobre escenarios hipotéticos. Aunado a lo anterior, ante la falta de relación de algunas de las cuestiones planteadas con el objeto del litigio, el TJUE declaró la inadmisión de varias de ellas.

Ahora bien, frente a las cuestiones formuladas en relación con la existencia de conflicto entre el derecho de la UE (CEDH) y la normatividad interna; el TJUE precisó que no existe una

imposición u obligatoriedad del juez nacional dirigida a inaplicar el derecho interno, teniendo en cuenta que los DDFF forman parte de los principios generales garantizados por el Tribunal, así entonces; en caso de conflicto, el juez nacional cuenta con discrecionalidad para interpretar y aplicar con dirección a dirimir el asunto. Cabe advertir que la posición tomada por el TJUE frente a las cuestiones prejudiciales planteadas ha sido objeto de múltiples críticas, pues desde dicha decisión y, hasta la actualidad; se considera que el mismo “*no ha contribuido a potenciar el control de convencionalidad, al rechazar equipararlo a la primacía del derecho de la Unión Europea*”.¹⁰⁰

Así mismo, la autora reconoce en su texto la importancia que revestía el asunto en materia de diálogo entre jurisdicciones europeas y protección multinivel de derechos, expresando que bajo su óptica «*la estrategia procesal de la justicia italiana podía haber consistido en aplicar directamente el parámetro más favorable de la Carta Social Europea ejerciendo el control de convencionalidad, en lugar de plantear esa innecesaria y arriesgada cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pues, finalmente, la postura del Tribunal de Justicia no se ha mostrado entusiasta con esa tutela multinivel de derechos recogida en el propio título VII de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni tampoco muy coherente con las nociones de estándar mínimo y cláusula favor libertatis a que apuntan los arts. 52.3 y 53 de esa Carta Europea de Derechos*”.

En igual sentido crítico a decisión del TJUE dentro del asunto *Kamberaj*, se expresó: “*Lo cierto es que es una postura poco incentivadora del control de convencionalidad que los órganos estatales deberían hacer del CEDH, lo que se critica doctrinalmente, especialmente en cuanto que, como se ve, incluso en estas materias se rechaza la opción expresa de equiparar la primacía del CEDH a la que tiene el Derecho de la Unión⁴, primacía que no se niega tampoco que pueda ser la opción del órgano interno de cada Estado, pero que no se le impone desde el citado Derecho de la Unión Europea*”.¹⁰¹

En suma, se observa que no existe una postura radical o definida por parte del TJUE que permita al juzgador contar con total claridad sobre la manera adecuada para solucionar los conflictos que se le presentan a la hora de tener normativas de distintos niveles para aplicar a un caso concreto; pues si bien resulta benéfico la potestad discrecional o libertad que se otorga a los jueces para interpretar y aplicar derecho, no se puede obviar que los administradores de justicia piden a voces una guía adecuada que les otorgue seguridad jurídica para actuar y resolver este tipo de asuntos.

Se evidencia que dicho descontento no se centra únicamente desde la óptica de los jueces y tribunales nacionales, sino también desde la doctrina, tal cual se indicó en precedencia, pues se observa necesario incentivar el control de convencionalidad frente al CEDH, es decir; la postura del TJUE está ubicada en un plano de grises, generado de la mezcla de una postura blanca frente al principio de primacía y una negra relativa al control de convencionalidad, lo cual constituye un incentivo a continuar en situación de limbo jurídico.

Derivado de lo anterior, se observa como problemática también, que frente a los asuntos en que se plantean cuestiones prejudiciales, si bien la inmersión de más autoridades se realiza con

¹⁰⁰ JIMENA QUESADA, LUIS. 2018. El control de convencionalidad y los derechos sociales: Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europe (Francia, Italia y Portugal. 15 de diciembre de 2018, p. 43.

¹⁰¹ ALFONSO MELLADO, CARLOS. 2015. Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. s.l. : Lex Social, 2015. Vol. 5, 1/2015, p. 21.

miras a garantizar una postura unificada frente al asunto (que en la práctica no ocurre a veces), lo cual representa un beneficio en materia de protección de derechos fundamentales y seguridad jurídica; a su vez realiza contraposición con la celeridad y economía procesal de la actuación, pues resulta evidente que ante más escalas se deba acudir para definir un caso, la resolución pese a que jurídicamente será más segura, también será más tardía y, por ende; menos efectiva en cuanto a términos y protección para el administrado que funge como solicitante, teniendo en cuenta que el planteamiento de la cuestión prejudicial es un trámite incidental que supone la suspensión de la actuación procesal.

En suma, los conflictos y la ausencia de homogeneización de interpretación frente al derecho por parte de los diversos actores que intervienen para su protección, siempre terminan causando consecuencias que debe soportar de manera desfavorable el reclamante del derecho fundamental.

4. Reflexiones finales

De la variedad de puntos analizados a lo largo de la presente investigación, ha de concluirse de manera general que, los obstáculos que han disminuido la efectividad de la tutela multinivel siguen presentándose en el contexto europeo, español, latinoamericano y colombiano y; que las acciones hasta ahora desplegadas no han representado un freno definitivo frente a dichos inconvenientes, sino que únicamente se han limitado a establecer una pausa frente al problema a erradicar.

Que, sumado a la disminución de efectividad de la protección multinivel derivada de la obstaculización por reformas a garantías judiciales advertidas por otros autores; se presentan también las problemáticas desatadas por la corrupción, los procesos de justicia de transición y las crisis migratorias, situaciones estas que tienden a aumentar de manera indiscutible la complejidad del actual panorama en materia de DDHH.

De otro lado, se pudo establecer que las complicaciones que se presentan, no están únicamente ubicadas en cabeza de los entes administradores de justicia y el poder estatal, sino que se expanden a un problema del actuar de la población derivado de su contexto cultural; ejemplo de ello, lo constituye la corrupción, la cual ha trascendido de un problema individual, a una escala, nacional y hasta su esfera regional; señalándose que lo que inicia como acuerdos particulares indebidos termina afectando a gran parte de la población, sobre todo a la más vulnerable.

Lo descrito, también aplica desde la óptica de costumbre de abuso de la práctica de opiniones consultivas o cuestiones prejudiciales, en situaciones cuyo planteamiento resulta evidentemente improcedente o innecesario y; desde el punto de vista poblacional, el abuso de la interposición de garantías judiciales, como el recurso de amparo en España y la acción constitucional de tutela en Colombia; ello toda vez que hay asuntos cuya admisibilidad es evidentemente improcedente y, aun así, se recurre a su uso. Dicho escenario genera un desgaste de la administración de justicia, pues pese a observarse improcedente la garantía, se debe hacer uso de tiempo, recurso humano y demás herramientas para emitir un pronunciamiento previo frente al asunto que se pone en conocimiento, por lo cual la dificultad también se origina desde una óptica de falta de consciencia de la ardua labor judicial.

Ahora bien, desde una óptica más específica, se llegó a concluir lo siguiente:

Primero: Los interrogantes planteados en asuntos como el *Kamberaj* y el *Melloni*, pese a considerarse como primigenios en la materia, siguen siendo planteados por parte de los falladores en la actualidad, es decir; a pesar de que se ha ahondado en el tema y que han sido recurrentes los asuntos en los que se presentan tales dudas, los jueces aún no cuentan con la

claridad y seguridad jurídica al respecto para actuar de manera contundente y uniforme en dichos contextos. Aún se presentan ciertos tropiezos derivados de la primacía del derecho de la UE.

Segundo: Se advierte que, a raíz del marco estadístico evaluado, es posible concluir que no se ha superado la percepción poblacional de inseguridad jurídica y restricción de acceso a la administración de justicia que se ha implantado desde las reformas realizadas a nivel España en su recurso de amparo y, a nivel TEDH por el Protocolo 14; vislumbrando que los mismos no han arrojado cifras significantes de disminución de congestión judicial y, por el contrario; han reducido la efectividad de la protección multinivel.

Hilado a lo anterior, no se ha encontrado un punto medio de solución al problema de congestión judicial; pues desde una vista comparada del contexto colombiano, en donde no se han realizado reformas tendientes a frenar el uso desmedido de garantías judiciales y; desde el escenario español, en el cual, si se han implantado las mismas, el panorama de sobrecarga laboral en los estrados judiciales se sigue presentando en ambos países y en alarmantes proporciones.

Tercero: Hay un evidente déficit en tema de recurso humano para la administración de justicia, pues es claro que las crisis migratorias generan un aumento de la población que exige a diario la protección de sus DDFF, pero dicho aumento no se da a la par con la del personal que labora en juzgados, tribunales y cortes; por lo cual, resulta imposible arrojar resultados sin presencia de mora judicial. Se observa como escenario preocupante el de la Corte IDH, la cual resulta ser la que tiene menos capital humano para el desempeño de sus tan relevantes funciones.

5. Referencias

- ALFONSO MELLADO, CARLOS. 2015. constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. s.l. : Lex Social, 2015. Vol. 5, 1/2015.
- ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. 1969. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). San José de Costa Rica: s.n., 1969.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1991. Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C. : s.n., 1991.
- CASTILLO PINTA, YEHISON IVÁN. 2021. La corrupción en Colombia, un análisis desde la fase precontractual. Bogotá : s.n., 2021.
- COMISIÓN INTEAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2023. CIDH: 2022 año violento para la defensa de los derechos humanos en las Américas. 2023. Vol. 026.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2019. Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos. 2019.
- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, PILAR. 2019. La tutela multinivel del mandato prejudicial.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2000. Directiva 2000/43/CE del Consejo. 29 de junio de 2000.
- CONSEJO DE REDACCIÓN. La tutela en Colombia, un salvavidas para la salud de los venezolanos. Bogotá, Colombia : s.n.
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 1978. Constitución Española. Artículo 161 literal b. 29 de 12 de 1978.
- CONSTITUCIÓN, ESPAÑOLA. 1978. Constitución Española. 1978.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-574 de 1992. Bogotá 28 de octubre de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de constitucionalidad C-607 de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia de tutela T-284 de 2006. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 1992. Bogotá : s.n., 28 de octubre de 1992. MP Ciro Angarita Barón.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS sentencia caso *Almonacid Arellano y otros Vs, Chile*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia caso *Myrna Mack Chang Vs Guatemala*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. 2003.

DÍAZ PÉREZ, ALEJANDRO. 2018. La protección multinivel de los derechos humanos y el diálogo entre tribunales. s.l. : Derecho & Opinión ciudadana, 2018. Vol. 4.

EXÓSITO, ROCÍO ORIA. 2016. Dinámica y tutela multinivel de los derechos. [En línea] 2016. [Citado el: 23 de 04 de 2023.] <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/3630/1/Oria%20Exp%C3%B3sito%2C%20Roc%C3%ADo.pdf>.

FONDEVILA MARON, MANUEL. 2017. Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos. 2017.

GRAN SALA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Servet Kamberaj e Istituto per l'Edilizia sociales della Provincia di Bolzano (IPES).

GRUENBERG, CHRISTIAN. 2007. Corrupción y Derechos Humanos. 2007.

HABERMAS, JÜRGEN. 2000. La constelacion posnacional: ensayos políticos. 2000.

HURTADO DIAZ, ALEXANDRA. 2016. La materialización de la dunción interacción . integración del constitucionalislo multinivel en colombia de conformidad con el sistema interamericano de derechos humanos. Santiago de Cali : s.n., 2016.

JIMENA QUESADA, LUÍS. 2013. Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos.

JIMENA QUESADA, LUIS. 2018. El control de convencionalidad y los derechos sociales: Nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europe (Francia, Italia y Portugal. 15 de diciembre de 2018.

LEY, ORGÁNICA. 2007. Ley Organica. modificación de la LO 2/1979 TC. 24 de mayo de 2007.

MANRIQUE MOLINA, FILIBERTO EDUARDO. 2019. El impacto de la corrupción y la cleptocrácia en los derechos humanos: hacía el fortalecimiento de mecanismos de tutela multinivel para su defensa en América Latina. Morelos : Revista Logos, Ciencia & Tecnología, 2019.

MONTESINOS PADILLA, CÁRMEN. 2016. Tutela multinivel de los derechos: concepto, marco teórico y desafíos actuales. s.l. : Eunomía. Revista en cultura de la legalidad, 2016. Vol. 11.

MORALES ANTONIAZZI, MARIELA. 2018. Impacto de la corrupción en los derechos humanos; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México.

ORTEGA VELÁSQUEZ, ELISA. 2012. Los derechos humanos de los trabajadores migrantes irregulares en el derecho internacional y la práctica europea y americana.

- PERNICE, INGOLF. 2009. The Treaty of Lisbon: Multilevel constitutionalism in action. 2009.
- PIZZOLO, CALOGERO. 2017. El dilema Melloni: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos, o de como una propuesta de diálogo termino en monólogo. Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet. Buenos Aires : s.n., 2017.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE ITALIA. 1972. Decreto presidencial 670. Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino – Alto Adige. 31 de agosto de 1972.
- RED DE DERECHOS HUMANOS Y EDUCACIÓN SUPERIOR. 2013. Manual de protección multinivel de derechos humanos. 2013.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. 2022. Estadísticas Jurisdiccionales. 2022.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2009. Sentencia 155-2009. 25 de junio de 2009. Dolores Vallejo Marchal contra setenncias de Audiencia Provincial de Madrid u de Juzgado de Instrucción de Fuenlabrada.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto *Servet Kamberaj contra el Instituto para la Vivienda Social de la Provincia Autónoma de Bolzano* radicación C-571/10.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Sentencia asunto Melloni*. C-399/11, 26 de 02 de 2013.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2008. Estadística del Tribunal de Justicia - Año 2007. Luxemburgo: s.n., 2008.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2022. Series TEDH. 2022.
- TRIBUNAL SUPREMO DANÉS. 2016. Caso Ajos. 2016. Sentencia del 2016.
- TRIBUNAL SUPREMO DANÉS. 2016. Sentencia *Caso Ajos* 15/2014. 2016.

La dignidad humana como presupuesto esencial del derecho a morir dignamente

Human dignity as an essential prerequisite for the right to die with dignity

*Leidy Xiomara Bautista Trujillo*¹⁰²
Universidad Internacional de la Rioja

Resumen

La investigación sobre la dignidad humana como presupuesto esencial del derecho a morir dignamente aborda un tema de profunda relevancia en el ámbito de los derechos humanos y la ética médica. Este estudio se enfoca en la interacción entre la dignidad humana y el derecho a una muerte digna, explorando sus implicaciones legales, éticas y sociales a nivel global. A través de un análisis de la legislación y las prácticas en diferentes regiones del mundo, el estudio examina cómo se conceptualiza y se aplica el derecho a morir dignamente en diversos contextos culturales y jurídicos. El trabajo adopta un enfoque comparativo, analizando las legislaciones y debates en torno a este derecho en Europa, América y Oceanía, destacando las diferencias y similitudes en su implementación. Se observa una tendencia hacia el reconocimiento y regulación de este derecho, aunque con variaciones significativas en términos de aplicación práctica y aceptación social.

Palabras clave: Dignidad humana, derecho a morir dignamente, eutanasia, autonomía individual, derechos humanos.

Abstract

Research on human dignity as an essential presupposition of the right to die with dignity addresses a topic of profound relevance in the field of human rights and medical ethics. This study focuses on the interaction between human dignity and the right to a dignified death, exploring its legal, ethical and social implications at the global level. Through an analysis of legislation and practices in different regions of the world, the study examines how the right to die with dignity is conceptualized and implemented in various cultural and legal contexts. The work adopts a comparative approach, analyzing the legislation and debates surrounding this right in Europe, America and Oceania, highlighting the differences and similarities in its implementation. A trend towards the recognition and regulation of this right is observed, although with significant variations in terms of practical application and social acceptance.

Keywords: Human dignity, right to die with dignity, euthanasia, individual autonomy, human rights.

SUMARIO: 1. Introducción 2. La dignidad humana 2.1. Evolución del concepto de dignidad humana 2.2. Dignidad humana como cimiento de los derechos humanos 2.3. La dignidad humana en el derecho a morir dignamente 2.4. El derecho a morir dignamente en la Unión

¹⁰² Abogada egresada de la Universidad Cooperativa de Colombia, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, Máster en Derechos Humanos: Sistemas de Protección por la Universidad Internacional de La Rioja; Comisaria de Familia del municipio de Tame, Colombia.

Europea 2.4.1. El derecho a morir dignamente en la normativa interna de los países en Europa 2.4.2. El derecho a morir dignamente en el sistema Europeo de Derechos Humanos 2.5.El derecho a morir dignamente en América del Norte y Latinoamérica 2.5.1 El derecho a morir dignamente en América del Norte 2.5.2El derecho a morir dignamente en América Latina 2.6El derecho a morir dignamente en otras partes del mundo 2.7 El derecho a morir dignamente en Colombia 2.7.1Evolución legal y judicial en Colombia 2.7.2Aspectos éticos y culturales en Colombia 2.8 La oposición del derecho a morir dignamente 2.9 Perspectivas médicas sobre el derecho a morir dignamente 2.9.1 Principios de la bioética 2.9.2 Principios de la bioética y el final de la vida 2.9.3 El rol del personal médico en la muerte digna 2.9.4 Desafíos clínicos y prácticos en el contexto del derecho a morir dignamente 2.10Impacto social y cultural del derecho a morir dignamente 2.10.1 Percepciones sociales de la muerte y el sufrimiento 2.10.2Efectos en las políticas de salud pública del derecho a morir dignamente 2.10.3 La muerte digna en el contexto de la diversidad cultural 2.11 Perspectivas legales y jurisprudenciales globales 2.11.1 Comparación de legislaciones internacionales 2.11.2 Jurisprudencia significativa y casos emblemáticos 2.11.3 Tendencias emergentes y futuras en la legislación 3. Conclusiones 4. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

El enfoque de este estudio se centra en la importancia de la dignidad humana como pilar esencial del derecho a una muerte digna. Se reconoce que la dignidad humana constituye el cimiento de los derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida y a vivir de manera digna. A través del tiempo, la percepción de la dignidad humana ha ido evolucionando. Hoy en día, se considera que la dignidad humana implica autorespeto y autovaloración, así como el respeto y valoración por parte de otros. Se destaca la igualdad en el trato de todos los seres humanos y el disfrute de los derechos fundamentales derivados de esta dignidad. La dignidad se asocia con la libertad moral y la autonomía, considerándose cada individuo como igual bajo la ley (Lamm, 2017).

La muerte, un evento inevitable, llega a cada persona en un momento indeterminado. Marco Aurelio, citado por Pérez (2019), señaló la importancia de reconocer el momento adecuado para dejar este mundo. En algunas circunstancias, especialmente en casos de enfermedades terminales, la muerte puede preverse, y aquí es donde surge el derecho a una muerte digna. Este derecho busca evitar sufrimientos innecesarios, tanto para el paciente como para su familia. Por lo tanto, al ser la dignidad humana un derecho humano, se establece como la base del derecho a morir dignamente. En algunos países, este derecho se ha incorporado como un derecho fundamental, concretándose en prácticas como la eutanasia o el suicidio asistido por médicos, en contextos específicos definidos por la ley o la jurisprudencia. En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional ha jugado un papel crucial en la determinación de este derecho como fundamental, estableciendo normativas para su implementación, lo cual se analizará en detalle en este trabajo.

El derecho a una muerte digna, entendido como un derecho fundamental, ha sido objeto de regulación y debate tanto a nivel nacional como internacional. En diversos países, este derecho ha sido abordado ya sea por legislaciones específicas o a través de decisiones judiciales significativas. Por ejemplo, en Colombia, la Corte Constitucional ha jugado un papel crucial en esta materia. Esta Corte es el ente supremo en la jurisdicción constitucional de Colombia, encargada de velar por la integridad y supremacía de la Constitución del país, así como de garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en su territorio.

A través de sus sentencias, tanto de constitucionalidad como de tutela, la Corte Constitucional colombiana ha establecido criterios y situaciones específicas en las que la eutanasia y la asistencia médica para el suicidio son permisibles, aunque cabe destacar que el suicidio asistido sigue siendo considerado un delito, con ciertas excepciones.

En el contexto internacional, la cuestión del derecho a morir dignamente, pese a su complejidad y a las diversas posturas éticas y morales que suscita, ha ganado relevancia. Por ejemplo, en España, este derecho se encuentra regulado por la Ley Orgánica 3/2021, del 24 de marzo, sobre la regulación de la eutanasia (Miranda 2024). Además, varios países europeos se han posicionado como pioneros en la implementación de este derecho, de los cuales se destaca Países Bajos, Suiza, Bélgica y Luxemburgo.

Dada la novedad y complejidad de este derecho, se hace esencial analizar su evolución tanto a nivel nacional como internacional, considerando las distintas perspectivas y los debates éticos, legales y sociales que lo rodean.

Esta investigación sobre la dignidad humana como presupuesto esencial del derecho a morir dignamente se presenta como un análisis multidimensional y transnacional de un tema profundamente humano y jurídicamente complejo. En este marco, exploramos el concepto de dignidad humana, estableciendo su papel como piedra angular en la discusión del derecho a morir dignamente.

A continuación, se examina la evolución y el estado actual del derecho a morir dignamente en diferentes contextos geográficos y culturales: la Unión Europea, América del Norte y Latinoamérica, y otras regiones del mundo, cada una con sus propias particularidades y enfoques legales y éticos. Especial atención se dedica al caso de Colombia, analizando cómo este país ha abordado y regulado este derecho.

Finalmente, se aborda la oposición al derecho a morir dignamente, considerando los argumentos éticos, morales y legales presentes en el debate global. Este marco teórico busca ofrecer una comprensión integral de cómo la dignidad humana se entrelaza con la autodeterminación al final de la vida en diversos contextos globales.

2. LA DIGNIDAD HUMANA

En el apartado la Dignidad Humana, se realiza un análisis profundo de este concepto fundamental. La dignidad humana, entendida como un valor intrínseco y universal de cada ser humano, se convierte en un pilar esencial en el estudio de los derechos humanos y su aplicación práctica. Esta sección profundizará en la comprensión filosófica, ética y jurídica de la dignidad humana, explorando su evolución histórica y su significado en el contexto contemporáneo. Se examinará cómo la dignidad humana se ha entrelazado con los derechos humanos, influyendo en la formulación de leyes y políticas a nivel mundial. Este análisis proporcionará una base sólida para comprender cómo la dignidad humana se relaciona con y sustenta el derecho a morir dignamente, un tema central en tu investigación.

2.1 Evolución del concepto de dignidad humana

El entendimiento de la dignidad humana no se caracteriza por su precisión, como ocurre con otros términos legales, ya que su significado es intrincadamente complejo y ha variado a lo largo de la historia. La palabra 'dignidad' se usaba desde la época de Roma, donde originalmente se refería al estatus de ciertas personas en esa sociedad. Juan Marcelino González apunta que, en esa época, la dignidad se asociaba con el estatus social o político, usualmente ligado a la ocupación de cargos públicos específicos, además de ser un reconocimiento a los logros personales y la integridad. (González, 2016) El término también se empleó en alusión a figuras de autoridad máxima como el soberano o el Estado, simbolizando la supremacía de poder en

las sociedades antiguas y vinculándose con conceptos como el respeto y el honor, siendo un atributo exclusivo de estas élites. (González, 2016)

En la Edad Media, la dignidad se utilizaba para evaluar el valor de una persona, estrechamente ligado a su posición económica y jerárquica en la sociedad. A diferencia de la percepción actual, este concepto categorizaba a las personas, reservando el estatus de 'dignidad' solo para los privilegiados. Este enfoque de la dignidad relacionado con cargos y posiciones se mantuvo relevante durante eventos históricos como la Revolución Francesa y la Revolución Estadounidense.

En tiempos modernos, la concepción de la dignidad humana deriva de ideas más religiosas y filosóficas, aunque antiguas, donde no se hablaba directamente de 'dignidad humana' sino del valor intrínseco de cada individuo y su lugar en el universo. Según González Garcete, la relación de la dignidad con la religión se evidencia en la Biblia, como en el Antiguo Testamento y la Biblia Judaica que menciona que "Dios creó al ser humano a su imagen y semejanza" (Imago Dei), estableciendo la obligación de amar al prójimo como a uno mismo. En el Nuevo Testamento, debido a su influencia significativa en la civilización occidental, se destacan elementos de individualismo, igualdad y solidaridad en los Evangelios, fundamentales en el desarrollo contemporáneo del concepto de dignidad humana.

Desde una perspectiva filosófica, González Garcete destaca a figuras como Marco Tulio Cicerón, quien fue uno de los primeros en usar el término 'dignidad del hombre', asociándolo con la razón y la libertad de elección. Teólogos como Francisco de Vitoria y filósofos como Samuel Pufendorf también jugaron un papel crucial en la fundación del concepto moderno de dignidad humana, basándolo en la libertad moral. Es en la época de la Ilustración cuando este concepto comenzó a tomar la forma que conocemos hoy. (González, 2016)

La dignidad humana, como un derecho, emergió con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como indica Rubén Miranda. Esta declaración, creada en respuesta a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, proclamó la dignidad humana como un derecho humano fundamental, sobre el cual girarían todos los derechos humanos. (Miranda, 2020) Basándose en esta declaración, la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos y varias constituciones han incorporado la dignidad humana como un derecho o como un principio fundamental.

Como lo explica Eleonora Lam, hoy en día la dignidad implica que un individuo se respete y valore a sí mismo mientras es respetado y valorado por los demás. Implica la necesidad de tratar a todos los seres humanos en igualdad de condiciones y que disfruten de los derechos fundamentales derivados de esta dignidad. Nuestra dignidad radica en ser moralmente libres, autónomos y sujetos a las mismas leyes que los demás. (Lamm, 2017)

2.2 Dignidad humana como cimiento de los derechos humanos

Tras explorar la evolución de la dignidad humana hasta el presente, se observa que esta emerge como un valor esencial que fundamenta los derechos humanos, basándose en su carácter universal, inalienable e inviolable, y sirviendo de escudo contra las más graves ofensas que pueda sufrir un individuo. Este concepto es el pilar sobre el que se erigen la mayoría de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En la actualidad, la dignidad humana está integrada en una serie de tratados internacionales relevantes, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Carta Árabe de Derechos Humanos. Esta inclusión ha influenciado numerosas decisiones en tribunales regionales tanto en Europa como

en América, donde la dignidad humana ha sido un factor clave para la protección de la integridad y humanidad del individuo.

Específicamente en Europa, el Tribunal de Justicia reconoció, mediante la sentencia del 9 de octubre de 2001 en el caso C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo (Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77), que el derecho fundamental a la dignidad humana es parte integral del Derecho de la Unión (Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales).

Además, en el ámbito constitucional, varios países han adoptado la dignidad humana como un principio fundamental. Por ejemplo, la Constitución Colombiana de 1991 establece en su Artículo 1 que Colombia es un Estado fundado en el respeto a la dignidad humana. Igualmente, en Europa, diversas constituciones de miembros de la Unión Europea, como las de la República Checa, España, Eslovenia y Eslovaquia, han incorporado el término dignidad humana, empleándolo como base para la protección de los derechos humanos.

La dignidad humana no es un concepto reciente, sino el resultado de un proceso evolutivo a lo largo de la historia. Aunque su interpretación ha variado con el tiempo, su propósito primordial siempre ha sido realzar la condición de ser humano.

2.3 La dignidad humana en el derecho a morir dignamente

Abordando profundamente el concepto de dignidad humana y su influencia en el espectro de los derechos humanos, es imperativo adentrarnos en su aplicación fundamental en el derecho a morir de manera digna. Este derecho, que ha emergido en tiempos recientes, está intrínsecamente ligado a la muerte, un evento natural e ineludible en la vida humana. La incertidumbre que rodea el cómo y cuándo de nuestra muerte se acentúa en circunstancias de enfermedades terminales, incurables o irreversibles. En tales escenarios, los médicos, al informar a los pacientes sobre sus expectativas de vida, no solo afectan a estos últimos sino también a sus familias y al personal sanitario involucrado. Aquí surge la relevancia de una 'muerte digna', concepto que se apoya en la dignidad humana, garantizando que la persona tenga el derecho a tomar decisiones autónomas y a vivir sus últimos momentos con dignidad, respetando sus creencias y valores personales, en un trabajo citado por Carbonell (2021), propone una serie de principios fundamentales para ejercer el derecho a morir dignamente, que incluyen:

1. Conciencia plena acerca de la inminencia de la muerte.
2. Control sobre las circunstancias que se viven durante este período.
3. Mitigación del dolor y otros síntomas angustiantes.
4. Preservación de la dignidad personal y la privacidad.
5. Libertad para elegir el lugar y la compañía en el momento final.
6. Acceso a información fidedigna y a cuidados paliativos de calidad.
7. Establecimiento de directrices claras que aseguren el respeto a los derechos individuales.
8. Oportunidad para realizar despedidas significativas.
9. Evitación de la prolongación innecesaria de la vida.

Bajo esta perspectiva, nadie debería imponer la obligación de seguir viviendo a alguien que, debido a un sufrimiento extremo, ya no desea hacerlo. En este contexto, se presentan dos mecanismos para facilitar una muerte digna: la eutanasia, ya legalizada en diversos países, y la asistencia médica para el suicidio, que todavía enfrenta penalizaciones en ciertos contextos, aunque con algunas excepciones notables. La muerte digna es un tema de profundo debate,

contando con defensores y detractores, estos últimos argumentan que es un acto cruel e inhumano que tiene un impacto negativo tanto en la persona como en la sociedad.

Es crucial definir con claridad los términos eutanasia y asistencia médica al suicidio, que, aunque comparten el objetivo de terminar con la vida de una persona por petición propia, difieren en su metodología. La eutanasia se caracteriza por ser un acto directo que conduce a la muerte de manera intencional, basándose en una solicitud informada y reiterada de la persona afectada, en un contexto de sufrimiento insoportable por enfermedades incurables. La eutanasia se clasifica en activa, cuando un tercero actúa directamente para causar la muerte, y pasiva, donde se omite el suministro de tratamientos que prolongan la vida. Por otro lado, la asistencia médica al suicidio implica proporcionar los medios necesarios para que el paciente, también en situación de enfermedad terminal e incurable, pueda autoadministrarse un medicamento letal.

El derecho a una muerte digna, pese a ser un concepto nuevo y sujeto a controversia, se basa en principios fundamentales de autodeterminación individual, el derecho a vivir en condiciones dignas y la prerrogativa de poner fin al sufrimiento propio y el de la familia en una situación de desenlace fatal inevitable. En contraste, los opositores argumentan que los médicos, cuyo juramento es salvar vidas, no deberían ser forzados a facilitar la muerte, considerando esta práctica como una forma de homicidio. Además, desde una perspectiva religiosa, se plantea que solo una entidad divina tiene el derecho a decidir sobre la vida humana, considerando la vida como sagrada e inviolable.

El derecho a una muerte digna, a pesar de ser un derecho emergente, complejo y autónomo, se alinea con la evolución de enfermedades que impactan la salud humana y se relaciona estrechamente con el reconocimiento de los derechos humanos. Así, el derecho a morir dignamente a través de la eutanasia ha sido legalizado en varios países, especialmente en Europa y América Latina, y ha sido protegido a través de decisiones judiciales de tribunales superiores.

Es fundamental destacar los derechos humanos que subyacen a la muerte digna, incluyendo el derecho a la vida, que abarca no solo la existencia biológica sino también la dignidad, la libertad de sufrimiento y el derecho a una muerte apropiada; el derecho a la dignidad, que implica la capacidad de decidir sobre el final de la propia vida en circunstancias adversas; el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que aboga por la libertad de tomar decisiones significativas en el contexto de una salud deteriorada; y el derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, asociado con el respeto a la voluntad de la persona ante sufrimientos intolerables (Gerónimo & Dania, 2021).

2.4 El derecho a morir dignamente en la Unión Europea

El derecho a morir dignamente dentro de la Unión Europea representa un terreno complejo y diverso, caracterizado por un mosaico de enfoques legales y éticos entre sus Estados miembros. Esta sección se adentra en la exploración de cómo diferentes países de la Unión Europea han abordado este delicado tema, reflejando una variedad de perspectivas culturales, religiosas y filosóficas. La Unión Europea, como entidad supranacional, enfrenta el desafío de armonizar estas diversas posturas, mientras respeta la soberanía y las particularidades de cada nación.

La discusión en Europa sobre el derecho a morir dignamente es tan rica como diversa. Países como los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo han liderado el camino en la legalización y regulación de la eutanasia y el suicidio asistido, estableciendo legislaciones detalladas y sistemas de supervisión rigurosos. Estos países han generado debates intensos tanto a nivel nacional como internacional, sobre las implicaciones éticas, médicas y legales de permitir a los individuos elegir el final de sus vidas bajo ciertas condiciones.

En contraste, otros países de la Unión Europea mantienen posturas más restrictivas, reflejando preocupaciones éticas, religiosas y morales más conservadoras. En estas naciones, el enfoque ha sido más cauteloso, con un énfasis en la protección de la vida y en la promoción de cuidados paliativos avanzados como alternativa a la eutanasia.

Además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha jugado un papel crucial en moldear el entendimiento y la aplicación del derecho a morir dignamente en Europa. Las decisiones de este tribunal no solo han impactado las legislaciones nacionales, sino que también han contribuido al debate más amplio sobre los derechos humanos y la dignidad al final de la vida.

Este apartado también considera las tendencias emergentes y los desafíos futuros que enfrenta la Unión Europea en relación con este tema, incluyendo el papel de la tecnología en la muerte asistida, los desafíos demográficos como el envejecimiento de la población, y las implicaciones de las decisiones de fin de vida en los sistemas de salud pública.

2.4.1 El derecho a morir dignamente en la normativa interna de los países en Europa

Como se ha reiterado, el derecho morir dignamente es reciente y controversial, por ello, pese a su fundamentación en los derechos humanos, a la fecha, solo cuatro países de la Unión Europea han regulado la eutanasia, entre ellos tenemos a Países Bajos, en el año 2002, Bélgica también en el año 2002, Luxemburgo en el 2009 y España en el 2021, en Suiza en el año 2013, se regula el suicidio asistido. También es importante citar que, en países como Alemania, Austria, Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia, han reconocido a través de su legislación la eutanasia pasiva, es decir, cuando el estado de salud de la persona es irreversible, se suspenden los tratamientos médicos provocando de esta manera la muerte. En ese sentido, haré una breve reseña de la legislación de estos países, que permiten ejercer el derecho a morir dignamente.

- **Países Bajos:** "La eutanasia en Países Bajos comenzó a discutirse desde 1973, cuando se despenalizó la práctica. Esta evolución jurídica culminó en el año 2002, cuando el gobierno aprobó la Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act (Ley de terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio), normalizando la práctica de EAS (Wikipedia contributors, 2023). Los requisitos para su aplicación incluyen que el médico debe estar convencido de que el paciente ha tomado una decisión voluntaria y bien considerada, que su sufrimiento es insoportable y sin esperanza de mejora. Además, debe consultarse con otro médico independiente para evaluar la situación (Onwuteaka-Philipsen et al., 2017). Se crearon comisiones interdisciplinarias para revisar cada caso de eutanasia y suicidio asistido (van der Heide, van Delden, & Onwuteaka-Philipsen, 2017). En 2015, aproximadamente el 4,5% de las muertes en los Países Bajos fueron por eutanasia (Onwuteaka-Philipsen et al., 2017)."
- **Bélgica:** En Bélgica, el debate sobre la eutanasia se intensificó después de la despenalización del suicidio asistido en los Países Bajos. Esto condujo a la promulgación de la Ley Belga sobre la Eutanasia el 28 de mayo de 2002. A diferencia de la ley de países bajos, esta no incluye el suicidio asistido y no es obligatoria para los médicos. Se aplica a adultos y menores emancipados, con criterios de enfermedad similares a los de la ley neerlandesa, incluyendo la necesidad de una segunda opinión médica y una comisión de revisión. Además, se reconoce el derecho del paciente a revocar su voluntad ("The Belgian act on euthanasia of May, 28th 2002 - PubMed," 2003). En 2014, el Parlamento belga aprobó una enmienda histórica, permitiendo la eutanasia en menores sin límite de edad, convirtiendo a Bélgica en el primer país en adoptar esta medida. Los menores deben tener una enfermedad incurable que cause

sufrimientos crueles, capacidad de discernimiento suficiente y el consentimiento de los padres y un equipo multidisciplinario que confirme su madurez y capacidad de decisión ("The Extension of Belgium's Euthanasia Law to Include Competent Minors - PubMed," 2016) Esta evolución legal ha generado un intenso debate tanto a nivel nacional como internacional, y ha sido tanto aplaudida como criticada. El análisis de los documentos oficiales y de los argumentos más comunes a favor y en contra de la enmienda proporciona una visión valiosa de cómo Bélgica llegó a modificar su ley de eutanasia y por qué lo hizo en 2014. Aunque la enmienda actual se considera a menudo de amplio alcance, se propusieron ideas más radicales durante la redacción de la ley.

- **Luxemburgo:** En el 2009, se convierte en el tercer país en aprobar el derecho a morir dignamente a través de la Ley de 16 de marzo de 2009 relativa a los cuidados paliativos, a la directiva anticipada y al acompañamiento al final de la vida. Esta ley establece que las personas mayores de edad y con capacidad, pueden solicitar la eutanasia, cuando estos se encuentren en situaciones como las reiteradas anteriormente, con relación a su salud o en su defecto dejar por escrito las circunstancias y condiciones en las que desea recibir una eutanasia, en caso de, que su capacidad, no permita expresar su consentimiento. Adicional, en este país, las personas con padecimientos psíquicos también pueden solicitar la eutanasia, igualmente, los profesionales encargados de este proceso deben notificar a la Comisión creada para estos fines.
- **Suiza:** En este país, a diferencia de los otros, la eutanasia aún sigue siendo un delito penalizado, sin embargo, el suicidio asistido si es permitido en virtud del artículo 115 de su Código Penal, cuando no corresponda a motivos egoístas. Este fue regulado y aprobado mediante la Ley de Asistencia al Suicidio en el 2013; en este caso, la persona solicita su deseo de suicidio y los profesionales en salud, evalúan dicha solicitud desde el punto de vista de la capacidad decisoria del paciente, procediendo así, a recetar el medicamento letal, esto siempre y cuando, la persona padezca una enfermedad terminal. Es importante mencionar, que el suicidio asistido en este país se ha realizado a través de organizaciones no gubernamentales y que incluso, muchos extranjeros acuden allí para practicarlo.
- Según (Carbonell, y otros, 2021), El reciente estudio de Yu et al. (2019), realizado tras la muerte del reconocido científico australiano Profesor David Goodall, quien viajó a Suiza en 2018 para cometer suicidio asistido por un médico, sostuvo que las motivaciones para viajar a Suiza a practicarse suicidio asistido ya no eran únicamente para aliviar un sufrimiento o dolor, sino que las personas también iban por el simple hecho de morir con dignidad.
- **España:** En España, al igual que en los demás países, la práctica de la eutanasia provocó discusiones de largo tiempo, tanto en la política, como en la sociedad española, algunos la aceptaban, otros no, pues su constitución protege la vida y el código penal en su artículo 143 lo penalizaba como delito, el cual constaba de cuatro apartados; en el primero, se tipificaba la inducción al suicidio (en clara conexión con el derecho fundamental a la vida), mientras que, en el segundo, se castigaba la cooperación necesaria; en el tercero, la cooperación de la que puede derivarse el fallecimiento; y en el cuarto apartado, se alude a los casos de eutanasia, por lo que su regulación en principio fue difícil; sin embargo, luego de varios debates, el 18 de marzo de 2021, el Congreso de los Diputados aprobó por mayoría absoluta la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia. El 25 de junio entró en vigor y despenalizó la muerte asistida en algunas circunstancias, la motivación de la Ley según Ley Orgánica 3/2021, del 24 de marzo,

se basa en cuatro presupuestos. La primera, relacionada con alta aceptación de la práctica de la mismas, según estudios realizados en 2019 por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) y el BBVA; en segundo lugar, hace referencia a la equiparación, esto, por cuanto en varios países de Europa y en América Latina y del Norte ya se ha legalizado; en tercer lugar, es el surgimiento de este derecho dada su transformación y la obligación del Estado a su protección, que conecta con derechos como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Los requisitos para solicitarla coinciden con los ya mencionados, esto es, las personas mayores de edad con un sufrimiento intolerable a causa de una enfermedad en fase terminal, o por una enfermedad irreversible con limitaciones en su autonomía física, como lo veremos en la siguiente infografía

Figura 1. Infografía para solicitar la eutanasia en España.



Fuente: Tomado de DMD (Derecho a Morir Dignamente)

- **Alemania:** En este país, pese a no ser regulado a través de la Ley, si se regulo mediante jurisprudencia del Tribunal Constitucional quien permito la eutanasia, pero de forma pasiva, es decir, que no se suministran medicamentos para hacer efectiva la muerte, sino que, por el contrario, se suspenden los mismo con el fin de acelerar la muerte de la persona que sufre una enfermedad incurable, terminal y que padezca sufrimientos como consecuencia de ello.
- **Austria:** En Austria en el 2021, fue aprobada la Ley del Suicidio Asistido después de un fallo del Tribunal Constitucional, es de anotar que, lo permitido allí es la asistencia al suicidio, es decir, la eutanasia continua como delito, los principales requisitos son:

quien desee morir debe ser mayor de edad y estar gravemente enfermo, en estado terminal y sin posibilidades de recuperación y dos médicos distintos deben confirmar su estado.

Una vez realizado el breve recorrido de la eutanasia en Europa, se evidencia que, son pocos los países que han regulado a través de la legislación la práctica de la eutanasia o asistencia al suicidio; en otros, ha sido a través de los Tribunales Constitucionales que hubo cambios en la legislación, en especial, en lo penal, dado que, ha despenalizado con algunas restricciones el delito de la eutanasia, ahora bien, en lo que todos coinciden es que ya sea la eutanasia activa o pasiva o la asistencia al suicidio, se da en desarrollo del derecho a la dignidad humana, la libertad de la autodeterminación y el respeto por la vida en condiciones dignas. Igualmente, existen requisitos específicos, donde la persona debe padecer enfermedades terminales, incurables y que no tenga otra opción de aliviar su sufrimiento, además, en todo momento deben estar acompañados de un especialista en salud quien es el que determina la viabilidad de la solicitud.

2.4.2 El derecho a morir dignamente en el sistema Europeo de Derechos Humanos

El derecho a morir dignamente no es un derecho que se encuentre consagrado en los sistemas de protección internacionales de los derechos humanos, ni si quiera en la Convención de Derechos de Europea; su fundamentación se da desde la interpretación de los derechos a la vida, a la vida en condiciones dignas, derecho a no padecer tratos crueles, inhumanos o degradantes y libertad privada o libre determinación. Podemos decir que, en Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha respetado cada una de las legislaciones internas con relación al derecho a morir dignamente a través de prácticas como la eutanasia pasiva, activa o el suicidio asistido.

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que se ha pronunciado a través de sus fallos frente al ejercicio del derecho a morir dignamente. Según; en 2002 en la Sentencia (Cañamares, 2016) *Pretty vs Reino Unido* una de las primeras sentencias relacionadas con el acceso a la eutanasia, en donde una mujer padecía una enfermedad neurodegenerativa y solicitó la eutanasia pero el Estado la negó por lo que acudió ante el TEDH para solicitar la protección del derecho a la vida, a la vida privada y la prohibición de recibir tratos crueles e inhumanos; en esta oportunidad, la Corte desestimo las alegaciones de la peticionaria, por cuanto consideró que el Estado estaba velando por la protección de derecho a la vida y contrario a lo manifestado por ella, el Convenio protege el derecho a la vida y no a morir. En el 2011, en la sentencia *Hass vrs Suiza* cambia su posición y señala que:

Que el derecho de una persona decidir el modo y manera de acabar con su vida - siempre que esté en disposición de formar libremente su propio juicio y actuar en consecuencia constituye uno de los aspectos protegibles del derecho a la vida privada. Sin embargo, en un contexto legislativo en que el suicidio asistido se encontraba despenalizado, el TEDH subrayó que no existe un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa acerca de la existencia de un derecho del ciudadano a decidir cuándo y por qué medios terminar con su vida. En consecuencia, admitió que los estados gozan de un amplio margen de apreciación para proporcionar mayor protección al derecho a la vida frente a otros derechos fundamentales, como el derecho a la autonomía que deriva del derecho a la vida privada. (Cañamares, 2016)

En igual sentido, se pronunció en la sentencia de *Gross vs Suiza*; que, en ambos casos, la Corte reconoce que existe la libertad de autodeterminación, sin embargo, los peticionarios estaban realizando las solicitudes sin cumplir con el lleno de requisitos exigidos por la legislación interna de Suiza, por lo que no hay un consenso frente a este derecho a nivel internacional o regional. Para el caso europeo, la legislación aplicable es la de su país de origen, por tanto, no

era viable acceder a lo solicitado. Se resalta que, en ambos casos, la Corte reconoce la existencia del derecho a morir dignamente.

También, podemos citar el caso de Charlie Gard y otros contra Reino Unido, en el que se analiza el derecho a la vida en condiciones dignas y libres de tratos crueles e inhumanos, este caso, se trata de un menor el cual se le diagnosticó, a los dos meses de nacer, un desorden genético conocido como Síndrome encefalomeopático por depelación de ADN mitocondrial, que produce, entre otros efectos, parálisis muscular y graves e irreversibles daños cerebrales. Según los médicos que lo atendieron en el Hospital Great Ormond Street de Londres dicha enfermedad es incurable. En este caso, se suscita la demanda en el plano interno por cuanto el Hospital le informo a los padres del menor que debían desconectarlo, dado que, su enfermedad no era curable y la muerte era inminente, pero ellos se resistían, por tanto, iniciaron un proceso legal interno que no fue fructífero por lo que acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien desestimó la demanda y tuvo presente en su decisión, donde el Tribunal reconoce la amplia discreción otorgada a los gobiernos nacionales en lo que respecta a tratamientos experimentales para pacientes terminales. En situaciones que tocan aspectos morales delicados, el Tribunal enfatiza que no es su rol reemplazar el juicio de las autoridades locales. (Castán, 2018)

También, es importante citar el caso Mortier contra Bélgica, del cual se pueden extraer dos apartados que considero son la postura del Tribunal frente al derecho a morir dignamente, el primero tiene que ver con la jurisprudencia sobre el final de la vida en la que señala el Tribunal de Justicia reitera que la dignidad humana y la libertad son la esencia misma de la Convención (véase la sentencia Pretty, antes citada). En particular, en virtud del artículo 8 del Convenio, cuando el concepto de autonomía personal refleja un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías de dicha disposición, se protege la esfera personal de cada individuo (véase Christine Goodwin c. el Reino Unido [GC], n.º 28957/95, TEDH 2002). El derecho de una persona a elegir el modo y el momento del final de su vida, siempre que pueda formar libremente su voluntad a este respecto y actuar en consecuencia, es un aspecto del derecho al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 de la Convención (Pretty, antes citad, y Haas, antes citada).

La segunda postura tiene que ver con la interpretación del artículo 2 de la Convención, en la que sostiene que, por otra parte, la despenalización de la eutanasia tiene por objeto, como ha señalado el Tribunal Constitucional belga, dar a una persona la libertad de elegir para evitar lo que constituiría, en su opinión, un final de vida indigno y doloroso (véase el apartado 65 anterior). La dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma de la Convención (véase el párrafo 124 supra). En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia considera que, si bien no es posible deducir un derecho a morir del artículo 2 del Convenio (véase el apartado 119 anterior), el derecho a la vida consagrado en dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe por sí mismo la despenalización condicional de la eutanasia. (El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2023)

En suma, el sistema de protección europeo de derechos humanos no protege el derecho a morir dignamente, sin embargo, de la interpretación de la Carta de Derechos Humanos de la Unión, se entiende que, los Estados deben garantizar que sus conciudadanos vivan sus vidas en condiciones dignas y que se le proteja su derecho individual de tomar sus propias decisiones, incluso, que puedan elegir las condiciones adecuadas para vivir que no afecten su salud física y psicológica.

2.5 El derecho a morir dignamente en América del Norte y Latinoamérica

El derecho a morir dignamente en América del Norte y Latinoamérica presenta un panorama complejo y diverso, reflejando tanto las similitudes como las diferencias culturales, legales y éticas de estos vastos territorios. Este apartado aborda en profundidad la evolución y el estado actual del derecho a morir dignamente en estas regiones, destacando las variadas aproximaciones y los desafíos particulares que enfrentan.

En América del Norte, países como Canadá y Estados Unidos han avanzado significativamente en el reconocimiento y regulación del derecho a morir dignamente. Estos avances han sido impulsados por cambios legislativos, fallos judiciales y un creciente debate público sobre el tema. La discusión en estos países a menudo se centra en el equilibrio entre la autonomía del paciente, las consideraciones éticas y los aspectos legales, reflejando una tensión entre los derechos individuales y los valores colectivos.

Por otro lado, en Latinoamérica, el enfoque hacia el derecho a morir dignamente varía considerablemente de un país a otro, reflejando la diversidad cultural, social y religiosa de la región. Mientras algunos países han comenzado a explorar y legislar en torno a este derecho, otros mantienen posturas más conservadoras, influenciadas en gran medida por factores culturales y religiosos. La discusión en Latinoamérica no solo abarca las dimensiones legales y médicas, sino también profundas consideraciones éticas y morales, arraigadas en las tradiciones y creencias predominantes en cada sociedad.

Este apartado también examina cómo las diferencias en los sistemas de salud, la legislación y los contextos culturales de los países de América del Norte y Latinoamérica influyen en la implementación y aceptación del derecho a morir dignamente. Se analiza el impacto de estos factores en la toma de decisiones al final de la vida, el acceso a cuidados paliativos y la perspectiva de los profesionales de la salud.

2.5.1 El derecho a morir dignamente en América del Norte

En Norteamérica, igual que los países europeos, se ha legislado y regulado el derecho a morir dignamente, traducido, en la práctica de la eutanasia pasiva o activa y el suicidio asistido, lo podemos observar en Canadá y Estados Unidos.

- **Canadá:** En este país en 2016, se aprobó el proyecto de Ley C-14, que permitía la eutanasia médica, el suicidio asistido por un médico. Es importante señalar que, en el 2014 la provincia de Quebec; fue la primera en legalizar la eutanasia y el suicidio asistido a través del llamado *Carter v Canadá*, en ese sentido, se reconoce el derecho a la asistencia médica para morir a personas mayores de edad con enfermedades graves e incurables, caracterizadas por una disminución avanzada e irreversible de las facultades y siempre que se encuentren experimentando un sufrimiento físico o psicológico constante e insoportable (Marqués, Pérez Y Botija, 2021). Ahora bien, esta Ley fue modificada en 2021 por ley C-7 que amplía la aplicación de la eutanasia a las personas con trastornos mentales o pacientes psiquiátricos.
- **Estados Unidos:** En este país, aún no está legalizada en todos los estados la asistencia médica al suicidio, sin embargo, se ha logrado regular en diez de ellos como son: Oregón (1994), Washington (2008), Vermont (2013), California (2016), Colorado (2016), Distrito de Columbia (2017) y recientemente, en los estados de Hawái (2019), Nueva Jersey (2019), y Maine (2019) (Collier, 2017). Es válido aclarar que, en estos estados es legal el suicidio asistido y no la eutanasia, que aún sigue siendo ilegal. Es indispensable como requisito que la persona sea residente en el Estado para acceder al suicidio asistido. Es importante resaltar que, en el Estado de Oregón, el 8 de noviembre

de 1994, mediante la Ley de la muerte digna, se reconoció por primera vez en el mundo el derecho a morir dignamente a través de la Eutanasia pasiva. Lo anterior, bajo las siguientes premisas y/o requisitos: “(i) el paciente sea una persona adulta (ii) mentalmente competente y, finalmente, (iii) si la enfermedad diagnosticada no permite pronosticar más de seis meses de vida” (Marqués, Pérez Y Botija, 2021).

- **México:** En México, aun no se ha regulado el derecho a morir dignamente, en algunos estados se ha regulado la voluntad anticipada que tiene que ver con que la persona puede decidir, previo a cualquier evento de enfermedad o accidente y siendo mayor de edad, si desea ser sometida o no, a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida. Citando a (Pérez, 2019) en México, está vigente y regulada la voluntad anticipada en los siguientes estados: El Distrito Federal (hoy Ciudad de México) fue la primera en autorizar una Ley de Voluntad Anticipada que se publicó el 7 de enero de 2008, constituido por 47 artículos y 9 transitorios. A partir de dicha legislación, en otras once entidades federativas de la República Mexicana, han promulgado leyes de este tipo: en Aguascalientes, Michoacán, Guanajuato, e Hidalgo bajo la denominación de “Ley de Derechos de las Personas en Etapa Terminal”; en San Luis Potosí y Coahuila “Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal; de igual forma en otros estados de la República Mexicana como Nayarit, Yucatán, Guerrero, Colima y Estado de México. De esta legislación, podemos inferir que, en el país está permitida la eutanasia pasiva

2.5.2 El derecho a morir dignamente en América Latina

En América Latina, la muerte digna, es un derecho aun sin reconocimiento en casi todos los Estados de Suramérica y Centro Americana, es decir, la eutanasia y el homicidio asistido continua en sus códigos penales como delitos. Colombia, es el único país que ha legalizado la eutanasia y el suicidio asistido. En algunos países como Argentina, a través Ley 26742 de 2012, se ha regulado en otros términos la eutanasia pasiva, es decir, que la persona puede rechazar o modificar un tratamiento con el fin de acelerar la muerte, igualmente en países como, Perú, Argentina y Chile.

A continuación, casos jurídicamente relevantes de los países ya citados.

- **Perú:** En Perú, no existe la legislación de la muerte digna, fue a través de la jurisprudencia que se regulo y se logró permitir solo en casos muy específicos como el de Ana Estrada, a quien el Onceavo juzgado constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, accedió para que ella se pudiese practicar la eutanasia debido a que sufría una enfermedad grave e incurable; fueron varios años de lucha ante el Tribunal quien finalmente falló a su favor, sin embargo, este fallo es inter partes, por tanto, aún sigue pendiente la legislación de la muerte digna en ese país. (Gerónimo & Dania, 2021)
- **Argentina:** En Argentina, a través de la Ley 26742 de 2012, se ha regulado la eutanasia pasiva, es decir, que la persona puede rechazar o modificar un tratamiento con el fin de acelerar la inevitable muerte, en ese sentido es importante citar a Guillermo Luis Blanco, cuando señala que: Morir con dignidad (o morir dignamente), en el ordenamiento jurídico argentino, es un derecho personalísimo (DMD), cuyo análisis requiere diferenciarlo de la eutanasia, del suicidio asistido y del homicidio piadoso.
- **Chile:** En Chile, aun no hay una legislación sobre el derecho a morir dignamente, sin embargo, en la propuesta de la nueva constitución en el artículo 68, proponen como un

derecho la muerte digna, en estos términos se protegería a las personas que necesiten ejercer el derecho, según lo investigado el artículo 68 quedaría así:

Artículo 68.

1. Toda persona tiene derecho a una muerte digna.
 2. La Constitución asegura el derecho de las personas a tomar decisiones libres e informadas sobre sus cuidados y tratamientos al final de su vida.
 3. El Estado garantiza el acceso a los cuidados paliativos a todas las personas portadoras de enfermedades crónicas avanzadas, progresivas y limitantes de la vida, en especial a grupos vulnerables y en riesgo social.
- **Colombia:** En Colombia la Corte Constitucional de ha desempeñado un papel fundamental en la evolución del derecho a morir dignamente en el país. La sentencia C-239 de 1997 representa un hito en la historia legal de Colombia y de América Latina. Con esta decisión, la Corte despenalizó (el homicidio por piedad) la eutanasia bajo ciertas condiciones, reconociendo el derecho a morir con dignidad como un aspecto esencial de los derechos humanos y la autonomía personal (Rodríguez, 2018). Este reconocimiento pionero ha colocado a Colombia en la vanguardia de la legislación sobre la eutanasia en la región.

2.6 El derecho a morir dignamente en otras partes del mundo

El análisis jurídico del derecho a morir dignamente no solo se ha realizado en Europa o América, también la legislación en Oceanía se ha manifestado frente a la protección de este derecho; es por ello por lo que tenemos países como Nueva Zelanda y Australia que también ha regularizado este derecho.

- **Australia:** En Australia, se tramitó la Ley de Muerte Voluntaria Asistida de Victoria (2017), que se encuentra vigente, esta ley tiene 68 salvaguardas y ofrece a los ciudadanos del Estado de Victoria la posibilidad de acudir a la eutanasia si padecen una enfermedad terminal que no les permite continuar con el desarrollo normal de su vida. Esta es una de las leyes más completa en cuanto al ejercicio de morir dignamente, en ese sentido es muy exigente para su acceso a diferencia de algunas de las legislaciones de Europa o americanas, a continuación, se enumeran algunas de las principales diferencias en relación con otros países:
 - ✓ El final de la vida está claramente definido [muerte esperada dentro de semanas o meses, no más de 12 meses]
 - ✓ La enfermedad mental por sí sola no satisface los criterios de elegibilidad
 - ✓ La discapacidad por sí sola no satisface los criterios de elegibilidad
 - ✓ Con capacidad de decisión en el momento de morir
 - ✓ No se puede incluir como parte de una directiva anticipada
 - ✓ Prohíben a un profesional de la salud plantear la muerte voluntaria asistida
 - ✓ Dos testigos independientes para solicitar [exclusiones para familiares, beneficiarios, proveedores remunerados.
 - ✓ La medicación debe ser autoadministrada [excepto en circunstancias excepcionales]
 - ✓ En caso de incapacidad física, el médico podrá administrar. (Dyinc Choice, 2019)

Es importante precisar en este punto, que esta Ley lo que permite es la muerte voluntaria asistida y no la eutanasia activa, como lo hemos visto en otros países.

- **Nueva Zelanda:** Asimismo, tenemos que, en Nueva Zelanda, en el año 2020, mediante un referéndum los ciudadanos de este país aprobaron la eutanasia activa, a través de la Ley de Elección al Final de la Vida (“End of Life Choice Act”) que entró en vigor en noviembre del 2021. En este caso para acceder al derecho a morir dignamente la persona debe ser mayor de 18 años, que padezca una enfermedad terminal con un pronóstico de vida inferior a seis meses, que sea capaz de tomar sus propias decisiones, que padezca sufrimientos insoportables e imposibles de aliviar, igual que en otros casos la solicitud debe ser revisada por dos médicos independientes. Se exceptúan del acceso a este derecho las enfermedades mentales, la edad avanzada y todo tipo de enfermedades que impidan que la persona tome una decisión independiente. (Derecho a morir dignamente DMD, 2020)

Figura 2. La Eutanasia en el mundo.



Fuente: Tomado de DMD (Derecho a Morir Dignamente)

2.7 El derecho a morir dignamente en Colombia

El derecho a morir dignamente en Colombia representa un tema de gran relevancia y actualidad, marcado por una evolución significativa en las esferas legal, ética y médica. Este apartado se dedica a explorar el desarrollo y las implicaciones de este derecho en el contexto colombiano, considerando su trayectoria histórica, los desafíos actuales y las perspectivas futuras.

Colombia ha sido pionera en Latinoamérica en la regulación del derecho a morir dignamente, evidenciado por una serie de decisiones judiciales y legislaciones que han marcado hitos importantes. La forma en que este derecho se ha integrado en el sistema legal colombiano y las respuestas de las instituciones médicas y la sociedad en general son indicativos de los avances y las complejidades que enfrenta el país en este tema.

Desde la perspectiva legal, Colombia ha experimentado un cambio significativo en su enfoque hacia el derecho a morir dignamente. Este cambio ha sido impulsado principalmente por fallos judiciales y decisiones de la Corte Constitucional, que han establecido precedentes importantes en la materia. Estas decisiones han planteado debates profundos sobre los derechos humanos, la autonomía personal y la ética médica.

2.7.1 Evolución legal y judicial en Colombia

La Corte Constitucional de Colombia ha desempeñado un papel fundamental en la evolución del derecho a morir dignamente en el país. La sentencia C-239 de 1997 representa un hito en la historia legal de Colombia y de América Latina. Con esta decisión, la Corte despenalizó la eutanasia bajo ciertas condiciones, reconociendo el derecho a morir con dignidad como un aspecto esencial de los derechos humanos y la autonomía personal (Rodríguez, 2018). Este reconocimiento pionero ha colocado a Colombia en la vanguardia de la legislación sobre la eutanasia en la región.

- **Impacto de la Sentencia C-239:** La sentencia C-239 marcó un cambio significativo en el tratamiento legal y ético de la eutanasia en Colombia. Al despenalizar el homicidio por piedad, la Corte estableció un precedente legal que enfatiza la importancia de la autonomía personal y el respeto a la dignidad humana en decisiones de fin de vida. Este enfoque refleja una evolución en la comprensión de los derechos humanos y la ética médica, reconociendo el derecho de los individuos a tomar decisiones fundamentales sobre su propia vida y muerte (Gómez, 2019). En esta oportunidad la Corte, señaló que, era posible provocar la muerte, sin que se considerara delito siempre y cuando se cumplieran con las siguientes subreglas: la primera tiene que ver con el consentimiento de la persona (sujeto pasivo), este debe ser libre y ella debe tener capacidad de decisión además de estar informado con claridad de su enfermedad y de las consecuencias; en segundo lugar la persona que actúa como sujeto activo, debe ser un médico pues son ellos los únicos que tiene los conocimientos sobre las enfermedades y el tratamiento adecuado para morir con dignidad y en un tercer lugar tenemos que la persona sujeto pasivo debe padecer una enfermedad grave e incurable que cause graves sufrimientos y que por causa de estos indiscutiblemente llegará la muerte.
- **Desafíos y avances Post-Sentencia:** A pesar del avance que representó la sentencia, la implementación de la eutanasia en Colombia ha enfrentado desafíos significativos. La falta de claridad en algunos aspectos de la sentencia y la necesidad de una regulación más detallada han sido puntos de discusión en la sociedad y el sector médico (Pérez, 2020). Sin embargo, esta sentencia ha abierto el camino para futuros desarrollos legislativos y judiciales en Colombia, buscando proporcionar un marco más claro y

coherente para la aplicación de la eutanasia, siempre respetando la dignidad y autonomía del paciente (Martínez, 2021).

- **Influencia en América Latina y más allá:** La sentencia C-239 no solo ha tenido un impacto significativo en Colombia, sino que también ha influido en el debate sobre la eutanasia en otros países de América Latina. Ha servido como un referente en la discusión sobre cómo equilibrar los derechos individuales con consideraciones éticas y morales en la atención médica al final de la vida (Ramírez & Sánchez, 2022).

La sentencia C-239 de la Corte Constitucional de Colombia representa un avance significativo en el reconocimiento del derecho a morir dignamente. Esta decisión no solo ha impactado la legislación y la práctica médica en Colombia, sino que también ha contribuido al debate global sobre la eutanasia, subrayando la centralidad de la dignidad humana en estas discusiones.

2.7.2 Aspectos éticos y culturales en Colombia

En Colombia, el debate sobre la eutanasia no solo se enfoca en aspectos legales, sino que también aborda profundas cuestiones éticas y culturales. La legalización de la eutanasia ha generado un espacio para discutir cómo los valores culturales y las normativas éticas afectan su aceptación y práctica.

Aspectos culturales en Colombia: Colombia, con su rica diversidad cultural y su marcada influencia católica, ha experimentado debates intensos sobre temas de bioética, incluyendo el derecho a morir dignamente. El sociólogo colombiano Manuel Castells (1997) argumenta que la identidad cultural juega un papel crucial en cómo se perciben y practican los derechos humanos en diferentes sociedades. En el caso colombiano, esto se refleja en cómo la dignidad humana se entrelaza con creencias religiosas y tradiciones culturales (Castells, 1997).

Aspectos éticos: Desde la perspectiva ética, la dignidad humana es un concepto central en los argumentos a favor del derecho a morir dignamente. Según Kant (1785), la dignidad humana se basa en la autonomía y la capacidad racional del individuo, lo que implica que las decisiones sobre la propia vida y muerte deben respetarse (Kant, 1785). En el contexto colombiano, esto plantea preguntas sobre el balance entre los valores culturales colectivos y los derechos individuales.

Jurisprudencia y legislación colombiana:

En términos legales, la Corte Constitucional de Colombia ha jugado un papel significativo en la definición y protección del derecho a morir dignamente. Por ejemplo, la Sentencia C-239 de 1997 fue pionera en reconocer la eutanasia pasiva bajo ciertas condiciones, destacando la importancia de la dignidad humana como un derecho fundamental (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

- **Sentencia T-970 de 2014:** Esta sentencia es importante en Colombia, dado que en ella la Corte Constitucional, establece que la muerte digna es un derecho fundamental, para ello hace un recuento de las jurisprudencia del Alto Tribunal, en las que ha terminado ciertos derecho como fundamentales, por ejemplo el derecho a la salud con la T-760 de 2008; para ello es indispensable que estos derechos cumplan con los siguientes requerimientos que su fundamento esencial sea la dignidad humana, que los jueces deben evaluar varios aspectos como el constitucional, dogmático de derechos humanos o legislativo, es decir que no sea aislado que sea fundamental y subjetivo; también que tenga fundamentalidad y que se analizado de manera aislada. En ese sentido se establece como fundamental el derecho a morir dignamente en Colombia, autónomo e independiente y relacionado con la vida y otros derechos.

- **Sentencia C-233 de 2021:** En esta sentencia se demandó la constitucionalidad del delito de homicidio por piedad del artículo 106 de la Ley 599 de 2000 al considerar que vulneraba el derecho a morir dignamente, es de anotar que 1997 se demandó la inconstitucionalidad este mismo delito, sin embargo, fue porque no estaba equiparado al delito de homicidio simple, independiente de la circunstancias los demandados consideraban que era un homicidio contrario a la demanda de inconstitucionalidad citada, pues allí los demandados alegaron que este delito vulneraba como ya se citó el derecho a morir dignamente, una vez la Corte realiza el estudio frente al delito en sí mismo y determina que es exequible siempre y cuando esta se realice de acuerdo con los siguientes postulados: que lo realice un médico, que sea con el consentimiento libre voluntario e informado del paciente y por ultimo que padezca una enfermedad física o psíquica grave e incurable que le provoquen intensos dolores.
- **Resolución Nro. 0091 del 01 de julio del 2021:** Pese a que, en Colombia, el Congreso de la República no ha legislado sobre la eutanasia, como ya lo hemos visto la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones hasta establecer que este es un derecho fundamental; y conforme a la órdenes dadas el Ministerio de Salud en 2021, expidió la Resolución Nro. 0091, que tiene en las que se establece la recepción, tramite y reporte de las solicitudes de eutanasia como forma de ejercer el derecho a morir dignamente.

En este punto es importante mencionar lo referido por Lucas Montoya, al señalar que el derecho fundamental a vivir en condiciones dignas, implica como la ha reiterado la Corte Constitucional en sentencias como la C-239/1997, T-970/2014 Y T-423/2017, la existencia del derecho a morir dignamente, de esta manera la Corte Constitucional Colombiana además de fijar la perspectiva desde la que se debe entender la protección del derecho a la vida, también lo hace desde el principio de dignidad humana, junto con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y crea una relación entre el derecho a la vida digna y el derecho a morir dignamente, no como diferentes sino como en igualdad de condiciones y podría mencionarse que sucesivas una de la otra. (Montoya, 2020)

Desafíos y debate actual: A pesar de los avances legales, existen desafíos significativos en la implementación y aceptación social de estas prácticas. Autores como Beauchamp y Childress (2013) han discutido la importancia de los principios de autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia en la bioética, lo que se aplica directamente al debate sobre el derecho a morir dignamente en Colombia (Beauchamp & Childress, 2013).

El debate sobre el derecho a morir dignamente en Colombia está profundamente influenciado por factores éticos y culturales. El respeto a la dignidad humana, la autonomía individual y los valores culturales colectivos deben considerarse cuidadosamente en cualquier discusión sobre este tema.

Con relación a la opinión pública, en encuesta realizada por la firma Invamer, para el 2021 un estimado del 75% de la población encuesta estaba de acuerdo con acudir a la eutanasia cuando fuesen diagnosticados con alguna enfermedad progresiva e incurable y que le generase dolores o sufrimientos insoportables; frente a un 19% que señalan que debe ser prohibida por cuestiones éticas y religiosas.

De otro lado, según las cifras registradas desde el año 2015, año en que se reglamentó el registro a octubre de 2022, se habían realizado 322 procedimientos de eutanasia a través de la asistencia médica. También es importante destacar que según la distribución por sexos 170 hombres la han solicitado y practicado efectivamente frente a 151 mujeres.

De esta estadística, se destaca además cuales son las principales ciudades en las que se han practicado el procedimiento de la eutanasia encontrado que la ciudad con más casos reportados es Medellín, seguida de Bogotá, Cali, Pereira, Manizales, Cartagena, Bucaramanga y Armenia estos últimos con un registro máximo de 2 casos.

Con relación a la edad promedio de los solicitantes, de acuerdo con la información de Ministerio de Salud, se encuentra en los 62 años y la enfermedad que aquejaba a estas personas fueron las oncológicas en su mayoría. (MONTTOYA, 2023)

2.8 La oposición del derecho a morir dignamente

La oposición al derecho a morir dignamente es multifacética y proviene de diversas dimensiones que incluyen consideraciones éticas, religiosas, legales, médicas y sociales. Este apartado examina detalladamente las distintas perspectivas y argumentos en contra del derecho a morir dignamente, destacando cómo estas visiones contribuyen al debate global sobre este tema.

Desde una perspectiva ética, los argumentos contra el derecho a morir dignamente a menudo se centran en el valor intrínseco de la vida y la moralidad de intervenir en el proceso natural de morir. Estas consideraciones éticas abordan preguntas fundamentales sobre la naturaleza de la vida, la muerte y la dignidad humana.

En el ámbito religioso, muchas tradiciones ven la vida como un don sagrado y la muerte como un proceso natural que no debe ser acelerado artificialmente. Las perspectivas religiosas y espirituales sobre el sufrimiento, el destino y la moralidad juegan un papel crucial en la oposición al derecho a morir dignamente, a menudo argumentando que la vida debe preservarse hasta su fin natural, independientemente de las circunstancias.

Este apartado busca explorar estas dimensiones de oposición en profundidad, proporcionando una comprensión equilibrada de los argumentos en contra del derecho a morir dignamente y cómo estos influyen en el debate ético, legal y social más amplio.

1. Dimensiones éticas y filosóficas:

- **Valoración de la vida:** El debate ético y filosófico sobre la eutanasia y el suicidio asistido frecuentemente se centra en la valoración intrínseca de la vida. Leon Kass (1985), por ejemplo, argumenta que la vida humana tiene un valor inestimable que no debería ser sacrificado, incluso en situaciones de intenso sufrimiento. Kass sostiene que, al permitir la eutanasia o el suicidio asistido, la sociedad podría caer en la trampa de percibir la vida humana en términos utilitaristas, es decir, como una medición de placer versus dolor. Esta perspectiva defiende la sacralidad de la vida humana y cuestiona la moralidad de cualquier acto que intente acortarla deliberadamente, sugiriendo que tal acto podría ser considerado una forma de desvalorización de la esencia humana. (Kass, L. R., 1985).
- **Autonomía vs. interés colectivo:** La tensión entre la autonomía individual y el bienestar colectivo es un aspecto crucial en el debate ético sobre el derecho a morir dignamente. H.T. Engelhardt (1996) expone cómo un énfasis excesivo en la autonomía personal puede llevar a una erosión de los valores comunitarios y la solidaridad social. Según Engelhardt, las decisiones al final de la vida, aunque profundamente personales, no ocurren en un vacío social; más bien, afectan a la comunidad en general y pueden tener consecuencias de largo alcance en cómo la sociedad valora la vida y la muerte. Este argumento resalta la importancia de considerar el bien común y los valores éticos compartidos en la toma de decisiones sobre el final de la vida, sugiriendo que la

autonomía individual debe equilibrarse con las responsabilidades sociales y éticas. (Engelhardt, H. T., 1996).

2. Argumentos Religiosos y Morales

- **Sacralidad de la vida:** Las principales tradiciones religiosas, particularmente las abrahámicas (cristianismo, islamismo y judaísmo), sostienen firmemente la creencia de que la vida es un don sagrado otorgado por una entidad divina. Esta visión enfatiza que solo el poder divino posee la autoridad para dar y quitar la vida. Según Pellegrino (2001), un renombrado bioeticista, la eutanasia y el suicidio asistido se contraponen directamente a este principio, ya que implican una intervención humana directa en el proceso natural de la vida y la muerte. Esta perspectiva sostiene que cualquier acto que busque terminar intencionalmente la vida es una usurpación de un derecho divino y, por lo tanto, es inherentemente inmoral y contraproducente para la fe religiosa. (Pellegrino, E. D., 2001).

PERSPECTIVAS LEGALES Y DE POLÍTICA PÚBLICA:

- **Problemas legales:** La legalización de la eutanasia presenta complejidades legales. Por ejemplo, Finnis (1995) argumenta que legalizar la eutanasia podría llevar a conflictos con leyes existentes sobre el homicidio y el consentimiento informado (Finnis, J., 1995).
- **Impacto en la práctica médica:** Los aspectos legales también se entrelazan con la ética médica. Sulmasy (1992) plantea preocupaciones sobre cómo la eutanasia puede cambiar la relación médico-paciente y la percepción de la medicina como profesión dedicada a la curación y al cuidado (Sulmasy, D. P., 1992).

3. Preocupaciones médicas y de cuidados paliativos

- **Alternativas a la eutanasia:** Los expertos en cuidados paliativos, como Saunders (1993), abogan por una mejor atención al final de la vida, argumentando que la mayoría del sufrimiento puede ser aliviado con cuidados paliativos adecuados (Saunders, C., 1993).
- **Ética de los cuidados:** Noddings (1984) enfatiza la importancia de la ética del cuidado, argumentando que la sociedad debería centrarse más en el cuidado compasivo que en el derecho a morir (Noddings, N., 1984).

4. Dimensiones sociales y culturales

- **Impacto en grupos vulnerables:** El temor de que la legalización de la eutanasia pueda poner en peligro a los grupos vulnerables es un argumento central. Wolf (1996) destaca cómo la eutanasia podría ser utilizada de manera desproporcionada en personas mayores, discapacitadas o económicamente desfavorecidas (Wolf, S. M., 1996).

La oposición al derecho a morir dignamente se basa en una compleja intersección de argumentos éticos, religiosos, legales, médicos y sociales. Cada uno de estos argumentos aporta una perspectiva valiosa al debate, resaltando la necesidad de un análisis cuidadoso y considerado de las implicaciones de legalizar la eutanasia o el suicidio asistido.

2.9 Perspectivas médicas sobre el derecho a morir dignamente

En el ámbito de la medicina moderna, el derecho a morir dignamente representa un tema de profunda complejidad ética y práctica. Este apartado se centra en explorar las perspectivas médicas relacionadas con este derecho, abordando cómo los principios de la bioética se entrelazan con las decisiones al final de la vida. La atención médica al final de la vida no solo implica consideraciones clínicas, sino también cuestiones profundas de ética médica, donde el

respeto a la autonomía del paciente, la compasión y la dignidad se encuentran en el centro de las prácticas médicas.

Este análisis incluye una revisión de los principios de la bioética –autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia– y cómo estos guían las decisiones relacionadas con el final de la vida. Se examinará el delicado equilibrio entre respetar los deseos de los pacientes y cumplir con las responsabilidades éticas y profesionales del personal médico. Además, se considerarán los desafíos clínicos y prácticos que enfrentan los profesionales de la salud en la implementación de prácticas que permitan una muerte digna, incluyendo la gestión del dolor, la evaluación de la capacidad del paciente y el manejo de situaciones complejas donde las cuestiones médicas y éticas se superponen.

En este contexto, el papel del personal médico es crucial. Desde el diagnóstico y la comunicación de malas noticias hasta la administración de cuidados paliativos y la asistencia en decisiones sobre el final de la vida, los médicos, enfermeras y otros profesionales de la salud desempeñan roles fundamentales que impactan profundamente en la experiencia del paciente al final de la vida. Esta sección de la tesis se dedica a analizar y comprender estas dinámicas, destacando la importancia de un enfoque médico que sea éticamente sensible, clínicamente competente y profundamente respetuoso de la dignidad humana.

2.9.1 Principios de la bioética

Este apartado explora cómo los principios fundamentales de la bioética –autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia– se aplican al final de la vida, un área de creciente importancia en la práctica médica. La obra de Beauchamp y Childress, "Principles of Biomedical Ethics", proporciona un marco esencial para comprender estos principios (Beauchamp & Childress, 2013). Su enfoque en la autonomía destaca el derecho de los pacientes a tomar decisiones informadas, incluso en situaciones de vida o muerte.

En relación con la no maleficencia, la obra de Daniel Callahan, especialmente su análisis sobre la eutanasia y la ética del final de la vida ofrece una perspectiva crítica sobre cómo los médicos pueden navegar el delicado equilibrio entre no hacer daño y respetar las decisiones del paciente (Callahan, 1995).

La beneficencia, que implica actuar en el mejor interés del paciente, se ve ilustrada en los escritos de Arthur Caplan, quien discute el papel de los médicos en la promoción del bienestar del paciente, especialmente en situaciones complejas como la terminalidad (Caplan, 1992).

Por último, la justicia en la atención al final de la vida es examinada en las obras de Margaret Pabst Battin, quien aborda las cuestiones de equidad y acceso a cuidados paliativos y a opciones de final de vida (Battin, 1994). Este análisis es crucial para garantizar que todos los pacientes reciban un cuidado compasivo y ético.

2.9.2 Principios de la bioética y el final de la vida

Este segmento examina detenidamente cómo los cuatro principios fundamentales de la bioética –autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia– se aplican en el contexto del final de la vida. La obra de Beauchamp y Childress, "Principles of Biomedical Ethics", es esencial para comprender estos principios en la atención sanitaria. En su texto, abordan cómo se deben equilibrar los deseos del paciente con las obligaciones éticas del personal médico, especialmente en decisiones críticas al final de la vida (Beauchamp & Childress, 2019).

- **Autonomía:** La autonomía del paciente, esencial en la toma de decisiones médicas, es discutida en profundidad por Sullivan y Barry en su análisis sobre la ética de la toma de

decisiones al final de la vida (Sullivan & Barry, 2017). Resaltan la importancia de respetar las decisiones del paciente, incluso cuando estas decisiones implican rechazar tratamientos que prolongarían la vida.

- **No maleficencia:** En relación con el principio de no hacer daño, Jonsen, Siegler y Winslade en "Clinical Ethics" proporcionan ejemplos prácticos de cómo este principio se aplica en escenarios de cuidado al final de la vida, subrayando la necesidad de evitar intervenciones que puedan causar sufrimiento innecesario o prolongado al paciente (Jonsen, Siegler & Winslade, 2015).
- **Beneficencia:** La beneficencia, que implica actuar en el mejor interés del paciente, se analiza en los trabajos de Pellegrino, quien explora el papel del médico en la promoción del bienestar y la calidad de vida de los pacientes terminales (Pellegrino, 1993).
- **Justicia:** Finalmente, el principio de justicia en la atención médica al final de la vida es abordado por Daniels, quien examina cómo asegurar un acceso equitativo a los cuidados paliativos y las decisiones éticas relacionadas con los recursos limitados en la atención médica (Daniels, 2008).

Cada uno de estos principios plantea desafíos únicos en el contexto del final de la vida, requiriendo de los profesionales de la salud una comprensión profunda y sensible de las implicaciones éticas de sus decisiones.

2.9.3 El rol del personal médico en la muerte digna

En el contexto de la atención médica al final de la vida, el papel del personal médico es crucial para garantizar una muerte digna. Este apartado profundiza en aspectos esenciales como el consentimiento informado, la comunicación efectiva con pacientes y familias, y la toma de decisiones éticas en circunstancias complejas. Autores destacados como Daniel Sulmasy y Edmund Pellegrino abordan estos temas, proporcionando perspectivas valiosas sobre los desafíos éticos en el cuidado de pacientes terminales.

Consentimiento informado: La importancia del consentimiento informado, tal como lo destaca Sulmasy (2017), reside en el respeto a la autonomía del paciente. Este proceso implica no solo informar sobre los procedimientos y tratamientos posibles sino también comprender las preferencias y valores del paciente. Sulmasy argumenta que este es un aspecto crítico en la toma de decisiones al final de la vida, especialmente cuando se consideran opciones como la retirada de tratamientos que prolongan la vida o la administración de cuidados paliativos (Sulmasy, 2017).

Comunicación con pacientes y familias: Pellegrino (1993) enfatiza la necesidad de una comunicación empática y transparente. La habilidad del personal médico para comunicarse efectivamente es fundamental para ayudar a los pacientes y sus familias a navegar en decisiones complejas y emocionalmente cargadas. Esta comunicación no solo debe transmitir información clínica, sino también ofrecer apoyo emocional, permitiendo que los pacientes y sus familias participen activamente en el proceso de toma de decisiones (Pellegrino, 1993).

Toma de decisiones éticas: Sulmasy (2017) y Pellegrino (1993) también discuten la complejidad de la toma de decisiones éticas en el final de la vida. Estas decisiones requieren un equilibrio delicado entre varios factores: el alivio del sufrimiento, el respeto por la autonomía del paciente, y la consideración del bienestar general del paciente. Los profesionales de la salud deben navegar por dilemas éticos, tales como determinar cuándo los tratamientos ya no son beneficiosos y cómo manejar solicitudes de eutanasia o suicidio asistido dentro del marco legal y ético (Sulmasy, 2017).

2.9.4 Desafíos clínicos y prácticos en el contexto del derecho a morir dignamente

Los desafíos clínicos y prácticos en la implementación del derecho a morir dignamente son numerosos y complejos, involucrando tanto aspectos técnicos como éticos de la atención médica. En primer lugar, la evaluación de la capacidad del paciente para tomar decisiones informadas es un aspecto crucial. Esto implica no solo entender las preferencias del paciente, sino también evaluar su capacidad cognitiva y emocional para tomar decisiones sobre su propia atención. Atul Gawande, en su libro "Being Mortal", destaca la importancia de esta evaluación, especialmente en pacientes con enfermedades avanzadas o deterioro cognitivo (Gawande, 2014).

Además, el manejo del dolor y la provisión de cuidados paliativos constituyen un pilar central en el cuidado al final de la vida. Ira Byock en "The Best Care Possible" aborda cómo los profesionales de la salud pueden ofrecer una atención que prioriza la comodidad y la calidad de vida de los pacientes terminales (Byock, 2012). Esta atención va más allá del manejo del dolor físico e incluye soporte emocional, psicológico y espiritual.

Otro aspecto clave es la toma de decisiones éticas en circunstancias complejas. Ezekiel Emanuel, en "The Ends of Human Life", examina cómo los médicos pueden equilibrar los deseos del paciente con los principios éticos de beneficencia y no maleficencia (Emanuel, 1991). Este equilibrio se vuelve particularmente desafiante en situaciones donde los deseos del paciente entran en conflicto con las consideraciones médicas o éticas.

Por último, la legislación y las políticas de salud juegan un rol significativo en la práctica médica. Sheila McLean en "First Do No Harm: Law, Ethics, and Healthcare" analiza el impacto de las leyes y políticas en la toma de decisiones médicas y cómo pueden afectar la implementación de prácticas que permitan una muerte digna (McLean, 2006). Este análisis subraya la necesidad de una alineación entre las prácticas médicas, la ética y la legislación.

En conjunto, estos desafíos resaltan la necesidad de una práctica médica informada, éticamente sensible y alineada con las necesidades y deseos de los pacientes al final de la vida.

2.10 Impacto social y cultural del derecho a morir dignamente

El derecho a morir dignamente no es solo una cuestión de ética médica y legal, sino que también tiene un profundo impacto en el tejido social y cultural. Esta sección explora cómo las prácticas y percepciones relacionadas con el final de la vida afectan y son influenciadas por diversos factores sociales y culturales. El análisis se centra en tres áreas principales: las percepciones sociales de la muerte y el sufrimiento, los efectos de estas percepciones en las políticas de salud pública y la interpretación del derecho a morir dignamente en el contexto de la diversidad cultural.

En la sociedad contemporánea, las actitudes hacia la muerte y el sufrimiento han evolucionado, lo que ha llevado a un cambio en la manera en que se aborda el final de la vida, tanto en el ámbito clínico como en el público. Estos cambios reflejan una compleja interacción entre las creencias culturales, los valores éticos, las normas sociales y las políticas de salud. El derecho a morir dignamente es un tema que se sitúa en la intersección de estas áreas, desafiando las concepciones tradicionales de la muerte y planteando preguntas sobre la autonomía, la dignidad y la calidad de vida.

Este apartado, por lo tanto, busca proporcionar una comprensión integral del impacto social y cultural del derecho a morir dignamente, subrayando cómo estas dimensiones se entrelazan con las prácticas médicas y las políticas de salud pública, y resaltando la necesidad de un enfoque que sea culturalmente sensible y respetuoso con la diversidad de experiencias al final de la vida.

2.10.1 Percepciones sociales de la muerte y el sufrimiento

La percepción social de la muerte y el sufrimiento ha experimentado un cambio significativo, influenciando profundamente la comprensión y la implementación del derecho a morir dignamente. Este cambio es reflejo de cómo las culturas y sociedades han evolucionado en su relación con la mortalidad. Elisabeth Kübler-Ross, en "On Death and Dying", introdujo un cambio paradigmático en la comprensión de la muerte al presentar su modelo de las cinco etapas del duelo, que ha sido fundamental en la psicología del final de la vida (Kübler-Ross, 1969). Su trabajo ha ayudado a desmitificar la muerte, promoviendo una comprensión más profunda de la experiencia del paciente terminal y sus familiares.

Además, Tony Walter, en "The Revival of Death", analiza cómo las actitudes contemporáneas hacia la muerte y el morir han evolucionado, destacando un mayor énfasis en la muerte digna y la autonomía individual (Walter, 1994). Estas transformaciones han llevado a una mayor aceptación de la muerte como una parte natural de la vida y a un reconocimiento creciente de la importancia de respetar las preferencias personales en el final de la vida.

Otro aspecto importante es el impacto de los medios de comunicación y las redes sociales en la percepción pública de la muerte. Las representaciones mediáticas de la muerte y el morir pueden influir en las actitudes y percepciones de la sociedad. Por ejemplo, la forma en que los medios cubren temas relacionados con el suicidio asistido o la eutanasia puede tener un efecto profundo en el discurso público y la opinión sobre estas prácticas.

Adicionalmente, la percepción de la muerte varía considerablemente entre diferentes culturas y tradiciones religiosas. En algunas culturas, la muerte se considera un paso hacia otra existencia o un retorno a un estado espiritual, mientras que en otras se enfatiza el legado y la memoria del difunto. Estas variaciones culturales tienen implicaciones importantes en la forma en que se abordan y se respetan las decisiones al final de la vida.

2.10.2 Efectos en las políticas de salud pública del derecho a morir dignamente

El derecho a morir dignamente presenta implicaciones profundas y complejas para las políticas de salud pública. Daniel Callahan, en su análisis sobre la eutanasia y la atención al final de la vida, destaca cómo las decisiones sobre el final de la vida influyen en las políticas de salud pública, especialmente en la asignación de recursos y en la definición de las prioridades de atención médica. Callahan argumenta que la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido no solo afecta las decisiones individuales, sino que también plantea preguntas fundamentales sobre el papel del sistema de salud y su responsabilidad hacia los pacientes terminales (Callahan, 1995).

Por otro lado, Margaret P. Battin, en "The Least Worst Death", examina cómo las políticas de salud pública pueden equilibrar los derechos individuales con preocupaciones éticas y sociales más amplias. Battin aborda la necesidad de políticas que respeten la autonomía individual, al tiempo que protegen a los grupos vulnerables y preservan la integridad del sistema de salud. Su trabajo subraya la importancia de considerar la muerte digna no solo como un asunto personal, sino como una cuestión de interés público y colectivo (Battin, 1994).

Además, las decisiones sobre el final de la vida tienen un impacto significativo en la asignación de recursos dentro del sistema de salud. La implementación de políticas que faciliten el acceso a cuidados paliativos de calidad y opciones de fin de vida dignas requiere un enfoque cuidadoso en la distribución de recursos médicos y financieros. Esto incluye la determinación de cómo se asignan los fondos a los hospitales, los cuidados paliativos y otros servicios relacionados con el cuidado de pacientes terminales.

Finalmente, las políticas de salud pública deben abordar las consideraciones éticas y sociales en relación con el derecho a morir dignamente. Esto implica proteger a los pacientes de posibles abusos, asegurar el acceso equitativo a las opciones de fin de vida para todos los ciudadanos y considerar las implicaciones morales y éticas de permitir o restringir tales decisiones. Estas políticas deben ser formuladas de manera que respeten tanto los derechos individuales como los intereses colectivos, manteniendo un equilibrio ético y sostenible en el cuidado de la salud.

2.10.3 La muerte digna en el contexto de la diversidad cultural

En el contexto del derecho a morir dignamente, es fundamental considerar la diversidad cultural y las diferentes percepciones y prácticas relacionadas con la muerte y el morir. Arthur Kleinman, en su obra "The Illness Narratives", destaca la importancia de comprender estas diferencias culturales. Kleinman argumenta que las prácticas médicas y las decisiones al final de la vida deben estar informadas por un profundo entendimiento de los valores, creencias y tradiciones culturales de los pacientes (Kleinman, 1988).

Además, la obra de Joan Halifax "Being with Dying" proporciona insights valiosos sobre cómo las prácticas de cuidados paliativos pueden y deben adaptarse para reflejar y respetar la diversidad cultural. Halifax examina cómo las tradiciones espirituales y religiosas de diferentes culturas influyen en las experiencias de muerte y duelo, subrayando la necesidad de un enfoque de cuidado al final de la vida que sea inclusivo y compasivo (Halifax, 2008).

La comprensión de la diversidad cultural es también crítica en la formación y la práctica de los profesionales de la salud. Según David Barnard en "Cross-Cultural Issues in Palliative Care", los médicos y el personal de cuidados paliativos deben ser capacitados para reconocer y responder a las necesidades culturales únicas de sus pacientes. Barnard argumenta que una atención culturalmente sensible mejora la calidad de la atención al final de la vida y apoya una muerte digna para todos, independientemente de su origen cultural (Barnard, 1996).

Por último, es esencial reconocer cómo las leyes y políticas relacionadas con el derecho a morir dignamente pueden ser percibidas de manera diferente en diversas culturas. Como explica Margaret Lock en "Twice Dead: Organ Transplants and the Reinvention of Death", las normativas legales y las decisiones bioéticas deben considerar las diversas interpretaciones culturales de la muerte, la dignidad y la autonomía (Lock, 2002).

2.11 Perspectivas legales y jurisprudenciales globales

El derecho a morir dignamente es un tema de gran relevancia legal y jurisprudencial a nivel global, caracterizado por un mosaico de enfoques y legislaciones que reflejan la diversidad cultural, ética y legal de diferentes sociedades. Este apartado proporciona una visión comprensiva de cómo distintos sistemas legales alrededor del mundo han abordado la cuestión del derecho a morir dignamente. Se realiza una comparación exhaustiva de las legislaciones internacionales para entender mejor el espectro de políticas y prácticas legales. Además, se examinan casos jurisprudenciales significativos y emblemáticos que han moldeado el entendimiento y la implementación de este derecho. Estos casos no solo ilustran las complejidades legales y éticas involucradas, sino que también destacan las tensiones entre los derechos individuales, las normas sociales y las consideraciones éticas. Por último, el apartado se adentra en las tendencias emergentes y futuras en la legislación, explorando cómo los cambios en la percepción social y cultural de la muerte y el morir están influenciando la evolución de las leyes y la jurisprudencia a nivel mundial.

Esta sección busca proporcionar un análisis detallado y matizado que ilustre la interacción entre el derecho, la ética y la cultura en el contexto del final de la vida, destacando cómo los debates

y desarrollos legales reflejan y, a su vez, influyen en las actitudes sociales y culturales hacia la muerte digna.

2.11.1 Comparación de legislaciones internacionales

En el ámbito internacional, las legislaciones sobre el derecho a morir dignamente presentan una amplia gama de enfoques y regulaciones, reflejando las diversas matrices culturales, religiosas y filosóficas de distintas naciones. Esta sección examina y compara estas legislaciones, destacando las diferencias y similitudes en su abordaje del derecho a morir dignamente.

John Griffiths, en su obra "Euthanasia and Law in Europe", proporciona un análisis comparativo exhaustivo de las legislaciones europeas en torno a la eutanasia y el suicidio asistido. Griffiths (2008) detalla cómo los marcos legales varían de un país a otro, con algunos permitiendo explícitamente ciertas formas de eutanasia, mientras que otros imponen restricciones estrictas o prohibiciones totales. Este análisis destaca cómo factores como la historia, la cultura y las influencias religiosas de cada país contribuyen a la formación de sus leyes específicas sobre el tema (Griffiths, 2008).

Por otro lado, Sheila McLean, en "First Do No Harm", aborda las implicaciones legales y éticas de las leyes de eutanasia a nivel global. McLean (2006) explora la diversidad de enfoques legales y su impacto en las prácticas médicas y en los derechos de los pacientes. Su análisis subraya la importancia de considerar los contextos éticos y legales en los que se toman decisiones sobre el final de la vida, y cómo estas decisiones reflejan los valores y normas de diferentes sociedades (McLean, 2006).

Además, la comparación de legislaciones revela tendencias emergentes, como un creciente reconocimiento de la autonomía del paciente y un enfoque más compasivo hacia aquellos que enfrentan sufrimientos insoportables al final de sus vidas. Sin embargo, también se observa una cautela significativa en la implementación de leyes que permitan la eutanasia o el suicidio asistido, reflejando preocupaciones éticas y prácticas sobre posibles abusos y la preservación de la integridad de la práctica médica.

2.11.2 Jurisprudencia significativa y casos emblemáticos

El desarrollo jurisprudencial del derecho a morir dignamente ha sido profundamente influenciado por casos significativos y emblemáticos, que han planteado importantes preguntas sobre la autonomía, la dignidad y los derechos humanos.

Caso de Diane Pretty en el Reino Unido

El caso de Diane Pretty es uno de los más relevantes en la jurisprudencia del derecho a morir dignamente. Pretty, quien padecía una enfermedad degenerativa, luchó por el derecho a una muerte asistida, llevando su caso hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Celia Kitzinger, en "The 'Right to Die' Debate", analiza este caso en detalle, destacando cómo planteó preguntas críticas sobre la autonomía personal frente a las leyes que prohíben la eutanasia (Kitzinger, 2004). Este caso es significativo por cómo desafió las percepciones legales y éticas sobre el final de la vida y resaltó la compleja interacción entre la ley, la ética y los derechos individuales.

Caso de Terri Schiavo en los Estados Unidos

Otro caso fundamental es el de Terri Schiavo en los Estados Unidos, que se convirtió en un tema de debate nacional sobre la alimentación forzada y el derecho a morir. "The Case of Terri Schiavo: Ethics at the End of Life", editado por Arthur Caplan y otros, presenta un análisis detallado de este caso, examinando las implicaciones éticas, legales y médicas. El caso de Schiavo se centra en las decisiones de retirar el soporte vital a una paciente en estado vegetativo persistente y los conflictos legales y éticos que surgieron de esta situación (Caplan et al., 2006).

Caso Ana Estrada. Perú.

EL caso de ANA ESTRADA, del Perú, en donde si bien aún no se ha regulado el derecho a morir dignamente, Ana consiguió que accedieran a su petición a través de lo judicial. Ana Estrada, era una mujer de 44 años, que padecía polimiositis una enfermedad inflamatoria, que debilita los músculos y afecta ambas partes del cuerpo, esto desde hacía 30 años; la cual es incurable, progresiva y degenerativa; e hizo que ella se volviera totalmente dependiente, en este caso de sus padres; debió a los sufrimientos que ella sentía que no le permitían vivir dignamente, la Defensoría del Pueblo, presentó demanda de amparo en contra del artículo 112 del Código Penal del Perú, al considerar que su contenido vulneraba el derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a no sufrir tratos crueles e inhumanos de la señora Ana Estrada. Lo que se buscaba con esta demanda era que ella pudiese solicitar la eutanasia sin que quien la practicara fuese perseguido por un delito. En este caso indudablemente la demanda iba en contra del Estado de Perú. (Quesada Gayoso, 2021)

El caso de Ana despertó todo tipo de comentarios al respecto dado que fue la primera persona en Perú en solicitar la eutanasia; la Defensoría del Pueblo duró un año en construir y argumentar la demanda y el juzgado duró otro año para admitirla, dado que la demanda se presentó durante el periodo de pandemia del Covid-19; es así que el 07 de enero de 2021, el juez citó a audiencia virtual, en donde se escuchó a la parte demandante el Dr. Walter Gutiérrez Defensor del Pueblo, quien solicitaba la inaplicación del artículo 112 del Código penal, que sea Ana quien decida cuando morir y no dejarla morir, que se reconozca el derecho a morir dignamente y que Essalud establezca una junta médica para que determine el caso de Ana; por su parte Ana también fue escuchada y el demandado el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud y Essalud; quienes no estaban de acuerdo con la demanda y pidieron que no se accediera a lo pretendido, indicando que no es a través del amparo que se debe exigir este derecho, puesto que este exige un debate legislativo y regulación normativa. Casi dos meses después el onceavo juzgado constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, en un hecho sin precedentes en la historia del Perú, reconoció el derecho a una muerte digna de Ana Estrada. Sin embargo, no se accedió a la petición de que el protocolo que se establecería para Ana y extendiera a otras personas es decir que la decisión fue Inter partes.

Impacto de Estos Casos

Estos casos no solo han sido cruciales en la formación de la jurisprudencia relacionada con el derecho a morir dignamente, sino que también han influido en el debate público y en la formulación de políticas. Han servido para ilustrar los desafíos éticos y legales inherentes a la toma de decisiones al final de la vida y han impulsado discusiones significativas sobre cómo las leyes pueden y deben responder a las necesidades de los pacientes en situaciones complejas de final de vida.

2.11.3 Tendencias emergentes y futuras en la legislación

El campo de la legislación sobre el derecho a morir dignamente está experimentando una evolución continua, con tendencias emergentes que apuntan hacia un mayor reconocimiento de la autonomía y los derechos individuales al final de la vida. Este apartado examina las tendencias actuales y anticipa los posibles desarrollos futuros en el ámbito legal.

Autonomía y derechos individuales: Giza Lopes, en "Dying with Dignity: A Legal Approach to Assisted Death", analiza las tendencias recientes en las legislaciones globales, destacando un movimiento hacia la autonomía del paciente en decisiones al final de la vida (Lopes, 2015). Lopes sugiere que las legislaciones futuras podrían enfocarse más en garantizar la autonomía del paciente, permitiendo decisiones más personales y menos restringidas por intervenciones estatales o médicas.

Protección de individuos vulnerables: Una tendencia emergente en la legislación sobre el derecho a morir dignamente es el desarrollo de salvaguardas para proteger a los individuos vulnerables. Esto implica garantizar que las decisiones de fin de vida se tomen de manera informada, voluntaria y sin coacción. La legislación debe equilibrar cuidadosamente el derecho a morir dignamente con la necesidad de proteger a aquellos que podrían ser susceptibles a presiones o malentendidos.

Desafíos éticos y legales: La evolución de la legislación en este campo también refleja los desafíos éticos y legales en constante cambio. Como argumenta Jonathan Herring en "Medical Law and Ethics", los legisladores deben navegar en un terreno complejo que equilibre los derechos individuales, las normas éticas y las consideraciones sociales (Herring, 2016). Herring sugiere que las futuras leyes deberán abordar no solo las cuestiones de autonomía y consentimiento, sino también las implicaciones éticas más amplias de la asistencia al final de la vida.

Perspectiva global: A nivel global, se observa una tendencia hacia una mayor armonización y diálogo internacional en las políticas relacionadas con el derecho a morir dignamente. Como se observa en la obra de Rebecca Cook y Bernard Dickens en "Human Rights and Health Law", las discusiones sobre el derecho a morir dignamente están cada vez más influenciadas por los estándares internacionales de derechos humanos y ética médica (Cook & Dickens, 2013).

3. CONCLUSIONES

El presente estudio sobre la dignidad humana como presupuesto esencial del derecho a morir dignamente ha abordado un tema de profunda relevancia ética, legal y social. A través de un análisis detallado y una comparación de distintas legislaciones y prácticas a nivel global, esta investigación ha explorado cómo se conceptualiza y practica el derecho a morir dignamente bajo el prisma de la dignidad humana.

Primera. - Relevancia y contribución del estudio: Esta tesis es de gran interés por su enfoque en la intersección entre la dignidad humana y el derecho a morir dignamente, un tema que toca aspectos fundamentales de la ética, el derecho y la medicina. La investigación aporta una perspectiva comprensiva sobre cómo diferentes culturas y sistemas jurídicos manejan un tema tan delicado y personal, resaltando la importancia de respetar la autonomía y dignidad de los individuos en sus momentos más vulnerables.

Segunda. - Datos y hallazgos clave: Entre los hallazgos más relevantes, se destaca la diversidad en la aceptación y regulación del derecho a morir dignamente a nivel global, con especial atención a los casos de Europa, América, y Oceanía. Se ha observado que, mientras algunos países han avanzado significativamente en la legalización y regulación de este derecho, otros todavía enfrentan desafíos éticos, culturales y legales significativos.

Tercera. - Visión crítica y personal: Desde una perspectiva crítica, este trabajo enfatiza la necesidad de un equilibrio entre los derechos individuales y las consideraciones éticas y morales colectivas. La dignidad humana debe ser el eje central en la discusión y práctica del derecho a morir dignamente, respetando siempre la autonomía y las decisiones personales de los individuos en el contexto de sus culturas y sistemas legales.

Cuarta. - Impacto de la legislación y la jurisprudencia: Se ha observado un impacto significativo de la legislación y la jurisprudencia, particularmente en la manera en que los países interpretan y aplican conceptos relacionados con la dignidad humana y la muerte digna. Los ejemplos de Colombia y otros países ilustran cómo la jurisprudencia puede influir en la evolución de este derecho, abriendo caminos para su reconocimiento y regulación adecuada.

Quinta. - Desafíos futuros y recomendaciones: A pesar de los avances observados, persisten desafíos significativos en la implementación del derecho a morir dignamente. Estos incluyen la necesidad de mayor claridad en la legislación, así como una mayor comprensión y aceptación cultural y social. Se recomienda un diálogo continuo y una reflexión profunda sobre estos temas en el futuro, buscando siempre respetar la dignidad humana y la autonomía personal.

Esta investigación se destaca la importancia crítica de continuar el debate y la investigación sobre el derecho a morir dignamente, subrayando siempre el respeto por la dignidad humana como un valor fundamental en nuestras sociedades. La investigación apunta hacia un futuro en el que las decisiones sobre el final de la vida se tomen con compasión, respeto y un profundo entendimiento de la dignidad intrínseca de cada ser humano.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales, 2001. Sentencia del 9 de octubre de 2001, Caso C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079.

ARRIBAS, Santiago Cañamares. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE Estrasburgo y del Tribunal Supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna/The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Supreme Court of Canada on the Right to Die with Dignity. *Revista española de derecho constitucional*, 2016, no 108, p. 337-356.

BARNARD, D., 1996. Cross-Cultural Issues in Palliative Care. En: *Handbook of Palliative Care*. Blackwell Science.

BATTIN, M.P., 1994. *Ethical Issues in Suicide*. Prentice Hall.

BEAUCHAMP, T.L. y Childress, J.F., 2013. *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford University Press.

BEAUCHAMP, T.L. y Childress, J.F., 2013. *Principles of Biomedical Ethics* (7th ed.). Oxford University Press.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. 2019. *Principles of Biomedical Ethics*. 8ª ed. New York: Oxford University Press.

BYOCK, I. (2012). *The Best Care Possible: A Physician's Quest to Transform Care Through the End of Life*. Avery.

CALLAHAN, D., 1995. *Setting Limits: Medical Goals in an Aging Society*. Simon & Schuster.

CAPLAN, A. et al., 2006. *The Case of Terri Schiavo: Ethics at the End of Life*.

CAPLAN, A., 1992. *If I were a rich man, could I buy a pancreas? And other essays on the ethics of health care*. Indiana University Press.

CASTELLS, M., 1997. *The Power of Identity*. Blackwell.

Corte Constitucional de Colombia, 1997. Sentencia C-239/97.

DANIELS, N., 2008. Justice and Access to Health Care. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <https://plato.stanford.edu/Entries/justice-healthcareaccess/>

- DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Corte Constitucional de Colombia. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 1997, no 2, p. 105-137. <https://www.corteconstitucional.gov.co/preguntasfrecuentes.php>
- DWORKIN, Ronald. 1993. *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books.
- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2023. En el caso Mortier v. Bélgica. no78017/17, Estrasburgo : El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2023.
- EMANUEL, E. J. (1991). *The Ends of Human Life: Medical Ethics in a Liberal Polity*. Harvard University Press.
- ENGELHARDT, H.T., 1996. *The Foundations of Bioethics*. Oxford University Press.
- FINNIS, J., 1995. *Fundamentals of Ethics*. Georgetown University Press.
- GARCETE, Juan Marcelino González. La dignidad humana. *Academo*, 2016, vol. 3, no 2.
- GAWANDE, A. (2014). *Being Mortal: Medicine and What Matters in the End*. Metropolitan Books.
- GERÓNIMO RAFAEL, Dania Dalia. El derecho a la muerte digna como fundamento para la despenalización del homicidio piadoso en el Perú. 2021.
- Gobierno de España. "Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia". Publicado en: "BOE" núm. 72, de 25 de marzo de 2021, páginas 34037 a 34049. Sección: I. Disposiciones generales. Departamento: Jefatura del Estado. Referencia: BOE-A-2021-4628. URL: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/03/24/3>
- GÓMEZ, F., 2019. Autonomía y eutanasia: La experiencia colombiana. *Revista Latinoamericana de Bioética*, [e-journal] 19(2), pp. 102-116.
- GRIFFITHS, J., 2008. *Euthanasia and Law in Europe*. Hart Publishing.
- HALIFAX, J., 2008. *Being with Dying: Cultivating Compassion and Fearlessness in the Presence of Death*. Shambhala Publications.
- JONSEN, A.R., Siegler, M. y Winslade, W.J., 2015. *Clinical Ethics: A Practical Approach to Ethical Decisions in Clinical Medicine* (8th ed.). McGraw-Hill Education.
- KANT, I., 1785. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Traducido por H.J. Paton, 1948. Hutchinson & Co.
- KASS, L.R., 1985. *Toward a More Natural Science: Biology and Human Affairs*. Free Press.
- KITZINGER, C., 2004. *The 'Right to Die' Debate*.
- KLEINMAN, A., 1988. *The Illness Narratives: Suffering, Healing, and the Human Condition*. Basic Books.
- KÜBLER-ROSS, E., 1969. *On Death and Dying*. Macmillan.
- LAMM, E. El concepto de la dignidad humana, 2017, Recuperado de <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/30>
- LOCK, M., 2002. *Twice Dead: Organ Transplants and the Reinvention of Death*. University of California Press.

- MARÍN-CASTÁN, María-Luisa. La polémica decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Gard y otros contra el Reino Unido. *Revista de Bioética y Derecho*, 2018, no 43, p. 261-276.
- MARQUÉS, Ángela Carbonell; PÉREZ, José Javier Navarro; BOTIJA, Mercedes. El derecho a morir dignamente: una oportunidad para el impulso ético del Trabajo Social. *Trabajo social global-Global Social Work: Revista de investigaciones en intervención social*, 2021, no 11, p. 1-29.
- MARTÍNEZ, B., 2021. Eutanasia en Colombia: Desafíos de la implementación post-sentencia C-239. *Revista Colombiana de Bioética*, [e-journal] 16(1), pp. 50-65.
- MCLEAN, S., 2006. *First Do No Harm: Law, Ethics, and Healthcare*. Ashgate Publishing Ltd.
- MIRANDA GONÇALVES, R., 2020. La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19. *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, pp. 148-172. DOI: <https://doi.org/10.5335/rjd.v34i2.11013>
- MIRANDA GONÇALVES R., 2024. Reflexiones finales sobre la eutanasia: un recorrido a través de sus dimensiones médicas, éticas y legales, *Revista Prolegómenos*, v. 27, n. 53, pp. 107-122. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.7031>
- MONTOYA, Correa Lucas. 2023. DESCLAB. [En línea] 25 de Enero de 2023. <https://www.desclab.com/post/eutanasiacifras>.
- MONTOYA, Correa Lucas. 2020. Muerte digna. Lugar Constitucional y núcleo esencial de un derecho emergente. *Laboratorio de derechos económicos, sociales y culturales*. 25 de Mayo de 2020.
- No authors listed, 2003. The Belgian act on euthanasia of May 28th, 2002. *European Journal of Health Law*. PMID: 14733050. DOI: 10.2143/EJHL.10.2.505955.
- NODDINGS, N., 1984. *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*. University of California Press.
- Onwuteaka-Philipsen, B.D., Brinkman-Stoppelenburg, A., Penning, C., de Jong-Krul, G.J.F., van Delden, J.J.M. y van der Heide, A., 2017. Trends in end-of-life practices before and after the enactment of the euthanasia law in the Netherlands from 1990 to 2010: a repeated cross-sectional survey. *The Lancet*, 380(9845), pp. 908-915. DOI: 10.1016/S0140-6736(12)61034-4.
- PELLEGRINO, E.D., 1993. The Ethical and Philosophical Foundations of End-of-Life Care. *Journal of Palliative Care*, 9(2), pp. 15-21.
- PELLEGRINO, E.D., 2001. *The Ethics of Medicine*. Oxford University Press.
- PÉREZ, L. Tratamiento jurídico de la muerte digna en México. *Revista de la Facultad de Derecho*, 2019, vol. 1, no 1, p. 1-38.
- PÉREZ, M., 2020. La eutanasia en Colombia: Análisis legal y ético post-sentencia C-239. *Journal of Medical Law*, [e-journal] 34(3), pp. 77-89.
- QUESADA, Gayoso Josefina Miró. 2021. La lección de Ana Estrada: vivir y morir con dignidad. [En línea] 16 de Marzo de 2021. [Citado el: 18 de octubre de 2023.] <https://dplfblog.com/2021/03/16/la-leccion-de-ana-estrada-vivir-y-morir-con->

dignidad/#:~:text=Con%20el%20caso%20de%20Ana,la%20regi%C3%B3n%20y%20al%20mundo.

- RAMÍREZ, J. y Sánchez, L., 2022. La influencia de la legislación colombiana sobre la eutanasia en América Latina. *Revista Iberoamericana de Derechos Humanos*, [e-journal] 13(1), pp. 33-50.
- RAUS, K., 2016. The Extension of Belgium's Euthanasia Law to Include Competent Minors. *Journal of Bioethical Inquiry*, [e-journal] 13(2), pp. 305-315. PMID: 26842904. DOI: 10.1007/s11673-016-9705-5.
- RODRÍGUEZ, L., 2018. La eutanasia en Colombia: Aspectos legales y judiciales. *Revista Colombiana de Derecho*, [e-journal] 47(1), pp. 33-47.
- SAUNDERS, C., 1993. *The Management of Terminal Illness*. Hospital Medicine Publications.
- SINGER, Peter. 2011. *Practical Ethics*. 3ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- SULLIVAN, D. y Barry, C., 2017. Ethical and Legal Aspects of End-of-Life Care. *Critical Care Nurse*, 37(5), pp. 50-57.
- SULMASY, D. P., 2017. "Ethical Principles and Operational Guidelines for Palliative and End-of-Life Care". *Journal of Palliative Medicine*, 20(11), 1188-1199.
- SULMASY, D.P., 1992. *The Healer's Calling: A Spirituality for Physicians and Other Health Care Professionals*. Paulist Press.
- VAN DER HEIDE, A., van Delden, J.J. y Onwuteaka-Philipsen, B.D., 2017. End-of-Life decisions in the Netherlands over 25 years. *New England Journal of Medicine*, [e-journal] 377(5), pp. 492-494. DOI: 10.1056/NEJMc1705630.
- WALTER, T., 1994. *The Revival of Death*. Routledge.
- Wikipedia contributors, 2023. Euthanasia in the Netherlands. Wikipedia, The Free Encyclopedia. Disponible en: https://en.wikipedia.org/wiki/Euthanasia_in_the_Netherlands
- WOLF, S.M., 1996. *Feminism & Bioethics: Beyond Reproduction*. Oxford University Press.

SECCIÓN II. RECENSIONES

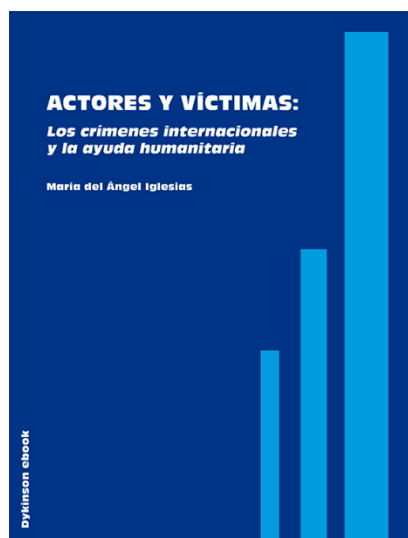
Recensión: Iglesias M. (2024). Actores y víctimas: los crímenes internacionales y la ayuda humanitaria. Dykinson. Madrid, 240 páginas. ISBN: 978-84-1070-406-0.

Review: Iglesias M. (2024). Actors and victims: international crimes and humanitarian aid. Dykinson. Madrid, 240 pages. ISBN: 978-84-1070-406-0.

Manuel Palomares Herrera

Universidad Europea Miguel de Cervantes

manuel.palomares@uemc.es



La profesora Iglesias Vázquez, creadora de líneas y conceptos de investigación de primera categoría como el del diálogo jurisprudencial o autora de una prolija investigación sobre derechos indígenas nos acerca un nuevo título que desde luego marcará una pica en el Flandes del Derecho Internacional Público en el que carga sus batallas investigadoras.

María del Ángel, en pleno 2024, con tantos frentes abiertos en el tablero internacional, con una escena política tan efervescente, con una atmósfera bélica tan frenética y con un contexto jurídico tan expectante lanza la publicación de un artículo desde luego oportuno. Ese sería el adjetivo que mejor describiría la obra de la profesora.

Hablamos de una obra de 240 páginas con un total de seis capítulos y con el sello de la competente casa editorial Dykinson, española y en el top 3 de SPI cada año. La

secuenciación de la obra es una muestra de la gran dote docente de una autora que ha prestado servicio a tantas universidades.

La experiencia curricular de la profesora, a caballo entre España y Países Bajos le da un enfoque comunitario que rezuma en muchas páginas, quizás por su pasión por la jurisprudencia, quizás por defecto profesional. El caso es que la secuenciación se nota por una aproximación de menos a más donde introduce el derecho humanitario, capítulo de presentación del legado de Dunant, de las Conferencias de Ginebra y del Alto Comisionado de la ONU.

Esta obra, que es un manual en toda regla pues puede ser tomado por cualquier lector ambicioso, continúa con un opúsculo sobre los delitos de lesa humanidad, de guerra y en fin, los delitos internacionales objeto del derecho humanitario para dar paso a capítulo tercero donde la obra aborda la ayuda humanitaria mientras duren las guerras con el título de “España y su compromiso humanitario, siglos XX y XXI” que redacta la profesora Mónica Orduña Prada e Igor Barrenetxea Marañón, ambos de la Universidad Internacional de la Rioja también.

Iglesias Vázquez retoma las riendas de la obra tras el careo del anterior capítulo para iniciar el Capítulo IV, rubricado de “Estableciendo un sistema judicial para los crímenes internacionales”

en donde expone con una revisión bibliográfica sublime el andamiaje de garantías orgánicas y convencionales en la materia. En el Capítulo V de la Corte Penal Internacional, que es el más breve, se recoge uno de mis apartados preferidos no solo por dar esa impronta de actualidad sino porque su lenguaje es distinto a cualquier otro autor que explique tan elegantemente el papel que este desempeña y ha desempeñado en su corta existencia.

Finalmente, se despide la obra con el Capítulo VI titulado “la determinación de responsabilidades y las reparaciones: las deudas debidas a las víctimas” en donde la doctora Iglesias se enfrenta al triste episodio de una justicia internacional muy declarativa y poco ejecutiva, por lo que es esencial darle su espacio, su profundidad y su extensión, la cual es más que adecuada para enmarcar la base del hecho internacionalmente ilícito: la necesaria restauración.

Recensión: Miranda R. (2023). Derechos humanos, cultura e identidad: un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil. Tirant lo blanch. Valencia, 194 páginas. ISBN: 978-84-1197-270-3.

Review: Miranda R. (2023). Human rights, culture and identity: a study on cultural heritage in Brazil. Tirant it blanch. Valencia, 194 pages. ISBN: 978-84-1197-270-3.

Mario Manuel León
Universidad ECCI - Colombia
mleonp@ecci.edu.co



En esta obra, el doctor Rubén Miranda Gonçalves ofrece un análisis exhaustivo y multifacético del patrimonio cultural, centrándose en el contexto brasileño pero con implicaciones que trascienden fronteras nacionales. A lo largo de sus siete capítulos meticulosamente estructurados, el autor teje un argumento convincente sobre la importancia fundamental del patrimonio cultural como pilar de la identidad, los derechos humanos y el desarrollo social.

El libro comienza estableciendo una base conceptual sólida, explorando la intersección entre cultura y derechos humanos. Esta aproximación inicial es crucial, ya que sienta las bases para comprender el patrimonio cultural no solo como un conjunto de objetos o tradiciones, sino como un derecho humano fundamental. Miranda Gonçalves argumenta de manera persuasiva que el acceso y la preservación del patrimonio cultural son esenciales para la dignidad humana y el desarrollo pleno de las comunidades.

Esta perspectiva eleva el debate sobre el patrimonio cultural más allá de las consideraciones meramente estéticas o históricas, situándolo firmemente en el ámbito de los derechos humanos. Un aspecto particularmente valioso de la obra es su exhaustivo recorrido por la evolución legislativa de la protección del patrimonio cultural en Brasil. El autor ofrece un análisis detallado y cronológico de las leyes y decretos relevantes, desde la Ley N° 3.924 de 1961, que protege los monumentos arqueológicos y prehistóricos, hasta la Constitución de 1988 y el Decreto N° 5.753 de 2006, que promulga la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial. Este recorrido histórico no solo proporciona un contexto crucial para entender la situación actual, sino que también ilustra cómo ha evolucionado la comprensión y valoración del patrimonio cultural en el país a lo largo de las décadas. Miranda Gonçalves demuestra cómo cada pieza legislativa ha contribuido a la construcción de un marco jurídico cada vez más completo y sofisticado para la protección del patrimonio cultural brasileño.

El autor demuestra una comprensión integral del patrimonio cultural al abordar tanto sus aspectos materiales como inmateriales. Esta perspectiva holística se refleja en la discusión detallada sobre los tipos de bienes patrimoniales y las modalidades de protección. El análisis del proceso de "tombamento" (declaración como patrimonio) y registro es particularmente esclarecedor, ofreciendo una visión clara de los mecanismos legales y administrativos utilizados para proteger el patrimonio en Brasil. Miranda Gonçalves no solo describe estos

procesos, sino que también reflexiona sobre su eficacia y las implicaciones para los propietarios de bienes culturales y para la sociedad en general.

Un punto fuerte del libro es su examen minucioso de los órganos responsables de la preservación del patrimonio nacional, como el Instituto Nacional del Patrimonio Histórico y Artístico (IPHAN) y el Instituto Estatal de Patrimonio Histórico y Artístico (IEPHA). Esta sección proporciona una comprensión valiosa de la estructura institucional que sustenta los esfuerzos de conservación en Brasil. El autor no solo describe las funciones y responsabilidades de estas instituciones, sino que también analiza críticamente su efectividad y los desafíos que enfrentan en el cumplimiento de sus mandatos.

Miranda Gonçalves no se limita a una descripción técnica o legal, sino que también aborda los problemas y beneficios asociados con la protección del patrimonio cultural. Esta discusión es particularmente valiosa, ya que explora las implicaciones prácticas y sociales de la preservación del patrimonio. El autor subraya convincentemente cómo la cultura influye en el aprendizaje y las relaciones humanas, ofreciendo una lista detallada de los beneficios de la preservación cultural que abarca desde el fortalecimiento de la identidad comunitaria hasta el desarrollo económico a través del turismo cultural. Esta sección del libro es especialmente relevante para los responsables de políticas públicas y los gestores culturales, ya que proporciona argumentos sólidos para la inversión en la preservación del patrimonio.

La inclusión de una discusión sobre la naturaleza como patrimonio cultural es un aspecto innovador del libro, que refleja una comprensión más amplia y contemporánea del patrimonio. Esta sección establece conexiones importantes entre la preservación cultural y la protección del medio ambiente, un tema de creciente relevancia en el discurso global sobre sostenibilidad. Miranda Gonçalves argumenta convincentemente que los paisajes naturales no solo tienen valor ecológico, sino que también son parte integral del patrimonio cultural de una nación, reflejando la relación histórica entre las comunidades y su entorno.

El libro también aborda el papel crucial de las instituciones internacionales, especialmente la UNESCO, en la protección del patrimonio cultural. Esta perspectiva global sitúa el caso brasileño en un contexto más amplio y subraya la importancia de la cooperación internacional en la preservación del patrimonio cultural. El autor analiza cómo los acuerdos y convenciones internacionales han influido en las políticas nacionales de Brasil y cómo el país ha contribuido al diálogo global sobre la preservación del patrimonio.

En sus conclusiones, Miranda Gonçalves refuerza varios puntos clave que son el hilo conductor de toda la obra. Reafirma la concepción del patrimonio cultural como un derecho humano fundamental, argumentando que el acceso a la cultura y la preservación de la herencia cultural son esenciales para la dignidad humana y el desarrollo social. Subraya la importancia del patrimonio cultural para la identidad y el sentido de pertenencia de las comunidades, explicando cómo los monumentos, tradiciones y expresiones culturales sirven como anclajes de la memoria colectiva y la cohesión social.

El autor también hace hincapié en la responsabilidad compartida entre el Estado y la sociedad en la preservación del patrimonio cultural. Argumenta que, si bien el Estado tiene la obligación legal de proteger y promover el patrimonio cultural, la participación activa de la sociedad civil es crucial para el éxito de estos esfuerzos. Esta visión de responsabilidad compartida abre caminos interesantes para la colaboración entre instituciones públicas, organizaciones no gubernamentales y comunidades locales en la gestión del patrimonio cultural.

Además, Miranda Gonçalves demuestra convincentemente cómo la preservación del patrimonio cultural contribuye directamente a la calidad de vida de la población. Argumenta que un entorno rico en patrimonio cultural no solo proporciona beneficios estéticos e históricos,

sino que también puede impulsar el desarrollo económico a través del turismo cultural, fomentar la educación y el aprendizaje intergeneracional, y promover el bienestar psicológico al fortalecer el sentido de identidad y continuidad cultural.

El libro concluye con una mirada hacia el futuro, discutiendo los retos venideros en la protección del patrimonio cultural. El autor aborda temas como el impacto de la globalización en las culturas locales, los desafíos de la preservación digital del patrimonio, y la necesidad de equilibrar la conservación con el desarrollo urbano. Esta perspectiva no solo identifica los problemas, sino que también sugiere posibles soluciones y áreas de investigación futura, lo que hace que el libro sea relevante no solo para el presente sino también para el futuro de la gestión del patrimonio cultural.

En resumen, "Derechos humanos, cultura e identidad: un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil" es una obra magistral que ofrece una visión profunda, matizada y multidisciplinaria de la importancia del patrimonio cultural. Miranda Gonçalves logra equilibrar el análisis legal e institucional con consideraciones sociales, filosóficas y prácticas más amplias, creando un texto que es a la vez informativo, riguroso y provocador de reflexiones.

El autor demuestra una comprensión profunda de la complejidad del tema, abordando no solo los aspectos jurídicos y administrativos de la protección del patrimonio, sino también sus dimensiones sociales, económicas y éticas. Su análisis está bien fundamentado en la legislación y la práctica brasileñas, pero las ideas y conceptos que presenta tienen una relevancia que trasciende las fronteras nacionales.

La estructura clara y lógica del libro, junto con el estilo de escritura accesible pero académicamente riguroso de Miranda Gonçalves, hace que esta obra sea valiosa para una amplia gama de lectores. Será sin duda un recurso indispensable para académicos en los campos del derecho, la antropología, la historia y los estudios culturales. Los profesionales del derecho y la gestión cultural encontrarán en él una guía práctica y una fuente de inspiración para su trabajo. Los responsables de políticas públicas pueden beneficiarse de los argumentos bien articulados sobre la importancia de invertir en la preservación del patrimonio cultural.

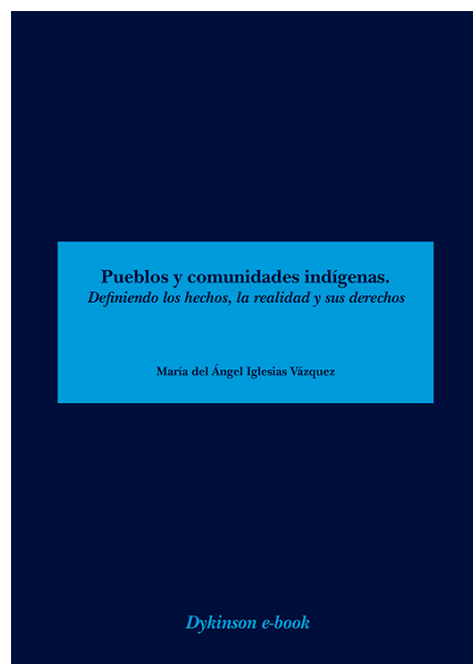
Además, cualquier persona interesada en comprender el papel crucial del patrimonio cultural en la sociedad contemporánea encontrará en este libro una lectura enriquecedora y estimulante. Miranda Gonçalves no solo informa, sino que también inspira a reflexionar sobre nuestra relación con el pasado y cómo ésta forma nuestra identidad y nuestro futuro.

Desde esta perspectiva, "Derechos humanos, cultura e identidad: un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil" es una contribución significativa al campo de los estudios del patrimonio cultural. Su relevancia trasciende el contexto brasileño, ofreciendo ideas y análisis aplicables a nivel global en el campo de la preservación cultural y los derechos humanos. Es una obra que sin duda estimulará el debate y la investigación futura en este campo crucial para nuestra comprensión de la cultura, la identidad y los derechos humanos en el siglo XXI.

Recensión: Iglesias Vázquez, M. (2023). Pueblos y comunidades indígenas Definiendo los hechos, la realidad y sus derechos. Dykinson. Madrid, 320 páginas. ISBN: 978-84-1170-852-4.

Review: Iglesias Vázquez, M. (2023). Indigenous peoples and communities Defining the facts, reality and their rights. Dykinson. Madrid, 320 pages. ISBN: 978-84-1170-852-4.

José Javier Fernández Hernández
Máster en Abogacía y Práctica Jurídica



Transcurridos 532 años desde la llegada de Cristóbal Colón a América tenemos entre nuestras manos esta magnífica obra sobre los derechos de las comunidades indígenas, fruto de una ardua y compleja investigación de la profesora María del Ángel con 320 páginas y un total de tres capítulos, publicada por la prestigiosa editorial española Dykinson.

Desde un primer momento la autora no deja lugar a dudas de su pasión por el derecho internacional y los derechos humanos, introduciendo hábilmente al lector no solo en el momento histórico, sino también en la evolución que sufrió entonces el derecho internacional y la protección de los pueblos indígenas.

Esta obra, que por muy ambicioso que parezca, se consolida como un manual de referencia internacional en la materia (basta con consultar su rica y extensa bibliografía), lleva de la mano a los estudiosos y curiosos, desde las diferencias culturales y la promesa de

riquezas de los europeos, la evangelización y justificación papal, los abusos y atrocidades cometidas por los colonizadores, hasta la promulgación de las Leyes de Indias, que buscaban establecer principios de justicia social y reconocer ciertos derechos a los pueblos indígenas, así como por la evolución del Derecho Internacional, momento en el que se comienza a abordar la protección de los pueblos indígenas en el siglo XX.

Iglesias Vázquez en el Capítulo I “Cuestiones previas” nos muestra la complejidad ante la que se encuentran muchos autores y estudiosos para definir el concepto de «pueblos indígenas», alejándose del sentido etimológico del término en muchos casos. Profundiza también, de manera extraordinaria, en la conformación de un marco internacional global que comienza con la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, gracias al Tratado de Versalles, en el que se reconocen no solo los derechos básicos fundamentales del ser humano, sino más concretamente el de los indígenas, obteniendo el derecho a mantener sus propias leyes y jurisdicción especial, conocido como «fuero indígena».

Por si no tuviéramos suficiente, en el Capítulo II “Los pueblos y comunidades indígenas ante las instancias de protección de los derechos humanos” María del Ángel Iglesias nos deleita con un meticuloso estudio de los logros y fracasos que tuvieron las reclamaciones de los pueblos y comunidades indígenas ante las instancias internacionales de protección de los Derechos Humanos, separando las tres grandes regiones, europea, americana y africana, para adentrarse

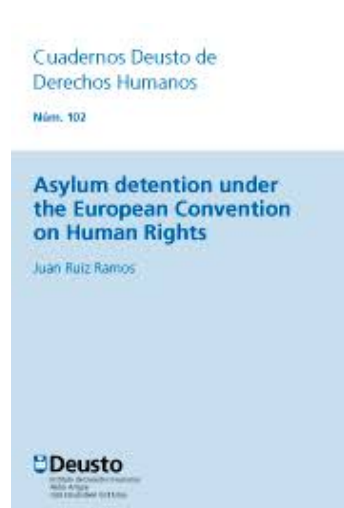
en las luces, sombras y grises de estas reclamaciones ante la Comisión Interamericana y Africana y sus Cortes.

Finalmente, se despide la obra con el Capítulo III titulado “Cuestiones actuales” en el que se incluyen dos trabajos que versan sobre cuestiones actuales, como la del persistente uso de las tierras de los pueblos y comunidades indígenas y la del fuero y la jurisdicción especial indígena. En conclusión, esta obra aporta una visión objetiva sobre la importancia que la cuestión ha tenido históricamente desde el prisma de los Derechos Humanos, siendo más reciente la atención que ha prestado el Derecho Internacional a estos pueblos y comunidades, suponiendo un reto en cuanto a la implementación efectiva de los acuerdos internacionales dentro de los Estados ya que, la coexistencia de múltiples sistemas legales genera dificultades de aplicación, y aunque se predica la igualdad entre sistemas, la Constitución de cada Estado tiende a prevalecer para proteger su integridad territorial.

«El fuero indígena» permite que las comunidades indígenas vivan según sus propias normas y costumbres, pero su aplicación práctica puede ser problemática debido a la interacción con la sociedad mayoritaria, por lo que es necesaria la intervención de las autoridades judiciales, utilizando la “pericia cultural” para ponderar cuándo aplicar el fuero indígena o el ordinario para cada caso en cuestión. Es crucial reconocer sus particularidades culturales y establecer un marco jurídico que respete su autonomía y derechos colectivos, asegurando así la justicia y equidad para estos pueblos que han sido históricamente marginados.

Recensión/review: Ruiz Ramos, J. (2022). *Asylum detention under the European Convention on Human Rights*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, N° 102. Bilbao, 110 páginas. ISBN: 978-84-1325-179-0

Mariano Rodrigo Navas Escribano
Doctorando en la Universidad de Granada



El profesor Ruiz Ramos, recientemente doctorado por la Universidad de Granada y por la Vrije Universiteit de Ámsterdam, nos presentó en el año 2022 este monográfico sobre la situación de los solicitantes de asilo en Europa a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y que fue publicado como parte de los prestigiosos Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. La actualidad del tema, su enfoque y su compromiso con los Derechos Humanos lo hace una obra perfecta para ser recensionada en esta REHISDEHU.

El contexto en el que el profesor Ruiz Ramos ubica el objeto de su estudio constituye un triste recuerdo que todos albergamos en el consciente colectivo: el azote del terrorismo islamista en Oriente Próximo y la irrupción de conflictos civiles derivados de la "Primavera Árabe" como el de Siria ocasionaron una "crisis"

humanitaria (y entrecomillamos "crisis" porque la movilidad humana nunca debería ser considerada como una coyuntura negativa) que tuvo como consecuencia la migración de millones de personas hacia Europa. Los Estados europeos, cuyas instituciones y legislaciones se vieron desbordadas por esta llegada, se vieron incapaces de gestionar la situación correctamente, y ello fue en detrimento de los Derechos Humanos. Entre los migrantes se encontraban también muchos solicitantes de asilo que fueron detenidos nada más pisar suelo europeo, y es en este colectivo vulnerable en el que se centra el autor en su estudio.

El profesor Ruiz Ramos no da puntada sin hilo y explica con claridad desde la "Introducción" (pp. 13 y ss.) qué es lo que pretende hacer en este trabajo y qué va a analizar para hallar respuesta a su pregunta de investigación. Así, en las 110 páginas que ocupa este trabajo, el autor realiza un análisis y sistematización rigurosos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) entre los años 2015 y 2019, es decir, en los años de clímax de esta especial coyuntura. Para ello, se construye un fuerte armazón teórico-jurídico que se erigirá como un embudo que le permitirá filtrar grandes cantidades de información recogida en las sentencias y encontrar claridad en la complejidad. El objetivo final es el de encontrar respuesta al interrogante principal: si la intensificación de las prácticas restrictivas de detención que los Estados realizaron contra solicitantes de asilo influyó de alguna forma en la aproximación judicial del TEDH.

Tras la introducción, la obra sigue con un "Capítulo Preliminar" (pp. 25 y ss.) que comienza con una frase rotunda y clara: "El TEDH no opera en el vacío". Y es que al aproximarse a la base jurídica internacional sobre el derecho de los refugiados hay que tener en cuenta, pues, otros instrumentos internacionales, y para ello escoge y analiza la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Les saca todo el jugo que pueda ser aplicable al caso que analiza, y aunque extrae conclusiones certeras, no por ello dejan de ser inciertas en su aplicabilidad en el contexto europeo, pero conseguirá clarificarlo en los siguientes capítulos.

Así, en el Capítulo I (pp. 35 y ss) sobre el derecho a la libertad de los solicitantes de asilo bajo el CEDH, el autor realiza una concienzuda revisión de la aplicación del artículo 5.1 (f) CEDH en relación con la detención de los solicitantes de asilo en el contexto temporal anteriormente citado. Lo hace desglosando los dos ámbitos materiales en los que esta situación se produce: para evitar una entrada ilegal al país europeo o cuando esté en curso un procedimiento de expulsión del mismo. En concreto, analiza factores como la legalidad/arbitrariedad de la detención, la duración de la misma o la atención a solicitantes de asilo pertenecientes a colectivos vulnerables (como los menores o las personas LGTBI+).

Conforme vamos entrando en el Capítulo II (pp. 69 y ss), la mirada del profesor Ruiz Ramos se torna poliédrica. Una vez reseñado el propio art. 5.1 (f) CEDH sobre la detención de los solicitantes de asilo, analiza y revisa los artículos conexos a éste que se ha analizado en la jurisprudencia del TEDH, y en el que también entran en juegos otros derechos como el de la revisión judicial de la detención, a la información sobre los motivos de la detención o incluso la prevención de la tortura y tratos inhumanos y degradantes.

Las conclusiones finales (pp. 95 y ss) que arroja el autor tienen sus luces y sus sombras: por una parte, admite que, a pesar de que en algunos casos la situación de los solicitantes de asilo es distinta de la del resto de migrantes en lo que a la protección de sus derechos se refiere, la deferencia del TEDH por el margen de apreciación de los Estados no se ha visto sustancialmente modificada como consecuencia de la venida masiva de migrantes entre los años 2015 y 2019. Sin embargo, no todo son malas noticias: el espíritu pro-Derechos Humanos del autor está presente en toda la obra, realizando críticas certeras que van más allá del simple juicio moral y se erigen como propuestas sensatas dirigidas principalmente al TEDH con el objetivo de defender los derechos de los solicitantes de asilo sin mayor menoscabo de la posición estatal. Como el propio autor sostiene, aún hay mucho margen de mejora.

En definitiva, el autor nos presenta un trabajo cuya lectura es ágil y dinámica a través de la ejemplificación constante de todos los conceptos y artículos que desgrana en el texto. Hablamos de un libro que, si bien está dirigido a un público académico, harían muy bien en leer (y estudiar a conciencia) los operadores jurídicos, no sólo aquellos que dictan sentencia, sino también los que, como organizaciones no gubernamentales o abogados especialistas en extranjería, defienden los Derechos Humanos desde la primera línea, donde suceden estas detenciones. El compromiso con los Derechos Humanos es una cualidad que el profesor Ruiz Ramos deja traslucir muy bien en esta obra, y citando a varios jueces del TEDH, se preguntará si es un crimen ser extranjero. La respuesta, obviamente, es negativa¹⁰³.

¹⁰³ *Saadi v. UK* [GC], no. 13229/03, ECHR 2008.

SECCIÓN III. NOTAS Y COMENTARIOS

CREO EN TI, VENEZUELA, COMO EN EL AMOR PRIMERO: VENEZUELA EN LA ENCRUCIJADA ELECTORAL

I BELIEVE IN YOU, VENEZUELA, AS IN LOVE FIRST: VENEZUELA AT THE ELECTORAL CROSSROADS

Mario Manuel León

Docente Investigador Y Jefe Del Área De Derecho Público Del Programa De Derecho de la
Universidad ECCI de Colombia

“Y así seguí, haciendo escala noche y día Crucé cuatro países en cinco días Corriendo al trote,
comiendo poquito Hablando poco y llorando bajito”*

En el umbral de las elecciones presidenciales del 28 de julio en Venezuela, nos encontramos ante un panorama desolador que trasciende la mera contienda política. Es la historia de un pueblo subyugado, de sueños truncados y de una democracia que agoniza bajo el peso de un régimen autoritario. Como dijera el ilustre escritor venezolano Rómulo Gallegos: *"El despotismo es la peor de las calamidades públicas, porque corrompe y degrada a los pueblos"*.

El legado de Hugo Chávez, perpetuado por Nicolás Maduro y su séquito, ha sumido a Venezuela en una espiral de miseria, hambre y desesperanza. Lo que una vez fue la promesa de una revolución de “oportunidades para todos” se ha convertido en un régimen de terror que ha despojado a los venezolanos de sus derechos más fundamentales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama en su artículo 25 que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar". Sin embargo, en la Venezuela de hoy, este derecho es un lujo inalcanzable para la inmensa mayoría.

Las calles de Caracas, otrora vibrantes y llenas de vida, ahora son testigos silenciosos del éxodo masivo de una generación. Madres que lloran la partida de sus hijos, familias fragmentadas por la necesidad de buscar un futuro más allá de las fronteras. Como lo expresara la poetisa venezolana Ana Enriqueta Terán: *"El dolor de la partida es un cuchillo*

* Fragmento de la canción “Me fui” de la cantante venezolana Reymar Perdomo.

que corta el alma en dos". Esta realidad desgarradora es el testimonio más crudo del fracaso de un sistema que ha traicionado las aspiraciones de su pueblo.

En las aulas universitarias, donde debería florecer el conocimiento y la esperanza, los estudiantes luchan contra viento y marea para continuar su educación. Sus esfuerzos sobrehumanos por formarse como profesionales en medio de la adversidad son un acto de resistencia y fe en un futuro mejor. Estos jóvenes, herederos de la tradición intelectual de Andrés Bello, sueñan con una Venezuela libre y democrática, donde el mérito y el esfuerzo sean recompensados.

El régimen de Maduro ha violado sistemáticamente los principios más básicos del derecho internacional de los derechos humanos. Como señala el jurista Thomas Buergenthal: *"Los derechos humanos son aquellos que todo ser humano posee y debe poder disfrutar simplemente por su condición de ser humano"*. Sin embargo, en Venezuela, estos derechos han sido pisoteados, creando un estado de excepción permanente que contradice los fundamentos del Estado de Derecho.

La libertad de expresión, pilar fundamental de toda democracia, ha sido amordazada. Los medios de comunicación independientes han sido silenciados o cooptados, privando al pueblo venezolano de su derecho a la información olvidando que sin libertad de prensa no hay democracia posible.

La crisis humanitaria que azota al país es un testimonio escalofriante de la incompetencia y la corrupción del régimen. La escasez de alimentos y medicinas ha llevado a una situación de emergencia que viola flagrantemente el derecho a la vida y a la salud. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece claramente la obligación de los Estados de garantizar estos derechos fundamentales, una obligación que el gobierno venezolano ha ignorado sistemáticamente.

El sistema de salud venezolano, otrora modelo en América Latina, se ha desmoronado bajo el peso de la negligencia y la corrupción. Hospitales sin insumos básicos, equipos médicos obsoletos y personal sanitario que emigra en busca de mejores oportunidades son el reflejo de una política que ha privilegiado la ideología sobre el bienestar de la población. Como señala el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

los Estados tienen la obligación de garantizar *"el más alto nivel posible de salud física y mental"*. En Venezuela, esta obligación se ha convertido en letra muerta.

La educación, motor del desarrollo y pilar de la movilidad social, no ha corrido mejor suerte. El deterioro de la infraestructura educativa, la fuga de cerebros y la politización del currículo han minado las bases del sistema educativo venezolano. Los niños y jóvenes, privados de una educación de calidad, ven cómo sus oportunidades de futuro se desvanecen. El derecho a la educación, consagrado en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es sistemáticamente violado en Venezuela.

En este contexto de crisis generalizada, la diáspora venezolana se ha convertido en uno de los éxodos más dramáticos de la historia reciente de América Latina. Millones de venezolanos han abandonado su país en busca de oportunidades y seguridad, dejando atrás no solo sus hogares, sino también sus esperanzas de ver una Venezuela próspera y democrática, en palabras de Isaac Chocrón *"El exilio es una herida que nunca cicatriza"*.

Esta crisis migratoria ha tenido un doble efecto devastador: por un lado, ha privado a Venezuela de una generación de profesionales y trabajadores, drenando al país de su capital humano más valioso. Por otro, ha esparcido la desesperanza entre quienes se han quedado, viendo partir a sus seres queridos sin la certeza de un reencuentro. La separación de familias, el desarraigo y la incertidumbre se han convertido en la nueva normalidad para millones de venezolanos dentro y fuera del país.

La comunidad internacional, en gran medida, ha observado esta tragedia con una apatía desconcertante. Mientras algunos países y organizaciones han alzado su voz contra las violaciones de derechos humanos en Venezuela, otros han optado por el silencio cómplice o la inacción. Esta falta de consenso y de acción efectiva ha permitido que el régimen de Maduro continúe su política de represión y terror con relativa impunidad.

La represión política se ha intensificado a medida que el régimen se siente más acorralado. Detenciones arbitrarias, tortura y desapariciones forzadas son prácticas comunes que violan flagrantemente la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El uso de la fuerza para acallar la disidencia ha creado un clima de terror que socava cualquier intento de organización y resistencia pacífica.

El hambre se ha convertido en un arma de control social. La escasez de alimentos y la hiperinflación han llevado a una situación de inseguridad alimentaria generalizada que contradice todos los principios del derecho a la alimentación establecidos por la FAO. Las imágenes de venezolanos buscando comida en la basura o cruzando fronteras en busca de sustento son un testimonio desgarrador de la magnitud de la crisis.

En este contexto, las elecciones del 28 de julio se presentan como una encrucijada histórica. La comunidad internacional, a través de organismos como la OEA y la ONU, ha expresado su preocupación por la falta de garantías para un proceso electoral libre y justo. La democracia, como señala el politólogo Robert Dahl, requiere de elecciones libres, justas y frecuentes, condiciones que están lejos de cumplirse en la Venezuela actual.

El pueblo venezolano, a pesar de todo, mantiene viva la llama de la esperanza. Como escribiera el poeta Andrés Bello: *"Creo en ti, Venezuela, como en el amor primero"*. Esta fe inquebrantable en un futuro mejor es el motor que impulsa a millones de venezolanos a seguir luchando por la restauración de la democracia y el Estado de Derecho.

Las próximas elecciones son más que un ejercicio electoral; representan la lucha de un pueblo por recuperar su dignidad y su futuro. Es imperativo que la comunidad internacional redoble sus esfuerzos para garantizar un proceso transparente y creíble, que refleje verdaderamente la voluntad del pueblo venezolano.

Venezuela se encuentra en un momento decisivo de su historia. El legado de Chávez y Maduro ha sumido al país en una crisis sin precedentes, violando los derechos humanos más elementales y robando a los venezolanos su derecho a soñar con un futuro mejor. Las elecciones del 28 de julio son una oportunidad para comenzar a revertir este oscuro capítulo y encaminar al país hacia la recuperación de sus instituciones democráticas y el respeto a los derechos humanos.

Como nación y como comunidad internacional, tenemos la responsabilidad moral de apoyar al pueblo venezolano en su lucha por la libertad y la dignidad. Solo a través de un esfuerzo concertado y sostenido podremos ayudar a restaurar la democracia en Venezuela y devolver la esperanza a millones de ciudadanos que han sufrido bajo el yugo de un régimen autoritario.

El futuro de Venezuela está en juego, y con él, la estabilidad y el progreso de toda la región latinoamericana.

La esperanza de Venezuela, otrora radiante y vibrante, hoy se desangra en mil fragmentos dispersos por el mundo. Lloro en las montañas del Táchira, donde familias desgarradas se despiden en la frontera. Grita en la espesura del Darién, donde pies cansados se abren paso entre la selva implacable. Sufre en las calles de Estados Unidos, donde sueños se tropiezan con la dura realidad del exilio. Camina incansable por senderos escarpados y selvas impenetrables, sobreviviendo al horror de lo desconocido, al frío corte del alambre de púas, a la fiebre del paludismo y a la sombra constante de la muerte. Pero esta esperanza, maltratada y herida, persiste. Como en el antiguo relato de Pandora, es lo último que queda cuando todo lo demás se ha perdido. Sobrevive porque es la esencia misma del alma venezolana, un fuego inextinguible que arde en el corazón de cada migrante, de cada familia separada, de cada niño que sueña con un regreso a la tierra que apenas conoció. Esta esperanza, teñida de lágrimas y forjada en el sufrimiento, es el hilo invisible que une a todos los venezolanos, dentro y fuera de sus fronteras, en la promesa de un mañana donde su patria vuelva a ser el hogar que una vez fue. *"Creo en ti, Venezuela, como en el amor primero".*

El IIDH-España celebra la publicación del cuarto número de la REHISDEHU, una revista académica dedicada a los Derechos Humanos. Este nuevo ejemplar contiene 5 artículos, 4 reseñas sobre temas diversos como genocidio cultural, justicia transicional, eutanasia y dignidad humana, perdón y justicia transicional y cultura de Derechos Humanos en el ámbito militar.

Este número cuenta, además, con la inclusión de la sección "Notas y comentarios" - sobre temas de actualidad-, cuya lectura proporcionará a cualquier académico, profesional o incluso interesado en los Derechos Humanos, grandes dosis de información rigurosa, crítica y atractiva sobre muy diversos temas de este vasto campo.

La revista se enorgullece de su carácter multidisciplinar y de la diversidad geográfica de sus autores, abarcando todo el mundo hispanoamericano. Está abierta a contribuciones de académicos, estudiantes y profesionales de diversos ámbitos.

Se destaca el esfuerzo del equipo directivo, científico y editorial en la producción de este número. La REHISDEHU se ha convertido en una realidad tangible desde su concepción como una "utopía", y aspira a ser una referencia en el campo de los Derechos Humanos.

Se invita a los lectores a disfrutar del contenido, compartir comentarios y participar en futuros números, recordando que la revista, como los Derechos Humanos, pertenece a todos.

