

Número 5

DICIEMBRE 2024

# REHISDEHU

REVISTA HISPANOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ISSN 2952-1882



# 5

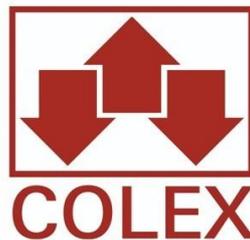


# REVISTA HISPANOAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS



**María del Ángel Iglesias (Dir.)**

**Manuel Palomares (Coord.)**



## **EQUIPO EDITORIAL**

Dirección: Dra. María del Ángel Iglesias Vázquez (UNIR)

Subdirección: Dr. Manuel Palomares Herrera (UNIR)

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; LL.M. adv.  
Mario Manuel León Pulido (Universidad ECCI)

## **EQUIPO CIENTÍFICO**

Dr. Rubén Miranda Gonçalves (ULGPC)

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. Mercedes 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 5 de la Revista Hispanoamericana de Derechos Humanos

### SECCIÓN I. TEMAS DE ACTUALIDAD

#### **LAS MEDIDAS PROVISIONALES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

#### **Y LAS ÓRDENES DE *UKRAINE V. RUSSIAN FEDERATION* Y *SOUTH AFRICA V. ISRAEL*: COMPARACIÓN.**( Hannah Charlotte Wesselmann) **Sumario:** 1.Introducción. 1.1.

Justificación del tema elegido. 1.2.Problema y finalidad del trabajo. 2. Las medidas provisionales de la CIJ y las órdenes de Ukraine v. Russian Federation y South Africa v. Israel: comparadas. 2.2. Ideas Previas. 2.2. Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. 2.3. Jurisdicción de la Corte para indicar Medidas Provisionales. 2.3.1. Jurisdicción prima facie. 2.3.2. Los derechos plausibles y la relación con las medidas solicitadas. 2.3.3. Existencia de riesgo de perjuicio irreparable y urgencia. 4. Referencias. 5. Listado de abreviaturas.

#### **EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES. APROXIMACIÓN AL**

#### **ACOGIMIENTO FAMILIAR EN EL ÁMBITO ANDALUZ** (Antonia Gemma Díaz Rodríguez) **Sumario:** 1. Introducción. 2.Marco teórico y desarrollo. 2.1. Los inicios de la

protección de la infancia. De la Sociedad de Naciones a la Declaración de los Derechos del Niño. 2.1.1. La Convención de los Derechos del Niño. El concepto de niño. 2.1.2. El interés superior del menor. 2.1.3. Otros instrumentos de referencia. 2.1.4. Los derechos del niño en la Agenda 2030. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible. 2.2. Marco jurídico regional. 2.2.1. La promoción y protección en la Unión Europea. Las políticas sobre la infancia en la Unión Europea. 2.2.1.1. La promoción y protección en la Unión Europea. 2.2.1.2. Políticas sobre la infancia en la Unión Europea. 2.2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el tribunal de Estrasburgo. La Carta Social Europea. 2.2.2.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo. 2.2.2.2. La Carta Social Europea. 2.2.2.3. Otros Convenios relativos al reconocimiento y protección de los derechos de la infancia en el marco del Consejo de Europa. 2.3.Marco jurídico y normativo español. 2.3.1. Constitución Española y desarrollo normativo. 2.3.2. La modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia. 2.4.

Aproximación al ámbito andaluz. 2.4.1. Legislación aplicable. 2.4.2. La declaración de riesgo y la declaración de desamparo. 2.4.3. El acogimiento familiar como medida de protección. 3. Conclusiones 4. Referencias.

**DIGNIDAD Y DERECHOS: UN CAMINO NO IDEOLÓGICO PARA LA PAZ EN COLOMBIA.** (María del Mar Chaves Chavarro) Sumario:

1. Introducción. 2. Marco teórico y desarrollo. 2.1. El acuerdo final para la terminación del conflicto y su naturaleza jurídica. 2.1.1. Nuevos “viejos” extremos ideológicos tras la firma del Acuerdo Final. Distintas concepciones de los derechos humanos 2.2. Análisis del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto. 2.2.1. Los seis puntos. 2.2.2. Desafíos, obstáculos y retrocesos. 2.2.3. Impacto de los discursos populistas en las dos orillas colombianas 2.2.3.1. «Estado Comunitario: Desarrollo para todos» 2006 – 2010. 2.2.3.2. «El Plan de la gente» 2022-2026 2.2.4. La Comunidad Internacional como actor determinante 2.2.5. ¿Retroceso o reajustes? 2.2.5.1. Reconocimiento de estatus político al Estado Mayor Central de las FARC (EMC) y la Segunda Marquetalia. 2.3. La sociedad colombiana: entre la esperanza y la resignación. 2.3.1. Tensión entre los derechos civiles y los derechos sociales: Libertad y orden o paz y reconciliación. 2.3.2. La Misión de Verificación de la ONU en Colombia 2.3.3. La paz total o la paz posible 2.3.4. Lecciones de contextos similares en el mundo: comparar lo comparable 2.3.5. Propuestas para la sostenibilidad de la paz. 3. Conclusiones 4. Referencias.

**UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS: FEMINISMO E INCIDENCIA DEL MODELO PATRIARCAL EN CLAVE SOCIO-HISTÓRICA.** (María Colodro-Galán,

Rubén Gregorio Pérez-García, María del Carmen Sánchez-Miranda) SUMARIO: 1. Introducción. 2. Metodología y objetivos. 3. Marco teórico. 3.1. De la prehistoria a la Edad Media. 3.2. Del Renacimiento a la Ilustración. 3.3. Auge del feminismo en la Edad Contemporánea. 4. Resultados y discusión. 4.1. Análisis del patriarcado, germen de la desigualdad. 4.2. Hacia la igualdad de derechos en España. 4.3. Perspectivas de futuro: propuestas de trabajo sobre derechos humanos e igualdad de género. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

## Presentación y saludo del Don Albert Martínez García Presidente del IIDH-España

Dublín 14 de diciembre de 2024

Apreciados lectoras/es.

Un placer tener la oportunidad de dirigirme a vosotras/os; desde el Instituto Internacional de Derechos Humanos (IIDH-España, en adelante), creemos en todos los proyectos que estamos llevando hacia delante, ponemos toda nuestra energía y esfuerzo en ello, por ellos me gustaría agradecer al Equipo Editorial que encabeza nuestra estimada directora, como es la Dra. María del Ángel Iglesias y todas aquellas personas que han ayudado a poner su semilla en este proyecto, qué a día de hoy ya lleva 4 tomos publicados de nuestra: Revista Hispanoamericana de Derechos Humanos (en adelante REHISDEHU).

Agradecer también al Comité Científico, compuesto por juristas especializados de reconocido prestigio y expertos, que ayudan al Equipo Editorial a la supervisión de todos los artículos que se publican en nuestra revista académica, garantizando así la excelencia de la revista.

Este año 2024 ha sido un año convulso en aspectos globales transcendentales, que han ocurrido en este mundo, desde el seguimiento del conflicto armado entre Ucrania y la Federación Rusa (ya iniciado en el año 2022), qué dejando de lado los principales actores, no podemos obviar el incremento de tensiones entre grandes potencias mundiales; como ahora el último a fecha de hoy, 12 de diciembre de 2024, como es la caída del régimen del ya derrocado dictador Bachar El-Asad; también hemos sido testigos de otros sucesos pasando por conflictos como: Gaza, Hamás e Israel, la invasión de Israel a Libia; el conflicto en Nagorno Karabaj; hasta otros, pero no menos importantes, como las elecciones en Venezuela o también el nombramiento de Trump como presidente de Estados Unidos. Otros temas de actualidad, que no por ellos menos relevantes: la evolución imparable de la Inteligencia Artificial (IA); la evolución imparable del cambio climático: cada vez más acentuado con catástrofes naturales como la ocurrida recientemente a finales de octubre de 2024 en la Comunidad Valenciana y otras regiones del territorio español; y no podemos olvidar que Etiopía lleva desde finales de 2020 sin a penas ver lluvia y casi 6 millones de niños están en peligro de sufrir una sequía severa; no debemos olvidar que no tenemos planeta “B”.

En un mundo cada vez más globalizado, preocupa la indiferencia, que parece, que se tiene por el respeto y aplicación de los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos, algunos países cuestionando la validez de dicha normativa internacional y valorando un posible desvinculamiento de los mismos. Nos encontramos cada vez más que tenemos unos organismos internacionales incapaces de controlar, apaciguar o mediar, de forma voluntaria muchas veces, entre los distintos conflictos que se están dando y las terribles consecuencias que ello crea a las personas; ante unas alianzas que se fraguan especialmente en el Consejo General de las Naciones Unidas, y ante la parálisis que asistimos, las terribles consecuencias de las inacciones frente a las acciones de estas grandes alianzas están dejando en el desamparo a millones de personas provocando unas violaciones sistemáticas y continuas de los Derechos Humanos.

Todos y cada uno de los conflictos, situaciones o problemáticas que se han dado y se están dando, suelen conllevar consigo una vulneración de los derechos humanos, y suele ser muchas veces de forma sistemática y continua, y pueden llegar a ser vulnerados de forma muy diversa; nuestra revista académica trata de reflejar y dar un espacio para aquellas situaciones, conflictos o problemáticas que se dan alrededor del mundo como pasando por: el artículo de Alejandro Domenech García, “sobre la extracción petrolera en la Amazonia ecuatoriana, el caso Chevron-Texaco en Ecuador”; como también el artículo de Julia Gutiérrez Cabrera sobre “la vulneración de la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales en España durante el Estado de Alarma”; como la preocupación del Dr. Koldo Díaz Bizkarguenaga en su artículo sobre “los derechos fundamentales en la sociedad digital: la escasa reclamación entre particulares del

derecho al honor”; entre muchos otros artículos que se han ido publicando a lo largo de estos 4 primeros tomos de nuestra revista académica.

Destacar la importancia de la transversalidad, independencia, universalidad, dignidad, respeto e imparcialidad que refleja cada uno de los tomos y artículos de la revista académica del IIDH-España, que recogen muchos de los principales valores de nuestra institución, bajo nuestro lema: “Respetar, promover y defender los Derechos Humanos”. En el que seguimos trabajando, entre otras gracias al trabajo realizado por la revista académica del IIDH- en España.

La REHISDEHU, como así también nuestra revista digital, ha estado y estará para seguir dando proyectando luz a aquellas vulneraciones masivas de derechos humanos, vislumbrando también la inacción muchas veces frente a ellas de los organismos internacionales. Trabajaremos para mejorar y para poder hacerles llegar también. Esperemos, en este próximo año 2025, los derechos que han sido conseguidos y respetados ante un conflicto o intento de agresión, de ellos, nuestros Derechos Humanos.

**Albert Martínez García**  
**Presidente del IIDH-España**

# **SECCIÓN I.**

# **TEMAS DE ACTUALIDAD**

**LAS MEDIDAS PROVISIONALES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LAS ÓRDENES DE *UKRAINE V. RUSSIAN FEDERATION* Y *SOUTH AFRICA V. ISRAEL*: COMPARACIÓN**

**THE PROVISIONAL MEASURES OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND THE ORDERS IN *UKRAINE V. RUSSIAN FEDERATION* AND *SOUTH AFRICA V. ISRAEL*: A COMPARISON**

*Hannah Charlotte Wesselmann*

Graduada en Relaciones Internacionales y Derecho  
Máster en Estrategias y Tecnologías para el Desarrollo  
Máster de acceso a la Abogacía

**Resumen**

La Corte Internacional de Justicia, conocida comúnmente como “Corte del Mundo”, emite medidas provisionales vinculantes para las partes con el objetivo de preservar los derechos de ambas partes, evitar el agravamiento de la disputa y prevenir daños irreparables. Este procedimiento sigue una estructura clara, respaldada por la jurisprudencia de la Corte, que será analizada en este artículo.

En primer lugar, se destacará que la jurisdicción de la Corte no es universal, lo que la obliga a establecer su jurisdicción a primera vista o *prima facie*. Una vez establecida la jurisdicción, se estudiará la plausibilidad de los derechos reclamados, su relación con las medidas solicitadas y la existencia de un riesgo urgente de perjuicio irreparable si las medidas no son adoptadas.

La estructura de este trabajo examinará inicialmente la cuestión de la jurisdicción de la Corte, para luego avanzar en la comparación entre los casos de *Ukraine v. Russian Federation* y *South Africa v. Israel*. Paralelamente a estos temas centrales, se analizarán los casos mencionados para determinar si la Corte, basada en una argumentación similar, ha otorgado medidas provisionales similares, y en caso contrario, identificar los puntos de divergencia significativos.

**Palabras clave:** Corte Internacional de Justicia, Medidas Provisionales, Jurisdicción, Plausibilidad, Erga Omnes

## Abstract

The International Court of Justice, commonly known as the “World Court”, issues binding provisional measures aimed at preserving the rights of both parties, preventing the aggravation of the dispute, and preventing irreparable harm. This procedure follows a clear structure supported by the Court’s jurisprudence, which will be explained in this article.

Firstly, it will be argued that the Court’s jurisdiction is not universal, which imposes an obligation on the ICJ to establish its *prima facie* jurisdiction. Once jurisdiction is established, the plausibility of the rights claimed, their link to the requested measures, and the existence of an urgent risk of irreparable harm if the measures are not adopted will be examined.

The structure of this article will begin by examining the Court’s jurisdiction. A comparison of the cases of *Ukraine v. Russian Federation* and *South Africa v. Israel* will follow this. In addition to these key themes, the aforementioned cases will be analysed to determine whether the Court, based on similar arguments, has granted similar provisional measures and, alternatively, to identify significant points of divergence.

**Keywords:** International Court of Justice, Provisional Measures, Jurisdiction, Plausibility, Erga Omnes

## Sumario:

1.Introducción. 1.1. Justificación del tema elegido. 1.2.Problema y finalidad del trabajo. 2. Las medidas provisionales de la CIJ y las órdenes de *Ukraine v. Russian Federation* y *South Africa v. Israel*: comparadas. 2.2. Ideas Previas. 2.2. Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. 2.3. Jurisdicción de la Corte para indicar Medidas Provisionales. 2.3.1. Jurisdicción *prima facie*. 2.3.2. Los derechos plausibles y la relación con las medidas solicitadas. 2.3.3. Existencia de riesgo de perjuicio irreparable y urgencia. 4. Referencias. 5. Listado de abreviaturas.

### 1. Introducción

En los tiempos convulsos en los que vivimos toma relevancia el principio de derecho internacional público por el cual los Estados están obligados a resolver sus controversias a través de métodos pacíficos sin recurrir a la fuerza, como establece el art. 2(3) Carta de las Naciones Unidas (N.N.UU.), principio de derecho consuetudinario internacional (*Nicaragua v. United States of America*, para. 290), recogido asimismo en el art. 33 de la Carta de N.N.UU. y

la Declaración de Manila de Resolución Pacífica de Disputas Internacionales de 1982 (Asamblea General, 1982a).

La Corte Internacional de Justicia (Corte o CIJ, en adelante) se erige como el tribunal de último recurso para los Estados para resolver todas aquellas controversias de índole legal que puedan poner en “peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacional” (art. 33 Carta de las NN.UU.) (Pellet, 2004 pág. 159).

La Carta de Naciones Unidas abarca tanto el concepto negativo de la paz, entendido como la ausencia de fuerza armada, como el concepto positivo de la paz, que busca eliminar las causas subyacentes de los conflictos internacionales para fomentar un entorno de “justicia social” (Neuhold, 2015 pág. 173). En este marco, se reconoce el principio general de derecho internacional por el que los Estados, como entidades soberanas, son los responsables de transferir los poderes jurisdiccionales necesarios para que la Corte pueda decidir sobre las disputas que les involucren, permitiendo, de este modo, que pueda emitir decisiones vinculantes para las partes. Estas decisiones son fundamentales para mantener el orden y la justicia en la esfera internacional, aunque su efectividad puede verse comprometida por la falta de cumplimiento por parte de algunos Estados. Ante dicho incumplimiento el Consejo de Seguridad de las NN.UU.(CSNU, en adelante) puede intervenir, según lo dispuesto en el art. 94 de la Carta de las NN.UU., adoptando las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las decisiones de la Corte. Sin embargo, la efectividad de estas medidas puede verse limitada debido al sistema de veto presente en el CSNU, lo cual dificulta la adopción de medidas coercitivas eficaces (Slomanson, 2011 pág. 415).

Esta dinámica subraya que la obligación de resolver las disputas pacíficamente es una “obligación de conducta y no de resultado” (Neuhold, 2015 pág. 174). Es decir, los Estados tienen la obligación de buscar activamente una solución a sus controversias, pero no están obligados a garantizar la consecución efectiva de la paz. No obstante, en última instancia, pueden recurrir al Consejo de Seguridad de las NN.UU. para buscar la resolución de la disputa, bajo el art. 37 (2) de la Carta de NN.UU. (Neuhold, 2015 pág. 211).

El art. 33 de la Carta de Naciones Unidas contiene una lista no exhaustiva de los métodos tradicionales de resolución de controversias entre los que se mencionan, desde las negociaciones hasta la resolución judicial de las controversias. No existe una jerarquía en cuanto al uso de estos mecanismos, ya que serán las partes las que decidan, remarcando el principio internacional del libre consentimiento de estas. Por tanto, no encontramos una

obligación impuesta a las partes respecto a qué tipo de negociación o conciliación llevarán a cabo antes de acudir a la CIJ, ni en la Carta de las NN.UU., ni en el Estatuto o el Reglamento de la Corte, norma que sí aparece en otras convenciones que recogen la práctica de los Estados y las normas de derecho internacional, como los arts. 279 y 280 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Asamblea General, 1982b).

Aunque no exista una norma que refleje expresamente que la Corte se concibe como el método de resolución de controversias de último recurso, este principio se refleja en la jurisprudencia de la Corte cuando aborda el estudio de la admisibilidad de la controversia. De este modo, ha ido desarrollando el concepto de “disputa” para llegar a calificarla como aquella controversia de índole legal sobre la cual las partes tienen unas opiniones positivamente opuestas, tratando de evitar la politización de la justicia internacional, aspecto que será desarrollado en este artículo en relación con las últimas órdenes dictadas por el órgano judicial de las Naciones Unidas.

Este trabajo, por tanto, aborda la jurisdicción de la Corte repasando las características intrínsecas de la Convención de Genocidio y la admisibilidad de cada una de las disputas expuestas en los asuntos comparados. Con el objetivo de identificar la forma que tiene la Corte de abordar el tema de las medidas provisionales en casos de conflictos armados latentes con una elevada repercusión política, como son los casos de *Ukraine v. Russian Federation* y *South Africa v. Israel*.

### 1.1. Justificación del tema elegido

El tema de las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se escoge debido a su creciente relevancia en la práctica de los Estados. Nos encontramos en un momento crucial para el desarrollo del derecho internacional público en el que conceptos como las obligaciones *erga omnes* se están consolidando. Este avance es evidente en uno de los casos comparados en este artículo, *South Africa v. Israel* y en la fundamentación de la Corte basada en otro reciente caso sobre la Convención de Genocidio, *The Gambia v. Myanmar*. La creciente solicitud de medidas provisionales por parte de los Estados subraya asimismo la importancia de estos procedimientos en la protección de los derechos y la prevención del agravamiento de las disputas.

Ambos casos comparados se centran en disputas que han causado un “número muy elevado de muertes y daños, y el desplazamiento forzoso de una gran parte de la población, con un extenso daño a la infraestructura civil” (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 46)(*Ukraine v. Russian*

*Federation*, 2022b, para. 75). Estas situaciones de conflicto no sólo generan una crisis humanitaria inmediata, sino que también plantean cuestiones complejas sobre la aplicación del derecho internacional y la protección de los derechos humanos.

Además, en el asunto de *South Africa v. Israel*, el demandante, Sudáfrica, solicitó la revisión, corrección y modificación de las medidas provisionales, debido al agravamiento de la disputa. Este hecho plantea la cuestión de si las primeras medidas provisionales fueron emitidas correctamente y si el agravamiento de la disputa se podría haber evitado con otro tipo de medidas. Asimismo, la solicitud de Sudáfrica releja una tendencia creciente en la comunidad internacional por la que los Estados buscan activamente la intervención de la CIJ para resolver disputas, previniendo daños irreparables.

Este trabajo se propone analizar la consistencia y eficacia de las medidas provisionales emitidas por la Corte, así como la capacidad de esta para operar la complejidad inherente a los casos de genocidio y las violaciones más graves del derecho internacional. A través del estudio de casos, se busca aportar una comprensión más profunda sobre cómo se abordan los incidentes procesales de las medidas provisionales en el órgano judicial de las NN.UU. y el impacto que estas pueden tener en la comunidad internacional.

## 1.2. Problema y finalidad del trabajo

El principal problema con el que nos hemos encontrado en la realización del presente trabajo es que uno de los casos a estudiar ya ha superado la fase de medidas provisionales y cuenta con una decisión sobre el fondo del asunto (*Ukraine v. Russian Federation*), mientras que, en el caso de *South Africa v. Israel*, por ser más actual en el tiempo, nos encontramos aún en la fase incidental y la decisión de la Corte sobre el fondo del asunto no se prevé cercana. De este modo, se produce una menor especulación respecto al primer caso si lo comparamos con el segundo, razón se limita el estudio a las primeras medidas provisionales de ambos casos y no se adentra en el fondo del asunto.

La finalidad de este trabajo es, por un lado, analizar si la Corte otorgó medidas provisionales en el caso de *South Africa v. Israel* de manera análogo a como lo hiciera en el caso de *Ukraine v. Russian Federation*. Esta comparación permitirá evaluar la consistencia y coherencia en las decisiones de la Corte en situaciones de conflicto armado, a fin de identificar posibles similitudes y divergencias en la aplicación de sus criterios. Por otro lado, este trabajo aborda la complejidad que enfrenta la CIJ al juzgar casos relacionados con el crimen de genocidio. El genocidio es un crimen muy específico, concebido inicialmente para ser aplicado a individuos,

cuyo elemento esencial es la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Esta intención añade un nivel de dificultad significativo para la Corte, por ser difícil de identificar y probar.

Este trabajo explorará cómo la Corte maneja estas complejidades en la fase de medidas provisionales y las implicaciones de sus decisiones en el ámbito del derecho internacional. A través de un análisis detallado de ambos casos, se buscará comprender mejor las estrategias jurídicas empleadas por la Corte y los desafíos a los que se enfrenta la Corte en la adjudicación de medidas provisionales en contextos de alegaciones de genocidio.

## **2. Las medidas provisionales de la CIJ y las órdenes de *Ukraine v. Russian Federation* y *South Africa v. Israel*: comparadas**

### 2.1. Ideas Previas

La Corte Internacional de Justicia frecuentemente referida por los medios de comunicación como la “Corte del Mundo” (NN.UU., 2024), ha generado en la opinión pública la percepción de que la CIJ posee una jurisdicción universal capaz de juzgar todas las controversias surgidas entre todos los Estados, sin restricciones. Sin embargo, esta percepción no refleja la realidad. La CIJ no tiene jurisdicción automática sobre todos los Estados y, por lo tanto, muchos casos deben ser rechazados porque la Corte no ostenta la competencia necesaria para decidir sobre ellos. Esta limitación subraya la importancia del consentimiento de los Estados para que la CIJ pueda ejercer su función judicial en cada caso específico, como se abordará en el estudio de este trabajo.

### 2.2. Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia

Aparte de la función consultiva que le confiere el art. 65 del Estatuto de la CIJ (Estatuto, en adelante), que queda fuera del campo de estudio de este trabajo, la CIJ tiene jurisdicción en casos contenciosos entre Estados (art. 34.1 del Estatuto de la CIJ) basada en el consentimiento de estos (Crawford, 2008 pág. 710). La competencia de la Corte para dictar justicia sobre el fondo de la controversia va a depender, de este modo, en tal consentimiento, principio fundamental de la Corte reflejado en el art. 36 del Estatuto de la CIJ y en la jurisprudencia de la propia Corte (*Portugal v. Australia*, 1995, para. 2).

El primer párrafo del art. 35 del Estatuto define las condiciones por las que los Estados parte del Estatuto pueden acceder a la Corte, aunque ello no otorgue jurisdicción a la Corte *per se*,

como se verá a continuación, mientras que el segundo párrafo estipula que el Consejo de Seguridad de las NN.UU., determinará las condiciones aplicables a aquellos Estados que no son parte del Estatuto, establecidas actualmente en la Resolución 9 (Consejo de Seguridad, 1946) adoptada el 15 de octubre de 1946 por el Consejo de Seguridad, procedimiento utilizado por Japón en 1951 y Palestina en 2018, entre otros. Por otro lado, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas son parte *ipso facto* del Estatuto de la Corte por el art. 39, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas (Pellet, 2004 pág. 161), aunque ser parte de este no implica que la Corte pueda ejercer su jurisdicción. La condición de ser parte permite a la Corte determinar su propia competencia por el art. 36.6 del Estatuto y a indicar “medidas internas de protección” o “medidas provisionales” para preservar los derechos de las partes por el art. 41 del Estatuto (Crawford, 2008 pág. p. 712).

Por tanto, para que la Corte pueda pronunciarse sobre una disputa, las partes, además de cumplir con las condiciones mencionadas anteriormente, deben haber consentido a la jurisdicción de la Corte. Esta puede haber sido conferido *ad hoc*, bajo el art. 36.1 del Estatuto, por el que los Estados pueden aceptar la jurisdicción de la Corte a través de un “acuerdo especial”, por el cual se define la controversia y las partes del litigio. Actualmente, diecinueve casos de la lista general de la Corte han sido admitidos por el art. 36.1 entre los que destacamos el asunto de la Disputa Territorial (*Libyun Aruh Jamuhiriyu/Chad*, 1994, pág. 6) o el caso del Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (*Hungary/Slovakia*, 1997, pág. 7).

Asimismo, los Estados pueden prestar su consentimiento *ad hoc* de otras dos maneras. Primero, a través de cláusulas compromisorias incluidas en tratados u convenciones, recogido en el art. 36.1 del Estatuto. De esta manera, los Estados parte de tales tratados u convenciones podrán iniciar un procedimiento ante la Corte de manera unilateral o mediante un acuerdo especial. La redacción de tales cláusulas será determinante para establecer la jurisdicción de la Corte, debiendo la disputa en cuestión recaer dentro del ámbito de aplicación de dicha cláusula. Por ejemplo, el art. XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) (Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. Pacto de Bogotá., 1948) del 30 de abril de 1948, sirve como base de la jurisdicción de la Corte en el reciente caso entre Nicaragua y Colombia sobre la expansión de la plataforma continental de Nicaragua más allá de las 200 millas (*Nicaragua v. Colombia*, 2023a).

Por otro lado, el art. IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio actúa como una cláusula compromisoria, estableciendo que todas aquellas controversias “relativas a la interpretación, aplicación o ejecución” de la Convención, incluidas

aquellas “relacionadas con la responsabilidad de los Estados parte en materia de genocidio” (Asamblea General, 1948), pueden ser sometidas a la CIJ por una de las partes en la controversia. Esta cláusula compromisoria será activada en ambos casos de estudio para basar la competencia de la Corte, como se estudiará más adelante.

En segundo lugar, los Estados pueden prestar su consentimiento a través de declaraciones referidas comúnmente como “cláusulas opcionales” definidas en el art. 36.2 del Estatuto (Crawford, 2008 pág. 716). Este artículo regula el depósito de declaraciones que reconocen la jurisdicción de la Corte *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo previo, para todas aquellas disputas legales que se interpongan con relación a la “interpretación de un tratado”; de alguna “cuestión de derecho internacional”; de la existencia de “algún hecho que si se establece pueda constituir una violación de una obligación internacional” y la “naturaleza o la extensión de la reparación necesaria ante una violación de alguna obligación internacional”. Dichas declaraciones tendrán un efecto recíproco cuando se identifiquen materias coincidentes. Un ejemplo pertinente es el caso sobre las *Actividades Armadas en el territorio del Congo*, donde tanto la República Democrática del Congo como la República de Uganda habían emitido declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte bajo el art. 36.2 del Estatuto de la Corte (*Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, 2022a, para. 3). No obstante, por exceder del objeto de estudio de este artículo, no nos adentraremos en las formas de otorgar dichas declaraciones y las reservas que a menudo contienen.

Además, la jurisdicción de la Corte puede consentirse *post hoc*, es decir, tras la institución unilateral de una de las partes, la otra puede aceptar la jurisdicción de la Corte para ese caso, mecanismo utilizado en las objeciones preliminares del caso del Canal de Corfú (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*, 1948, pág. 17).

Finalmente, el art. 36.6 recoge el principio de *competence de la competence* (Thirlway, 2010 pág. 599), que permite a la Corte decidir sobre su propia competencia respecto a controversias sobre su jurisdicción. Principio ilustrado en numerosas objeciones preliminares a la jurisdicción de la Corte sobre las cuales esta se ha pronunciado.

Fuera de estos supuestos, la CIJ puede interpretar o revisar decisiones amparada en el art. 98 del Reglamento de la Corte. Esta interpretación o revisión debe ser solicitada por una de las partes o por ambas, a través de un “acuerdo especial” que defina claramente el ámbito de la disputa (art. 98.2 Reglamento de la Corte). Además, cualquier solicitud de revisión de una decisión debe asegurarse de que las condiciones establecidas en el art. 61 del Estatuto se

cumplen, como estipula el art. 99 de las Reglas de la Corte. Por otra parte, el art. 60 del Estatuto permite a los Estados solicitar una aclaración sobre el “significado y el alcance” de las decisiones de la Corte.

En el ámbito específico de las medidas provisionales, las modificaciones y revocaciones de las mismas están amparadas en los artículos 75 y 76 del Reglamento de la Corte. Estos preceptos fundamentaron la solicitud presentada por Sudáfrica, con el fin de “indicar, clarificar y/o modificar” determinadas medidas adoptadas en la orden de 26 de enero de 2024 (*South Africa v. Israel*, 2024d, para. 13). En este contexto, corresponde a Sudáfrica demostrar que se han producido cambios significativos en la situación que justifican dicha solicitud de modificación, conforme a lo dispuesto en el art. 76 del Estatuto (Zargarinejad, 2024).

El desarrollo de las formas en que los Estados pueden otorgar su consentimiento a la jurisdicción de la Corte demuestra la importancia que tiene el consentimiento en el DIP. En la actualidad, ocho casos no han sido aceptados por la Corte debido a la falta de consentimiento del demandado a la jurisdicción de la Corte, y se han interpuesto objeciones a la jurisdicción o admisibilidad en veinte casos. Entre estos, destacamos el caso del Oro Amonedado de Roma (*Italy v. France United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America*, 1954) o el caso de las Pruebas Nucleares (*Australia v. France*, 1974).

En definitiva, el consentimiento de los Estados es un pilar fundamental en la jurisdicción de la CIJ, aunque la “falta de automatismo de la jurisdicción” de la Corte, condicionada al consentimiento de los Estados - lamentaba el juez Cançado Trinidad (*Georgia v. Russian Federation*, 2011, para. 46) - puede llegar a obstaculizar la realización de la justicia internacional, dejando a la Corte sin autoridad si no llega a establecer positivamente su jurisdicción y competencia. Por tanto, a menudo la estrategia de los Estados demandados es impugnar la jurisdicción de la Corte, para que esta no pueda entrar a juzgar el fondo del asunto (La impugnación de la Competencia en Asuntos Contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia, 2008 pág. 13).

De este modo, para poder entrar a juzgar cualquier asunto, la Corte debe estudiar si es competente y si la disputa es admisible. Los grados de escrutinio de este estudio de su propia competencia varían, dependiendo de si se trata de un procedimiento incidental o de objeciones preliminares.

La Corte, a través de su jurisprudencia, ha desarrollado las condiciones que debe cumplir una controversia para que sea admisible y esta pueda ejercer su competencia. Ya en el caso

Mavrommatis en 1924, la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ, en adelante) estableció que, la cuestión a resolver debe constituir una disputa entre las partes, que no se haya podido resolver a través de negociaciones y que se “refiera a la interpretación o aplicación del tratado” tomado como base para la competencia. La CPIJ definió una disputa como un “desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una posición de tesis jurídica o de intereses de Estados” (*Greece v. United Kingdom*, 1924, pág. 11).

La CIJ ha mantenido dicha jurisprudencia en casos más recientes, como en el caso de las Islas Marshall (*Marshall Islands v. United Kingdom*, 2016b, para. 37), estableciendo que, además de ser un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, para que la disputa exista, se debe demostrar que “la afirmación de una parte es positivamente opuesta a la expresada por la otra parte” y que la “parte demandada tiene conocimiento de la existencia de dicha disputa” (*South West Africa*, 1962, pág. 328) (*Nicaragua v. Colombia*, 2016a, pág. 26). Asimismo, enfatizó que las negociaciones no serán necesarias si la Corte ha sido llamada a decidir sobre el asunto y las declaraciones que fundamentan su competencia no estipulan dicha necesidad (*Cameroon v. Nigeria*, 1988, para. 109).

Por tanto, la determinación de la existencia de una controversia será objetiva y deberá examinar los hechos del caso (*Marshall Islands v. United Kingdom*, 2016b, para. 39). Este análisis se llevará a cabo en todas las fases en las que la Corte deba determinar si es competente para decidir sobre un asunto. En este trabajo, veremos cómo, en las órdenes sobre los procedimientos incidentales comparados, la Corte consideró varios factores para determinar si existió una disputa entre las partes de la controversia. Entre estos, la conducta de las partes será crucial, ya que refleja el contexto del desacuerdo. Además, la autoría de las declaraciones será un elemento fundamental, dado el peso que adquieren para la Corte las declaraciones oficiales de los representantes de los Estados. La claridad con la que las declaraciones de ambas partes se dirijan al objeto de la disputa también será esencial (*Nicaragua v. Colombia*, 2016a, para. 71 y para. 73) (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 44) (*Georgia v. Russian Federation*, 2011, para. 30). La Corte tomará en cuenta tanto la efectuadas en espacios multilaterales, como en espacios bilaterales (*Georgia v. Russian Federation*, 2011, para. 51 y para. 53) (*Marshall Islands v. United Kingdom*, 2016b, para. 39 y para. 40). Este análisis exhaustivo permitirá a la Corte determinar el objeto de la disputa y si se encuentra ante una disputa legal genuina que justifique su intervención.

Una vez establecida la forma por la cual la Corte estudia la existencia de una disputa de índole legal entre las partes, es necesario abordar brevemente la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados.

La responsabilidad internacional de un Estado se concibe como “aquella que se origina con la acción directa o indirecta de este por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito” (González, 2013), principio reflejado igualmente en el art. 2 de los ARSIWA (siglas en inglés de los Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos) (CDI, 2001). De esta manera, para estudiar la jurisdicción de la Corte, es fundamental considerar que esta surge de un comportamiento prohibido internacionalmente por parte de un Estado contra otro que requiere ser reparado.

Este comportamiento debe ser previamente calificado como ilícito conforme al derecho internacional y debe ser atribuible al Estado en cuestión, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de los ARSIWA, reflejando la práctica de los Estados y el derecho consuetudinario (CDI, 2001). La atribución de estos actos prohibidos internacionalmente no es sencilla, por lo que, a menudo, la Corte debe esclarecer si los actos supuestamente ilícitos pueden ser efectivamente considerados como atribuibles al Estado demandado, conforme a los criterios establecidos en el capítulo II de los ARSIWA.

Un asunto ilustrativo de la dificultad de atribuir un acto calificado como ilícito por el derecho internacional a un Estado, es el asunto sobre *Actividades Militares y Paramilitares contra y dentro de Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*, 1986a). En este caso, nos encontramos con unas fuerzas paramilitares -los contras- que, actuando en el territorio de Nicaragua, violaron multitud de derechos humanos y ocasionaron daños que requerían reparación bajo el derecho internacional público. Sin embargo, el derecho aplicable en ese momento impidió a la Corte atribuir el control efectivo de este grupo paramilitar a EE. UU., a pesar de que se demostró que algunas de las operaciones paramilitares de los contras fueron “decididas y planeadas” por este país (*Nicaragua v. United States of America*, 1986a, para. 106). Nos encontramos, aquí, un supuesto en el que la Corte aplicó la teoría del control efectivo para esclarecer cuándo un acto perpetrado por un actor no estatal puede ser atribuido a tal Estado.

En relación con lo expuesto anteriormente, los dos asuntos comparados se amparan en el art. IX de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención de Genocidio o Convención, en adelante) para otorgar competencia a la Corte en las respectivas

disputas. En estos asuntos, los demandantes deben demostrar que el Estado demandado es responsable de actos que se enmarcan en el delito de genocidio definido en el artículo III de la Convención.

La relevancia de esta elección radica en las implicaciones en la argumentación de las partes, ya que, aunque los hechos pudieran caracterizarse como delitos de lesa humanidad o delitos de guerra y el “conflicto tuviera multitud de aspectos”, como explica la Corte en la orden de 26 de enero de 2024 en el caso de *South Africa v. Israel* (2024a, para. 14), estos no podrán ser evaluados por esta, debido a la limitación de la jurisdicción de la Corte a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención del Genocidio. Este hecho evidencia la falta de una jurisdicción universal y cómo las cláusulas compromisorias pueden, en ciertos contextos, restringir el alcance de las disputas que la Corte puede juzgar.

### 2.3. Jurisdicción de la Corte para indicar Medidas Provisionales

La facultad de la Corte para otorgar medidas provisionales para salvaguardar los derechos de cada una de las partes está amparada en el art. 41 del Estatuto (Velasco, 2013 pág. 1007) (art. 41, Estatuto CIJ). Este principio universalmente aceptado, fue reconocido por la CPIJ en el caso de la *Compañía Eléctrica de Sofía y Bulgaria* cuando enfatizó que “las partes deben abstenerse de tomar cualquier medida que pueda tener un efecto perjudicial en la decisión final del tribunal, o cualquier acto que pueda agravar o extender la disputa” (Case concerning the Electric Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria), Preliminary Objections, Judgment, 1939 pág. 199) (La influencia de los derechos humanos en la jurisprudencia cautelar, 2015). Esta doctrina ha sido reiterada en otros casos importantes de la CIJ, como en el caso de la *Anglo-Iranian Oil Co* (Anglo-Iranian Oil Co. (Irán vs Reino Unido), Provisional Measures, Order, 1951c pág. 93 y 94) y el asunto de *Fisheries Jurisdiction* (Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Provisional Measures, Order, 1972 pág. 17 y 18). El principio rector de las medidas provisionales, según destaca Elías V. L. (2015, p. 174), se centra en la “igualdad de las partes”. Estas medidas se consideran un medio para “preservar el objeto del litigio” y “salvaguardar las pruebas hasta el fin del procedimiento”. La autoridad de la Corte para dictar órdenes de medidas provisionales es parte intrínseca de su jurisdicción (La influencia de los derechos humanos en la jurisprudencia cautelar, 2015 pág. 168). Sin embargo, esta facultad plantea un dilema entre muchos expertos legales, ya que las medidas provisionales pueden interpretarse contrarias al principio de jurisdicción basada en el consentimiento. Ello debido a que dichas órdenes son vinculantes y “crean obligaciones internacionales para los Estados”, incluso cuando estos pueden argumentar satisfactoriamente

que no han consentido a la jurisdicción de la Corte, como fue el caso en *LaGrand (Germany v. United States of America)*, 2001, para. 98) (Thirlway, 2010 pág. p. 601).

A lo largo de la historia, la Corte ha emitido aproximadamente setenta y dos órdenes de medidas provisionales, entre las que destacamos la última Orden de 24 de mayo de 2024 en el procedimiento incidental en el caso de *South Africa v. Israel*. Desde la orden emitida en el caso de la *Controversia Fronteriza entre Burkina Faso y Malí*, estas medidas han mostrado un marcado componente de protección de los derechos humanos (Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment, 1986b), reflejado también en el caso de los *Límites marítimos y terrestres entre Camerún y Nigeria* (Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Provisional Measures, Order., 1996 pág. 176), donde la Corte ordenó el cese de hostilidades entre las partes, centrándose en los daños sufridos y en los derechos humanos de las personas de la región (Declaration of Judge Mbaye to the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Provisional Measures), 1996 pág. 33). Asimismo, se observa un aumento en el uso de estas medidas por parte de los Estados, dado que constituyen un procedimiento por el cual pueden obtener una decisión rápida y de obligatorio cumplimiento, con un estándar de prueba más bajo que en la fase de fondo, como expone el vicepresidente Sebutinde (Separate opinion of Vice-President Sebutinde on Alleged Breached of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany), 2024). Basándonos en la interpretación que la jurisprudencia ha hecho del art. 41 del Estatuto y los arts. 73, 74 y 75 del Reglamento de la Corte, podemos determinar que la Corte evaluará si otorga las medidas provisionales solicitadas, únicamente si establece que tiene jurisdicción *prima facie* y si existe una disputa entre las partes enmarcada en el ámbito de actuación de la competencia concedida. Además, debido al carácter vinculante de las medidas provisionales, la Corte ha determinado, mediante su jurisprudencia, una serie de requisitos que debe cumplir la disputa para que sea procedente adoptar dichas medidas.

Tanto en el caso de la Orden de *Ukraine v. Russian Federation*, como en la Orden de *South Africa v. Israel*, la Corte sigue la misma estructura para emitir su pronunciamiento sobre las medidas provisionales. Primero, examina si *prima facie* existe jurisdicción sobre el asunto; luego, evalúa la plausibilidad de los derechos que se pretenden proteger y determina si existe una relación entre estos derechos plausibles y las medidas solicitadas; en tercer lugar, considera la urgencia y el riesgo que se cause un daño irreparable si no se adoptan las medidas

provisionales; y finalmente decide sobre las medidas más adecuadas para preservar los derechos de las partes en la disputa y el objeto del litigio.

Por tanto, en este artículo seguiremos esta misma estructura para analizar y comentar la posición adoptada por la Corte en cada uno de los casos estudiados.

### 2.3.1. Jurisdicción *prima facie*

La Corte únicamente puede pronunciarse sobre las medidas provisionales si demuestra que, a primera vista puede fundar su competencia, sin necesidad de poseer competencia definitiva sobre el fondo del asunto, como se ha mencionado anteriormente (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 15) (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 24).

En ambos casos, tanto Ucrania como Sudáfrica fundamentan la jurisdicción de la Corte en el art. IX de la Convención de Genocidio. La Corte, por su parte, tras establecer que todos los Estados son parte de la Convención del Genocidio, se centra en identificar si existe una disputa relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención. Para ello, se apoya en la doctrina mencionada previamente sobre las disputas entre las partes, restringiéndose a estudiar únicamente las controversias que entren dentro del ámbito de aplicación de la Convención, ya que la competencia de la Corte se limita a actos contemplados en esta (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 19) (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 28).

En este punto es importante señalar que, aunque existen multitud de similitudes entre los órdenes que estamos comparando, las disputas subyacentes son diferentes. Por un lado, en el caso de *Ukraine v. Russian Federation*, Ucrania planteó una demanda a la inversa – primera en la historia de la CIJ - en la que solicitó a la Corte que declarara que “no se está produciendo un genocidio en las regiones de Luhansk y Donetsk” y que por lo tanto la “Federación Rusa no puede justificar su intervención militar en un supuesto genocidio perpetrado por Ucrania (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 30). Sin embargo, aunque Rusia decidió no participar en el procedimiento, argumentó en un documento dirigido a la Corte que su operación militar se produjo bajo el derecho de autodefensa conforme al art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, fuera del ámbito de actuación de la Corte (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 32).

De forma diferente, en el caso de *South Africa v. Israel*, Sudáfrica sostuvo que existía una disputa entre las partes respecto a los actos de genocidio llevados a cabo por Israel en contra de la población de Palestina. Según Sudáfrica, Israel “ha perpetrado o está perpetrando actos de índole genocida identificados en el artículo II” de la Convención, con oficiales o agentes

actuando con la intención de destruir a los palestinos en la Franja de Gaza (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 21). Israel refutó esta afirmación, argumentando que no se habían presentado evidencias suficientes para demostrar la existencia de una disputa entre las partes, ya que sus declaraciones nunca fueron dirigidas, ni directa ni indirectamente, a Sudáfrica. Además, Israel sostuvo que los actos alegados por Sudáfrica no cumplían con los requisitos de la Convención de Genocidio, particularmente la condición necesaria de la intención destruir, total o parcialmente, a la población Palestina. (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 23 y para. 24)

La Corte, por su parte, evaluó, en ambos casos, si existía una controversia de índole legal entre las partes, centrándose especialmente en las declaraciones públicas emitidas por todas las partes y otorgando peso significativo a las declaraciones unilaterales emitidas por altos funcionarios. En el caso de *Ukraine v. Russian Federation* determinó que las declaraciones de ambas partes demostraban una clara controversia sobre si los supuestos actos de Ucrania en Luhansk y Donetsk podían ser calificados como violaciones de la Convención de Genocidio, y si el “uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa” era una medida aceptable para “prevenir y castigar” el crimen del genocidio (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 43).

Por otro lado, en el caso de *South Africa v. Israel*, consideró que las partes “ostentaban claros puntos de vista opuestos sobre si ciertos actos u omisiones supuestamente cometidos por Israel en Gaza” podían ser considerados como violaciones de la Convención de Genocidio (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 28). Asimismo, desestimó el argumento de Israel sobre la necesidad de probar la intención del crimen de genocidio, enfatizando que la Corte “no está llamada a determinar si se han producido o no violaciones a la Convención de Genocidio por parte de Israel” (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 30), ya que esta determinación se reserva para el momento procesal del estudio del fondo del asunto, y que, en el momento procesal de las medidas provisionales, la Corte únicamente está llamada a resolver si los actos u omisiones aquejados por Sudáfrica pueden ser abarcados por la Convención del Genocidio, como también remarcó en el caso de *Ukraine v. Russian Federation*.

En conclusión, aunque las controversias planteadas diferían sustancialmente, la Corte concluyó que tenía competencia *prima facie*, en ambos casos, en virtud del art. IX de la Convención de Genocidio.

#### 2.3.1.1. Obligaciones *erga omnes* a raíz del caso *South Africa v. Israel*

La importancia de estas órdenes de medidas de protección no solamente radica en su trascendencia política, sino también en su valor para consolidar la jurisprudencia.

En la orden de *South Africa v. Israel*, se ha consolidado una tendencia que se comenzó con la Orden de 23 de enero de 2020 en el asunto *The Gambia v. Myanmar* (2020), donde se reconoce en la sentencia sobre las objeciones preliminares que existe una “comunidad internacional que responde ante las violaciones más graves del ordenamiento jurídico internacional” (*The Gambia v. Myanmar*, 2022c, paras. 106-107) (*Nicaragua v. Germany*, 2024c, para. 23), tendencia que desarrolla la idea de que existen una serie de normas imperativas o de *jus cogens*, ante las cuales responden todos los Estados (Malanczuck, 1997 pág. 59) y que es expresada por los Estados que solicitan intervenir bajo el art. 62 del Estatuto en el caso de *The Gambia v. Myanmar* (Canada et al., 2023, para. 9). Por lo tanto, observamos un avance en la jurisprudencia de la Corte, que ha pasar de ignorar este tipo de normas, a mencionar expresamente en sus órdenes que “la prohibición del genocidio” (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, 2005, para. 64) o “la prohibición de la tortura” son normas *erga omnes*, aplicables a todos los Estados y sobre las que, necesariamente, responden (*Belgium v. Senegal*, 2012, para. 99).

La relevancia de esta evolución de la jurisprudencia respecto a las normas *jus cogens* ya se había destacado en el caso del *Sudoeste Africano* en 1966, donde el Tribunal declaró que los demandantes (Liberia y Etiopia) no tenían ningún interés legal o *locus standi*, debido a la falta de un daño directo que pudiera fundamentar la demandada contra el *apartheid* perpetuado por la Unión de Sudáfrica (Locus standi de los estados y obligaciones erga omnes en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia., 2020 pág. 34). En contraste, en la orden de medidas provisionales que traemos a colación en este artículo, la Corte estimó, en el apartado tercero de la Orden de 26 de enero de 2024 (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (Provisional Measures)(Order), 2024a pág. 12), que Sudáfrica, al igual que Gambia en el caso de *The Gambia v. Myanmar* (2020, para. 39) tiene un “interés común en la prevención, supresión y castigo del genocidio por el art. IX de la Convención de Genocidio” (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (Provisional Measures)(Order), 2024a). A estos casos, se suma el reciente litigio presentado por Nicaragua contra Alemania, lo que demuestra la creciente tendencia en el uso de este concepto para traer casos ante la Corte.

La importancia de las obligaciones *erga omnes* y su alcance jurídico se fundamenta en el conjunto de artículos adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2001. En particular, el art. 48 destaca la facultad que sustenta un Estado no lesionado para invocar la

responsabilidad internacional de otro Estado. Este artículo distingue, por un lado, las obligaciones *erga omnes partes*, en las cuales los Estados parte de un grupo pueden exigir la responsabilidad internacional de otro Estado si este viola una obligación establecida por el grupo con el fin de proteger su interés colectivo (art. 48.1. a). Por otro lado, establece que todos los Estados, incluso aquellos que no hayan sufrido un perjuicio directo, pueden invocar la responsabilidad internacional de otro Estado por la violación de una obligación reconocida por la comunidad internacional (Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Judgment, 1970 pág. 3).

Como ejemplo del principio de obligaciones *erga omnes*, destaca el caso de las *Cuestiones relacionadas con la Obligación de Juzgar o Extraditar*, en el que Bélgica denunció a Senegal ante la CIJ por un presunto incumplimiento de su deber de enjuiciar al Sr. Hissène Habré, acusado de actos que podrían calificarse como crímenes de tortura y de lesa humanidad. En la contestación de la demanda, Senegal argumentó que Bélgica carecía de *locus standi* para denunciar a Senegal, ya que ninguna de las presuntas víctimas del ex presidente de la República del Chad era de nacionalidad belga. La Corte determinó que, en virtud de las obligaciones *erga omnes partes*, Bélgica ostentaba el derecho de actuar para proteger el interés jurídico común acordado en la Convención contra la Tortura (Question relating to the Obligation to extradite (Belgium v. Sénégal), Judgment, 2012). Este asunto ilustra una situación similar a la analizada en este trabajo, donde la Corte reconoce ciertas obligaciones, como las establecidas en la Convención del Genocidio, como compartidas por toda la comunidad internacional debido a su papel fundamental en “salvaguardar los principios más elementales de la moralidad”, tal como menciona la Corte en la *Opinión Consultiva sobre las reservas a la Convención del Genocidio en 1951* (1951a pág. 23).

### 2.3.2. Los derechos plausibles y la relación con las medidas solicitadas

Siguiendo el esquema previamente expuesto, tras abordar la competencia de la Corte, la existencia de la disputa y la legitimación de las partes, la Corte procede a evaluar la plausibilidad de derechos invocados por las partes con ciertos matices similares a los que Palomares (2023) realiza en su estudio sobre el TJUE pero a escala internacional.

El concepto de la plausibilidad de los derechos es relativamente nuevo, ya que fue establecido por primera vez en la Orden de medidas provisionales en el caso de *Belgium v. Senegal* (2012, para. 59). Desde entonces, este requisito ha sido citado en múltiples ocasiones, incluidos casos destacados como el asunto de *Guayana v. Venezuela* (2023b, para. 24) y los asuntos objeto de este trabajo, *South Africa v. Israel* y *Ukraine v. Russian Federation*. Por lo tanto, nos

encontramos con un requisito que se está asentando en la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, persiste la falta de claridad en cuanto a su definición y estándar, como han señalado Milanovick (BIICL, 2024 pág. 2) y el juez ad hoc Kress (Kress, 2020, para. 2). En ambos casos de estudio, la Corte enfatizó que en la etapa de las medidas provisionales “no es necesario que se determine definitivamente si los derechos que las partes pretenden proteger existen”, ya que esta evaluación se reserva para la fase de fondo (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 51).

En consecuencia, no será preciso demostrar que se ha producido una violación de la Convención de Genocidio, sino que las partes poseen derechos que podrían ser afectados por el crimen de genocidio definido en dicha Convención, relacionados con las medidas provisionales solicitadas. A tal efecto, la Corte se centró en examinar las evidencias, circunstancias y pruebas aportadas por las partes para determinar la plausibilidad. Según el profesor Marko Milanovic (BIICL, 2024), en el caso de *Ukraine v. Russian Federation*, el foco de la cuestión de la plausibilidad radica en determinar si es “posible” que Ucrania pueda fundamentar su reclamación bajo la Convención de Genocidio. En contraste, en el caso de *South Africa v. Israel*, la cuestión de la plausibilidad, no se centra en una cuestión legal sobre la interpretación del genocidio, ya que ambas partes coinciden en su definición y características, sino en una cuestión de hecho. En este sentido, la Corte no trata de evaluar si es “probable” que Israel esté cometiendo genocidio en la Franja de Gaza, sino si existe alguna “posibilidad” de que se estén cometiendo tales actos, aunque sea mínima, para descartar que sea una mera alegación infundada.

Es relevante señalar que, en el caso de *South Africa v. Israel*, la defensa de Israel argumentó que, para determinar la plausibilidad de los derechos bajo la Convención de Genocidio, era esencial establecer al menos de manera plausible los elementos necesarios de dicho crimen de genocidio, especialmente la “intención de Israel de destruir en parte o en su totalidad a un grupo determinado”. Sostuvo que Sudáfrica no había proporcionado suficientes pruebas para demostrar esta intención, siendo este el elemento esencial del *mens rea* del crimen de genocidio (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 2007, para. 198) (*Croatia v. Serbia*, 2015, para. 132). En este caso, la Corte no se pronunció sobre la intención de Israel, limitándose a establecer que la población Palestina constituye un grupo distintivo “nacional, étnico, racial y religioso” protegido por el art. II de la Convención del Genocidio (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 45).

Evitando pronunciarse sobre el complejo aspecto de la intención genocida, la mayoría de la Corte considera que en la fase de medidas provisionales no es necesario determinar su existencia, como indica el Juez Yusuf en su opinión anexada a la Orden de 28 de marzo en el caso *South Africa v. Israel* (Yusuf, 2024, para. 2). No obstante, dentro de la Corte existen opiniones divergentes, como la expresada por el Juez *ad hoc* Barack, quien sostiene que, aunque el demandante no esté obligado a convencer a la Corte de la certeza de la intención genocida, es necesario presentar “pruebas suficientes para que la reclamación de genocidio sea al menos plausible” (Barack, 2024, para. 31).

En cambio, si nos detenemos a estudiar brevemente el estándar aplicado por la Corte para determinar la plausibilidad de los derechos en otra solicitud de medidas provisionales por parte de Ucrania en el caso sobre la *Aplicación de la CISFT/CERD* (Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the Intern (Ucrania v. Russian Federation), Provisional Measures, Order, 2017), se observa que la Corte rechazó el argumento de Ucrania debido a la falta de pruebas sobre la intención de Rusia de proveer fondos para llevar a cabo los actos descritos en el art. 2 del CISFT relacionados con el terrorismo (*Ukraine v. Russian Federation*, 2017, paras. 75-77).

Por otro lado, la dificultad del caso de *Ukraine v. Russian Federation*, como se ha mencionado previamente, radica en la declaración negativa promovida por Ucrania. Recordemos que Ucrania trató de obtener la protección de su “derecho a no ser sujeto de una falsa reclamación de genocidio” y a no ser “sujeto de una operación militar de otro Estado en su territorio”, invocando la Convención de Genocidio (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 52). La Corte observó que este derecho era plausible bajo la Convención, destacando que, aunque el art. I de la Convención no especifique las medidas que los Estados deben tomar para prevenir y castigar el crimen de genocidio, deben actuar de buena fe y dentro de los “límites permitidos en derecho internacional” (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 55-57). Por lo tanto, concluyó que Ucrania ostentaba un derecho plausible a no ser objeto de una operación militar ordenada por Rusia bajo el pretexto de un supuesto genocidio en las regiones de Luhansk y Donetsk, alineándose con el espíritu y los objetivos de la Convención.

Esta interpretación, finalmente aceptada por la mayoría de los jueces de la Corte, no estuvo exenta de opiniones disidentes, como la de la Jueza Xue, quien argumentó que los derechos plausibles reclamados por Ucrania no podían ser abarcados por la Convención, ya que, como bien argumentó Ucrania, la alegación de genocidio “es una excusa de Rusia para llevar a cabo

una agresión ilícita”; declaración que, según Xue, cuestiona la “genuinidad que este caso sea sobre el genocidio” y no una manera de Ucrania de conseguir una declaración por parte de la Corte sobre el reconocimiento de Luhansk y Donetsk como independientes (Xue, 2022, paras. 1-2). Además, Xue sostuvo que, aunque el presidente de la Federación Rusa hubiera mencionado el genocidio en sus declaraciones, la operación militar sobre la que recae el asunto no se centraba en el genocidio, y que la Federación Rusa no había declarado que la Convención le autorizara a usar la fuerza. En consecuencia, concluyó que la demanda de Ucrania se fundamentaba en la legalidad del uso de la fuerza por parte de Rusia bajo los principios generales del derecho internacional y no bajo la convención de genocidio.

El reconocimiento de los derechos plausibles determinará las medidas que la Corte otorgue, ya que estas deben de estar vinculadas a dichos derechos. La Corte considera coherente, en ambos asuntos, que los derechos plausibles identificados están conectados con las medidas solicitadas y con la Convención del Genocidio.

### 2.3.3. Existencia de riesgo de perjuicio irreparable y urgencia

Adicionalmente a la plausibilidad de los derechos reclamados y su relación con las medidas solicitadas, la Corte ha enfatizado que, para poder decidir sobre las medidas provisionales, es necesario que las medidas sean urgentes y que exista un riesgo de perjuicio irreparable antes de que se emita el fallo definitivo (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, paras. 65-66), en consonancia con su propia jurisprudencia (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*, 2018, para. 77).

Por tanto, como es habitual en las órdenes de medidas provisionales, la Corte no debe determinar si se han producido violaciones a las obligaciones, sino que debe estudiar si, debido a las circunstancias del caso, las medidas provisionales son necesarias para proteger los derechos que se suponen plausibles (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 67).

En el asunto *Ukraine v. Russian Federation*, la Corte determinó que, debido a la plausibilidad del derecho de Ucrania de no ser sujeto a una operación militar llevada a cabo por la Federación Rusa bajo un “falso pretexto” de genocidio en su territorio, dicha operación militar inevitablemente causa “pérdida de vidas humanas, daños psicológicos y físicos, y daños a la propiedad y al medio ambiente” (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, paras. 60 y 74). Este hecho, junto a la “especial vulnerabilidad de la población” y la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/ES-11/1 de 2 de marzo de 2022 que reconoce la necesidad de una “acción urgente”, llevó a la Corte a concluir que existía una probabilidad

elevada de producirse daños irreparables y que el riesgo era de tal magnitud como para que fuera urgente que se pronunciara sobre las medidas provisionales (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 77).

De manera similar, en el caso *South Africa v. Israel*, la Corte decidió que, en virtud de los informes y comentarios de altos representantes de las Naciones Unidas, el derecho plausible de la “población Palestina a ser protegida ante actos de genocidio y de actos prohibidos relacionados con la Convención” podría verse afectado por los actos de Israel. Además, la “vulnerabilidad extrema” de la población civil en la Franja de Gaza, definida por la Corte como una “situación humanitaria catastrófica” fue suficiente para establecer el riesgo real, urgente e inminente de perjuicio irreparable (*South Africa v. Israel*, 2024a, paras. 66-74).

#### 2.3.4. Una reflexión adelantada

A lo largo de este artículo, se ha pretendido demostrar que, aunque los dos casos analizados no son idénticos, ambos comparten la misma respuesta doctrinal y jurisprudencial. Asimismo, las pruebas utilizadas para determinar la plausibilidad de los derechos y el perjuicio irreparable, en ambos casos, se basan en pronunciamientos y declaraciones de altos cargos de las Naciones Unidas y de altos funcionarios de los Estados demandados. En conjunto, ello nos podría sugerir que la resolución de estos incidentes procesales sería similar.

Sin embargo, al estudiar la resolución de los incidentes procesales, encontramos que difieren en ciertos aspectos. La Corte recuerda en ambos casos su poder de otorgar medidas que pueden diferir total o parcialmente de las solicitadas por las partes, conforme al art. 75. 2 del Reglamento de la Corte (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 79) (*The Gambia v. Myanmar*, 2020, para. 77).

En el caso de *Ukraine v. Russian Federation*, la Corte resolvió el procedimiento ordenando a la Federación Rusa que: a) suspendiera inmediatamente la operación militar iniciada el 24 de febrero de 2022 en el territorio de Ucrania; b) asegurara que “ninguna fuerza militar o fuerzas armadas irregulares sobre las que ostente el control continúe con la operación militar”; y c) ambas partes evitaran acciones que pudieran agravar la disputa (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 86). Con ello, otorgó tres de las cuatro medidas solicitadas por la defensa de Ucrania en su aplicación (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 5).

Por su parte, en el caso de *South Africa v. Israel*, la Corte comenzó la exposición de su decisión enfatizando que, debido a las circunstancias del caso, no debía indicar las medidas solicitadas. En lugar de solicitar el alto al fuego inmediato, como solicitaba Sudáfrica, urgió a Israel a tomar

todas las medidas posibles para prevenir y castigar todos aquellos actos que pudieran recaer en el ámbito del art. II de la Convención. Además, le requirió tomar medidas “inmediatas y efectivas” para que la población en la Franja de Gaza pudiera recibir asistencia humanitaria, así como prevenir que la destrucción de todas aquellas pruebas relacionadas con la demanda. Finalmente, solicitó a Israel presentar un informe sobre la efectividad de las medidas en el “plazo de un mes” (*South Africa v. Israel*, 2024a, paras. 77 y 86).

#### 2.4. ¿Política en el Derecho Internacional?

Treinta y tres Estados de la comunidad internacional presentaron declaraciones de intervención bajo el art. 63 del Estatuto en el caso de *Ukraine v. Russian Federation*, lo que constituyó una ola de intervenciones sin precedentes, previamente coordinada mediante una declaración conjunta (Less a Wave than a Tsunami: Procedural Implications for the ICJ of the Article 63 Interventions in *Ukraine v. Russia*, 2022). Esta intervención incluso mostró una notable coordinación en la argumentación individual de cada uno de los Estados (Wigard, Pomson, McIntyre 2023, p. 325). Resulta particularmente sorprendente este fenómeno, dado el carácter vinculante de dichas intervenciones, en un contexto internacional que, con frecuencia, se ha mostrado reacio a asumir decisiones vinculantes que no les afecten directamente (Community Interests Above All: The Ongoing Procedural Effects of Erga Omnes Parties Obligations Before the International Court of Justice, 2023).

Estas intervenciones muestran un claro apoyo político a Ucrania. Sin embargo, como sugieren Wigard, Pomson y McIntyre (Keeping soce: an empirical analysis of the interventions in *Ukraine v Russia*, 2023 pág. 325) algunas intervenciones, en su afán por “reforzar la postura del demandante” (Fitzmaurice, 1958 pág. 127) pueden haber entorpecido el argumento de Ucrania, al proporcionar a la Corte argumentos en contra de su competencia (Keeping soce: an empirical analysis of the interventions in *Ukraine v Russia*, 2023 pág. 326). La Corte aceptó todas las intervenciones, a excepción de la de EE. UU., por ser intervenciones “genuinas” (Haya de la Torre Case (Colombia/Perú), Judgment, 1951b pág. 77) y cumplir con los requisitos de intervención del art. 82 del Reglamento de la Corte.

En el caso *South Africa v. Israel*, el apoyo político se ha manifestado de forma dispar, evidenciando que, hasta la fecha, solo diez países, incluido Palestina como Estado no parte del Estatuto, han expresado su intención de intervenir conforme al art. 63 del Estatuto.

Esta situación plantea la cuestión de si el uso del art. 63 del Estatuto refuerza la posición del demandante o, si el hecho de que la Corte deba revisar cada intervención ralentiza el

procedimiento (Mass Intervention?: The Joint Statement of 41 States on Ukraine v. Russia, 2022), favoreciendo al demandado y entorpeciendo el buen hacer de la administración de justicia, preocupación que expresaba la Jueza Xue en su opinión disidente (2023, para. 1).

Aunque en el caso de *South Africa v. Israel* no se han sucedido las solicitudes de intervención como en el asunto de *Ukraine v. Russian Federation*, nos encontramos, sin embargo, con una demanda, *Nicaragua v. Germany*, basada en el supuesto apoyo militar y tecnológico de Alemania a Israel. Este nuevo caso *erga omnes*, en el que Nicaragua, que no está directamente afectada por las acciones de Alemania, trae una demanda a la Corte por la obligación de la comunidad internacional de “prevenir la comisión del crimen de genocidio” (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 2007, para. 430-431) (*Nicaragua v. Germany*, 2024c, para. 23), busca recordar a la comunidad internacional su responsabilidad de asegurar el cumplimiento de los principios de derecho humanitario, contenidos en las Convenciones de Ginebra (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 pág. 199).

Finalmente, resulta necesario analizar brevemente la práctica de los Estados respecto a la Convención de Genocidio. Originalmente concebida para “juzgar a aquellos individuos que cometieran genocidio”, dónde la responsabilidad de los Estados se limitaba a “desarrollar la reglamentación” para perseguir a dichos individuos (Shabas, 2009 pág. 492). Así, aunque, la Convención no hubiera sido concebida para juzgar a Estados, la Corte, determinó que los Estados también podían ser sujetos activos del crimen de Genocidio (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, 2007, para. 175).

Debemos resaltar que, la Convención ha sido utilizada mayoritariamente por tribunales criminales, como la Corte Penal Internacional (CPI) o el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY, en sus siglas en inglés), para juzgar el crimen de genocidio, basándose en el Reglamento de Roma, que contiene un extenso articulado sobre evidencias y pruebas. Esto ha permitido a dichos tribunales recabar suficiente información y experiencia para identificar el elemento necesario del *mens rea* del crimen de genocidio, la intención.

Como explica Shabas, en el asunto de *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, la Corte fundamentó gran parte de su argumentación en las decisiones y conclusiones del ICTY (Shabas, 2009, pág. 507). Este respaldo fue crucial para que la Corte determinara la existencia de genocidio en esa región y actuara en coherencia con las conclusiones previamente establecidas por el TPIAY. Sin embargo, en los casos comparados aquí, la CIJ no lleva a cabo

un examen tan exhaustivo de las pruebas en la fase de medidas provisionales, especialmente en lo que respecta al elemento crucial de la intención genocida. Este elemento es esencial para diferenciar al crimen de genocidio de otros crímenes internacionales (*Croatia v. Serbia*, 2015, para. 132).

Recientemente, seis Estados de la comunidad internacional han querido influir en la interpretación de la intención genocida de la Corte, como demuestra la declaración conjunta de Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Bélgica y el Reino Unido en el caso de *The Gambia v. Myanmar* (Joint declaration of Intervention of Canada, Denmark, France, Germany, the Netherlands, and the United Kingdom. In the case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v. Myanmar*), 2023). Los Estados interventores argumentan, extensamente, sobre diversos aspectos de la intención del perpetrador, sugiriendo que, dada la dificultad de establecer la intención con pruebas directas, la Corte debería deducir dicha intención de ciertas conductas, enfatizando que el ataque a los niños demuestra claramente la intención genocida, ya que los niños son la base de supervivencia del grupo en cuestión. Asimismo, el desplazamiento forzoso de una gran parte de la población también se podría calificar como una conducta genocida según los Estados interventores (Canada et al., 2023, paras. 48-74).

La Corte por su parte ha admitido dicha intervención admitiendo que la “construcción del Artículo II esta en cuestión” y que no va admitir ninguna evaluación por parte de los interventores sobre hechos y el carácter probatorio de ciertos documentos. Asimismo, aclara que las referencias a otras normas y principios del derecho internacional se tendrán en cuenta solamente si son relevantes para la construcción de la Convención y de acuerdo a las normas de interpretación de tratados de la VCLT, con especial referencia al art. 31 (*The Gambia v. Myanmar*, 2024e, paras. 43 y 45).

### **3. Conclusiones**

#### **Primera**

Como se ha discutido en este trabajo, el hecho de que la CIJ no goce de jurisdicción universal y su competencia depende del consentimiento otorgado por los Estados, obliga a los países demandantes a buscar fórmulas legales creativas, como la denuncia a la inversa presentada por Ucrania, para abordar un conflicto armado que podría ser perfectamente abarcado por la prohibición de la anexión (CSNU 1967) y el uso de la fuerza sobre otro país soberano. Esta limitación en el ejercicio de la CIJ no solamente complica la tarea de la Corte, sino que también

impide la consolidación de una justicia global efectiva. Además, permite que Estados que han cometido algunos de los crímenes más atroces conocidos por la humanidad puedan evitar ser juzgados y asumir su responsabilidad internacional al no haber consentido a la competencia de la Corte.

## Segunda

Las medidas provisionales tienen una fuerza tanto política como moral y, desde luego, legal, por el hecho de ser vinculantes para las partes, como expresa la Corte en los dos casos comparados (*Ukraine v. Russian Federation*, 2022b, para. 84) (*South Africa v. Israel*, 2024a, para. 83). Aunque, al igual que el resto de las órdenes y decisiones de la Corte, esta no tiene poder para hacer ejecutar sus decisiones y órdenes, sino que ha de recurrir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por ello, la Jueza Xue, enfatizó en su opinión disidente en el asunto *Ukraine v. Russian Federation* que “no está claro el impacto” que pueden tener unas medidas provisionales en los casos de un conflicto armado, cuando es necesaria una “solución rápida y efectiva” (Xue, 2022, para. 6). Esta declaración demuestra la problemática existente con las medidas provisionales, que radica en uno de los principios fundamentales de la organización de la CIJ, el consentimiento. De ahí que dependa de los Estados acatar las órdenes de la CIJ o no. Aun así, el impacto político en este mundo cada vez más interconectado y globalizado no es desdeñable, motivando demandas como la de *Nicaragua v. Germany*. Por ende, observamos como los procedimientos de la Corte son un factor importante de la “diplomacia global”, como establece el profesor Christian J. Tams (BIICL, 2024 pág. 8).

## Tercera

Estamos siendo testigos de un significativo desarrollo del derecho internacional público, especialmente en lo que respecta a las obligaciones *erga omnes*. Este fenómeno ha permitido a varios países de la comunidad internacional, que en apariencia podrían parecer ajenos a ciertos conflictos, reunir los recursos económicos y humanos necesarios, así como la fundamentación legal adecuada, para demandar a Estados que infringen obligaciones fundamentales aceptadas por toda la comunidad internacional, como es la protección contra el crimen del Genocidio.

Este contexto subraya el incremento de la confianza depositada en la CIJ, reflejado en el creciente número de casos presentados ante la misma. La activación de obligaciones *erga omnes*, como se ha visto en el caso de *Nicaragua v. Germany*, destaca la responsabilidad

colectiva de la comunidad internacional para prevenir y sancionar el genocidio, independientemente de una afectación directa a los demandantes. Esto marca un avance en la consolidación del derecho internacional humanitario y la protección de derechos humanos.

No obstante, el verdadero impacto de las decisiones judiciales en los casos abordados en este trabajo aún está por determinarse.

#### **Cuarta**

La Convención de Genocidio fue inicialmente concebida para “juzgar a aquellos individuos que cometieran genocidio”, limitando la responsabilidad de los Estados a “desarrollar la reglamentación” para perseguir a dichos individuos (Shabas, 2009 pág. 492). Sin embargo, estamos presenciando una tendencia en la comunidad internacional hacia la ampliación de la definición y aplicación del crimen de genocidio. Esta evolución se refleja en la declaración conjunta de los países intervinientes en el caso *The Gambia v. Myanmar*, donde se argumenta que ciertas conductas, como el “ataque indiscriminado a niños” y el “desplazamiento forzoso de población”, constituyen actos genocidas (Joint declaration of Intervention of Canada, Denmark, France, Germany, the Netherlands, and the United Kingdom. In the case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), 2023 págs. paras. 67-74).

De esta manera, la resolución del caso *The Gambia v. Myanmar* adquiere una relevancia crucial por su potencial impacto en otros conflictos, como los casos de *Ukraine v. Russian Federation* y *South Africa v. Israel*. En ambos conflictos, se observan circunstancias similares a las descritas en la declaración conjunta, lo que subraya la importancia de estos precedentes en la interpretación y aplicación del derecho internacional. Asimismo, cabe preguntarse si los países intervinientes en el caso de *The Gambia v. Myanmar* mantienen en la actualidad la misma postura sobre el crimen de Genocidio vista su postura ante los actos que se están perpetrando en la Franja de Gaza.

#### **Quinta**

Debe destacarse el argumento expuesto por la Corte en su orden sobre las Objeciones Preliminares en el caso de *Ukraine v. Russian Federation*, donde determinó que, aunque la Federación Rusa hubiera “actuado bajo el pretexto de la Convención de Genocidio” y que sus actos fueran contrarios al derecho internacional, ello no implica necesariamente que la Federación Rusa haya violado la Convención en sí misma, sino más bien “normas de derecho

internacional aplicables al reconocimiento de Estados y al uso de la fuerza” (Ukraine v. Russian Federation, 2024b, paras. 146-147). Este argumento ya lo trajo a colación la Jueza Xue en su declaración anexada a las medidas provisionales (Xue, 2022, para. 2).

Este análisis subraya dos aspectos fundamentales: primero, la importancia de la caracterización precisa de la disputa para justificar las medidas provisionales y segundo, la posibilidad de que la Corte, aun cuando inicialmente se declare competente, pueda modificar su postura durante la fase de objeciones preliminares. Ello demuestra la complejidad y la evolución dinámica del proceso judicial en la CIJ.

### **Sexta**

Finalmente, es necesario mencionar, como ya se ha expuesto, que la Corte ha emitido una modificación de su orden de medidas provisionales en el caso *South Africa v. Israel*. Esta decisión se basa en la apreciación de que la situación ha empeorado significativamente, calificándola como “catastrófica”. En consecuencia, la Corte ha ordenado a Israel un alto al fuego inmediato para prevenir mayores muertes y daños a la población civil de la Franja de Gaza.

El impacto que tendrá esta nueva medida de protección y las consecuencias para los Estados parte y la comunidad internacional es incierto. Este desarrollo plantea interrogantes sobre la adecuación de la evaluación inicial de las medidas provisionales, especialmente considerando que Sudáfrica ha tenido que solicitar una modificación de las medidas en un corto período de tres meses.

Es importante contextualizar esta disputa en la historia del conflicto entre Israel y Palestina, donde se han sucedido los enfrentamientos y la población de la Franja de Gaza se ha visto sujeta a condiciones de aislamiento y represión por parte de Israel. De este modo, aunque Israel y una parte de la comunidad internacional hayan argumentado que ciertas acciones no constituyen violaciones del derecho internacional humanitario debido al derecho a la autodefensa frente a los ataques recibidos desde el 7 de octubre por parte de Hamas, es esencial considerar que tales acciones no están exentas de ser consideradas (probablemente) genocidas (The provisional measures order and general allegations of violations of international humanitarian law, 2024).

#### 4. Referencias bibliográficas

##### Libros y capítulos

- CRAWFORD, J. «Third-Party Settlement of International Disputes» Cap. 32 de *Brownlie's Principles of Public International Law*, de James Crawford, págs. 718-744. Oxford University Press Inc, 2012.
- FITZMAURICE, G. «Chapter IV. Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure, 1951 – 1954». En *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. II, Cambridge: Grotius Publications Limited, 1958.
- GONZÁLEZ, M. P. «La responsabilidad internacional (I) el hecho internacionalmente ilícito». En *Instituciones de derecho internacional público*, de Concepción Escobar Hernández (coord.) y Manuel Díez de Velasco (aut.), págs. 843-871, 2013. ISBN 978-84-309-5341-7.
- MALANCZUCK, P. *Aekhurst's Modern Introduction to International Law*. 7<sup>th</sup> Edition, p. 472, EEUU y Canada: 1997. Routledge, 1997. <https://doi.org/10.4324/9780203427712>
- NEUHOLD, H. *The Law of International Conflict: Force, Intervention and Peaceful Dispute Settlement*. 2015. Editado por Neuhold Hanspeter. Boston: BRILL, 2015. <https://doi.org/10.1163/9789004299931>
- PELLET, A. «Strengthening the Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations». En *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 3, 159-180, junio 2004. <https://doi.org/10.1163/1571803042039665>.
- SHABAS, W. A. «State responsibility and the role of the International Court of Justice». En *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 491-519. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511575556.012>
- SLOMANSON, W. *Fundamental Perspectives on International Law*. Sixth Edition. Editado por Thomas Jefferson School of Law. Boston, USA: Wadsworth Publishing, 2011.
- THIRLWAY, H. «The International Court of Justice». En *International Law*, 3rd Edition, de Malcolm D. Evans, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- VELASCO, M. D. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18<sup>a</sup> Ed, p. 1208. Madrid: TECNOS, 2013. ISBN: 978-84-309-5341-7.

## Artículos

ESPALIÙ BERDUD, C. «"Locus standi" de los Estados y obligaciones "erga omnes" en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia.» *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 72(2), sección ESTUDIOS, pp. 33-59, julio – diciembre 2020.

ELÍAS, V. L. «La influencia de los derechos humanos en la jurisprudencia cautelar.» *Lecciones y Ensayos*. N° 95, Buenos Aires, pp. 163-188, 2015.

QUINTANA, J. J. «La impugnación de la Competencia en Asuntos Contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia.» *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, pp. 12-48, 2018.

PALOMARES, M. «Análisis de la sentencia del Tjue Kamberaj contra el Istituto per L'edilizia Sociale de Bolzano», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 30, 2023.

WIGARD, K., POMSON, O., MCINTYRE, J. «Keeping score: an empirical analysis of the interventions in Ukraine v Russia. » *Journal of International Dispute Settlement*, n° Issue 3, pp. 305-327, septiembre 2023.

## Webgrafía

CARLI, Eugenio. «Community Interests Above All: The Ongoing Procedural Effects of Erga Omnes Parties Obligations Before the International Court of Justice. » *EJIL; Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 2024 [Consulta: 07 Noviembre 2024]. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/community-interests-above-all-the-ongoing-procedural-effects-of-erga-omnes-partes-obligations-before-the-international-court-of-justice/>

GAETA, Paola. «The provisional measures order and general allegations of violations of international humanitarian law.» *Reflections on the South Africa v. Israel Case at the International Court of Justice*. British Institute of International and Comparative Law (BIICL), 2024 [Consulta: 10 mayo 2024]. Disponible en: [https://www.biicl.org/documents/177\\_reflections\\_on\\_the\\_south\\_africa\\_v.pdf](https://www.biicl.org/documents/177_reflections_on_the_south_africa_v.pdf)

NACIONES UNIDAS. «¿Qué es la Corte Internacional de Justicia y por qué es importante?» *Noticias ONU*, 2024 [Consulta: 13 mayo 2024]. Disponible en: <https://shre.ink/D520>

MCGARRY, B. «Mass Intervention?: The Joint Statement of 41 States on Ukraine v. Russia.»

*EJIL; Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 2022 [Consulta: 07 mayo 2024]. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/mass-intervention-the-joint-statement-of-41-states-on-ukraine-v-russia/>

MCINTYRE, J. «Less a Wave than a Tsunami: Procedural Implications for the ICJ of the Article 63 Interventions in Ukraine v. Russia. » *Völkerrechtsblog*, 2022 [Consulta: 03 abril 2024]. Disponible en: <https://voelkerrechtsblog.org/less-a-wave-than-a-tsunami/>

ZARGARINEJAD, Nasim. «Request for "Clarification" or "Modification" of the Provisional Measures Orders: Different Paths, Same Destination?» *EJIL:Talk!. Blog of the European Journal of International Law*, 2024 [Consulta: 10 mayo 2024]. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/request-for-clarification-or-modification-of-the-provisional-measures-orders-different-paths-same-destination/>

### **Legislación citada**

NACIONES UNIDAS. Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco (entrada en vigor: 26 de octubre de 1945). UNTS XVI. 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

NACIONES UNIDAS. «Estatuto de la corte internacional de justicia». *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice>

NACIONES UNIDAS. *Reglamento de la corte internacional de justicia*. Adoptado el 18 de abril de 1978. Disponible en: <https://icj-cij.org/rules>

CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA (CIA). *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. Pacto de Bogotá*. Adoptado en IX Conferencia de la CIA, Bogotá, 1948.

### **Documentos**

#### **Naciones Unidas**

CONSEJO DE SEGURIDAD. Resolución 9 (I). Admisión de Estados que no sean Partes en el Estatuto de la Corte, adoptada el 15 de octubre de 1946. New York: Consejo de Seguridad, 1946.

ASAMBLEA GENERAL. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptado por Resolución 260 A (III) el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951, Vol. 78, United Nations Treaty Series, 1948. Paris: Asamblea General, 1948.

CONSEJO DE SEGURIDAD. Resolución 242 de 22 de noviembre de 1967, adoptada por el Consejo de Seguridad en la sesión 1382 de 22 de noviembre de 1967, S/RES/242 (1967). New York: Consejo de Seguridad, 1967.

ASAMBLEA GENERAL. Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, adoptada por Resolución 37/10 de 15 de noviembre de 1982. (AG/37/10). New York: Asamblea General, 1982a.

ASAMBLEA GENERAL. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada el 10 de diciembre de 1982, entrada en vigor el 16 de noviembre de 1994, United Nations Treaty Series, Vol. 1833. Montego Bay: Asamblea General, 1982b.

ASAMBLEA GENERAL. Comisión de Derecho Internacional (CDI). Artículos sobre la Responsabilidad del Estado ante Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobados por Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001 (AG/56/83). New York: Asamblea General, 2001.

ASAMBLEA GENERAL. Resolución aprobada en la undécima sesión especial de emergencia por la Asamblea General el 2 de marzo de 2022 (AG/RES/ES-11/1). New York: Asamblea General, 2022.

### **Jurisprudencia referenciada (citaciones oficiales)**

#### **1. Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)**

The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK), Judgment (30 August 1924).

Case concerning the Electric Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria), Preliminary Objection, Judgment. Serie A/B n° 79 (4 April 1939).

#### **2. Corte Internacional de Justicia (CIJ)**

Corfu Channel case, Preliminary Objections, Judgment (25 March 1948).

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion (28 May 1951a).

Haya de la Torre Case (Colombia/Perú), Judgment (13 June 1951b).

Anglo-Iranian Oil Co. (Iran v. United Kingdom), Provisional Measures, Order (5 July 1951c).

- Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America), Preliminary Questions, Judgment (15 June 1954).
- South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment (21 December 1962).
- Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Judgment (5 February 1970).
- Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Provisional Measures, Order (17 August 1972).
- Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment (20 December 1974).
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment (27 June 1986a).
- Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment (22 December 1986b).
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections, Judgment (11 June 1988).
- Separate Declaration of Judge Weeramantry on the case on the Application of the Convention to Prevent and Sanction the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Provisional Measures (13 September 1993).
- Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment (3 February 1994).
- East Timor (Portugal v. Australia), Judgment (30 June 1995).
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Provisional Measures, Order (15 March 1996).
- Separate Declaration of Judge Mbaye to the Land and Maritime Boundaries case between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Provisional Measures (15 March 1996).
- Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment (25 September 1997).
- LaGrand Case (Germany v. United States of America), Merits, Judgment (27 June 2001).
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (9 July 2004).

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Judgment (19 December 2005).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment (26 February 2007).

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment (1 April 2011).

Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade on the Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment (1 April 2011).

Question relating to the Obligation to extradite (Belgium v. Senegal), Judgment (20 July 2012).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment (3 February 2015).

Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment (17 March 2016a).

Obligations concerning Negotiations relating to Cessation to the Nuclear Arms Race and the Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment (5 October 2016b).

Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order (19 April 2017).

Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order (3 October 2018).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order (23 January 2020).

Declaration of Judge ad hoc Kress to the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Provisional Measures, Order (23 January 2020).

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Reparations, Judgment (9 February 2022a).

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order (16 March 2022b).

Declaration of Judge Xue to the Allegation of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order (16 March 2022).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections, Judgment (22 July 2022c).

Dissenting Opinion of Judge Xue on the Admissibility of the Declarations of Intervention at Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Intervention (5 June 2023).

Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia Beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Judgment (13 July 2023a).

Joint declaration of Intervention of Canada, Denmark, France, Germany, the Netherlands, and the United Kingdom. In the case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Intervention (15 November 2023).

Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela). Provisional Measures, Order (1 December 2023b).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order (26 January 2024a).

Separate Opinion of Judge ad hoc Barack to Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order (26 January 2024).

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment (2 February 2024b).

Declaration of Judge Yusuf to Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order (28 March 2024).

Alleged Breached of Certain International Obligations in Respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany), Provisional Measures, Order (30 April 2024c).

Separate opinion of Vice-President Sebutinde on Alleged Breached of Certain International Obligations in Respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany), Provisional Measures (30 April 2024).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order (24 May 2024d).

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Admissibility of the Declarations of Intervention, Order (3 July 2024e).

## 5. Listado de abreviaturas

A	Asamblea General de las Naciones Unidas
AG	Asamblea General de las Naciones Unidas
ARSIWA	Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Aut.	Autor
c.	contra
CERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIA	Conferencia Internacional Americana
CISFT	Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo
CSNU	Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
Coord.	Coordinador/a
CPIJ	Corte Permanente Internacional de Justicia
CPI	Corte Penal Internacional
EE.UU.	Estados Unidos
Et al.	Y otros
ES	España
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
ISBN	International Standard Book Number
NN.UU.	Naciones Unidas
Nº	número
para.	Parágrafo
RES	Resolución

ARTÍCULO Trabajo Fin de Estudio

p. página

v. versus

vol. Volúmen

## EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES. APROXIMACIÓN AL ACOGIMIENTO FAMILIAR EN EL ÁMBITO ANDALUZ

### THE CHILD PROTECTION SYSTEM: AN APPROACH TO FOSTER CARE IN ANDALUCÍA

*Antonia Gemma Díaz Rodríguez<sup>1</sup>*

Universidad de Málaga

**Resumen:** En el presente Trabajo de Fin de Máster se examina la Institución del acogimiento familiar dentro del Sistema de Protección de Menores español, centrandolo en el ámbito andaluz. De esta forma, tras una necesaria aproximación a los diferentes instrumentos internacionales de protección, se define el concepto de niño y se analiza el concepto del interés superior del menor, eje vertebrador del sistema. A continuación, se realiza un estudio de los Objetivos de Derecho Sostenible desde el punto de vista de los derechos de la infancia, para pasar al estudio de la protección de niños, niñas y adolescentes en el marco europeo. Seguidamente se abordará la regulación del acogimiento familiar en el ordenamiento jurídico español, y se concretará su análisis en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

**Palabras clave:** Sistema de Protección de Menores. Acogimiento familiar. Interés Superior del Menor. Concepto de niño. Idoneidad familias acogedoras.

**Abstract:** This Master's Thesis examines the Institution of foster care within the Spanish Child Protection System, focusing on the Andalusian context. That's why, after a necessary approach to the different international protection instruments, the concept of child is defined and the concept of the best interest of the child, backbone of the system, is analyzed. Next, a study of the Sustainable Development Goals is carried out from the point of view of children's rights, to move on to the study of the protection of children and adolescents in the European framework. In this way, the regulation of foster care in the Spanish legal system is addressed, with the due specification and analysis of its regulation in the Autonomous Community of Andalucía.

**Keywords:** Minor Protection System. Family foster care. Best Interest of the Minor. Child concept. Suitability for foster families.

---

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho, Universidad de Málaga. Máster Universitario en Derechos Humanos: Sistemas de Protección, Universidad Internacional de la Rioja. Asesora jurídica acogimiento familiar y adopción, Junta de Andalucía.

**Sumario:**

1.Introducción. 2.Marco teórico y desarrollo. 2.1. Los inicios de la protección de la infancia. De la Sociedad de Naciones a la Declaración de los Derechos del Niño. 2.1.1. La Convención de los Derechos del Niño. El concepto de niño. 2.1.2. El interés superior del menor. 2.1.3. Otros instrumentos de referencia. 2.1.4. Los derechos del niño en la Agenda 2030. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible. 2.2. Marco jurídico regional. 2.2.1. La promoción y protección en la Unión Europea. Las políticas sobre la infancia en la Unión Europea. 2.2.1.1. La promoción y protección en la Unión Europea. 2.2.1.2. Políticas sobre la infancia en la Unión Europea. 2.2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el tribunal de Estrasburgo. La Carta Social Europea. 2.2.2.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo. 2.2.2.2. La Carta Social Europea. 2.2.2.3. Otros Convenios relativos al reconocimiento y protección de los derechos de la infancia en el marco del Consejo de Europa. 2.3.Marco jurídico y normativo español. 2.3.1. Constitución Española y desarrollo normativo. 2.3.2. La modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia. 2.4. Aproximación al ámbito andaluz. 2.4.1. Legislación aplicable. 2.4.2. La declaración de riesgo y la declaración de desamparo. 2.4.3. El acogimiento familiar como medida de protección. 3. Conclusiones 4. Referencias

**1. Introducción**

Si bien la protección de los derechos en la infancia tuvo su germen en la primera mitad del S.XX, es con la Convención de los Derechos del Niño cuando se produce un necesario y relevante punto de inflexión, ya que no sólo se precisan los derechos recogidos y reconocidos en instrumentos anteriores, sino que supuso y favoreció un cambio de orientación hacia la denominada doctrina de la protección integral, en la que los niños y niñas ya no son considerados como objetos pasivos, necesitados de tutela y protección, sino sujetos titulares de derechos (DÍAZ 2023).

Esta consideración de la niñez como sujeto de derechos, supone que los niños y niñas tienen autonomía progresiva (GÓMEZ 2018), y que por lo tanto van adquiriendo la capacidad de ejercicio de sus derechos conforme su evolución y desarrollo.

En ese ejercicio de derechos, la familia es la principal estructura de protección y el referente fundamental para el desarrollo de las personas menores de edad, ya que les proporciona un entorno de seguridad, cuidado, estabilidad y afectividad, indispensable para su desarrollo

integral. Y es a su vez además un derecho de éstos, consagrado en el Principio 6 de la Declaración de Derechos del Niño, que preceptúa la necesidad de que para que el niño se desarrolle plena y armoniosamente, necesita amor y comprensión, y que este amor y comprensión será brindado por sus padres en la medida que sea posible, por lo que será imprescindible que crezca en el seno de la familia, con esos padres que le brindan protección y seguridad, añadiéndose “y, *en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material*”. Por lo que si esa familia de origen, ese espacio protector primario, no puede ejercer o ejerce inadecuadamente los cuidados, atenciones y responsabilidades que el menor necesita, será necesario proporcionar una alternativa, preferentemente familiar, para su desarrollo integral.

## **2. Marco teórico y desarrollo.**

### **2.1. Los inicios de la protección de la infancia. De la Sociedad de Naciones a la Declaración de los Derechos del Niño.**

La protección de los derechos de la infancia se incardina profundamente en la evolución histórica, económica y cultural de la sociedad en su conjunto. Sin ánimo de retrotraernos excesivamente a tiempos pretéritos, la preocupación por los derechos de los menores, prácticamente inexistente en el S XIX, comenzó a gestarse a principios del S XX, si bien fruto del trabajo remunerado que realizaban éstos con la aparición y desarrollo de la economía capitalista, fundamentalmente en fábricas y minas (LIEBEL Y MARTÍNEZ, 2009).

Y es precisamente la Organización Internacional del Trabajo (OIT), nacida como parte del Tratado de Versalles, la que, desde sus inicios, trató de limitar y luchar contra el empleo de mano de obra infantil, mano de obra que fruto de la Industrialización, trabajaba junto con adultos en duras, peligrosas e insalubres condiciones. Un ejemplo paradigmático lo constituye el Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores n° 6 de 1919, que en su art. 2 establece tal prohibición de con relación al empleo de menores de dieciocho años en empresas industriales, fuesen públicas o privadas, o bien en sus dependencias.

La Sociedad Internacional en su conjunto, comienza a desarrollar una fuerte tendencia en pro de la infancia, debido a tres causas principales que se encuentran interrelacionadas, como son la progresión de los estudios paidológicos, las nuevas visiones y sus correspondientes reformas, relativas a la educación en el ámbito escolar, y las graves repercusiones ocasionadas por la Primera Guerra Mundial. Es de destacar en este sentido, la contribución que tanto la medicina, como la psicología, sociología o la pedagogía han aportado al conocimiento de las necesidades

de la infancia, y el interés gradual por parte de asociaciones de protección a la infancia y de los gobiernos de distintos países, de generalizar y universalizar tales políticas (DÁVILA y NAYA 2006).

La comprensión más sólida y sustancial de las necesidades de los menores y de los estadios de su desarrollo, provocó de igual modo una considerable evolución progresiva en el ámbito social y jurídico. La celebración de congresos a nivel internacional, como los Congresos de Internacionales de Gotas de Leche, celebrados en París en 1905, Bruselas en 1907 y Berlín en 1911, coadyuvó necesariamente a la difusión de los problemas y necesidades de los menores, en este sentido, precisamente los temas sobre los que se debatían en tales congresos se correspondían y concordaban con las inquietudes de los legisladores europeos y americanos, y la preocupación que centraba los mismos giraba en torno a las diversas problemáticas y dificultades entorno a la infancia en la época en la cual se desarrollan, como la higiene, medicina y pediatría, tribunales de menores y educación familiar.

Asimismo, en el ámbito legislativo, se fortalecen y acrecientan las acciones y actuaciones en pro de la infancia en el seno de las legislaciones internas de las naciones europeas, como, por ejemplo, las reformas de octubre de 1920 en Francia; la Ley de Fisher en Inglaterra; las reformas de Groce y Gentile en Italia; y en España, la Ley de protección a la infancia de 1904 o la Ley de Bases sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños de 1918 (FERNÁNDEZ y MAYORDOMO 1984).

En 1919 Eglantyne Jebb, historiadora y maestra, fundó la Organización Internacional Save the Children, pocos años después, en diciembre de 1924, su propuesta de Declaración de los Derechos del Niño fue adoptada por unanimidad por la Sociedad de Naciones como la Declaración de Ginebra, Declaración que marcó un hito de relevancia extraordinaria. Es reconocida como el primer texto que contempla derechos propios y específicos a los menores, se configura como un documento conciso, sencillo, de lenguaje directo y comprensible (BOFIL y COTS 1999), ya que consta de solo cinco artículos, y proclama en primer lugar, la igualdad de los niños sin distinción de nacionalidad, raza o creencia, para continuar declarando que se ha de situar al menor en las condiciones para su desarrollo tanto material como espiritual, que éste debe ser alimentado, atendido en caso de enfermedad, estimulado, educado el menor desadaptado, así como ayudados y recogidos los menores abandonados o huérfanos. A pesar de su valor indiscutible, máxime teniendo en cuenta su encuadre histórico, se trata sin embargo de un documento sin valor vinculante y con escaso contenido jurídico, en el que el menor, aún es entendido como objeto de asistencia (TRINIDAD 2012).

Las desastrosas consecuencias provocadas por la Segunda Guerra Mundial terminaron por transformar sustancialmente la visión de los derechos que debían predicarse entorno a la protección de niños y niñas, ya que numerosos menores quedaron huérfanos o sin hogar, se produjeron migraciones y desplazamientos poblacionales, y se multiplicó la creación de orfanatos e instituciones infantiles bajo la inspiración de un modelo, el modelo hospitalario, en los que se apreciaban las calamitosas consecuencias para el desarrollo de los menores, producía el propio internamiento en tales lugares, así como el encontrarse privados del cuidado y amor de su familia, privación que repercutía sobre todo en aquellos menores más vulnerables.

Podemos apreciar que, aunque plasmados desde una nueva visión de la infancia, sin embargo, no se recoge entre los mismos el derecho de los menores a crecer en familia, a la protección y cuidado de unos padres, o en su defecto, a una protección por parte de las distintas autoridades estatales que supliera ese necesario desarrollo del menor en el seno familiar.

El impulso definitivo para el desarrollo de los derechos de niños y niñas tuvo un nuevo punto de consolidación, pero a su vez de reencuentro, con la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). En su Preámbulo, se determina la consideración de que el reconocimiento de la dignidad del ser humano, que le pertenece de forma intrínseca, así como los derechos iguales e inalienables, son la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Su naturaleza declarativa no merma su trascendencia, no solo por ser el pilar del desarrollo universal de los Derechos Humanos, sino también por el consenso y por la aceptación de los Estados adheridos a la propia Declaración.

Del análisis de su articulado se ha de constatar las menciones recogidas sobre los menores y la familia, tanto es así, que en su art. 16 se preceptúa el derecho de hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, a fundar una familia, indicándose que ésta tiene per se el derecho a ser protegida por el estado y la sociedad, considerándola como, y aquí encontramos una concepción interesante como punto de partida del desarrollo y bienestar de los menores, como elemento natural y fundamental de la sociedad; el art. 25 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que asegure para sí y su familia salud, bienestar, alimentación, vestido, vivienda, servicios sociales que sean necesarios, así como asistencia médica, y en su apartado 2, el derecho de la maternidad y la infancia, a cuidados y asistencia especiales, reconociendo además la protección social por igual, de todos los niños, bien sean nacidos dentro o fuera del matrimonio; el art. 26 reconoce el derecho a la educación, que tendrá por objeto el pleno

desarrollo de la personalidad humana, con referencia a que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a los hijos.

Sus dos Pactos resultantes, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales (PIDESC), aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, surgidos por la división del mundo en bloques tras la Segunda Guerra Mundial, recogen y mantienen estos derechos específicos.

El PIDCP en su art. 23 incide, como lo hace el PIDESC, en la visión y conceptualización de la misma como elemento natural y fundamental de la sociedad, y que, en caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse aquellas disposiciones que garanticen la protección debida a los hijos; el art 24 mantiene y hace referencia al derecho del niño a las medidas de protección que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado, al derecho de cada niño al nombre y a su inscripción tras el nacimiento, y a la adquisición de la nacionalidad. Pero además podemos encontrar en su articulado referencias notables, como el derecho de menores procesados a ser separados de los adultos (incluido el régimen penitenciario) y llevados ante los tribunales a la mayor celeridad posible, además de sometidos a tratamiento en función de su edad y condición jurídica (art. 10).

En cuando al PIDESC, en su art. 10, se reitera tanto en la consideración de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, como en la necesaria concesión a ésta de la más amplia protección y asistencia, especialmente si tiene la responsabilidad de hijos a su cargo, incidiendo en la adopción de medidas especiales que protejan y asistan a niños y adolescentes, a los que deben ampararse y protegerse frente a la explotación económica y social, estableciendo el deber de los Estado de regular límites de edad para el empleo de mano de obra infantil, así como (art 12) las medidas necesarias para reducir la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; por último, el art. 13 sigue referenciando el derecho a la educación y gratuidad de la enseñanza primaria de los menores.

Tanto la DUDH como el PIDCP y el PIDESC, son la base sobre la cual se asienta la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Es un documento sin valor vinculante, pero igualmente trascendente, sobre el cual pivota la dignidad y el valor de la persona humana, considerando en su Preámbulo que el niño por su falta de madurez necesita especial protección y cuidado, así como protección legal no sólo después de su nacimiento, sino antes del mismo, y cuyos

principios se asientan sobre el reconocimiento a todos los niños, sin excepción ni discriminación alguna, de los derechos en ella enunciados.

DÁVILA y NAYA (2006, p. 80), consideran que en la Declaración de los Derechos del Niño, en relación con la Declaración de Ginebra de 1924 “*subyace el mismo espíritu con respecto a los valores éticos que deben presidir el reconocimiento de los derechos del niño*”, si bien surgen y se consolidan novedades determinantes, ya que encontramos por fin (Principio 6) el derecho de los niños a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y a su vez se recoge el nuevo concepto del interés superior del niño (Principio 2), que se enmarca además como principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación, la cual pertenece en primer lugar, por supuesto, a sus padres. Se vislumbra por lo tanto que si esa responsabilidad de cuidado y protección, de seguridad moral y material, no es realizada y cubierta por su familia, por ese espacio protector primario, de forma adecuada, existirá la posibilidad de separación de este, para que el menor pueda desarrollarse adecuadamente, (de ahí el referente del citado Principio “*en todo caso*”), y deberá proporcionarse una alternativa de “*seguridad moral y material*”, para su desarrollo integral.

### **2.1.1. La Convención de los Derechos del Niño. El concepto de niño.**

Tras un largo período de 10 años de elaboración, participando en la misma, entre otros agentes, expertos independientes, organizaciones no gubernamentales (ONG) y organismos de las Naciones Unidas, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó el 20 de noviembre de 1989, la Convención de los Derechos del Niño, entrando en vigor en septiembre de 1990. Esta senda, de reconocer y proteger derechos, que se predicán y atribuyen a los niños, se incardina precisamente como expresa TRINIDAD (2003, p.15) citando a (PECES-BARBA 1995, p.80) “*en el proceso de Especificación o de Concreción de los Derechos Humanos*”, proceso que toma su base en la consideración de que existen grupos humanos que, por razón de sus necesidades propias, especiales y particulares, exigen y precisan una protección especial.

La Convención, de carácter obligatorio y vinculante para los Estados que han procedido a su ratificación, crea el Comité de los Derechos del Niño, como órgano de supervisión, control e interpretación de sus disposiciones, compuesto por 18 expertos y expertas independientes, elegidos por un período de cuatro años. De la actividad que realiza, destacaremos la interpretación y promoción de los derechos que se recogen en el articulado y disposiciones de la Convención a través de la emisión de las denominadas Observaciones Generales, sustentadas

en los datos, información, estudio y monitoreo de los informes proporcionados por los Estados Parte, así como del trabajo conjunto con otros organismos de Derechos Humanos. En el texto de la Convención no se mencionan de forma explícita, aunque sí en el Reglamento de funcionamiento del Comité (art.73), y suponen la plasmación de estándares, recomendaciones, logros y retos a alcanzar, a través de los cuales realizar de forma efectiva los derechos de la infancia.

Desde el año 2001 han sido publicadas veintiséis Observaciones Generales, que han de ser tomadas como marco sobre el cual cumplir las obligaciones que competen tanto Estados como agentes no estatales, de las cuáles interesan especialmente en el presente estudio: la Observación General n°4 (2003) sobre la salud y desarrollo de los adolescentes; la Observación General n°5 (2003), de medidas generales de aplicación de la Convención; la Observación General n°7 (2005), sobre derechos de la primera infancia; la Observación General n° 12 (2009), sobre el derecho del menor a ser escuchado; la Observación General n° 13 (2011), sobre el derecho del menor a no ser objeto de ningún tipo de violencia; y la Observación General n° 14 (2013), sobre el interés superior del menor.

La Convención ha gozado y goza de grandísimo apoyo y aceptación en la Comunidad Internacional en su conjunto. Recoge una pléyade de derechos tanto civiles y políticos, como derechos económicos, sociales y culturales y sitúa a niños y niñas como verdaderos y plenos sujetos de derechos. Se complementa con tres Protocolos facultativos: el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en conflictos armados; el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y el Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones (presentación individual de quejas).

Se asienta sobre cuatro pilares fundamentales: el principio de no discriminación (art. 2), la primacía del interés superior del menor (art. 3.1), el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (art. 6) y el derecho del menor a ser oído y su participación (art. 12). El niño tiene derecho a su interés sea tenido en cuenta, y a ser oído y expresar su opinión, por ello el cambio de paradigma, ya no es sólo objeto de protección, sino sujeto de derechos.

Determina el concepto de niño, que será (art. 1) todo ser humano menor de dieciocho años de edad, con excepción de que la ley que le sea aplicable determine el alcance de esa mayoría de edad, antes de los dieciocho años (debemos referir la obligación del art. 38.2 de que los Estados Parte, se abstengan de reclutar menores de 15 años). Sobre ese concepto se van a desarrollar

tales derechos específicos y resulta de gran trascendencia jurídica ya que nos encontramos ante un referente futuro que servirá de base para otros instrumentos jurídicos, no sólo de ámbito internacional.

Sobre el concepto de niño, son imprescindibles las consideraciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a “*primera infancia*”, “*mitad de la infancia*” y “*adolescencia*”. Al respecto, en la Observación General n° 7, el Comité hace referencia al concepto de primera infancia (párrafo 4), si bien reconoce que varía en los distintos países y regiones, teniendo por lo tanto en cuenta las diferencias culturales existentes, incluye dentro del mismo a los menores desde el nacimiento hasta los ocho años. Es esta etapa decisiva, según el citado Comité, para las siguientes etapas que vendrán a continuación, mitad de la infancia y adolescencia, y se caracteriza porque los cuidados y protección se realizan y llevan a cabo por padres, familia, y cuidadores fundamentalmente.

Por ende, el Comité considera a la adolescencia en su Observación General N°4 (párrafos 1 y 2), como un período de transición a la edad adulta, de rápidos cambios a todos los niveles, que incluye la madurez sexual y reproductiva, planteando retos específicos por su vulnerabilidad. En este orden de cosas, la responsabilidad del logro de los propios objetivos que marca la Convención, compete principalmente a los Estados Partes, que deben, sin que quepa distinción posible, respetar y asegurar los derechos recogidos en la misma; asegurar su aplicación a los menores bajo su jurisdicción (art.1); dotar de efectividad a tales derechos a través de la adopción de medidas administrativas, legislativas y de otra índole (art.4); respetar responsabilidades, derechos y deberes de padres, familia o comunidad (art. 5); y dar a conocer los derechos en ella recogidos tanto a personas menores como a adultos (art. 42), así como difusión de los informes periódicos en los Estados Parte (art. 44, párrafo 6). Más su vez compete tal logro de objetivos a instituciones públicas y privadas, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos, que adoptarán medidas atendiendo al interés superior del menor (art. 3.1); y por supuesto, a padres y representantes legales, a los cuales les corresponde la responsabilidad primera de la crianza del niño (art. 18).

Con el fin de desarrollar las medidas recogidas en el art.4 de la Convención, en 2003, el Comité de los Derechos del Niño, aprobó la Observación General n° 5. En ella se prescriben las denominadas “*medidas generales de aplicación*”, a fin de que sean tenidas en cuenta por los Estados Parte de cara a hacer plenamente eficaces los derechos de los niños y niñas, invocando la idea, ya recogida en otros instrumentos internacionales, de realización de forma progresiva

de los derechos hasta el límite de recursos disponibles. Se pueden remarcar las siguientes medidas principales:

- Medidas de tipo legislativo. Señalando la importancia de que la normativa interna debe acoger los derechos de la Convención, adoptando disposiciones legislativas o de otra índole que corresponda.
- Exigencia de recursos efectivos que posibiliten la invocación de los derechos ante los tribunales, que incluiría el suministro de información adaptada a la edad y madurez del menor, procedimientos independientes de denuncia, asistencia letrada, reparación apropiada, rehabilitación, reintegración, entre otras.
- Disposiciones administrativas. Desarrollando estrategias nacionales a favor de los menores; evitando que el proceso de privatización reduzca la obligación del Estado de garantizar el reconocimiento y realización efectiva de los derechos enunciados; reunión de datos desglosados que abarque toda la infancia a nivel nacional, coordinados con el resto del territorio, incluyendo la elaboración de indicadores; dar visibilidad a las personas menores de edad en los presupuestos; promoción de la formación y fomento de la capacidad de autoridades y funcionarios con competencias o que trabajen con menores; y fortalecimiento y cooperación con la sociedad civil.

En su Preámbulo, reconoce el derecho del niño a crecer en el seno de una familia, y en su articulado a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, a la convivencia con ambos padres y al derecho de visitas si no fuera posible, debiendo los Estados velar porque no sea separado de sus éstos, salvo así lo exija su interés superior (art 7).

En lo que interesa en relación con protección de niños privados temporal o permanentemente de su ámbito y medio familiar, o cuyo interés reclame que no permanezcan en tal medio, tienen derecho a ser protegidos y asistidos por el Estado, garantizando para ello otro tipo de cuidados alternativos, entre los que se incluyen hogares de guarda, *kafala* del derecho islámico, adopción o instituciones adecuadas de protección (art. 20), sólo cuando el medio familiar sea perjudicial o nocivo, cuidando que el interés superior del menor sea considerado primordialmente y se lleve a cabo con las garantías legalmente establecidas (art. 21).

### **2.1.2. El interés superior del menor.**

Uno de los ejes centrales de la Convención de los Derechos del Niño gira entorno al precitado interés superior del menor, ya reconocido y contemplado como principio en la Declaración de

los Derechos del Niño. La dimensión que se le otorga en la Convención es máxima, su art.3 consagra la atención y consideración en todas las medidas relativas y correspondientes a los niños que tomen, tanto instituciones públicas e instituciones privadas dedicadas al bienestar social, órganos judiciales, y por supuesto autoridades administrativas y órganos legislativos, por lo cual debe predicarse de todos y cada uno de los órganos y autoridades que procedan a la aplicación de la Convención, bien se trate de políticas públicas, actuaciones administrativas o judiciales, sector privado, entre otras, todas deben actuar en defensa del mismo.

En orden a la comprensión de su alcance jurídico, es imprescindible hacer referencia a la Observación General n° 14 de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En ella se subraya que tal consideración exige la adopción de un enfoque fundamentado en los derechos, y lo categoriza subrayándolo como (párrafo 5):

- Un derecho sustantivo. Una obligación para los Estados, de con aplicabilidad inmediata, pudiendo ser invocados ante los Tribunales.
- Un principio jurídico interpretativo fundamental y prioritario.
- Una norma de procedimiento.

La Observación General n° 14 define los requisitos para su apreciación y valoración, lo perfila como concepto dinámico en contante transformación y cambio, a lo cual añadiremos que se configura igualmente como un concepto jurídico complejo e indeterminado, pero necesariamente flexible atendiendo al contexto cultural, social, y particular de los menores. Debe ser determinado en el caso concreto, individual, para cada niño o niña, atendiendo claro está, al respeto de la Convención y sus Protocolos. Preconiza que, en esa evaluación del interés superior del menor, ha de tenerse en cuenta (párrafo 53-79): su opinión, identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad, vulnerabilidad, y derecho a la salud y educación.

Específicamente, en el ámbito de la preservación del entorno familiar, se concibe a la familia como la unidad fundamental dentro de la sociedad, interpretándola con amplitud, lo que incluye a padres biológicos, de acogida y adoptivos, familia extensa o ampliada o comunidad. Es interesante esta consideración, pues abarca un concepto de familia que no se constriñe necesariamente al ámbito biológico o binomio padre-madre, y permite que se incluyan otras formas de familia de acuerdo con el ámbito cultural incardinado, formas de familia amplias que

pueden responder a la realidad social del momento que se trate, imaginemos abuelos o familiares y allegados, guardadores o acogedores.

La preservación de la unidad familiar y el mantenimiento de las relaciones paternofiliales en el caso de separación de uno o ambos padres o tutores (salvo que sea contrario a su interés), se acoge por la Observación General n° 14 con máxima sensibilidad, y debe ser adoptada como medida de *última ratio*, previamente los Estados deben establecer los necesarios apoyos al cumplimiento de las responsabilidades parentales. Se ha tomado ya conciencia de las graves consecuencias que suponen para los menores la separación de sus padres y del entorno familiar.

Esta Observación General igualmente hace referencia directa a las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, aprobadas en 2010 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, instrumento de *soft law* que posee carácter orientativo y complementario de la Convención de los Derechos del Niño, y se centra en la protección y bienestar de niños en privados o con riesgo de encontrarse privados del cuidado de su familia, estableciendo pautas de actuación para todos aquellos sectores que se encuentran relacionados con el cuidado alternativo de niños y niñas. Éstas establecen que los menores no deben permanecer en la situación de acogimiento más tiempo del necesario, garantizando el Estado, que, si se produjera tal separación, se realizará previa evaluación profesional interdisciplinar y colaboración judicial. Y es que siempre será prioritario que el niño permanezca en el seno familiar, bajo el amparo de sus padres, previniendo la posible separación y facilitando su reintegración si procede, teniendo en cuenta el interés superior del menor. Por ello, sólo subsidiariamente se podrá considerar y aplicar otra solución permanente y adecuada al caso concreto como pudiera ser la adopción o el acogimiento, si la familia, ni siendo ayudada y apoyada en su responsabilidad, tiene capacidad para cuidar debidamente al niño.

Es valiosa al respecto, la expresión que se recoge en el art. 5 en cuanto a las obligaciones de padres o miembros de la familia o comunidad, de impartir a los menores dirección y orientación para el ejercicio de sus derechos de conformidad y en armonía con el desarrollo y adquisición de sus facultades. Y es que la niñez, desde el mismo momento del nacimiento es un proceso continuo, de evolución y adquisición de facultades y capacidades, y, en consecuencia, en función de su edad y del grado de madurez, podrán realizar actos por sí mismos, y ejercitar sus derechos, lo que no hace sino desplegar el concepto de autonomía progresiva, en la que actúa como impulsor el interés superior del menor. Todo ello supone el abandono del adultocentrismo por el cual abogaban los antiguos sistemas tutelares.

Este interés superior del niño debe ser tenido en cuenta junto con el derecho del menor a ser oído y a expresar su opinión, en función de su edad y madurez, objeto de la Observación General N°12 (2009), referida al desarrollo del art 12.1 de la Convención, ya que ambos son la base y el punto de partida para que el menor sea considerado sujeto de derechos. Tal Observación General recoge el derecho del menor a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte (párrafo 32), sin limitaciones, incluyendo los relativos a formas sustitutivas de cuidado, cuando es víctima de abusos o negligencia en su familia, adopción, hogar de guarda y *kafala* del derecho islámico, niños no acompañados, solicitantes de asilo y refugiados, en el establecimiento de las medidas de protección por parte de las autoridades, y por supuesto en la selección de familias para llevar a cabo el acogimiento familiar. Se establecen medidas para que su garantía, ya que es un derecho activo en sí mismo, (párrafo 40-43), y por supuesto, obligaciones para los Estados Parte, en relación (párrafo 48) a la revisión o modificación de la legislación interna, la adopción de estrategias de actuación, así como obligaciones concretas en procedimientos judiciales y administrativos.

### **2.1.3. Otros instrumentos de referencia.**

No podemos dejar de citar otros instrumentos internacionales que se han ocupado de los derechos de la infancia, referidos éstos a materias sectoriales que afectan a los menores. Desde sus inicios, como ya se he tenido la oportunidad de citar en líneas precedentes, la OIT ha sido precursora en la materia, regulando el ejercicio del trabajo infantil, considerando que éste dificulta e impide el desarrollo adecuado de los niños ya que les somete a potenciales daños a todos los niveles. Es por lo que, en 1973, la OIT dicta el Convenio n° 138 sobre la edad mínima general para la admisión al trabajo o empleo, tomando como base la adopción de un instrumento que permitiera ofrecer un marco concreto y general en el ámbito del trabajo infantil, sin centrarse en un ámbito laboral o sectores económicos determinados, como había venido haciendo desde 1919, año en el que adoptó el Convenio sobre la edad mínima en la industria.

A nivel jurídico, otro de los ejes sobre los que gira la protección a los menores en el seno de la OIT, es el Convenio n° 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, adoptado en junio de 1999. El mismo determina en su art.3 qué se considera como peores formas de trabajo infantil, incluyendo la esclavitud, venta y trata de niños, servidumbre y trabajo forzoso, prostitución, pornografía, tráfico de estupefacientes y el que dañe la salud, seguridad o moralidad de los menores. Y por supuesto es necesario mencionar el Convenio n° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en el cual se prescribe la acción que debe asumir los gobiernos, coordinada y sistemática, para proteger sus

derechos, haciendo mención específica a los niños de tales pueblos a su derecho a escribir y leer en su lengua indígena, a la educación sin discriminación, a la prohibición de ser sometidos a traslados forzosos a otro grupo y a ser protegidos de la explotación económica.

En este orden de cosas si la familia se configura como elemento fundamental de la sociedad, como espacio de realización de los derechos de los menores, no puede obviarse la importancia en este encuadre de la Convención para erradicar todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979. Y es su Preámbulo tiene presente el aporte que la mujer ha realizado a la familia, a su bienestar y desarrollo, que implican el desarrollo de la sociedad en su conjunto, la importancia para la sociedad, de la maternidad y de las funciones de los padres. Porque, al fin y al cabo, la protección de la maternidad es también la protección de los menores, y la protección de la mujer embarazada y madres en período de lactancia, la protección frente a la violencia, redundan en beneficio de la familia y de los hijos.

Ambos Comités, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño, adoptaron conjuntamente el 14 de noviembre de 2014 (revisadas en mayo de 2019), la Recomendación General núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas. En ella reconocen que (párrafo 4) la dimensión de género en la violencia, existiendo prácticas nocivas entorno a la discriminación por razón de sexo, edad, género, endémicas en muchas comunidades y ámbitos de la sociedad, incluyendo entre las mismas, la mutilación genital femenina, el matrimonio infantil y forzoso (definido como aquel en el que uno de los contrayentes o ambos tienen una edad inferior a los 18 años), la poligamia y los delitos de honor.

En cuanto a la Convención sobre Derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006, en vigor desde el 3 de mayo de 2008, realiza el mandato a los Estados Parte a que actúen conforme al principio del interés superior del menor y al derecho de éste a ser oído (art. 7), asegurando el ejercicio de los derechos de los niños con discapacidad en condiciones de igualdad, indicando que tendrán derecho a conocer y ser atendidos por sus padres, en la medida que esto sea posible (art 18). Es esencial citar la Observación General n°6 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD), aprobada en su 19° período de sesiones, en marzo de 2018, por cuanto hace referencia al derecho de niños y niñas con discapacidad a “*crecer en el seno de su familia*”, instando a los Estados Parte a que establezcan las medidas necesarias para evitar la institucionalización de los menores y facilitarles la

convivencia con sus familias o alternativamente, con familias de acogida. Esta Observación General n° 6 hace referencia de forma directa al derecho de los menores a crecer en familia, derecho que no se recogía en el articulado de la Convención de los Derechos del Niño, aunque sí se contemplaba y reafirma como base de la Convención en su Preámbulo.

Por otro lado, es de destacar la labor, en el ámbito del derecho internacional privado, efectuada por la Conferencia de La Haya, con la elaboración del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito el 25 de octubre de 1980; el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrito el 29 de marzo de 1993; y el Convenio sobre Jurisdicción, Ley aplicable, Reconocimiento y Ejecución de la Ley y la Cooperación, con relación a la responsabilidad parental y a las medidas para la protección de los niños, suscrito el 19 de octubre de 1996.

En este análisis podemos finalizar, sin ánimo de resultar exhaustivos, citando las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, “*Reglas de Beijing*”, aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, la Convención de los Derechos del Niño las recuerda en su Preámbulo; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, ambos adoptados por la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000; la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/S-27/2) de 10 de mayo de 2002 “*Un mundo apropiado para los Niños*”; el Informe Mundial sobre la Violencia contra los niños y las niñas (A/61/299), presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas; el Compromiso Global de Yokohama, llevado a cabo durante el Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, en diciembre de 2001; el Plan de Acción de Rio de Janeiro, adoptado en el Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes, en noviembre de 2008; y la Resolución (A/RES/74/4133) de la Asamblea General sobre la Promoción y Protección de los derechos de la infancia, de 12 de noviembre 2019, enfocada a la infancia que carece de cuidado parental.

#### **2.1.4. Los derechos del niño en la Agenda 2030. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible.**

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), herederos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), nacen en el seno de la Agenda 2030, a raíz de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Nueva York en septiembre de 2015 y están

establecidos en la Resolución A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Surgen como un plan de acción a fin de abordar grandes retos a nivel mundial, englobando cinco esferas del desarrollo sostenible, personas, prosperidad, planeta, paz y alianzas, teniendo en cuenta una triple vertiente: económica, social y ambiental, persiguiendo hacer efectivos los derechos humanos y lograr la igualdad de género, con el empoderamiento de mujeres y niñas. Constituyen una hoja de ruta que compromete no solo a gobiernos, también a organizaciones sociales, al sector empresarial y a diversos actores que operan a distintos niveles, internacional, nacional, regional y local. La propia Resolución A/RES/70/1 señala que sus principios y propósitos inspiradores son los contenidos en la Carta de las Naciones Unidas; y su fundamento, la DUDH, los tratados internacionales de DDHH, la Declaración del Milenio, así como el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005.

Los 17 ODS, en vigor desde el 1 de enero de 2016, que deben guiar las acciones de la comunidad internacional en los siguientes 15 años desde su entrada en vigor, están interrelacionados entre sí y se encuentran vertebrados alrededor de un conjunto de 169 metas concretas y específicas, que la citada Resolución considera de “*carácter integrado e indivisible*” (art.18). Tienen una arquitectura novedosa, que ha tratado de vencer las debilidades de los ODM, a través de una agenda más extensa, con una articulación firme en defensa de los DDHH, carácter universal e incorporando una concepción sostenible e incluyente del crecimiento económico (GÓMEZ 2018). Su supervisión, observación y examen se establece a través de una lista de 232 indicadores globales, plasmados en el Anexo de la Resolución A/RES/71/313 de 10 de julio de 2017 y relacionados con los 17 ODS y cada una de sus metas y permiten la medición, seguimiento y evaluación del grado de desarrollo e implementación de los mismos.

Los 17 ODS afectan a la vida de niños y niñas, por ese motivo, garantizar los derechos y el bienestar de la infancia, es un requisito esencial de la Agenda 2030, que incorpora de forma prioritaria una perspectiva basada en DDHH y promoción de la paz, y así alcanzar los ODS sin que nadie se quede atrás, como preconiza la Resolución A/RES/70/1. En este sentido, si bien se focaliza en que el progreso y avance de los resultados de la infancia, y en que las inversiones estratégicas que se realicen en ella, son esenciales para el fin de la pobreza y la promoción de la paz, es paradójico que el término familia sólo se cite una vez en los ODS, encontrándonos con una ausencia total a una referencia a los menores carentes de cuidado familiar, menores que se encuentran especialmente afectados por la pobreza, deficiente salud física y mental o nula posibilidad de acceso a servicios básicos, educación, etc. (ALDEAS INFANTILES SOS 2017).

En todo caso, para poder realizar una defensa y apoyo a la infancia, es imprescindible reconocer y poner en valor el papel que desempeñan aquellos entornos donde los menores se desarrollan y crecen, así como realizar una consideración especial a aquellos niños y niñas que carecen de ese cuidado primario, esencial y protector.

Teniendo en cuenta esta premisa, y que cada uno de los ODS están vinculados al desarrollo de los derechos de la infancia, las políticas que se lleven a cabo con relación a la familia (UNICEF 2018) constituyen el soporte de las demás políticas públicas que ejecuten los gobiernos a nivel nacional, ya que tendrán una incidencia de relevancia exponencial en la consecución de las metas de los 17 ODS. Ahora bien, debemos indicar al menos, cinco ODS que constituyen un indispensable punto de partida para la realización de los derechos de la infancia (ALDEAS INFANTILES SOS 2017):

- ODS 1: Fin de la pobreza.
- ODS 4: Educación de calidad.
- ODS 8: Trabajo decente y crecimiento económico.
- ODS 10: Reducción de las desigualdades.
- ODS 16: Paz, justicia e instituciones sólidas.

En un análisis más pormenorizado de los mismos, si nos centramos en el ODS 1 y en sus respectivas metas, cada una de ellas redundan en los derechos de niños y niñas, como la reducción de la pobreza a la mitad en cuanto a la proporción de hombres, mujeres, niños y niñas (meta 1.2); la garantía de acceso en condiciones de igualdad, de hombres y mujeres, en especial los más vulnerables a los recursos económicos (meta 1.4); y especialmente la puesta en práctica de sistemas y medidas nacionales de protección social que sean adecuados y gocen de gran cobertura (meta 1.3). Tales sistemas de protección social, a la par que los sistemas de salud y educación son trascendentales para la garantía del bienestar infantil (ALDEAS INFANTILES SOS 2017), y aunque no se encuentren estructurados de forma específica en los menores, repercuten en ellos en alto grado, siendo necesario que hagan frente a las vulnerabilidades de las estructuras primarias de protección a la infancia (familia, entorno social, entre otros), lo cual, puede coadyuvar a hacer más fuertes y robustas esas estructuras primarias, evitar o prevenir la separación de las familias, facilitar la reintegración en las mismas o la búsqueda, como último recurso, de cuidados familiares alternativos.

En relación con el ODS 4, como señala MIRANDA GONÇALVES (2023, p. 278) “*abarca desde la primera infancia hasta la edad adulta, e incluye tanto la educación formal como la no*

*formal e informal. Asimismo, el ODS 4 reconoce que la calidad y la equidad son dimensiones fundamentales para asegurar el derecho a la educación y su contribución al desarrollo sostenible*". La educación de calidad debe predicarse y aplicarse a los menores y familias, en este ámbito se deberían tener en cuenta políticas educativas que favorezcan la educación y ejercicio adecuado de la parentalidad, la mejora de las dinámicas familiares, la inserción laboral y hábitos adecuados (UNICEF 2018). Ello es de una importancia crucial para los menores, ya que es más probable que aquellos niños que han vivido sus primeros años de vida sin cuidado de sus progenitores o familia sufran dificultades de aprendizaje duraderas en el tiempo, y los jóvenes que han crecido sin cuidado familiar, tengan disminuidas notablemente sus oportunidades de acceso a la educación superior y especializada.

La educación evita la repetición intergeneracional de los ciclos de pobreza, discriminación y desigualdad social y permite que los menores tengan más y mejor capacidad para expresar su opinión en las situaciones que les afecten y de llegar a adoptar criterios, ideas y por supuesto, a poseer juicios propios, y es indispensable que sea inclusiva e igualitaria. Es por lo tanto un instrumento de cambio social, asimismo un factor decisivo para construir sociedades justas y pacíficas, ya que el fomento a través de la educación de valores como la tolerancia, el respeto a los DDHH, la diversidad... etc., va a colaborar en prevenir la violencia y a promover la paz (MIRANDA GONÇALVES 2023).

En cuanto al ODS 8 (trabajo decente y crecimiento económico) y los derechos de la infancia, en los menores que crecen fuera del cuidado familiar, esta circunstancia influye directamente en la preparación que reciben para su participación activa en las distintas esferas de la vida adulta. En todo caso, la formación cualificada y continua, la educación superior y el empleo de jóvenes, es la vía hacia la independencia económica de éstos, lo cual les hace ser a su vez independientes de la familia y el estado, repercutiendo en otros ODS (UNICEF 2018). ALDEAS INFANTILES SOS (2017, p.13) en su documento informativo que incluye propuestas para lograr la inclusión en los ODS de los menores sin cuidado familiar, menciona el hecho de que las políticas públicas a nivel laboral "*inciden tanto en los adultos como en sus hijos*", y deben permitir la conciliación a fin de que las responsabilidades laborales y derivadas de la crianza puedan equilibrarse.

Adentrándonos en el ODS 10 y poniendo el centro en los menores que crecen sin un entorno familiar, éstos tienen más posibilidades de sufrir discriminación al tratarse de un grupo vulnerable en sí mismo, por lo que unir esta vulnerabilidad con otras concomitantes, les revictimiza e impide su desarrollo pleno e integración. Con el fin de disminuir las desigualdades

Naciones Unidas, en su Informe sobre los ODS en 2023, considera indispensable la distribución equitativa de los recursos, la inversión en la educación y enseñanza y la implementación de medidas de protección social, así como la lucha contra la discriminación y el fomento de un comercio y sistema financiero justo (NACIONES UNIDAS 2023). Por ello, con relación a los derechos de la infancia, los gobiernos deben establecer medidas legales y sociales de protección, que permitan luchar contra la discriminación y exclusión los menores que carecen de cuidado familiar.

En cuanto a la conceptualización y ejecución del ODS 16, sin duda la meta más trascendental es la 16.2 “*poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños*”. Las distintas formas de violencia que sufre la infancia no sólo pueden darse fuera del entorno familiar, sino en su propio seno, y derivar con ello en una separación del menor y sus progenitores. Según ALDEAS INFANTILES (2018, p. 35), no existen datos que reflejen “*la prevalencia de la violencia que sufren los niños y las niñas*” que se encuentran sin cuidado familiar, siendo indispensable que gobiernos y autoridades, hagan esa recopilación y estudio de datos, garantizando que los menores sean escuchados. Deben fortalecerse los sistemas de protección de la infancia, cuyo marco normativo y político sea de promoción y apoyo de tales sistemas, siendo indispensable que ese marco normativo prohíba y sancione la violencia infantil en todas sus formas, y que la acción educativa fomente la crianza positiva y respetuosa con los derechos de la infancia (MIRANDA GONÇALVES 2023).

Ahora bien, en esta consideración de los ODS como un todo interrelacionado, la selección efectuada es una propuesta indicativa que no debe dejar atrás los demás ODS: el hambre cero (ODS 2), la salud y bienestar (ODS 3), la igualdad de género (ODS 5), el agua limpia y saneamiento (ODS 6), etc. Por ende, si nos centramos en todos y cada uno de los ODS, encontramos metas que repercuten, determinan y son complementarias a las políticas orientadas a la infancia y a las familias.

En el caso de España, la Red Española para el Desarrollo Sostenible, iniciativa global de las Naciones Unidas, en su Informe de Desarrollo sostenible 2023, sitúa a nuestro país dentro del contexto mundial en el puesto número dieciséis, determinando su avance en prácticamente la totalidad de los ODS. Igualmente, en el Informe de 2023 de Progreso de la estrategia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, realizado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, se expone un análisis de los resultados de las políticas públicas llevadas a cabo para la consecución de éstos, y pone de manifiesto, los avances realizados en nuestro país y los retos pendientes (MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 2023).

## **2.2. Marco jurídico regional.**

### **2.2.1. La promoción y protección en la Unión Europea. Las políticas sobre la infancia en la Unión Europea.**

#### **2.2.1.1. La promoción y protección en la Unión Europea.**

La legislación en el seno de la Unión Europea (UE) sobre la promoción y protección de los derechos del niño, a diferencia de lo que hemos procedido a analizar en el ámbito internacional, comenzó a configurarse de forma fraccionada, en el ámbito de iniciativas políticas y económicas generales, no constreñidas al ámbito infantil.

No hay que olvidar que el propio origen de la UE está basado en una orientación fundamentalmente económica, y que con anterioridad a 1969, el TJ mantenía el criterio de no pronunciarse en materia referente a derechos, siendo ajeno a un planteamiento relativo a los DDHH. Por ello es sobradamente conocido el punto de inflexión que suponen sentencias del TJ como la sentencia Stauder, en la que el entiende que los derechos fundamentales forman parte de su ordenamiento jurídico como principios generales; la sentencia Internationale Handelsgesellschaft, en la que manifiesta que es imprescindible para determinar el contenido de tales derechos, atender a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros; como a su vez, los tratados en la materia de los que éstos son miembros, lo cual se recoge en la sentencia Nold; entre los que se incluyen, claro está, el Convenio Europeo de los Derechos humanos, como preconiza la sentencia Rutilli.

En ese orden de cosas, un documento de imprescindible es la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992. De su lectura y estudio se destaca la consideración que en ella se realiza acerca del papel de la familia y de la estabilidad de ésta, que redundan en que el desarrollo del niño sea equilibrado y armonioso, ya que las circunstancias de ese entorno familiar y social van a determinar su ser adulto, incidiendo en la importancia que supone la infancia como etapa de vida.

Se recogen en su seno un amplio catálogo de derechos, entre los que se incluyen, el de gozar de sus padres o personas o instituciones en su defecto, responsabilidad parental compartida en la educación de los menores (art. 12); el derecho a la protección de su identidad, incluyendo el derecho a conocer “*ciertas circunstancias*” en relación a sus orígenes biológicos (art. 11) ; a ser oído en las decisiones que puedan afectarles en función de su edad y madurez, especial y fundamentalmente en procedimientos y decisiones que supongan la modificación del ejercicio

de la patria potestad, guarda o custodia, etc.; así como el derecho a que sus intereses sean objeto de tanto de defensa y como de salvaguarda en decisiones judiciales, administrativas o familiares (art. 15).

Resulta notable la referencia que la Carta realiza al derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos, aunque no se reconozca como un derecho amplio, sino limitado según se desprende de su lectura. Este derecho se encuentra incardinado como manifestación del derecho a la protección de la identidad, fue previsto por primera vez a lo largo del articulado de la Convención de los Derechos de Niño, ofreciendo un reconocimiento integral e inconmensurable (DE LORENZI, GALLEGO y FERNÁNDEZ 2019).

Por otra parte, es preciso hacer referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, que goza de un estatuto jurídico equiparable al de los Tratados de la UE (art. 6 TUE) desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009. Se erige como base jurídica de la actuación de la UE, y, por lo tanto, obliga a instituciones, organismos de la UE y a Estados miembros, cuando aplican el Derecho de la UE, y otorga carácter vinculante a la protección de los derechos de la infancia.

En su art. 24, bajo la rúbrica “*Derechos del niño*”, contiene un reconocimiento explícito y específico a los derechos de los menores, estructurándose en tres pilares básicos: derecho a expresar su opinión; a que los actos adoptados por organismos públicos o privados consideren el interés superior del menor; y al mantenimiento de las relaciones con sus padres, salvo si es contrario a su interés. No queda constreñida esa protección a la posesión por parte del menor, de la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión, bastará con encontrarse en el territorio de ésta, lo cual le otorga un carácter amplio y universal, y ello tiene como fundamento, la protección a la especial vulnerabilidad de la infancia. Igualmente, en su art. 32 se prohíbe el trabajo infantil y el trabajo forzado se recoge en su art. 21, dentro de la prohibición de toda discriminación, la discriminación por razón de edad, aunque, sin embargo, no se recoge en su articulado una definición o concepto de niño.

Precisamente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se consolida de forma definitiva la protección de los derechos de los menores dentro de los objetivos de la Unión, (art. 3.3), constituyendo la protección de los DDHH un elemento primordial en sus relaciones exteriores, en especial los derechos del niño (art. 3.5). El TFUE recoge dos referencias competenciales de la UE: la relativa a la adopción de medidas en la lucha contra trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños (arts. 79.2) y el establecimiento de normas mínimas sobre

definición de infracciones penas y sanciones en determinados ámbitos, incluyendo la trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños (83.1).

De estos marcos competenciales, surgen principalmente dos Directivas que se han de considerar fundamentales, la Directiva relativa a la lucha contra los abusos sexuales y explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, de diciembre de 2011, y la Directiva relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, de abril de 2011. Citamos ésta última, ya que en su seno se recogen medidas concretas para los menores víctimas, integrando el interés superior del menor como consideración primordial (art 13) e incluyendo a menores no acompañados, que tendrán derecho al nombramiento de un representante.

No obstante, es esencial precisar, que la acción legislativa de la UE está basada en la competencia que le ha sido atribuida por los tratados (art. 2-4 TFUE), por lo tanto, las esferas centrales de la protección a la infancia se han centrado en la cooperación en materia civil y penal, inmigración, asilo y protección de datos y al consumidor. Ahora bien, se da la circunstancia de que todos y cada uno de los Estados Miembros, son a su vez, parte de la Convención de los Derechos del Niño, lo cual incide directamente en una doble vía, en la orientación y desarrollo de tales marcos competenciales, así como en la inspiración, orientación y desarrollo de las políticas de infancia de la UE.

#### **2.2.1.2. Políticas sobre la infancia en la Unión Europea.**

En el ámbito del desarrollo e implementación de las políticas sobre la infancia dentro de la UE, no existe a nivel institucional una única autoridad responsable que se ocupe de los derechos de niños y niñas, existiendo por lo tanto diferentes tipos de actores que adoptan a su vez distintas formas de trabajo y desarrollos competenciales. Es en tiempos recientes, cuando se ha realizado una intervención tanto legislativa como material con la infancia como receptora principal (PLATAFORMA DE LA INFANCIA 2023). En todo caso, la evolución de estas políticas se ha tornado de una supeditación de las mismas a las políticas generales y sectoriales, para adquirir relevancia propia y mayor protagonismo (MARBÁN y RODRÍGUEZ 2020).

Así, en el ámbito del Parlamento Europeo, requiere especial mención, la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2019, sobre los derechos del niño con ocasión de la celebración del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. En sus observaciones generales, se consideran aspectos que valoramos esenciales y es que en ella el Parlamento manifiesta que los derechos de los menores deben situarse de forma

privilegiada en las políticas de la Unión (apartado 1); solicita a la Comisión, la adopción de medidas específicas que incidan en dar visibilidad a las acciones de la Unión en materia de derechos de la infancia, añadiendo como ejemplo el nombramiento de un representante de la Unión con competencia exclusiva y expresa en materia de derechos de la infancia y un centro de protección a la infancia en la UE (apartado 2), así como su adhesión a la Convención de los Derechos del Niño (apartado 5); y reitera e indica un elemento de gran trascendencia, que todos y cada uno de los ODS son necesarios de cara a la defensa de los derechos del niño (apartado 6).

Precisamente en el seno de la labor efectuada por el Parlamento Europeo, se incardina la labor que efectúa la Coordinadora del Parlamento Europeo para los Derechos del Niño. No sólo es un órgano de apoyo al Parlamento en la materia, a su vez fomenta y favorece los derechos de niños y niñas en la legislación y políticas de la Unión. Su trabajo por lo tanto se extiende a otras instituciones de la Unión; Consejo de Europa; órganos nacionales, administrativos y judiciales y ciudadanos de los Estados miembros, fomentando en este último caso, la mediación en litigios familiares transfronterizos y sirviendo de asesoramiento e información en casos de sustracción internacional de menores.

En este orden de cosas, la Comisión Europea, dentro del denominado “*Pilar Europeo de Derechos Sociales*”, adoptó la Comunicación de 24 de marzo de 2021, dando traslado al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño. Esta Estrategia no es un texto vinculante, pero se configura como un elemento y marco político que refleja el compromiso de esta institución con los derechos de niños y niñas. En ella se hace referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por todos los Estados miembros de la UE, considerando que la UE necesita un enfoque renovado y actualizado a las realidades existentes, así como aunar y englobar en un marco conjunto, los instrumentos existentes (legislativos, políticos y de financiación), estableciendo políticas globales. Consta de los siguientes ejes vertebradores:

1. Participación inclusiva de los niños en la vida política y democrática, a escala local, nacional y de la UE. En coherencia con esta participación inclusiva, la propia Estrategia señala en su introducción, que ha sido elaborada considerando los criterios, apreciaciones y recomendaciones hechas por menores.
2. Inclusión económica y social de los menores, salud y educación. Recogiendo la Recomendación al Consejo del establecimiento de una Garantía Infantil Europea como instrumento de lucha contra la exclusión social y la pobreza de niños y niñas.

3. Garantizar la protección de la infancia y eliminar y combatir la violencia contra los menores. Es de destacar la mención de la Comisión a los Estados miembros a actuar en la mejora de la actuación y respuesta de los sistemas de protección de menores nacionales, estableciendo estrategias y programas que promuevan la desinstitucionalización de los menores.
4. Justicia adaptada a los niños.
5. Sociedad digital y de la información. Entorno seguro para los menores.
6. Dimensión global de la UE con relación a la protección de todos los niños.
7. Integración de la perspectiva infantil en la totalidad de las acciones de la Unión.

El Consejo de la Unión Europea, recogiendo el testigo brindado por la Comisión, adoptó en junio de 2021, la Recomendación 2021/1004, por la que se establece una Garantía Infantil Europea, cuyo objetivo (art. 1) no es otro que la prevención y lucha contra la exclusión social de los menores, y tiene como objetivo la ruptura del ciclo de transmisión intergeneracional que suponen la pobreza y la exclusión social, incluyendo dentro del grupo que la precitada Recomendación considera “*niños necesitados*”, a aquellos que se encuentran en hogares alternativos, en especial a los que residen en centros de menores.

## **2.2.2. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el tribunal de Estrasburgo. La Carta Social Europea.**

### **2.2.2.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo.**

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma en noviembre de 1950, tuvo como inspiración el camino ya iniciado por la DUDH, siendo el primer instrumento que dota de fuerza vinculante los derechos contenidos en la citada Declaración. En su Preámbulo reitera la finalidad del Consejo de Europa (CdE) en la protección y desarrollo de los DDHH como medio para alcanzar una unión más estrecha entre sus miembros; y se menciona a la DUDH como instrumento de inspiración y guía, indicando que esta reconoce y asegura derechos de aplicación universal.

El CEDH es la base teórica del CdE, cuya dimensión geográfica abarca 46 Estados miembros (de los cuales 27 son miembros de la UE), que son a su vez, a título individual, miembros de la Convención de los Derechos del Niño; y recoge en su seno derechos catalogados como derechos civiles y políticos, con escasas referencias directas a los derechos de la infancia, que se encuentran limitadas a la prohibición de la esclavitud y trabajo forzado (art 4 CEDH) o a un

proceso equitativo (art. 6 CEDH). Es significativo que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como garante del cumplimiento de las obligaciones que se derivan del CEDH y de sus Protocolos por los Estados parte, destaca que, si bien el Convenio viene a establecer derechos y libertades civiles y políticos, “*gran parte de los mismos tienen implicaciones de naturaleza económica y social*” (STEDH caso Airey vr. Irlanda).

Ahora bien, el TEDH ha desplegado en sus Resoluciones la protección requerida a la infancia, existiendo extensa jurisprudencia al respecto, y resultando de gran interés, la labor interpretativa llevada a cabo acerca de la noción de vida familiar acogida en el art.8 CEDH, ya que en ella coexiste el concepto de familia que podemos denominar tradicional, cuyo sostén se encuentra en el matrimonio, con aquella que está basada en la afectividad y la convivencia (ALMEIDA 2009). Sobre esta base, se ha pronunciado (caso Söderbäck contra Suecia) acerca de la prioridad de los lazos de afectividad ya existentes entre un menor y su padre adoptivo, en contraposición a los lazos de filiación entre el menor y su padre biológico. Respecto al interés superior del menor en relación con la custodia de sus progenitores y el derecho de visitas, el TEDH ha establecido que no se vulnera el art.8 CEDH, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar, por las restricciones aplicadas a la progenitora con relación a ese derecho de visitas, en atención a la protección del interés superior del menor (caso Levin contra Suecia, § 57 y 69), considerando que debieran ser proporcionales al fin perseguido, y enmarcarse en el margen de apreciación nacional exigido por el citado art. 8 CEDH. Igualmente ha dictaminado que la retirada de la custodia a los padres biológicos resulta una injerencia por parte del Estado en el ejercicio del derecho a la vida familiar, que debe estar justificada y enmarcada en el art.8.2 CEDH (caso Kuzner contra Alemania, § 58-60).

Resulta de especial trascendencia la sentencia Strand Lobben contra Noruega, de 10 de diciembre de 2019, pues en ella se enumeran y asientan los principios generales seguidos en la jurisprudencia del TEDH sobre el acogimiento familiar (ELÓSEGUI 2022). Se centra la misma en que el derecho al respeto de la vida familiar (art 8.1 CEDH), debe ser respetado de cualquier injerencia, por lo que aquellas medidas internas adoptadas por los Estados, deben ser conforme a la ley, perseguir objetivos legítimos y que sean considerados “*necesarios para una sociedad democrática*” (§ 202), para ello se debe apreciar el caso concreto y en base a ello, si la medida es oportuna, adecuada y suficiente al amparo del art 8.2 CEDH , si ese concepto de necesidad supone que la injerencia de las autoridades nacionales “*se corresponde a una necesidad social apremiante*” (§ 203), y es además proporcionada con el objetivo que se persigue, considerando los siguientes principios generales:

- En todas las decisiones que se adopten respecto a las menores, debe primar el interés superior del mismo (interés que prevalece sobre el de los progenitores § 206), y teniendo en cuenta siempre ese interés superior, las medidas alternativas de cuidado deben ser provisionales (§ 205), permitir la reunificación familiar, eficaces, rápidas en su implementación (§ 208), y tener en cuenta el mantenimiento de los lazos familiares y afectivos, salvo circunstancias excepcionales (§ 207).
- La separación de los menores respecto de sus progenitores, contra la voluntad de éstos, sólo puede producirse teniendo como base el interés superior del menor, y de acuerdo con los procedimientos legamente establecidos (§ 207).
- Las autoridades competentes no pueden fundamentar la adopción de un menor en base a la inexistencia de relaciones paternofiliales, cuando por causa de la ruptura del vínculo, éstas no hayan sido posibles (§ 208).
- La adopción como medida, debe ser excepcional y únicamente puede ser justificada entendiendo al interés superior del menor (§ 209).
- Se otorga un margen de apreciación a los Estados para la determinación de lo que es lo más adecuado y mejor para el menor en el caso concreto, ya que son las autoridades nacionales las que están directamente relacionadas con las partes implicadas, si bien ese margen de apreciación no debe ser ilimitado (§ 210 y § 211).
- El TEDH tendrá en cuenta si en la toma de decisiones por parte de las autoridades competentes, se ha otorgado a los progenitores durante el proceso la posibilidad de participación (§ 212), y si los intereses de éstos de le han sido protegidos suficientemente y tomados en consideración (§ 213).

#### **2.2.2.2. La Carta Social Europea.**

El instrumento que establece específicamente la protección de los derechos económicos y sociales en el ámbito del CdE es la Carta Social Europea (CSE), firmada en Turín en 1961, en vigor desde febrero de 1965 y revisada en 1996 (entrando en vigor esta último el 1 de julio de 1999), siendo el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), el órgano que se encarga del control del cumplimiento de ésta. Ha sido un documento dinámico que ha evolucionado significativamente desde su firma en 1961, tras revisarse en 1996, viéndose influenciada por el consenso internacional y adoptando como punto de partida, en el ámbito que nos ocupa, la Convención de los Derechos del Niño (ARENAS 2024).

La Carta revisada (ratificada íntegramente por España el 29 de abril de 2021) al igual que la Carta de 1961, consta de una estructura en tres partes principales en cuanto a obligaciones de los Estados miembros y derechos consagrados. En su Parte I se recogen una serie de objetivos para los Estados, no pudiendo éstos, adoptar medidas contrarias a los mismos, reconociendo a la familia como “*cédula fundamental de la sociedad*”, así como el derecho a la protección especial de niños y adolescentes contra los peligros físicos y morales que puedan sufrir (reconocimientos que ya se efectuaba en la CSE de 1961), y añadiendo el derecho de niños y jóvenes a la protección social, jurídica y económica.

Su Parte II establece las disposiciones que los Estados deben aceptar al ratificar la misma, debiendo al menos seleccionar seis de los llamados fundamentales (derecho al trabajo, sindicación, negociación colectiva, seguridad social, entre otros), y establece en art 7, el derecho de los jóvenes a la protección, situando la edad mínima para realizar trabajos peligrosos en 18 años. Se añade en la CSE revisada, como derecho autónomo, el de niños y adolescentes a la protección social, jurídica y económica, comprometiéndose las Partes Contratantes, a adoptar las medidas necesarias para protegerlos contra la negligencia, violencia o explotación, garantizando los cuidados, asistencia, educación necesaria, protección y ayuda a niños y adolescentes privados del cuidado de su familia temporalmente o de forma definitiva (art.17), y se recoge el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 16).

No podemos dejar de mencionar, desde el punto de vista de la indivisibilidad de los DDHH, la indubitable brecha existente entre ambos instrumentos precitados. El propio contexto histórico y las vicisitudes en el establecimiento y adopción de la CSE, llevaron a cimentarla en unos pilares menos robustos que los establecidos para el CEDH, usando una fórmula de reconocimiento de derechos distinta; dando la posibilidad por parte de los Estados de ratificación con el descarte, si así lo consideraban, de algunas disposiciones, cuestión que no ocurría la ratificar el CEDH; el establecimiento de un sistema de protección y garantías dispar, demanda individual ante el TEDH versus informes ante el CEDS (JIMENA 2021).

Y es que consideramos que es necesario incidir en la interrelación e interdependencia de los DDHH. Encontramos múltiples correlatos entre los derechos recogidos en su articulado, como puede ser el ya citado derecho de protección social, jurídica y económica de la familia, y el derecho a una remuneración equitativa suficiente para el trabajador y su familia que le proporcione un adecuado nivel de vida (art. 4). Consciente de esta circunstancia, el CEDS ha desarrollado un método que difumina de hecho el sistema de ratificación establecido en la Carta, que permite constatar la violación de un derecho de forma independiente correlacionado con

otro recogido en disposiciones no ratificadas por el Estado en cuestión, elaborando además declaraciones que interpretan, especifican y delimitan los derechos contenidos en la misma (ÚBEDA 2024).

### **2.2.2.3. Otros Convenios relativos al reconocimiento y protección de los derechos de la infancia en el marco del Consejo de Europa.**

En el seno del CdE, hemos de destacar a su vez otros convenios en orden a la promoción y protección de la infancia, como el Convenio sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de mayo de 1996; el Convenio sobre las relaciones personales del menor, de 15 de mayo de 2003; el Convenio de Lanzarote, para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007; el Convenio en materia de adopción de niños (revisado), de 27 de noviembre de 2008 y el Convenio de Estambul, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011.

Dentro de las estrategias seguidas por CdE que resultan pioneras en la implementación de políticas a distintos niveles estatales e internacionales, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptó la nueva Estrategia de Roma (2022-2027), dentro de las denominadas Estrategias para los Derechos de la Infancia, derivadas del programa “*Construir una Europa para y con los Niños*”. La nueva Estrategia de Roma establece seis objetivos primordiales: proteger a todos los niños y niñas contra la violencia, garantizar la igualdad de oportunidades y la inclusión social de niños y niñas, facilitar el acceso y uso seguro de la tecnología, adaptación de la justicia a la infancia, participación y voz a todos los niños y niñas, apoyar a los menores que se encuentren en situación de crisis o emergencia.

En la adaptación de la justicia a la infancia, la Estrategia menciona en su apartado 40, el modelo Barnahus, como un modelo crucial de respuesta multidisciplinar de creación de entornos seguros para los menores, que permitirá esa adaptación de la justicia a las necesidades de la infancia, evitando su revictimización durante los procesos judiciales.

Como podemos observar, se centra en una serie de objetivos que encuentran su parangón en la estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño. Ambas comparten propósitos, objetivos y metas comunes, así como una misma concepción sobre la protección a la infancia. Tanto es así que el 19 de marzo de 2024 se presentó en Estrasburgo, el Proyecto conjunto Unión Europea-Consejo de Europa de justicia adaptada a los niños, que tiene como objetivo la mejora de la

protección de la infancia en procesos judiciales, no judiciales y administrativos a nivel europeo y nacional (CONSEJO DE EUROPA 2024).

### **2.3. Marco jurídico y normativo español.**

#### **2.3.1. Constitución Española y desarrollo normativo.**

Sin lugar a duda, el modelo de organización política del Estado español y su configuración en Comunidades Autónomas ha determinado el desarrollo de la estructura del sistema de protección de menores, existiendo una pluralidad de modelos, articulados de acuerdo con lo establecido en los artículos 39 y 148.1. 20ª de la Constitución Española (CE).

En el citado art. 39 CE se establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos (nacidos dentro o fuera del matrimonio) y de las madres (cualquiera que sea su estado civil); hijos cuyos padres deben prestar asistencia en su minoría de edad, gozando de la protección recogida en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos. La protección de los niños y niñas se configura en nuestra Constitución (art 53.3), como un principio rector de la política económica y social, su reconocimiento, respecto y protección, informará “*la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”.

En la CE no encontramos referencias concretas y específicas al ámbito competencial en materia de protección de menores, como indica IRUEGAS PRADA (2020, p 147), dada esta omisión, las autonomías han asumido competencias a través de sus Estatutos “*mediante la aplicación del primer enunciado del artículo 149.3 de la Constitución*”, cláusula de supletoriedad que permite tal asunción cuando nuestra Norma Fundamental no atribuya competencias expresamente al Estado. En todo caso, existe diversidad de títulos competenciales relacionados entre sí, sobre los que se desarrolla la protección del menor, y tienen precisamente ese concepto como punto de encuentro (IRUEGAS PRADA 2020), no existiendo una única Administración que ostente la totalidad de competencias en materia de protección de menores. En primer lugar, el Estado tiene competencia exclusiva ex art. 149.1. 8º CE sobre la legislación civil, sin perjuicio que se conserven, desarrollen o modifiquen los derechos civiles, forales o especiales en aquellas CCAA donde ya existieran en el momento de dictarse la CE (Cataluña, Aragón y Navarra). En segundo lugar, nos encontramos con el art. 148.1.20 CE, que establece que las CCAA pueden asumir competencias en materia de asistencia social, concepto no definido en el texto constitucional, aunque sí delimitado por la doctrina jurisprudencial (IRUEGAS 2020). Así las cosas, integrar el ámbito competencial de la protección de menores de edad

dentro del propio ámbito de la asistencia social, no es consideración unánime en la doctrina, propugnando una parte de esta, que existen figuras jurídicas como el acogimiento familiar que no contienen en su totalidad los supuestos fácticos que le sirven de fundamento, y es que, en la actualidad, el acogimiento familiar no puede entenderse sin la intervención de la Administración Pública y sin embargo se sitúa en el plano de la legislación civil, resolviendo sus controversias en Juzgados de Primera Instancia (IRUEGAS 2020).

No debemos pasar por alto el conjunto de artículos que agrupa el Código Civil relativos a la protección del menor, agrupados en el Capítulo V del Título VII regulador de las relaciones paternofiliales, y los del Título IX que recoge los preceptos relativos a la tutela y guarda.

Al amparo del art. 148.18 CE, se promulgó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, cuya exposición de motivos cita la habilitación constitucional específica (apartados 5º, 6º y 8º del artículo 149.1) que sirve de base para regular aspectos relativos a la legislación civil, procesal y a la Administración de Justicia, dejándose a salvo en su Disposición Final vigésima primera, las competencias de las CCAA que dispongan de Derecho Civil, Foral o especial propio; y a su vez indica la adecuación de la misma al nuevo marco de protección y respeto de los derechos de la infancia surgido gracias a la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

En cuanto a los cambios legislativos introducidos por citada LO 1/1996, destacan: la diferenciación entre situación de riesgo y situación de desamparo; la inclusión de principios rectores de la actuación administrativa desarrollada entorno a las situaciones de desprotección; fundamentar en el interés superior del menor todas las actuaciones realizadas con respecto a los mismos; el establecimiento de tres modalidades de acogimiento familiar, en función de su duración y características, regulando entre las mismas de forma expresa, el entonces denominado acogimiento familiar preadoptivo, incluyendo un aspecto básico y de gran trascendencia, el requisito de idoneidad de los adoptantes, cuya exigencia según la exposición de motivos de la Ley, aparece como una exigencia explícita en la Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de la Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional; y la regulación de la adopción internacional, estableciendo la obligatoriedad de la idoneidad de los adoptantes a fin de que tales adopciones tuvieran eficacia en España, cumpliendo así con el compromiso adquirido tras la ratificación de la precitada Convención.

Ya previamente habían sido dictadas normas que regulaban aspectos determinantes en materia de protección de menores, entre las cuáles subrayaremos la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981) y la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (Ley 21/1987).

En lo que respecta a las novedades introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ésta modificó el Título V del Libro I del Código Civil, suprimiendo la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial, consignando que ambas, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos; se igualaron las funciones del padre y de la madre en el ejercicio de la patria potestad; y se preceptuó expresamente que ambos progenitores, aunque no ostenten la patria potestad, tienen la obligación de velar por los hijos menores y prestarles alimentos. Con relación a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, conllevó una determinante reforma del Código Civil que supuso una nueva fundamentación y configuración del sistema de protección de menores, con su consiguiente desjudicialización, y la encomendación a las administraciones territoriales de las competencias que correspondían a los antiguos Tribunales Tutelares. Sustituyó el concepto de abandono por el de desamparo e introdujo la institución del acogimiento familiar como medida de protección, inspirada en el “*affidamento*” del derecho italiano y en el “*foster care*” anglosajón (FERRANDIS 2017), aunque sin modalidades en la configuración de esta institución. La figura del acogimiento familiar vino a rejuvenecer un sistema caracterizado por una institucionalización excesiva, en las que las medidas de protección se circunscribían a internados desarrollados por el Instituto nacional de Asistencia Social y las Diputaciones Provinciales (FERRANDIS 2017).

Debemos mencionar la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, que recoge la responsabilidad penal de los menores de edad en una norma integrada independiente de la Ley Orgánica 10/1995, por la que se aprueba el Código Penal. Su importancia estriba en la necesidad que existía, antes de su promulgación, de una adaptación de la legislación española a los estándares internacionales de protección a la infancia, y por supuesto, dentro de ellos, a la Convención de los Derechos del Niño.

En el ámbito de la adopción internacional, su regulación se encuentra recogida en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (Ley de Adopción Internacional), y el Real Decreto 573/2023 por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional. Nace (así reza su exposición de motivos) para reunir e implementar los principios y valores de la CE

con los instrumentos internacionales que en materia de adopción forman parte del ordenamiento jurídico y es, por ende, un intento de dar respuesta a la nueva realidad social.

### **2.3.2. La modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia.**

La necesidad de una actualización y mejora del sistema conllevó un proceso de reforma que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LO 8/2015), y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley 26/2015).

La LO 8/2015 se promulga en desarrollo del art. 39 CE, al cual nos hemos referido en párrafos precedentes, e integra todas aquellas cuestiones que afectan a derechos fundamentales y libertades públicas, en concreto a los reconocidos en los artículos 14 a 17 y 24 CE, introduciendo al efecto modificaciones jurídico-procesales y sustantivas imprescindibles, como es el caso de la entrada en el domicilio de cara a la ejecución de las medidas de ejecución dictadas por la Entidad Pública. Su articulado afecta a la redacción de la LO 1/1996, a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En su Preámbulo se expresa que tras casi veinte años desde la aprobación de la LO 1/1996, es necesario dar respuesta y adecuación, tanto a los nuevos convenios internacionales en vigor en la materia, como a los cambios sociales producidos que exigen un aumento y progreso en los instrumentos de protección jurídica de los menores, que además habían sido puestos de manifiesto en Informes y Recomendaciones, tanto del Defensor del Pueblo, de la Fiscalía General del Estado, del Comité de los Derechos del Niño (Observaciones finales a España de noviembre de 2010) y de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines.

Las principales modificaciones introducidas por la LO 8/2015 en relación con la LO 1/1996, podemos sintetizarlas en las siguientes:

- Se determina y concreta el contenido del interés superior del menor, incorporando al efecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los criterios preceptuados por la Observación General nº 14 del Comité de los Derechos del Niño.
- Se suprime el término “*deficiencia*”, adecuando la terminología del sistema a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de

diciembre de 2006, ratificada por España el 21 de abril de 2008, sustituyéndolo por el de “*discapacidad*”.

- Se desarrolla de forma sucinta el derecho fundamental de los menores a ser oídos, de conformidad con lo establecido en el Convenio de Lanzarote, ratificado por España el 12 de noviembre de 2010, y en la Observación n.º 12, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Es un aspecto de gran trascendencia, puesto que no respetar el mismo, puede conllevar la vulneración de su derecho a la defensa ex art. 24 CE (MORENO-TORRES 2024).
- Se suprime a su vez el término “*juicio*” por el de “*madurez*”, ya que es el usado y preconizado por la Convención sobre los Derechos del Niño; el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España el 1 de agosto de 1995; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, ratificado por España el 19 de abril de 2013; y en otros convenios internacionales existentes.
- La tutela judicial efectiva de los menores queda reforzada con la posibilidad de que puedan solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.
- Se produce la inclusión de los hijos e hijas de mujeres de violencia de género, incluyendo a los menores que estuvieran bajo su guarda de hecho, tutela, curatela o acogimiento, en el art 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Se introduce un nuevo Capítulo IV, en su Título II, que viene a regular el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta como medida de ultima ratio.

En relación con las reformas introducidas en la LEC, se centran en reformas procesales en materia tutela judicial efectiva, estableciendo por ejemplo un art. 778 ter, en relación con la autorización de entrada en domicilio u otros lugares que exijan consentimiento del titular, a fin de ejecutar forzosamente medidas de protección de menores.

Adentrándonos en las reformas y modificaciones realizadas por la Ley 26/2015, su Preámbulo descansa, como no podía ser de otra manera, sobre las premisas acogidas por la LO 8/2015, de adaptación a la nueva realidad social y a los acuerdos y convenios internacionales ratificados por España. En puridad la norma viene a afectar a todo un entramado normativo heterogéneo, en el que se incluye, entre otras, la LO 1/1996, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, la Ley de

Adopción Internacional; la LEC; la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; y la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

La Ley 26/2015 afectó manera significativa a la terminología usada por los profesionales en la materia, introduciendo conceptos como el de “*Entidad Pública*” en referencia a las entidades con competencia territorial (MORENO-TORRES 2024) o al concepto de “*acogimiento familiar preadoptivo*” que pasa a denominarse “*guarda con fines adoptivos*”. En cuanto a la modificación que afectan a la LO 1/1996, es obligatorio subrayar las siguientes:

1. Introduce una nueva rúbrica al Título I, incluyendo en su seno los deberes de los menores, que pasan a integrar un nuevo Capítulo III, lo cual supone considerar a los menores como ciudadanos, ya que no solo son titulares de derechos, sino también de deberes (VILLAGRASA 2016).
2. Se establecen una serie de principios rectores de la actuación administrativa y principios rectores que deben predicarse de las instituciones de protección. En cuanto a estos últimos, es de reseñar el principio de prioridad de las medidas estables frente a las temporales, las medidas familiares frente a las que sean residenciales, y a aquellas consensuadas respecto de las impuestas.
3. Se preconiza un orden de prioridad en las medidas a adoptar por los poderes públicos, primando expresamente, con todo lo que ello conlleva a nivel práctico, el acogimiento familiar frente al institucional.
4. Se establece como requisito para el acceso y ejercicio de profesiones, actividades y oficios que conlleven un contacto habitual con menores, certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales, creado por la Disposición Final decimoséptima de la Ley 26/2015. El objetivo es dar cumplimiento material a los compromisos adoptados al ratificar el Convenio relativo a la Protección de los Niños contra la explotación y abuso sexual, de 25 de octubre de 2007; y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.
5. Se detallan y regulan más exhaustivamente las situaciones de riesgo y desamparo, desarrollando íntegramente su procedimiento de declaración.

6. Se recoge por primera vez el estatuto del acogedor familiar como compendio sistematizado de derechos y deberes, expresando que tendrá los mismos derechos que se reconocen por parte de la Administración a las unidades familiares.
7. En materia de acogimiento residencial, se sustituye la terminología preexistente, que hacía referencia a servicios especializados, indicando que tales centros deben estar habilitados por la Entidad Pública competente.
8. En cuanto al acogimiento familiar como medida de protección, se simplifica el procedimiento para su constitución, especificando su conceptualización en acogimiento familiar en familia extensa y familia ajena, según la vinculación con el menor, y se explicita la necesidad de valoración de los acogedores previa a la constitución del acogimiento, considerando requisitos específicos de adecuación.

En cuanto a las principales modificaciones que introdujo la Ley 26/2015 en el Código Civil, en materia de relaciones familiares, se reconoce el derecho que asiste a los menores a relacionarse con sus hermanos, y también con sus padres, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, incluso en caso de privación de libertad, siendo la Entidad Pública competente respecto de los menores bajo su tutela, para establecer el régimen de visitas y comunicaciones en interés del menor, informando al respecto al Ministerio Fiscal. Una novedad importante es el establecimiento del deber de los progenitores contribuir a los gastos de sus hijos que se encuentren en situación de desamparo o guarda, cantidad que podrá establecerse por la Entidad Pública, así como la definición de desamparo realizada en el art. 18, ya que por primera vez se sistematiza en una norma con rango estatal las circunstancias que lo determinan, acogiendo en este sentido las Observaciones Finales realizadas a España por el Comité de los Derechos del Niño en noviembre de 2010, en las que se recomienda que el Estado que adopte las medidas necesarias para armonizar la legislación y normas de carácter administrativo de las CCAA a los principios y disposiciones de la Convención y sus dos Protocolos Facultativos (OBSERVACIONES FINALES 2010).

En referencia al acogimiento familiar, esta institución tendrá carácter preferente frente al acogimiento residencial, previsión que no se recogía en el articulado del Código Civil en su redacción previa a la reforma y que viene a consolidar una práctica que ya se realizaba por los profesionales en la materia, conscientes de los innumerables beneficios que para el menor supone la convivencia en familia, y se determina la duración máxima y características de cada modalidad:

1. Acogimiento familiar de urgencia, con una duración que no puede exceder de seis meses, mientras es decidida la medida de protección familiar que corresponda, y previsto de manera primordial para menores de seis años.
2. Acogimiento familiar temporal, de carácter transitorio, ya porque se prevea la reintegración del menor con familia de origen, o en tanto sea adoptada una medida de protección de carácter más estable. Tendrá una duración máxima de dos años, salvo que se valore que el interés superior del menor aconseja otra medida (prórroga de este, reintegración o adopción).
3. Acogimiento familiar permanente, que será constituido bien directamente para menores con necesidades especiales, bien al finalizar el plazo previsto para el acogimiento temporal, al no producirse la reintegración familiar, o cuando las circunstancias del menor y su familia lo aconsejen.

En materia de adopción, se define el concepto de idoneidad, que deberá ser previa en todo caso, precisando que la constitución de esta institución de protección de menores se efectuará por resolución judicial previa propuesta de la Entidad Pública, salvo excepciones, y se introduce el concepto de adopción abierta, que permite el contacto y mantenimiento de relaciones del menor con miembros de su familia biológica.

La reforma que supone la aprobación de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015, se complementa con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia de la adolescencia frente a la violencia y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia de la adolescencia frente a la violencia, supone la completa incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2011/93 UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Su *ratio legis* obedece, al igual que su reforma precedente, a la necesidad de adecuación a los diferentes ámbitos normativos internacionales en materia de protección de menores, así como a los estándares internacionales fraguados por el Consejo de Europa a través del ya citado Convenio de Lanzarote, ratificado por España el 22 de julio de 2010; el Convenio de Estambul, ratificado por España el 10 de abril de 2014; el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005, ratificado por España el 23 de febrero de 2009; o el Convenio sobre la ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y ratificado por España el 20 de mayo de 2010. Asimismo, obedece a la

atención debida a las observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño en su examen de 2018 sobre la situación de los derechos de la infancia en nuestro país.

Esta norma introduce, por lo tanto, celebradas y necesarias modificaciones, delimitando el concepto de violencia a los efectos de la ley (art.1.2); definiendo el término “*buen trato*” respecto de niños, niñas y adolescentes (art.1.3); regulando la necesidad de que las Administraciones Públicas promuevan y garanticen para los profesionales en contacto habitual con los menores, formación especializada (art.5); otorgando al personal funcionario de servicios sociales la condición de autoridad en el ejercicio de sus funciones (art.41); y estableciendo la necesidad de una certificación negativa del registro central de delincuentes sexuales y de trata de seres humanos (nueva denominación otorgada por el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre), para cualquier actividad realizada de forma regular, conlleve trato con menores de edad, sea laboral o no (art. 57).

## **2.4. Aproximación al ámbito andaluz.**

### **2.4.1. Legislación aplicable.**

Los Estatutos de Autonomía de las distintas CCAA han tratado tradicionalmente la materia relativa a la protección de los menores atendiendo a títulos competenciales diversos o específicamente aludiendo al término en sí mismo, incluyendo tras la reforma de 2015, las modificaciones operadas e incluso aspectos más novedosos, como la perspectiva de género o derechos (PLATAFORMA DE LA INFANCIA 2022).

En el caso de Andalucía, el art. 17 de su Estatuto de Autonomía establece, siguiendo la estela del art. 39 CE, la protección de la familia en una triple dimensión: social, económica y jurídica; y en su art. 18, se recoge a su vez la protección y atención integral a los menores de edad, en cuyo beneficio primará la interpretación, y por supuesto la aplicación, de la legislación que les es aplicable. En el ámbito competencial, su art. 61 preceptúa la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de servicios sociales, incluyendo la competencia exclusiva, salvando lo correspondiente a la legislación civil y penal, tanto en materia de protección de menores como de promoción de familias e infancia.

A tales efectos fue promulgada la Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía, la cual viene a derogar expresamente la antigua Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, excepto su Título III, dedicado a la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores. La Ley nace con el ánimo de adaptarse al nuevo escenario

legislativo estatal y a su vez, enriquecer la regulación con la experiencia derivada de la actuación de la Administración Pública competente, incorpora los principios rectores que hemos ido compilando en la presente, como el interés superior del menor o la protección a la familia, integrando la perspectiva de género e intercultural. Contiene un revelador título dedicado a la regulación de competencias, principalmente las referidas a las propias de la Comunidad Autónoma y Entidades Locales, y a la colaboración de distintas entidades, familias, universidades y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Respecto a los derechos y deberes de niños y adolescentes, destacar las referencias directas al derecho a la identidad, a la identidad de género, al desarrollo y crecimiento en una familia, de información y al desarrollo de la competencia digital.

En este orden de cosas, al resultar el encuadre de la Ley 4/2021 dentro de la actualización necesaria efectuada por la Ley 26/2015, y del respeto a los marcos competenciales aplicables, establece un procedimiento de declaración de desamparo con plazos más reducidos y delimitados y un límite de edad de 13 años para el ingreso de menores en centros con problemas de conducta. Se recogen además de forma más amplia, los elementos esenciales que configuran el procedimiento de valoración de las familias que se ofrecen para el acogimiento familiar de un menor, ofreciendo modificaciones de gran significación:

- Se introduce el término “*ofrecimiento*” en lugar de “*solicitud*”. Esta terminología es usada actualmente por otras CCAA como la de Euskadi o Castilla y León, entendemos que el legislador andaluz la incorpora con la voluntad de poner de manifiesto, que, de obtener la familia la idoneidad para el acogimiento, ésta no confiere más que el derecho a formar parte del Registro constituido al efecto, denominado “*Registro de Idoneidad para el Acogimiento Familiar y la Adopción de Andalucía*”, fuente de la cual se seleccionaran para el caso concreto, a las familias que resulten más idóneas, por sus características, para atender las necesidades del menor.
- Se establece el carácter obligatorio y previo a la asistencia por parte de las familias que se ofrecen, a las sesiones informativas, cuyo objetivo es proporcionar la información necesaria a fin de que puedan madurar adecuadamente su decisión.
- Se regula y acorta el plazo de realización de las sesiones formativas o de preparación para el acogimiento, que será de tres meses desde la presentación del ofrecimiento.
- Se permite compatibilizar la tramitación de un ofrecimiento para el acogimiento familiar y un ofrecimiento para la adopción.

- Se reducen los plazos establecidos para que la Entidad Pública resuelva la idoneidad de los oferentes, siendo este no superior a tres meses.

En cumplimiento del mandato recogido en el art. 106 de la L. 4/2021, la Dirección General de Infancia dictó la Resolución de 20 de febrero de 2020, por la que se aprueba y da publicidad al Estatuto Andaluz de las Personas Acogedoras, Guardadoras con fines de adopción y Adoptivas. Con ello se sistematizan los derechos y deberes de las personas acogedoras y se ponen de manifiesto en un todo estructurado, los apoyos la Entidad Pública y resto de Administraciones actuantes pueden proporcionarles.

En el ámbito institucional, la competencia para el ejercicio del art 61.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, se encuentra prevista en el art. 13 f) del Decreto 572/2019 de 1 de octubre, por el que se modifica el Decreto 106/2019, de 12 de febrero por el que establece la estructura orgánica de la entonces Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, modificado a su vez por el Decreto 161/2022, de 9 de agosto, atribuye a la Dirección General de Infancia, el ejercicio de aquellas competencias que ostenta la Junta de Andalucía en materia de desamparo, tutela, acogimiento, adopción, y cualquier otra forma de protección a los menores de edad. Igualmente resulta de aplicación el Decreto 195/2020, de 1 de diciembre por el que se regula la organización administrativa y la competencia de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores, que establece como órgano colegiado de carácter decisorio, principal competente en la materia, a la Comisión Provincial de Tutela y Guarda.

El desarrollo reglamentario de las competencias precitadas asumidas por la Comunidad Autónoma se estableció a través del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de acogimiento familiar y adopción, y el Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del acogimiento residencial de menores.

Haciéndose eco del reconocimiento a nivel internacional y nacional del interés superior del menor se hace efectivo cuando éstos conviven en familia, y la prioridad que por lo tanto se le debe otorgar al acogimiento familiar frente al residencial, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, dictó el Acuerdo de 12 de septiembre de 2023, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia en materia de cuidados y protección de los niños, niñas y adolescentes tutelados en Andalucía 2024-2030. Su importancia radica en que con ella se persigue la progresiva desinstitucionalización del sistema de protección de menores en

Andalucía, eliminando la inspiración asistencial que impregnaba el sistema desde sus comienzos.

#### 2.4.2. La declaración de riesgo y la declaración de desamparo.

Retrotrayéndonos a la legislación internacional que hemos consignado previamente, las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, aprobadas en 2010 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establecen dentro de sus principios y orientaciones generales, la prioridad de permanencia del menor en el seno familiar, y sólo subsidiariamente como medida de *última ratio*, el establecimiento de medidas alternativas a ese cuidado.

Adentrándonos en la regulación estatal, la LO 1/1996, en la redacción dada por la LO 8/2015 y la Ley 26/2015, recoge a lo largo de su articulado el espíritu de subsidiariedad y prevención que impregnan las citadas Directrices, por lo cual, la protección de niños y niñas por parte de los poderes públicos, se llevará a cabo a través de “*prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo (...)*” (art. 12), considerando dentro de los principios rectores aplicables a la actuación de los poderes públicos, el mantenimiento del menor en su familia de origen, salvo que sea contrario a su interés (art. 11.2).

En cuanto a la legislación andaluza, este principio de subsidiariedad que se refleja en el art. 81 de la Ley 4/2021, que establece dentro de los criterios que deben regir la actuación de la Administración Pública de Andalucía en relación con la protección de niños y niñas, el de promoción de actuaciones preventivas y reparadoras que permitan impulsar y fortalecer el a las familias, procurando que niños y niñas permanezcan en la familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.

Por todo lo anteriormente expuesto, nos encontramos que las medidas que se adopten por parte de las Entidades Públicas de protección deben respetar esa subsidiariedad, pudiendo ya en el caso concreto, revestir distintas líneas de intervención, en función de la existencia de un perjuicio para el menor que revista o no la gravedad suficiente para ser separado de su núcleo familiar. De esta forma, si el menor se ve perjudicado en su desarrollo, bienestar o derechos, sin que éste alcance la gravedad que justifique la declaración de desamparo, la Administración competente actuará, procediendo a dictar la situación de riesgo, que no conllevará la separación de su núcleo familiar, recogiendo la normativa aplicable una enumeración de los indicadores que determinan el mismo (art. 17 LO 1/1996 y art. 88 Ley 4/2021). Sin embargo, en el caso de que se constate por parte de la Entidad Pública competente, la situación de desamparo del menor

(art. 18 LO 1/1996 y art. 94 Ley 4/2021), de acuerdo con el art. 172 y siguientes del Código Civil asumirá su tutela *ex lege* adoptando las medidas necesarias para protegerlo, siendo válidos únicamente los actos realizados por los progenitores, que con contenido patrimonial, redunden en su beneficio. Se trata de una tutela automática por parte la de Entidad Pública, en la que ésta asume aquellos deberes recogidos en el art. 154 CC, suspendiéndose respecto de los progenitores, que reviste un carácter no definitivo, puesto que, si se pone fin a la situación de desprotección, puede producirse la reintegración del menor con su familia de origen.

Otra de las diferencias esenciales se constriñe al ámbito competencial aplicable a las situaciones de riesgo, viniendo éste establecido en el art. 87 de la Ley 4/2021, que determina que son las Entidades Locales de Andalucía con competencia territorial en la materia y a través de los servicios sociales correspondientes, las competentes para “*detectar, intervenir, declarar y llevar a cabo las actuaciones oportunas*” definidas como tales en la LO 1/1996. Será la Administración de la Junta de Andalucía la que asuma la tutela de niñas, niños y adolescentes en situación de desamparo ex art. 94 de la Ley 4/2021, reconociéndose dentro de tales situaciones, aquellas circunstancias a las que hace referencia el art. 18 la LO 1/1996, de acuerdo con el art. 172 CC., como el abandono, malos tratos físicos graves, el abuso sexual, la inducción a la mendicidad, ausencia de escolarización, entre otras que tanto la doctrina como la jurisprudencia ya venía considerando (NORIEGA 2018).

Debemos hacer un pequeño inciso en referencia a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ya que su entrada en vigor supone según consideran GARCÍA RUBIO y TORRES COSTAS (2022 p. 282) “*la introducción del nuevo paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de derechos humanos propugnado por la CDPD*”. En ese nuevo paradigma, la figura jurídica de la tutela queda circunscrita únicamente para los menores de edad, introduciendo un nuevo art 199 CC que preceptúa que quedan sujetos a esta institución, los menores no emancipados en situación de desamparo y a su vez, los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

Volviendo al análisis de la situación de desamparo, en cuanto al procedimiento para su declaración y correspondiente adopción de medidas, el art. 172 CC establece que se realizará a través de resolución administrativa, que debe ser notificada legalmente a los progenitores, tutores y guardadores, así como al menor si tuviera madurez suficiente y siempre que sea mayor de doce años. Para la tramitación del procedimiento y al ejercicio de la tutela, cada Entidad Pública designará al órgano que deba ejercerla (art. 18.3 LO 1/1996) de acuerdo con su

estructura orgánica, y su inicio se realizará de oficio según lo establecido en el art. 95 de la ley 4/2021, siendo preceptivo un informe diagnóstico de la situación en la cual se encuentre el menor que contenga una propuesta motivada. La resolución administrativa que ponga fin al procedimiento será dictada en el plazo máximo de tres meses, será dictada por la Comisión Provincial de Tutela y Guarda, de acuerdo con el art 11 del Decreto 195/2020 y art. 53 del Decreto 42/2002, correspondiendo su ejecución y seguimiento al personal funcionario que se encuentre adscrito al servicio de protección de menores con competencia en la materia.

### **2.4.3. El acogimiento familiar como medida de protección.**

Introducida por la Ley 21/1987, la figura del acogimiento familiar se ha ido desarrollando y consolidando a través de los distintos instrumentos y reformas legales, hasta llegar al acogimiento familiar tal y como lo conocemos en la actualidad. Su regulación, inserta en el Código Civil, se estructura a nivel estatal a través de la LO 1/1996, con las consabidas reformas producidas por la LO 8/2025 y la Ley 26/2015, y en Andalucía, a través de la Ley 4/2021, teniendo como principales rasgos el de temporalidad, a diferencia de la adopción; subsidiariedad, recordemos el concepto de subsidiariedad de los cuidados alternativos que hemos tenido la oportunidad de plasmar en apartados previos; y provisionalidad, mientras duren y se prolonguen los motivos que originaron la medida.

Es esta institución una medida de protección solidaria, que permite a niños y niñas mantener (siempre teniendo en cuenta su interés superior), los vínculos con su familia de origen, lo que favorece su recuperación y les brinda un entorno seguro, un modelo de vida, aprendizaje y convivencia, no sólo social, sino también afectivo, ya que les permite forjar vínculos sanos, cuestión que es imprescindible para su desarrollo, evitando su institucionalización.

Y es que, como establece el art. 20 de la LO 1/1996, el acogimiento familiar puede tener lugar en familia extensa y familia ajena, concepto éste último definido en el art. 3.2 del Decreto 282/2002, definición no ofrecida por el legislador estatal y que se circunscribe a la relación de parentesco de niño o niña con los solicitantes de acogimiento “*por consanguinidad o por afinidad hasta el tercer grado*”. Revestirá las modalidades recogidas en el 173 CC, esto es: acogimiento familiar de urgencia, acogimiento familiar temporal y acogimiento familiar permanente, conllevando la plena participación del menor en la vida familiar de los acogedores, imponiendo a éstos las obligaciones de “*velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo*”. En el mismo sentido,

claro está, se manifiesta el art. 99 de la Ley 4/2021, que añade expresamente que implica por parte de los acogedores el ejercicio de la guarda.

Tienen pues los acogedores los mismos deberes y obligaciones con respecto al menor que la normativa aplicable establece con relación a los titulares de la patria potestad, incluyendo además los recogidos en el art. 20 bis. de la LO 1/1996, como el deber oír al menor previamente a la toma de decisiones que le afecten, y siempre si es mayor de 12 años; garantizar la participación plena en la vida familiar; informar de cualquier hecho que tenga trascendencia en relación con el menor a la Entidad Pública competente, y colaborar con ésta en el desarrollo de la intervención que se siga con el menor, comunicándole cualquier modificación de la situación familiar que dio origen a su consideración como familia acogedora y participando en las acciones formativas que se les indiquen; respetar las relaciones del menor con su familia biológica; respetar la confidencialidad de sus datos personales y familiares, etc. En Andalucía, el ya citado Estatuto Andaluz de las Personas Acogedoras, Guardadoras con fines de adopción y Adoptivas, sistematiza y perfila siete categorías de deberes en las cuáles podemos apreciar cómo se subsumen los ya preceptuados en la normativa estatal (art. 7), incluyendo especificaciones de gran interés, como las recogidas respecto de los deberes de integración plena del menor en la vida de la familia, debiendo los acogedores facilitarle las mismas condiciones que otorguen a sus hijos y la aceptación incondicional del menor y respeto de sus orígenes.

El procedimiento administrativo para la constitución del acogimiento familiar, desarrollado reglamentariamente (art. 99 Ley 4/2021), viene regulado en los art 44 y ss. del Decreto 282/2002, y se formalizará por resolución de la Comisión Provincial de Tutela y Guarda, previa valoración que determine la adecuación de la familia seleccionada para la modalidad de acogimiento que se trate (art. 20 LO 1/1996). Puede acordarse bien tras la declaración de desamparo del menor, o sin necesidad de ésta, a través de la asunción por parte de la Entidad Pública competente de la guarda voluntaria, judicial o provisional. La resolución de formalización del acogimiento familiar debe ser acordada en los términos del Código Civil y de la LO 1/1996, acompañando un documento anexo en cual deben constar la identidad del menor acogido y sus acogedores, así como las audiencias necesarias, el tipo de acogimiento y duración prevista, régimen de relaciones familiares, entre otras cuestiones.

Las modalidades de acogimiento familiar van a ser siempre prioritarias frente a al acogimiento familiar para los menores de trece años, salvo que no sea posible este modelo de cuidado alternativo (art. 108 Ley 4/2021). Destacar que la Ley 26/2015 introdujo el denominado

acogimiento familiar especializado, siendo aquel que se desarrolla en familias en las que al menos uno de sus miembros, cuenta con la cualificación, experiencia o formación específica necesaria (teniendo en cuenta, por ejemplo, la experiencia previa en acogimientos familiares) en relación con los menores de edad que tengan necesidades especiales. Este tipo de acogimiento familiar se podrá predicar tanto del acogimiento temporal como del permanente respecto de los aquellos menores con las características recogidas en el Protocolo de Intervención para la gestión de la medida de acogimiento familiar, aprobado por la Instrucción nº 4/2021 de la Dirección General de Infancia, como es el caso de tener una discapacidad igual o superior al 33 % acreditada, menores que tengan problemas emocionales, trastornos de conducta o problemas de salud por los que necesiten cuidados especiales y permanentes, grupos de tres o más hermanos/as, o de dos hermanos/as si alguno presenta necesidades especiales.

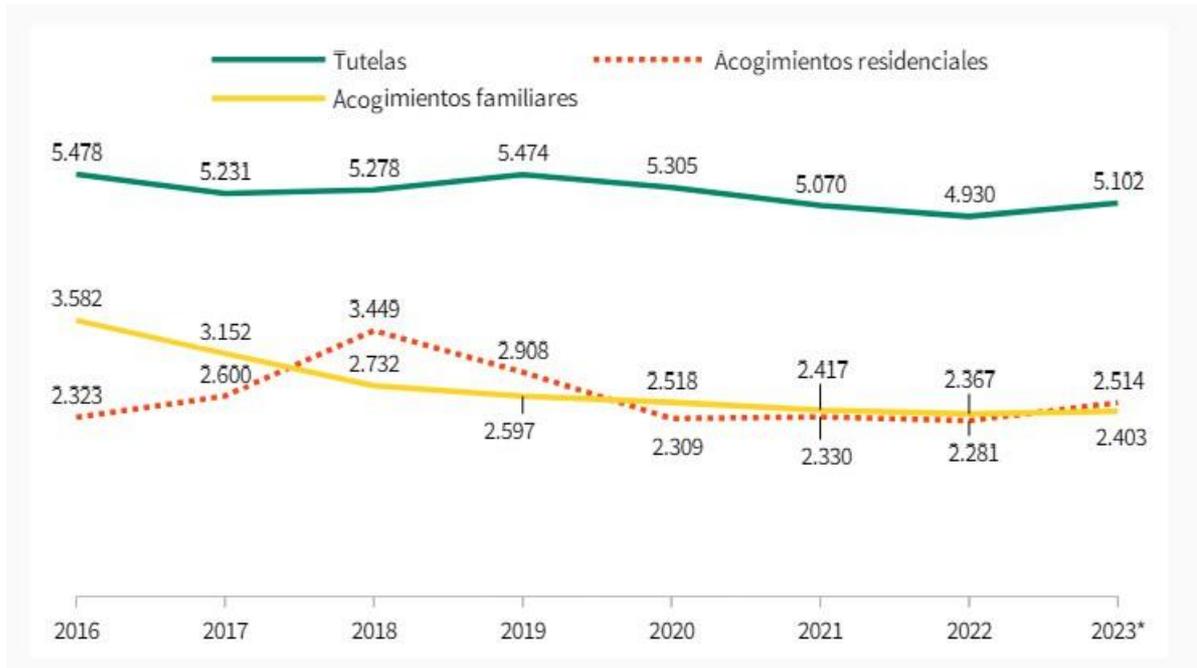
Como hemos referido, es condición indispensable y previa, la existencia de una valoración de la familia que se ofrece para acoger, para lo cual, los interesados presentarán su ofrecimiento al efecto ante la Entidad Pública competente (art. 100 Ley 4/2021). Esta valoración previa tiene como garantía, constatar que las familias tienen las aptitudes imprescindibles para cubrir las necesidades del menor y a su vez, cumplir con las obligaciones legalmente establecidas. Es cierto que dadas las peculiaridades de cada modalidad de acogimiento familiar, determinar una serie de criterios comunes es una tarea revestida de gran dificultad, ya que nos encontramos por ejemplo, que en el caso de los acogimientos familiares con carácter de urgencia, debe tenerse en cuenta la disponibilidad de las familias; en los acogimientos temporales, que la duración determina la necesidad de aceptación de la temporalidad del acogimiento; o en los acogimientos en familia extensa, la particularidad de que la valoración se realiza para un menor en concreto.

Los criterios generales y específicos a tener en cuenta en la valoración de idoneidad vienen establecidos en los artículos 14 (criterios comunes), 15 (criterios específicos para el acogimiento familiar) y 16 (criterios específicos para la guarda con fines adoptivos, aunque aquí aún se utiliza su denominación anterior) del Decreto 282/2002 y se enmarcan dentro de la regulación del procedimiento de declaración de idoneidad. Dentro de los mismos encontraremos criterios como la necesidad de una adecuada motivación por parte de la familia acogedora, su necesaria capacidad afectiva, estabilidad familiar y madurez, apoyo social que puedan recibir o las capacidades educativas con relación al menor. Tales criterios se basan en un modelo denominado “*necesidades- capacidades*” (PALACIOS 2014), esto es, necesidades del menor y capacidades de los adultos que se ofrecen para acoger, por lo cual la característica principal de la valoración de idoneidad es que trata de identificar y reconocer las capacidades

de los oferentes en relación con las necesidades infantiles, sin que se pretenda realizar un juicio sobre la integridad o no de la familia ni de los adultos que la componen, pero sí de las limitaciones que pueden presentar, y si las mismas pueden superarse con los debidos apoyos de la Entidad Pública. Una vez realizada la valoración, se emitirá un informe psicosocial que contendrá una ponderación de los criterios de valoración precitados, indicando la idoneidad o no idoneidad de los oferentes, que servirá de base para que la Comisión Provincial de Medidas de Protección emita la resolución motivada que corresponda, que de ser positiva, se inscribirá en el Registro de Idoneidad para el Acogimiento Familiar y la Adopción de Andalucía. Tal inscripción no produce más que el reconocimiento administrativo de la idoneidad, no existe pues un derecho a acoger, tampoco un derecho a adoptar, sí el derecho a ofrecerse para ser familia acogedora o adoptiva en su caso, a ser valorada si cumple con los requisitos procedimentales, y de ser declarada idónea, como así establece el art 62 del Decreto 282/2002, a formar parte del registro correspondiente (también se pronuncia igualmente el art. 102.4 Ley 4/2021). No existe siquiera derecho por parte de la familia declarada idónea e inscrita a ser seleccionada, la selección se realizará en función del interés superior del menor, ya que se tendrá en cuenta que las necesidades de éste puedan ser cubiertas por la familia individualmente considerada, realizándose la selección por la Entidad Pública entre las familias inscritas que ofrezcan mayores posibilidades de integración y cuidado de la niña, niño o adolescente (art. 42 Decreto 282/2002 y art. 103 de la ley 4/2021).

Así las cosas, es interesante realizar una necesaria remisión a los datos proporcionados por el Diagnóstico sobre el estado de la infancia y adolescencia de 2023, elaborado por la Junta de Andalucía. El él se parte de un análisis de indicadores en relación a la infancia en el ámbito andaluz, revisado y completado con la participación de niños, niñas y adolescentes. En cuanto al sistema de protección de menores, los datos han sido obtenidos a través del Sistema Integrado de Servicios Sociales (SISS), teniendo en cuenta los existentes a fecha de 30 de setiembre de 2023. Se trata de datos eminente fidedignos puesto que es el sistema de trabajo utilizado por los profesionales realizan su labor en los Servicios de Protección de Menores de las distintas provincias, y en él quedan consignadas las distintas actuaciones llevadas a cabo en ese ámbito. A través de ellos queda constancia que, en la fecha consignada, se encontraban bajo la tutela de la Administración andaluza, 5.102 menores, de los cuales 2.514 se encontraban en acogimiento residencial y 2.403 en acogimiento familiar en cualquiera de sus modalidades (JUNTA DE ANDALUCÍA 2023). En la siguiente figura podemos observar la evolución del número de

tutelas, acogimientos familiares y residenciales del sistema de protección de menores en Andalucía desde el año 2016 hasta 31 de diciembre del año 2023:



*Figura 1. Evolución del número de tutelas, acogimientos residenciales y acogimientos familiares a 31 de diciembre. Andalucía, período 2016-2023 (Consejería de Inclusión Social, Juventud, familias e Igualdad)*

Se constata una disminución en el número total de acogimientos familiares en los años posteriores a 2016, asimismo, se ha producido un aumento de los menores tutelados con respecto al año 2022, año en el cual, a 31 de diciembre de 2022, existían 4.930 menores tutelados. Según los datos obrantes en el citado documento no recogidos en el gráfico, priman los acogimientos familiares en familia extensa, alcanzando éstos el 59,5% de los acogimientos familiares totales, y resultando que la totalidad de acogimientos familiares de urgencia (138), temporales especializados (69) o permanentes especializados (265), se realizan en familia ajena (JUNTA DE ANDALUCÍA 2023).

Es indicativo que, según los datos proporcionados, en 2023 se da un aumento en el número de niñas, niños y adolescentes en acogimiento residencial con respecto a 2022, En el año 2018 se alcanzó el número de 3.449 menores en acogimiento residencial, disminuyendo esta cifra hasta llegar al año 2020. Ahora bien, para realizar un análisis preciso de las causas que se encuentran

tras estos datos y cifras, es necesario disponer de otros datos e indicadores complementarios de carácter variados, como la edad de los menores que se encuentran en acogimiento residencial, las necesidades de éstos, el número de familias disponibles para cada tipo de acogimiento, los recursos y ayudas de todo tipo a los que las familias acogedoras pueden recurrir y su implantación real, la existencia de campañas de sensibilización y captación de familias, etc.

Es necesario finalizar, haciendo referencia a la obligatoriedad y utilidad práctica de contar con un análisis del acogimiento familiar en cifras y datos con una base estadística, ya que suponen una ayuda indispensable para establecer un mapa general de la situación de esta institución, además de una necesidad puesta de manifiesto por la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales, respecto de la totalidad las medidas de protección adoptadas en el territorio nacional. Datos desglosados, de calidad y fiabilidad que, como hemos analizado en apartados precedentes, en este orden de cosas, son necesarios para realizar una medición de la consecución de los correspondientes ODS y permiten un acercamiento a la realidad del acercamiento, así como a reflexionar sobre el mismo.

### **3. Conclusiones**

A la luz de trabajo efectuado, podemos realizar las siguientes conclusiones:

1. Como hemos podido comprobar, no existe en nuestro ordenamiento jurídico, ni cuerpo legal homogéneo ni un tratamiento jurídico propio e independiente de los derechos de la infancia, ya que desde sus inicios ha sido incluido en el marco del derecho de familia y no como un derecho autónomo, lo cual pudo tener sentido en sus albores, pero que dada la evolución y características propias con las que se ha ido conformando, es necesario reconsiderar.
2. La dispersión normativa es sin duda una de las características de la regulación del sistema, a lo que se suma las distintas normativas autonómicas con competencia en la materia. Proporcionar un marco jurídico de carácter uniforme ha sido objeto de recomendación a nuestro país por el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Finales de 2010 y 2018, recomendaciones que indudablemente se han tenido en cuenta en las sucesivas reformas legislativas, teniendo su mayor exponente en las reformas operadas por la LO 8/2015 y la ley 26/2015. En este orden de cosas, tales reformas han supuesto una renovación y adaptación a los diferentes estándares y normativa internacional y regional existente ratificada por España, pero creemos se debe

- seguir el camino ya iniciado, con la finalidad de garantizar buenas prácticas de los diversos sectores implicados y evitar que el complicado entramado repercuta en una excesiva burocratización del sistema.
3. La concepción del menor ha evolucionado desde la primera mitad del pasado siglo, hasta llegar a ser considerado en la Convención sobre los Derechos del Niño y plasmado en los distintos ámbitos normativos internacional, regional y nacional, como sujeto de derechos. Ahora bien, esta evolución ha continuado hasta nuestros días, y se ha configurado en una concepción en la cual el menor de acuerdo con su edad y grado de madurez, con la adquisición de su autonomía progresiva, también deben asumir y cumplir deberes, obligaciones y responsabilidades, lo cual incide en que sea considerado ciudadano y expresa un nuevo paradigma y visión de niños, niñas y adolescentes. Se debe seguir trabajando en esta senda y continuar avanzando en hacer reales y efectivos los derechos de la infancia.
  4. El interés superior del menor es el eje sobre el cual se articula el sistema de protección de niños, niñas y adolescentes, sin el cual no puede ser entendido en la actualidad y que debe aplicarse al caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de cada niño o niña. Todas las actuaciones que los poderes públicos realicen respecto de los menores deben tener en cuenta ese interés superior.
  5. La institución del acogimiento familiar ha evolucionado legalmente adaptándose a la realidad social, configurando el legislador en las reformas precitadas, un nuevo diseño, en el cual el acogimiento familiar es prioritario frente a la medida de acogimiento residencial. Se recoge el nuevo enfoque que pone de manifiesto los beneficios que tiene para el menor crecer en familia, proporcionándole un entorno normalizado, pero sin desvincularlo de su familia biológica, siempre que no sea contrario a su interés. No debemos olvidar por lo tanto realizar una especial mención a las familias de acogida, que merecen un adecuado reconocimiento por su compromiso con la infancia.
  6. Sin embargo, lograr la progresiva desinstitucionalización sigue siendo unos de los objetivos pendientes del sistema de protección de menores español. Para ello consideramos que en primer lugar debe realizarse una estrategia de prevención, que se centre en la intervención y apoyo a las familias por parte de los poderes públicos en orden con lo preceptuado en el art. 12.2 de la LO 1/1996 (prevención, detección y reparación). A este fin, es indispensable el aumento de los recursos disponibles a tal fin, con partidas presupuestarias que refuercen ayudas y prestaciones familiares y la puesta en marcha de políticas públicas de protección social para los menores y sus familias. En

segundo lugar, debe dotarse de recursos materiales y personales necesarios a nivel orgánico, a fin de reforzar los equipos profesionales en la materia estos recursos deben ser suficientes y especializados. Supone una dificultad de gran calado lograr los objetivos de cualquier reforma que se precie, si como es el caso de la LO 8/2015 y de la Ley 26/2015, ésta no puede conllevar un incremento ni de gasto público, ni de dotaciones, retribuciones u otros gastos de personal, como refieren las citadas normas en su disposición final quinta y vigésima respectivamente.

7. Una de las carencias que hemos visto reflejadas en nuestro sistema de protección de menores a nivel estatal durante nuestra investigación, es sin duda las deficiencias entorno a la monitorización de la realidad del sistema de protección de menores, siendo necesario contar con indicadores precisos, estadísticas al menos semestrales, encuestas y estudios especializados que, en base a una recogida de datos extensa y pormenorizada, ponga de manifiesto la realidad en cifras y datos actualizados con una periodicidad adecuada, que permita la reflexión acerca de las virtudes y problemas existentes. A nivel andaluz, si hemos tenido la oportunidad de contar con datos oficiales actualizados a 2023 relativos al sistema de protección de menores en Andalucía, a través del Diagnóstico sobre el Estado de la Infancia y Adolescencia en Andalucía de 2023.
8. Finalizar destacando la importancia de poner en valor el acogimiento familiar como medida alternativa de cuidado, promoviendo la cultura del acogimiento en las todas las instancias, educativas, sociales, medios de comunicación, etc., dando a conocer sus diferencias con la adopción, sus características y singularidades propias, eliminando concepciones erróneas y prejuicios acerca del mismo, difundiendo los beneficios que proporciona para los menores y también para las familias acogedoras, y acercando la realidad de los niños y niñas en situación de desamparo a todas las esferas sociales. Y es que, como preconiza la Declaración de los Derechos del Niño en su Preámbulo, “*la humanidad debe al niño, lo mejor que puede darle*”.

#### 4. Referencias bibliográficas

##### Bibliografía básica

ALMEIDA, S., «El concepto de vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho y Ciencias Penales* [en línea]. 2009, núm. 12, pp. 23-36 [consulta: abril de 2024]. ISSN 0718-302X. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3339238>

ARENAS RAMIRO, M., «La protección de la infancia y la adolescencia» pp. 476-47. En: CANOSA USERA, R., y CARMONA CUENCA E. (ed.). *La Europa de los derechos sociales. La Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

BOFIL, A y COTS, J., «La Declaración de Ginebra. Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia». *Comissió de la Infància de Justícia i Pau*. 1999.

DÁVILA BALSERA P., y NAYA GARMENDI, L. M., «La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional». *Encuentros sobre la Educación* [en línea]. 2006, núm. 7, pp. 71-93 [consulta: marzo de 2024]. ISSN 1494-4936. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188>

DE LORENZI, M., GALLEGO MOLINERO, A., y FERNÁNDEZ MORENO, P., «Adopción y Derechos. El acceso a los orígenes en Argentina, Chile y España». *América Latina Hoy* [en línea]. 2019, núm. 83, pp. 7-23 [consulta: abril de 2024]. ISSN: 2340-4396. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7218316>

DÍAZ PANTOJA, J. Entre la autonomía progresiva y el interés superior del niño y la niña. Una mirada holística a los derechos de la niñez y la adolescencia [en línea]. Director: Vicente Cabedo Mallol. Universidad politécnica de Valencia. Cátedra de Infancia y Adolescencia. Valencia 2023. [consulta: abril de 2024] ISBN: 978-84-1396-079-1 Disponible en: <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/191967/6371.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ELÓSEGUI ITXASO, M., «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho a mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: Los casos noruegos y dos casos españoles». *Cuadernos de Derecho Transnacional* [en línea]. 2022, Vol. 14, núm. 2, pp. 375-406 [consulta: abril de 2024]. ISSN 1989-4570. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/7188/5622/>

FERRANDIS TORRES, A., «La reforma de la adopción cumple treinta años». *Revista Clínica Contemporánea* [en línea]. 2017, Vol. 8, núm.2, pp. 1-12. ISSN: 1989-9912 [consulta: mayo de 2024]. Disponible

en: <https://www.revistaclinicacontemporanea.org/archivos/cc2017v8n2a2.pdf>

FERNÁNDEZ SORIA, J. M. y MAYORDOMO PÉREZ, A., «Perspectiva histórica de la protección a la infancia en España». *Historia de la educación: Revista interuniversitaria* [en línea]. 1984, núm.3, pp. 191-214 [consulta: marzo de 2024]. Disponible en: <https://revistas.usal.es/tres/index.php/0212-0267/article/view/6599>

GARCÍA RUBIO, M. P., y TORRES COSTAS, M. E., «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». *Anuario de Derecho Civil* [en línea]. 2022, Vol. 75, núm.1, pp. 279-334. ISSN 0210-301X [consulta: junio de 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8530564>

GÓMEZ GIL, C., «Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica». *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* [en línea]. 2018, núm.140, pp.107-118 [consulta: mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/revista\\_papeles/140/ODS-revision-critica-C.Gomez.pdf](https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/revista_papeles/140/ODS-revision-critica-C.Gomez.pdf)

IRUEGAS PRADA, G., *Protección Jurídica del menor. Especial referencia al acogimiento familiar de menores*. Director: Isabel Espín Alba. Universidad de Vigo, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=289445&orden=0&info=link>

JIMENA QUESADA, L., «La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, [en línea]. 2021, núm. 460, pp. 33-72 [consulta: abril de 2024]. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/download/2432/2050/6344>

LIEBEL, M., y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., «*Hacia una ciudadanía participante y protagónica*» [en línea]. 1ª ed. Lima: Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y El Caribe, 2009. [consulta: abril de 2024]. Disponible en:

[https://www.uhu.es/63015\\_64038/images/descargas/pdf/infancia\\_y\\_ddhh\\_liebel\\_martinez.pdf](https://www.uhu.es/63015_64038/images/descargas/pdf/infancia_y_ddhh_liebel_martinez.pdf)

MARBÁN GALLEGO, V. y RODRÍGUEZ CABRERO, G. «Políticas de protección a la infancia en la Unión Europea». *Presupuesto y gasto público* [en línea]. 2020, núm. 98, pp. 49-78. [consulta: marzo de 2024] ISSN 0210-5977. Disponible en: <https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/98.pdf>

MIRANDA GONÇALVES, R. «Reflections on the Systemic Efficiency of Contemporary Democracy», *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law*, v. 14, n. 3, 2024, pp. 436-451.

MIRANDA GONÇALVES, R., «Educación de Calidad y Derechos Humanos en el Siglo XXI: Descifrando el ODS 41». *Justiça do Direito* [en línea]. 2023, vol. 37 núm. 2, pp. 264-293. [consulta: mayo de 2024] Disponible en: <http://hdl.handle.net/10553/127725>

MIRANDA GONÇALVES, R., «Perspectivas filosóficas en la búsqueda de la paz, la justicia y las instituciones sólidas en la Agenda 2030». *Novos Estudos Jurídicos* [en línea]. 2023, vol. 28 núm. 2, pp. 352-378. [consulta: mayo de 2024] Disponible en: <https://accedacris.ulpgc.es/handle/10553/127727>

MIRANDA GONÇALVES, R. «La infancia y la adolescencia en la era digital: nuevos retos para la garantía de sus derechos», *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 4, n. 42, pp. 465-489. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10553/127726>

NORIEGA RODRÍGUEZ, LYDIA., «Riesgo, desamparo y guarda. Su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia». *Anuario de Derecho Civil* [en línea]. 2018, vol. 71 núm. 1, pp. 111-142. [consulta: junio de 2024] Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2018-10011100152](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2018-10011100152)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PLATAFORMA DE LA INFANCIA. *La infancia en la Unión Europea* [en línea]. 2023, [consulta: abril de 2024] Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/documento/guia-infancia-ue/>

SANTANA RAMOS, M. E., «La garantía de los derechos en la población infantil». *Quaestio Iuris* [en línea]. 2016, vol. 09, núm. 04, pp. 2105-2123 [consulta: marzo de 2024]. DOI: 10.12957/rqi.2016.22562. Disponible en: <https://doi.org/10.12957/rqi.2016.22562>

TRINIDAD NÚÑEZ, P., «¿Qué es un niño? Una visión desde el Derecho Internacional Público». *Revista española de educación* [en línea]. 2003, núm. 9, pp. 13-48 [consulta: marzo de 2024]. ISSN 1137-8654. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/REEC/article/view/7950/7604>

TRINIDAD NÚÑEZ, P., «La Evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos». *Revista Española de Relaciones Internacionales* [en línea]. 2012, núm. 4, pp. 125-168 [consulta: abril de 2024]. ISSN 1989-6565 125. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4844064>

ÚBEDA DE TORRES, A., «La Carta Social Europea: una visión de los procedimientos de seguimiento» pp. 29-47. En: CANOSA USERA, R., y CARMONA CUENCA E. (ed.). *La Europa de los derechos sociales. La Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., «El derecho de la persona menor de edad: hacia una disciplina autónoma desde el derecho civil», pp. 12-36. En CABELLO MALLOL, V. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

### **Bibliografía complementaria**

ALDEAS INFANTILES SOS (2017) «Un mundo que se preocupa y cuida de la infancia. Cómo lograr que se incluya a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes sin cuidado familiar en los objetivos de desarrollo sostenible». [en línea]. 04 de mayo de 2024, 11:30. Disponible en: <https://cms.aldeasinfantiles.es/uploads/2018/07/alineacion-con-los-ods.pdf>

CONSEJO DE EUROPA, Strategy for the rights of the child (2022-2027). *Comité de Ministros*. [en línea]. 15 de mayo de 2024. 21:00. Disponible en: <https://rm.coe.int/council-of-europe-strategy-for-the-rights-of-the-child-2022-2027-child/1680a5ef27>

JUNTA DE ANDALUCÍA, Diagnóstico sobre el estado de la infancia y adolescencia en Andalucía. Oficina técnica del III Plan de Infancia y Adolescencia de Andalucía 2024-2027. [en línea]. 15 de junio de 2024, 20:30. *Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familia e*

- Igualdad*. Disponible en:  
<https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=7905&tipo=documento>
- NACIONES UNIDAS. Informe Mundial sobre la Violencia contra los niños y las niñas (A/61/299). *Asamblea General de las Naciones Unidas*. [en línea]. 03 de abril de 2024. 16:30. Disponible en: <https://www.caib.es/sites/obia/f/11424>
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., «El sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales» *Save the Children* [en línea]. 30 de mayo de 2024, 18:30. Disponible en: [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2024-03/guia\\_sistema\\_proteccion\\_infancia\\_adolescencia\\_STC\\_0.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/2024-03/guia_sistema_proteccion_infancia_adolescencia_STC_0.pdf)
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2023) «Informe de Progreso 2023 en España de la estrategia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible». *Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030* [en línea]. 11 de mayo de 2024, 13:30. Disponible en: [https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/IP23\\_EDS.pdf](https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/IP23_EDS.pdf)
- NACIONES UNIDAS (2023) «Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible». *Naciones Unidas* [en línea]. 6 de mayo de 2024, 18:18. Disponible en: <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210024938>
- UNICEF (2018), «Conclusiones principales sobre las familias, las políticas familiares y los Objetivos de Desarrollo Sostenible». [en línea]. 04 de mayo de 2024, 13:00. Disponible en: <https://www.familyperspective.org/safs/SynthesisReportSP.pdf>
- PALACIOS GONZÁLEZ, J., (2014) «Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar». *Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales* [en línea]. 7 de mayo de 2024, 18:30. Disponible en: <https://bienestaryproteccioninfantil.es/valoracion-de-idoneidad-para-el-acogimiento-familiar/>
- PLATAFORMA DE INFANCIA. *Informe sobre el marco legislativo de desarrollo de las leyes autonómicas de infancia y adolescencia en España* [en línea]. 12 de junio de 2024. 20:30 Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2022/05/informe-sobre-el-marco-legislativo-de-desarrollo-de-las-leyes-autonomicas-de-infancia-y-adolescencia-en-espana.pdf>
- RED ESPAÑOLA DE DESARROLLO SOSTENIBLE (2023) «Informe de Desarrollo Sostenible 2023». *Red Española para el Desarrollo Sostenible* [en línea]. 11 de mayo de 2024, 18:18. Disponible en: <https://reds-sdsn.es/informe-de-desarrollo-sostenible-2023/>

### Legislación citada

Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 12 de septiembre de 2023, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia en materia de cuidados y protección de los niños, niñas y adolescentes tutelados en Andalucía 2024-2030. BOJA núm 179 de 18 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2023/179/2>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 18 de diciembre de 2000. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

Carta Europea de los Derechos del Niño. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 21 de septiembre de 1992. Disponible en: <https://bienestaryproteccioninfantil.es/carta-europea-de-los-derechos-del-nino-doce-no-c-241-de-21-de-septiembre-de-1992/>

Carta Social Europea, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (revisada). Ratificada por España el 29 de abril de 2021. Boletín Oficial del Estado núm. 139/2021, de 11 de junio, p.71274 a 71327. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9719](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9719)

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y Social marzo de 2021. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52021DC0142>

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. Boletín Oficial del Estado núm. 243/1979, de 10 de octubre, p. 23564 a 23570. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_spa](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa)

Constitución Española. BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito de La Haya el 25 de octubre de 1980. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf>

Convenio en materia de adopción de niños (revisado), STCE n° 202, 27 de noviembre de 2008. *Consejo de Europa*. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=202>

Convenio (núm. 6) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), adoptado en Washington, 29 octubre-29 noviembre, 1919. Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C006:NO#:~:text=Queda%20prohibido%20emplear%20durante%20la,los%20casos%20previstos%20a%20continuaci%C3%B3n](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C006:NO#:~:text=Queda%20prohibido%20emplear%20durante%20la,los%20casos%20previstos%20a%20continuaci%C3%B3n)

Convenio (núm. 182) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999. *Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2001-9338](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2001-9338)

Convenio (núm 169) sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes, adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989. Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100\\_instrument\\_id:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_instrument_id:312314)

Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, STCE n° 201, 25 de octubre de 2007. *Consejo de Europa*. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=201>

Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>

Convenio sobre las relaciones personales del niño, STCE n° 192, 15 de mayo de 2003. *Consejo de Europa* Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=192>

Convenio sobre el ejercicio de los derechos de los niños, STCE n° 160, 25 de enero de 1996. *Consejo de Europa* Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=160>

Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, STCE n.º. 210, 11 de mayo de 2011. *Consejo de Europa*. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

Compromiso Global de Yokohama. Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, del 17 al 20 de diciembre de 2001. Disponible en: [https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu\\_superior/Doc\\_basicos/5\\_biblioteca\\_virtual/1\\_d\\_h/1a.pdf](https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/1_d_h/1a.pdf)

Declaración de Ginebra. *Sociedad de las Naciones*. Disponible en: <https://www.ciprodeni.org/wp-content/uploads/2018/08/Declaracion-de-Ginebra-1924.pdf>

Declaración de Río de Janeiro y llamado a la acción para prevenir y detener la explotación sexual de niño, niñas y adolescentes. Tercer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual de Niños, del 25 al 28 de noviembre de 2008. Disponible en: <https://bienestaryproteccioninfantil.es/plan-de-accion-declaracion-de-rio-de-janeiro-2008-tercer-congreso-mundial-contra-la-explotacion-sexual-de-ninos-ninas-y-adolescentes/>

Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guardia administrativa. BOJA núm. 20 de 16 de febrero de 2002. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2002/20/d5.pdf>

Decreto 282/2002 de 12 noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción. BOJA núm. 34 de 16 febrero de 2002. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2002/135/6>

Decreto 572/2019 de 1 de octubre, por el que se modifica el Decreto 106/2019, de 12 de febrero por el que establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. BOJA núm. 193, de 07 de octubre de 2019. Disponible en: [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/CCAA/652001-d-572-2019-de-1-oct-ca-andalucia-modifica-el-d-106-2019-12-feb-que-establece.html](https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/652001-d-572-2019-de-1-oct-ca-andalucia-modifica-el-d-106-2019-12-feb-que-establece.html)

Decreto 195/2020, de 1 de diciembre por el que se regula la organización administrativa y la competencia de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores. BOJA núm. 235 de 4 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2020/235/5>

Decreto 161/2022, de 9 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad. BOJA núm. ext. 28, de 11 de agosto de

2022. Disponible en: [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/CCAA/736047-d-161-2022-de-9-ago-ca-andalucia-estructura-organica-de-la-consejeria-de.html](https://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/736047-d-161-2022-de-9-ago-ca-andalucia-estructura-organica-de-la-consejeria-de.html)

Directiva 2011/92/UE del Parlamento y Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Directiva 2011/36/UE del Parlamento y Consejo de la Unión Europea, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea, de 15 de abril de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

Instrucción nº 4/2021 de la Dirección General de Infancia, por el que se aprueba el Protocolo de Intervención para la gestión de la medida de acogimiento familiar. Disponible en: <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=7723&tipo=documento>

Observación General nº 4 (CRC/GC/2003/4). La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño. *Comité de los Derechos del niño*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/general/crc/2003/es/18641>

Observación General nº 5 (CRC/GC/2003/5). Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. *Comité de los Derechos del niño*. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FGC%2F2003%2F5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FGC%2F2003%2F5&Lang=en)

Observación General nº 7 (CRC/C/GC/7). Realización de los derechos del niño en la primera infancia. *Comité de los Derechos del niño*. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F7%2FRev.1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FGC%2F7%2FRev.1&Lang=en)

Observación General nº 12 (CRC/C/GC/12) sobre el derecho del niño a ser escuchado. *Comité de los Derechos del niño*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Observación General nº 13 (CRC/C/GC/13) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. *Comité de los Derechos del niño*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8603.pdf>

Observación General n° 14 (CRC/GC/2013/14) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. *Comité de los Derechos del niño*. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc)

Observación General n° 6 (CRPD/C/GC/6) sobre la igualdad y la no discriminación. *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/119/08/pdf/g1811908.pdf?token=8Ap7jCIuhpgPFewHIU&fe=true>

Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (CRC/C/ESP/CO/5-6). *Comité de los Derechos del Niño*. Disponible en: <https://bienestaryproteccioninfantil.es/observaciones-finales-del-comite-de-los-derechos-del-nino-cdn-a-espana-2018-crc-c-esp-co-5-6-al-v-y-vi-informe-de-aplicacion-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-nino-version-oficial/>

Observaciones Finales a España 2010 (CRC/C/ESP/CO/3-4). *Comité de los Derechos del Niño*. Disponible en: <https://bienestaryproteccioninfantil.es/observaciones-finales-del-comite-de-los-derechos-del-nino-cdn-a-espana-2010-crc-c-esp-co-3-4/>

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-25627>

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22438>

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>

Ley 4/2021, de 27 de julio, de Infancia y Adolescencia de Andalucía. BOE núm. 189, de 9 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-13605>

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-5825>

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222)

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE núm. 215 de 7 de julio de 2022. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 209, de 30 de agosto de 2004. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/07/30/1774>

Real Decreto 573/2023, de 4 de julio, por el que se aprueba el reglamento de Adopción internacional. BOE núm. 159, de 5 de julio de 2023. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15553](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15553)

Recomendación General núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta el 14 de noviembre de 2014. *Comité de los Derechos del niño. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9925.pdf>

Recomendación (UE) 2021/1004 por el que se establece una Garantía Infantil Europea. DOUE núm. 223, de 22 de junio de 2021. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32021H1004>

Reglamento CRC/C/4/Rev. 5. *Comité de los Derechos del niño*. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/4/Rev.5&Lang=sp](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/4/Rev.5&Lang=sp)

Resolución 217 a (III), Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Resolución 1386 (XIV), Declaración sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: [https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos\\_ficha.aspx?id=33](https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=33)

Resolución 2200 A (XXI), Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de los Derechos Civiles Y políticos y Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/007/35/pdf/nr000735.pdf?token=nW4mbViz3k4xLcFIIsF&fe=true>

Resolución A/RES/34/180. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 de diciembre de 1979. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf)

Resolución A/RES/40/33. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) de 29 de noviembre de 1985. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/beijingrules.pdf>

Resolución A/RES/44/25. Convención de los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Resolución A/RES/55/25. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, adoptados ambos el 15 de noviembre de 2000. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/unctoc/unctoc\\_ph\\_s.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/unctoc/unctoc_ph_s.pdf)

Resolución A/RES/S-27/2. Un mundo apropiado para niños, 11 de octubre de 2002. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/resol/agonu/2002/es/14108>

Resolución A/RES/61/106. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 24 de enero de 2007. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/A-RES\\_61-106\\_spa.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/A-RES_61-106_spa.pdf)

Resolución A/RES/64/142. Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, 24 de febrero de 2010. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>

Resolución A/RES/70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2023 para el Desarrollo Sostenible, 21 de octubre de 2015. Disponible en: <https://sdgs.un.org/es/2030agenda>

Resolución A/RES/71/313. Labor de la Comisión de Estadística en relación con la Agenda para el Desarrollo Sostenible, 10 de julio de 2017. Disponible en: [https://ggim.un.org/documents/A\\_Res\\_71\\_313\\_s.pdf](https://ggim.un.org/documents/A_Res_71_313_s.pdf)

Resolución A/RES/74/133. Promoción y protección de los derechos de la infancia de 12 de noviembre de 2019. *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Disponible en: [https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/2020-01/A\\_RES\\_74\\_133\\_S.pdf](https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/2020-01/A_RES_74_133_S.pdf)

Resolución 2019/2876(RSP) sobre los derechos del niño con ocasión de la celebración del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. *Parlamento Europeo*. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0066\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0066_ES.html)

Resolución de 20 de febrero de 2020, de la Dirección General de Infancia, por la que se aprueba y da publicidad al Estatuto Andaluz de las Personas Acogedoras, Guardadoras con fines de adopción y Adoptivas. BOJA núm. 44, de 5 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2020/44/2>

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 17 de diciembre de 2007, C 306/1. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 30 de marzo de 2010, C 83/47 (versión consolidada). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

### **Jurisprudencia referenciada**

Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1969, Stauder, 29/69, EU:C:1969:57

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11-70, EU:C:1970:114

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de octubre de 1979, caso Airey vr. Irlanda, n° 6289/73, apdo. 26.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de marzo de 2012, caso Levin contra Suecia, n° 35141/06, apodos. 57 y 69.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de julio de 2002, caso Kuzner contra Alemania, n° 46544/99, apodos 58-60.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998, caso Söderbäck contra Suecia, n° 24484/94.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de septiembre de 2019, caso Strand Lobben y otros contra Noruega, n° 37283/13.

## DIGNIDAD Y DERECHOS: UN CAMINO NO IDEOLÓGICO PARA LA PAZ EN COLOMBIA.

## DIGNITY AND RIGHTS: A NON-IDEOLOGICAL PATH TO PEACE IN COLOMBIA.

*María del Mar Chaves Chavarro*<sup>2</sup>

Universidad Internacional de La Rioja

### **Resumen:**

A 8 años de la firma del denominado Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Duradera y Sostenible, la implementación de los acuerdos atraviesa un complejo momento ante la realidad colombiana que se resiste a superar el conflicto. Al recrudecimiento de la violencia, la reconfiguración de grupos armados ilegales, el fortalecimiento de los que ya existían y el narcotráfico como permanente combustible en la cadena de violencia colombiana se suma la instrumentalización de los derechos humanos como bandera política de los extremos ideológicos en Colombia. Los discursos populistas, en un clima regional de polarización como el actual, profundizan la inequidad, desestimulan la reconciliación y dinamitan la reconstrucción en la confianza del Estado. La dignidad de los ciudadanos y especialmente de las víctimas, en su carácter de valor y derecho, es el costo que la paz, lejos de sacrificar, debe reivindicar.

**Palabras clave:** Proceso de paz, FARC, populismo, dignidad, víctimas.

### **Abstract:**

Eight years after the signing of the so-called Final Agreement for the Termination of the Conflict and the Construction of a Lasting and Sustainable Peace, the implementation of the agreements is going through a complex moment in the face of the Colombian reality that resists overcoming the conflict. To the resurgence of violence, the reconfiguration of illegal armed groups, the strengthening of those that already existed and drug trafficking as a permanent fuel

---

<sup>2</sup> Abogada de la Universidad del Cauca, especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Bolivariana de Medellín, y magíster en Derechos Humanos y Sistemas de Protección de la Universidad Internacional de la Rioja, UNIR. Experta en derecho agrario y en justicia territorial, lideró la política de restitución de tierras en los departamentos de Cauca y Huila, Colombia. Ha desempeñado un papel clave en la implementación de medidas de reparación a las víctimas en el contexto de justicia transicional derivado del conflicto armado, contribuyendo significativamente a las políticas de paz y reconciliación nacional. Correo electrónico: mardelmarch@gmail.com

in the Colombian chain of violence is added the instrumentalization of human rights as a political banner of the ideological extremes in Colombia. Populist speeches in a regional climate of polarization such as the current one, deepen inequality, discourage reconciliation and dynamize the reconstruction of trust in the State. The dignity of citizens and especially of victims, as a value and a right, is the cost that peace, far from sacrificing, must vindicate.

**Keywords:** Peace process, FARC, populism, dignity, victims.

### **Sumario:**

1. Introducción. 2.Marco teórico y desarrollo. 2.1. El acuerdo final para la terminación del conflicto y su naturaleza jurídica. 2.1.1. 2.1.1.Nuevos “viejos” extremos ideológicos tras la firma del Acuerdo Final. Distintas concepciones de los derechos humanos 2.2.Análisis del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto. 2.2.1.Los seis puntos. 2.2.2.Desafíos, obstáculos y retrocesos. 2.2.3. Impacto de los discursos populistas en las dos orillas colombianas 2.2.3.1. «Estado Comunitario: Desarrollo para todos» 2006 – 2010. 2.2.3.2. «El Plan de la gente» 2022-2026 2.2.4.La Comunidad Internacional como actor determinante 2.2.5. ¿Retroceso o reajustes? 2.2.5.1.Reconocimiento de estatus político al Estado Mayor Central de las FARC (EMC) y la Segunda Marquetalia. 2.3. 2.3.La sociedad colombiana: entre la esperanza y la resignación. 2.3.1.Tensión entre los derechos civiles y los derechos sociales: Libertad y orden o paz y reconciliación. 2.3.2.La Misión de Verificación de la ONU en Colombia 2.3.3.La paz total o la paz posible 2.3.4.Leciones de contextos similares en el mundo: comparar lo comparable 2.3.5. Propuestas para la sostenibilidad de la paz. 3. Conclusions 4. Referencias

## **1. Introducción**

Aunque el populismo, como discurso y como forma de gobierno, ha sido ampliamente documentado, especialmente para resaltar las amenazas y efectos directos en los derechos humanos, conviene analizar sus efectos en escenarios de conflicto y procesos de transición.

60 años de confrontaciones entre el Estado colombiano y la guerrilla de las FARC concluyeron con la firma del Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (AFP). A partir de entonces, la construcción de la paz como propósito se incrustó en los discursos políticos, institucionales, académicos e hizo parte del lenguaje ciudadano común y centro de debate, información y desinformación de los medios de comunicación.

El proceso de paz generó dos visiones diametralmente opuestas sobre la legitimidad de los acuerdos que se revelaron con cierta precisión en el histórico plebiscito por la paz que fotografió tal división: el 50.2% optaron por el «No» (6.430.170 votos) y el 49.7% optaron por el «Sí» (6.371.911). Al margen del debate sobre la pertinencia jurídica de someter la paz al voto popular, la estrecha diferencia es bastante dicente frente a la que podría considerarse una polarización formalmente declarada.

Tras una negociación de emergencia que incluyera las consideraciones del voto negativo, se recogieron 273 modificaciones que redundaron en reajustar la apuesta de los acuerdos. En adelante vendría el desafío más importante: su implementación en un país fracturado, desigual y estigmatizado.

Las FARC entregaron las armas y desaparecieron como actor armado ilegal, mientras que los grupos restantes iniciaron sangrientas disputas para hacerse al control de las zonas y liderar las economías ilegales que nutren su subsistencia. El Ejército de Liberación Nacional (ELN), el autodenominado Clan del Golfo, además de 23 bandas criminales, iniciaron la reconfiguración del conflicto, aportando nuevas «viejas» prácticas, nuevas víctimas o revictimizando a aquellas que apenas iniciaba procesos de reparación.

A comienzos de 2017, las Fuerzas Militares hablaban de las disidencias de las FARC para referirse a aquellos miembros que no se acogieron al proceso de paz y habían iniciado nuevas alianzas con los grupos y organizaciones restantes o directamente se disputaban entre sí el control de las rentas ilegales.

Estas disidencias adoptaron posteriormente el nombre de Estado Mayor Central (EMC) de las FARC, conformadas hoy por más de 3500 miembros y lideradas por Néstor Gregorio Vera Fernández, alias «Iván Mordisco». Por su parte, en 2019, el excomandante de las FARC, Luciano Marín alias «Iván Márquez», abandonó el acuerdo y fundó, bajo su mando, otra nueva disidencia conocida como Segunda Marquetalia.

Podría afirmarse que, en materia de cumplimiento de los Acuerdos de Paz, el tiempo puede contabilizarse en gobiernos que, a través de sus planes de desarrollo y priorización de políticas, afectan en mayor o menor grado la implementación.

Es válido partir también de la premisa básica demostrada por la experiencia internacional, según la cual los procesos de transición y la estabilización de un nuevo escenario, si no propiamente de paz, sí de ausencia de conflicto, constituyen un proceso largo y complejo que requiere un alto grado de consenso, compromiso, consistencia y perseverancia.

Bajo estas consideraciones, y expuesto un escenario con las variables ya anotadas, se analizará cómo y en qué grado, el populismo impacta la dignidad como valor que inspira los

derechos humanos y como un derecho en sí mismo, en la perspectiva de una sociedad que, como la colombiana, no ha vivido un solo día de paz en más de 60 años. La paz posible, la idealización de la paz, la paz como derecho, la paz como objetivo y la dignidad como aspiración y no como instrumento, serán los derroteros que este documento pretende explorar.

## 2. Marco teórico y desarrollo

### 2.1. El acuerdo final para la terminación del conflicto y su naturaleza jurídica

Tratado internacional, acuerdo especial en los términos del artículo 3 común a los Acuerdos de Ginebra de 1949 (Colombia ha ratificado los 4 Convenios de Ginebra sus 3 Protocolos Adicionales), mero acto administrativo o acuerdo de carácter político. La naturaleza jurídica del AFP ha sido objeto de álgidas discusiones académicas y naturalmente políticas.

En un escenario dividido en dos extremos claramente diferenciados y con posiciones irreconciliables, lo cierto es que el interés legítimo del gobierno de Juan Manuel Santos se ocupaba afanosamente de identificar la manera más eficaz de blindar los acuerdos.

Para comprender esta discusión es menester afirmar que su trasfondo no es propiamente jurídico sino político. Los efectos de defender una u otra naturaleza persiguen intereses que no se relacionan directamente con las víctimas, como centro del acuerdo, sino con las agendas políticas anteponiendo como escudo el Acuerdo y comprometiendo la estabilidad de la paz.

Con todo, una rigurosa aproximación a este punto debe tener en cuenta al menos dos elementos esenciales: la naturaleza de quienes suscriben el AFP y su contenido.

Así, en cuanto a la naturaleza de quienes suscriben el AFP, la primera referencia obligada es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Según el artículo 2, «se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular» (Art. 2 CVDT 1969).

El argumento de quienes conciben el acuerdo como un tratado internacional es que su suscripción contiene obligaciones de derecho internacional humanitario tanto para el Estado como para la guerrilla de las FARC. No obstante, es claro que en el AFP una de las partes no es un Estado lo que descarta esta posibilidad, tal como ya lo había interpretado la Corte Constitucional en sentencia C-225 a propósito del análisis constitucional del Protocolo II a los Acuerdos de Ginebra (SC-255 1995).

En cuanto a su contenido y de cara a la identificación del AFP como un acuerdo especial, es menester señalar que los acuerdos especiales están contemplados en los artículos 3 y 6

comunes de los Convenios de Ginebra de 1949. El artículo 3 se refiere a la mínima protección de aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades, en contextos de conflictos armados no internacionales, lo cual garantizarán las partes mediante acuerdos especiales. Esta fue la disposición expresamente incorporada en el AFP (CG 1977).

Por su parte, el artículo 6 común, hace referencia a la potestad de las partes para «concertar otros acuerdos sobre cualquier cuestión» que estimen necesaria (CG 1949) y que no fue invocada por las partes en el AFP.

Ahora bien, en cuanto al contenido específico del AFP, debe tenerse en cuenta que está estructurado en 6 puntos claramente diferenciados pero interrelacionados: i) La Reforma Rural Integral (RRI); ii) La Participación Política; iii) El fin del conflicto; iv) La solución al problema de las drogas ilícitas; v) Víctimas y; vi) Implementación, verificación y refrendación.

Como puede observarse, el AFP no se circunscribe con exclusividad al DIH sino a una amplia gama temática lo cual impide afirmar con certeza que su naturaleza jurídica sea la de un acuerdo especial.

Para el profesor Uprimny, el AFP si bien no es un tratado, contiene «cierta fuerza jurídica» al considerarlo un acuerdo especial humanitario (UPRIMNY 2018). Más adelante, propuso también Uprimny dar lugar a la «pacigerancia», como una noción emergente que, ante la ausencia de una figura concreta de derecho internacional que permita afirmar sin ambages la fuerza jurídica internacional de los acuerdos, combine los instrumentos ya existentes y que abriría paso a aceptar «el reconocimiento que hace un Estado, que enfrenta un conflicto interno, de que el actor armado irregular con el cual negocia tiene personalidad jurídica internacional para firmar un acuerdo de paz» (UPRIMNY et al. 2019).

Esta propuesta, con todo y la rigurosidad intelectual propia del autor, no constituye un consenso doctrinario sobre el particular. De hecho, mientras se adelanta este análisis, el actual gobierno de Gustavo Petro Urrego (2022 – 2026) ha puesto sobre la mesa tanto de la opinión pública como de la comunidad internacional, la discusión sobre su naturaleza jurídica con el fin de sugerir que, con base en el Acuerdo Final es posible convocar una Asamblea Nacional Constituyente. Adicionalmente, el pasado 14 de mayo se anunció por parte del Jefe de Estado, que denunciará ante el Consejo de Seguridad de la ONU que el Estado colombiano no quiere cumplir el Acuerdo de Paz.

La implementación del AFP pasa por una fase especialmente crítica prácticamente en sus 6 puntos, lo cual se abordará más adelante, pero resulta ilustrativo este ejemplo sobre cómo un entendimiento populista de la paz puede tener efectos nocivos sobre los derechos de las víctimas, especialmente.

Hay un consenso nacional e internacional sobre la urgencia de avanzar en dicho cumplimiento, que requiere implementar las reformas institucionales que materialicen lo acordado, mediante los trámites o las vías constitucionalmente existentes. Discutir su naturaleza para derivar del AFP posibilidades jurídicamente inviables no le apunta precisamente a cumplir lo acordado.

Lo cierto es que la Corte Constitucional ya había zanjado esta discusión cuando, en 2016, se sometió a revisión de constitucionalidad el proyecto de ley mediante el cual se regulaba el plebiscito para la refrendación del AFP. Se trata de la Sentencia C-379 de 2016, mediante la cual se señaló que «es evidente la naturaleza política, tanto del Acuerdo Final como de la decisión que adopte el cuerpo electoral convocado a través del plebiscito especial. Esta decisión, así comprendida, es anterior, diferente e independiente de una potencial implementación normativa del Acuerdo la cual, de llevarse a cabo, deberá realizarse conforme a los requisitos y condiciones previstos en la Constitución para los actos de producción normativa, tanto legales como constitucionales» (FJ. 50.1 SC-379 2016).

### **2.1.1. Nuevos “viejos” extremos ideológicos tras la firma del Acuerdo Final. Distintas concepciones de los derechos humanos**

Como se mencionó, del plebiscito por la paz resultó la victoria del “No” por una diferencia ajustada (50.21% contra el 49.78%), que algunos acusan de convertirse en el argumento para detener el avance en la implementación de lo pactado en el AFP.

En mayo de 2017, varios medios de comunicación en Colombia a propósito del cubrimiento de la convención nacional del partido Centro Democrático, del que el expresidente Uribe es fundador, difundió el propósito del partido consistente en «volver trizas ese maldito papel que llaman el acuerdo final con las FARC», mientras que el exprocurador General de la Nación, también integrante de la colectividad, calificó de ilegítimos los acuerdos alcanzados y con ello, institucionalidad creada para el efecto.

El partido Centro Democrático asumió entonces su lugar en la contienda política y la golpeada legitimidad del AFP, alcanzando la Presidencia de la República con su candidato Iván Duque Márquez (2018-2022) bajo la consigna de la «paz con legalidad» y desde una comprensión de la violencia colombiana que niega la existencia del conflicto armado en Colombia y que eliminaría la calificación terrorista de los grupos armados.

Aunque la implementación no se paralizó en el sentido estricto de la palabra, sí se presentó una ralentización en su ejecución. Las cifras de las acciones violentas durante este

periodo reportan el asesinato de 957 líderes y defensores de derechos humanos, 261 firmantes del acuerdo de paz y 313 masacres que dejaron 1192 víctimas (INDEPAZ 2022).

A este ya escabroso escenario que incluyó la pandemia por COVID-19 ha de agregarse que, en 2021, con una reforma tributaria como detonante, Colombia vivió el estallido social más importante de su historia y que dejó 83 víctimas fatales, 44 con la presunta autoría de la Fuerza Pública y más de 1747 denuncias por violencia física en el marco de las protestas (INDEPAZ 2022).

El escenario social, liderado mayoritariamente por jóvenes y organizaciones sociales de todo el país, fue aprovechado en algunas regiones por grupos armados ilegales y bandas criminales que pretendieron afianzar su control y dio lugar a cuestionamientos que, a su vez, fueron aprovechados para profundizar aún más la estigmatización especialmente contra los miembros de la «primera línea» y grupos históricamente marginados que participaron en la movilización (ÁLVAREZ 2022, p. 4).

Del otro lado, el hoy presidente Gustavo Petro que entonces lideraba la oposición, representó la figura de cambio que reclamaba el estallido y que nutrió sus convicciones con las ideas que el pensamiento de la protesta exhibió en las calles y con la reanudación de la implementación.

Sin embargo, a estas iniciativas se sumó el proyecto de la Paz Total, en el marco del cual otorgó estatus político a organizaciones disidentes de las FARC. La simbología empleada por el gobierno de Petro se ubica en el extremo opuesto y refleja su propia lectura sobre la verdad de lo ocurrido en Colombia. El 1º de mayo, con ocasión del día del trabajador y en el marco de las movilizaciones convocadas por el mismo gobierno, ondeó la bandera del M-19, acusando a la «oligarquía» de cuestionar lo que él considera «símbolo de la fuerza que fue mayoría por voto popular» (PAÍS 2024). Esta actitud ha sido interpretada como un desafío a la reconciliación que contrario a convocar un sentimiento de unidad, llama a la provocación, profundiza la división y agrede a las víctimas de los actos del otrora grupo armado que protagonizó la toma del Palacio de Justicia en 1985.

## **2.2. Análisis del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto**

### **2.2.1. Los seis puntos.**

El AFP suscrito tuvo como propósito central finalizar el conflicto con la guerrilla de las FARC-EP ubicando a las víctimas como parte de acuerdo del acuerdo, en el sentido no solo de repararlas en las dimensiones propias de los sistemas propios de la justicia transicional (verdad, justicia y reparación) sino en detener el surgimiento de más víctimas.

Un propósito de semejante magnitud frente a la confrontación entre el Estado y la guerrilla más antigua y relevante del hemisferio occidental (INSIGHTCRIME 2023) de más de medio siglo de existencia, con una estructura militar y organizativa definida y perfeccionada a lo largo de tantos años y con la multiplicidad y espesura de las causas del conflicto colombiano, requería que el acuerdo construyera pilares que procuraran hacer cesar la violencia y conjurar las causas. De ahí que no es casual que el AFP señale desde su denominación que más que acuerdo de paz, es «para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera».

Los 6 puntos acordados tienen una relación de interdependencia y abarcaron desde la más urgente de las medidas, como la dejación de las armas y el cese de hostilidades, hasta las medidas contra el narcotráfico (utópicamente denominado «Solución al problema de las drogas ilícitas») y la necesaria equidad entre el campo y la ciudad, todo con los derechos de las víctimas gravitando en el sentido de cada uno de los puntos acordados.

El primer punto ataca el origen: la tierra. Así, se denominó como «Reforma Rural Integral» a este primer consenso que estaría orientado por los principios de transformar estructuralmente la relación con la tierra hacia relaciones con equidad e igualdad, enfoque de género en el acceso a derechos relacionados con la tierra, medios de producción, erradicación de la pobreza para las comunidades campesinas y étnicas. Se incluyen distintas medidas entre las que se destaca la creación la jurisdicción agraria que permitirá mecanismos judiciales para resolver tensiones alrededor de la tierra.

El segundo punto, corresponde a la «Participación Política: Apertura democrática para construir la paz». De este punto se derivan varias medidas encaminadas, entre otras, a garantizar la seguridad para el ejercicio de la política especialmente para los partidos que surgieran tras la terminación de la confrontación armada, la construcción del marco legal para la oposición política, y las garantías de seguridad para líderes sociales y defensores de derechos humanos.

El «Fin del Conflicto» se estructuró en el tercer punto del acuerdo en 3 fases: i) el cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo, ii) la dejación de las armas y, iii) el fin del conflicto protocolizado con la suscripción del AFP.

Como cuarto punto acordado, se estableció la «Solución al Problema de las Drogas Ilícitas». Tal vez el más ambicioso de los acuerdos pues ataca el combustible, acaso inagotable, de la guerra en Colombia. Se establecieron entonces las medidas para lograrlo, incluyendo la sustitución de cultivos mediante planes integrales de desarrollo en el que participaran las comunidades de aquellas áreas especialmente afectadas. Adicionalmente, se pactaron

programas de prevención del consumo y el fortalecimiento de los instrumentos judiciales y administrativos para frenar la producción y comercialización.

Las «Víctimas del Conflicto» se encuentran en el quinto punto del AFP con el resarcimiento como propósito fundamental. La concreción estaría edificada sobre los derechos humanos y que estructuró con bastante especificidad los principios que orientarían la política. Verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición desde el enfoque de la protección y el goce efectivo de los derechos.

La institucionalidad que se derivó de este punto específico merece especial atención por el diseño y espíritu genuino de reparación y reconciliación con el que fueron creadas. La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del Conflicto, y la Jurisdicción Especial para la Paz, pretende abrir el camino hacia la superación del conflicto.

El sexto y último punto se ocupó de la «Implementación, verificación y refrendación», acordando la creación inmediata de una Comisión de Seguimiento y Verificación de carácter bilateral. Este punto es especialmente trascendente de cara a la incorporación de lo acordado en el ordenamiento jurídico colombiano pues el AFP carece de fuerza vinculante por sí mismo.

Se establecieron los asuntos de mayor urgencia que serían sometidos al legislador dentro de los que se encontraban, la JEP, la UBPD, la suspensión de órdenes de captura para los exintegrantes de las FARC-EP y todas aquellas normas o reformas constitucionales necesarias para la implementación del AFP.

Tras ocho años de la firma del AFP, exponer el detalle de las 578 estipulaciones en él contenidas implicaría una investigación exhaustiva sobre «el acuerdo de paz más comprensivo jamás firmado» según el Instituto Kroc de la Universidad de Notre Dame (que tiene como mandato directo el monitoreo de avances) (ECHAVARRÍA et al. 2024, p. 15).

Lo que sí es claro es que los acuerdos alcanzados, edificados sobre la dignidad humana de las víctimas directas e indirectas y el correspondiente deber del Estado de garantizar y proteger sus derechos, la urgencia de blindar un acuerdo no de gobierno sino de atender su contenido como política de Estado, imponían la comprensión objetiva de los derechos humanos que irradian todo el panorama de la paz.

### **2.2.2. Desafíos, obstáculos y retrocesos**

«No he buscado la paz ingenuamente. Sabía que primero había que cimentar unas condiciones para lograrla, y que estas implicaban, por ejemplo, consolidar un poderío militar

que desestimulara la rebelión armada» (SANTOS 2019, p.29). Esta idea del mandatario colombiano hizo parte de la estrategia de aprestamiento que, en conjunto con la construcción canales de confianza, perseverancia en los diálogos y planeación de arquitectura institucional para lo que se pactaría, es esencial también para la implementación efectiva.

La desaparición de las FARC-EP como actor armado en el escenario colombiano anticipaba también la reconfiguración de los demás actores. Según el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en 2018 seguían haciendo presencia el ELN, EPL, y las autodenominadas Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC), así como las estructuras del Bloque Oriental de las FARC-EP, que decidieron no acogerse al proceso de paz (CICR 2018).

Para estos actores armados, reemplazar con sus armas e intereses las grandes áreas de control territorial de las FARC-EP y apropiarse de sus medios de subsistencia en la larga cadena de eslabones de la guerra, fue su prioridad. Por lo tanto, la seguridad y defensa del territorio, que de suyo es una tarea imprescindible del Estado, se tornaba vital en la nueva etapa.

Hoy subsisten en Colombia al menos ocho conflictos armados de carácter no internacional en un escenario que ha degenerado en una dinámica de todos contra todos. El Estado se enfrenta con el ELN, las AGC y las antiguas FARC y los grupos se combaten entre ellos mismos. (CICR 2024).

Hay que mencionar en este punto que, tras las negociaciones, quienes no se acogieron al proceso conformaron nuevos grupos que se denominaron inicialmente «disidencias» y que posteriormente se organizaron en dos estructuras. De un lado, el Estado Mayor Central (EMC) al mando de alias «Iván Mordisco» y la Segunda Marquetalia, liderada por alias «Iván Márquez».

El reciente informe de la Defensoría del Pueblo denominado «Los contrastes de la realidad humanitaria, dan cuenta de la rápida expansión y fortalecimiento de estos grupos al señalar que estas facciones se incrementaron en un 141% entre 2019 y 2024. (DPC 2024a).

De otra parte, la Corte Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional, que no es otra cosa que la declaración, mediante decisión judicial, de la configuración de la violación masiva, generalizada y estructural de los derechos humanos (UPRIMNY 2022) ante el asesinato de excombatientes de las FARC (SU-020 2022). Efectivamente, en el más reciente informe de la Misión de Verificación de la ONU de 27 de marzo de 2024, se reportan 416 homicidios de excombatientes desde la firma del AFP (ONU 2024).

En cuanto a los líderes sociales, como grupo que incluye a los defensores de derechos humanos, solo en 2024 se reportan 75 homicidios (INDEPAZ 2024) que se suman a los 1294

líderes asesinados desde 2016, según las cifras consolidadas por la Defensoría del Pueblo (DPC 2024b).

400 masacres con más de 1404 víctimas se han reportado entre 2020 y lo corrido de 2024 (26 en esta vigencia) (INDEPAZ, 2024), un incremento del 93% durante 2023 en comparación con el año inmediatamente anterior en materia de reclutamiento forzado y más de 63.249 personas fueron desplazadas forzosamente en el mismo periodo (OCHA 2024), siguen engrosando la cifra de víctimas que actualmente reporta 9.702.896 en todo el territorio nacional (UARIV 2024).

Mantener un enfoque hacia la protección garantizando la seguridad de los territorios como factor transversal requiere una política sólida y estable. En un escenario como el descrito, la capacidad estatal y las acciones específicas en materia de seguridad permitirán contribuir a la concreción de la dimensión positiva del derecho a la paz.

Garantizar la sostenibilidad de la paz o, al menos, propiciar la construcción de un camino sólido hacia ella, enfrenta entonces un dilema en la priorización de los desafíos implícitos del posconflicto. Parece razonable afirmar que priorizar la seguridad, que redund directamente en la protección de la democracia, la pobreza, la inversión y el empleo, es un cimiento que la realidad colombiana reclama con premura.

Y es que es ante todo estratégico si se pretende avanzar con éxito en nuevas negociaciones en una disposición de privilegiar el diálogo y no la derrota militar que puede implicar sacrificios en términos de verdad, justicia y reparación como derechos de las víctimas.

Con todo, la seguridad esconde una trampa que ha contribuido a la deslegitimación de su uso, pues en su nombre se cometieron gravísimas violaciones a los derechos humanos. Desde los denominados falsos positivos, interceptaciones ilegales, estigmatizaciones, surgimiento de grupos paramilitares, etc.

La instrumentalización populista de las víctimas, de la guerra y de la paz se han convertido en el atizador de las emociones de una sociedad que va de un extremo al otro en un posconflicto caracterizado por la incertidumbre y una reconciliación cada vez más esquivada.

### **2.2.3. Impacto de los discursos populistas en las dos orillas colombianas**

Identificar el impacto de las prácticas populistas inmersas tanto en la forma de gestionar lo público como en el lenguaje y el sentido de la retórica elegida, pasa por identificar si determinado líder se inscribe en aquellos elementos de la esencia del fenómeno.

Como se abordó en la aproximación a la noción de populismo, su definición no es unívoca entre la academia y entraña también un debate sobre una suerte de populismo bueno y uno malo (LACLAU 2012).

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, la dignidad se erige en valor, principio y derecho. Su desarrollo a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido ciertamente fundamental para comprender su alcance y contenido. Sin embargo, su instrumentalización como herramienta persuasiva que acude a la emocionalidad representa un riesgo para su materialización, pues lo despoja de significado.

Si todo es dignidad humana, entonces nada lo es, o como lo apunta el profesor Ricardo Chueca, «el abuso de su tónica ha desembocado en su degradación a mero eslogan: la dignidad humana es hoy una noción inconsistente y hasta fofa» lo que podría conducir a desconocer su esencia y convertirlo en una materia que simplemente adopta la forma del recipiente que lo contiene y se convierte entonces en algo impredecible.

No se desconoce, en todo caso, que los derechos humanos implican necesariamente una constante evolución dada las transformaciones sociales propias de los distintos momentos históricos. Sin embargo, esa progresividad que finalmente pretende concretar los efectos en el plano jurídico para la efectividad de los derechos ha de respetar su esencia sin pretender imponer una sola noción de dignidad o desconocer sus múltiples variantes.

Adicionalmente, el populismo, en su dimensión de expresión tergiversada de democracia, rompe el criterio de interdependencia de los derechos humanos y lo hace en su nombre. Como lo expresa el profesor Alegre, «el populismo hace más frágil el imperio de los derechos civiles y políticos sin fortalecer, como contrapartida, los derechos sociales y económicos».

Descartando desde ahora que Colombia haya tenido un régimen populista, sí existen dos momentos históricos recientes que, en el contexto de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos que padece el país, ameritan un análisis específico. Se trata de dos líderes que, representando dos orillas ideológicas diametralmente opuestas, han acudido a las estrategias populistas empleando el discurso y la persuasión, el enemigo común, la encarnación del pueblo o la comunidad y la redención como promesa.

### **2.2.3.1. «Estado Comunitario: Desarrollo para todos» 2006 – 2010**

El liderazgo carismático del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, que además representó el rompimiento del bipartidismo imperante hasta entonces, encontró una sociedad hastiada de las FARC-EP que percibió los esfuerzos de negociación del gobierno que lo

precedió, como la entrega del Caguán y las imágenes de soldados, policías, políticos y otros, secuestrados en condiciones inhumanas, el escenario perfecto para construir desde esas emociones la personificación de autoridad y esperanza.

La política de «Seguridad Democrática» contempló acciones estratégicas de presencia en todo el territorio y la recuperación del control territorial, que acompañada de un considerable aumento de las Fuerzas Militares, generó una mejora sustancial en la percepción de seguridad.

Los medios de comunicación jugaron un papel fundamental en la popularidad del presidente y amplificaron los resultados de esta nueva apuesta. En 2008, la muerte de alias «Raúl Reyes», jefe de la guerrilla de las FARC-EP en la conocida «Operación Fénix», y la «Operación Jaque», mediante la cual se obtuvo el rescate de miembros del Ejército y Policía, así como de 3 contratistas norteamericanos y de la excandidata presidencial Ingrid Betancourt, representó una victoria militar y humanitaria que el país entero celebró y que representó el principio del fin de las FARC.

Los rasgos populistas de este periodo no respondían exactamente a la contraposición de ideologías, sino a la exacerbación de emociones a través del lenguaje incorporado en el discurso y en los permanentes mensajes institucionales que al fin y al cabo construyeron una “otredad” que señalar, un antagonista que atacar, un ellos y nosotros en un contexto en el que recuperar la seguridad era un clamor nacional surgido del hastío de los hechos recientes cometidos por las FARC.

El discurso alrededor del «pueblo» se enfocó en una eficaz transformación semántica y política hacia la «patria». Defenderla, hacerla y conformar una unidad de pensamiento a través de una comunidad que reclama la totalidad del espectro.

Tras el atentado perpetrado por las FARC-EP en la Universidad Militar Nueva Granada el 19 de octubre de 2006, el entonces presidente pronunció un discurso en el que, con la vehemencia que le caracteriza, convocó al país en estos términos: «Compatriotas, por la dignidad de la Patria, por el futuro de las nuevas generaciones, enfrentemos el terrorismo para no padecer su eterna esclavitud» (PRESIDENCIA 2006).

Entretanto, cuestionamientos relacionados con graves escándalos de corrupción, las coloquialmente denominadas «chuzadas» (interceptaciones ilegales a periodistas y opositores, ejecuciones extrajudiciales, estigmatización de ONG de derechos humanos), no hicieron mella en su popularidad que para ese momento se ubicaba en el 70% (VELEZ 2010, p. 77-93).

Tras el primer año de gobierno, 80 ONG presentaron un informe en el que se cuestionaba la política de seguridad por sus efectos sobre los derechos humanos (detenciones arbitrarias, seguimientos, interceptaciones, etc.). La respuesta del expresidente Álvaro Uribe Vélez

consistió en calificarlos como «traficantes de los derechos humanos» y afirmó que «ellos y los terroristas que los defienden han llevado al desplome social de la Nación». En la Sentencia T-1062 del 2005, en los hechos, literal c, se usaron las mismas expresiones, las cuales se emplearon en el discurso de posesión del comandante de la Fuerza Aérea traducidas en una orden expresa cuando le manifestó que en el compromiso superior de derrotar al terrorismo:

«Que los traficantes de los Derechos Humanos no lo detengan, no lo equivoquen, que toda la Fuerza Aérea colombiana le preste a esta gran Nación el servicio de ayudar a que nos libremos de una vez por todas de esa pesadilla» (ST-1062 2005).

Estas manifestaciones se suman a las del 8 de septiembre de 2003 por el presidente de la República, en la ceremonia de transmisión de mando del Comandante de la Fuerza Aérea, en CATAM, en presencia de todos los generales de las Fuerzas Armadas y la Ministra de Defensa. En dicha ocasión, el presidente rescató la labor del general Héctor Fabio Velasco – comprometido en la masacre de Santo Domingo, precisa la demanda-, y resaltó, posteriormente que «aparecieron colectivos y abogados, aparecieron bajo uno y otro nombre, voceros del terrorismo».

Las repercusiones se siguen documentando actualmente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió el pasado 18 de octubre de 2023 la sentencia del Caso Corporación Colectivo de Abogados «José Alvear Restrepo» vs. Colombia. Encontró la Corte IDH que Colombia es responsable de las violaciones a los derechos humanos de los miembros de dicha corporación en virtud de las estigmatización y hostigamiento a la que fueron sometidos y que los vinculaban con grupos guerrilleros, vulnerando, entre otros, los derechos a la vida, integridad personal, verdad y garantías judiciales reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Su posición frente al respeto de la independencia del poder judicial que adelantó investigaciones en contra su administración también se vio fuertemente cuestionada. En 2007, por ejemplo, Human Rights Watch le remitió una misiva expresando tal preocupación ante la declaración del entonces presidente del sesgo ideológico con el que actuaba la Corte Suprema de Justicia (HRW 2007).

Lo mismo ocurrió en 2009 cuando la Corte Suprema de Justicia, una vez recibida la terna que compete enviar al presidente de la República, se abstuvo de elegir Fiscal General de la Nación, bajo el argumento de que ninguno de los candidatos tenía formación en derecho penal.

En esta ocasión su mensaje resulta especialmente pertinente para lo que aquí se analiza sobre apelar al pueblo invocando el poder vertical como ejercicio de control directo del pueblo y no del control horizontal que ejercen las instituciones y que supone el respeto por la división de poderes.

Señaló entonces el expresidente que «mejor que la hipocresía histórica de introducirle politiquería al manejo de la justicia, es traer el debate de cara al pueblo colombiano» (PRESIDENCIA 2009).

Durante su gobierno surgió una nueva figura que denominó «Estado de Opinión» que no se corresponde a una categoría jurídica específica pero que en sus palabras se trataba, a su juicio, de una suerte de fase superior del Estado de Derecho en el que es la opinión pública y no la labor legislativa o la interpretación de las Cortes, la que determina el contenido de las leyes.

La espesura de la reacomodación de los actores armados durante este periodo, sumado al fortalecimiento del paramilitarismo y las alianzas del sector privado (algunas presuntas y muchas otras judicialmente declaradas), dibujan una de las paradojas de la historia violenta del país en este periodo específico: la disminución de la intensidad del conflicto y con ello de sus acciones y al mismo tiempo el deterioro en el sistema de derechos humanos.

Hay que señalar igualmente que este discurso se extendió más allá del periodo presidencial de Uribe Vélez y que forjó un sentimiento profundo que se mantiene a la fecha en un sector que al menos en términos electorales, permite apreciar una división bastante cercana a la mitad.

### **2.2.3.2. «El Plan de la gente» 2022-2026**

Con una plataforma tan amplia en aspiraciones sociales como incluyente en cuanto a alianzas, peculiarmente con los partidos tradicionales, el actual presidente de la República, Gustavo Urrego, logró la victoria con el 50,4% contra el 47,3% de su contendor Rodolfo Hernández (MOE 2022). Se trata de un gobierno de izquierda, liderado por un economista, exintegrante del M-19 y al que precede una larga trayectoria política.

Tras la desmovilización del M-19, hizo parte del Movimiento Democrático M-19 y logró una curul en la Cámara de Representantes. En adelante fue senador de la República, alcalde de Bogotá y actualmente ocupa el primer cargo de la Nación, elegido para el periodo 2022-2026 por el movimiento Pacto Histórico bajo el lema «Colombia, Potencia Mundial de la Vida» y su promesa de cambio. Su vicepresidente es Francia Márquez, afrodescendiente y oriunda del departamento del Cauca, uno de los departamentos más golpeados por el conflicto armado interno.

Dentro de su programa de gobierno, una de las apuestas clave consistió en el AFP y su implementación. Así, bajo la promesa de acelerar los inmensos rezagos de la implementación de la administración anterior, se comprometió al cese de la violencia contra los firmantes, la democratización de la tierra, la sustitución de cultivos ilícitos, entre otros (PETRO 2022).

Tanto la campaña como el ejercicio del poder han estado caracterizados por el señalamiento de la élite como el sector a vencer. Emplea el término «establecimiento» para reunir en él tanto a partidos políticos de derecha, medios de comunicación, élites económicas y gremios. Aunque como se mencionó, su victoria contó con el concurso de los partidos tradicionales, rompió con la coalición en 2023, apenas 9 meses después del inicio de su mandato (PETRO 2023a). Acude habitualmente a las emociones de sus electores y alude a la «política del amor» contra la «política de la muerte», que endilga a sus opositores.

Su bandera, su discurso y su retórica, propugnan por los sectores excluidos históricamente, «los nadies» a los que se refiere con frecuencia la vicepresidenta como referencia a aquel poema de Eduardo Galeano de 1940, los empobrecidos, en contra de una dirigencia histórica que los menosprecia y a quien se responsabiliza de la violencia en Colombia.

El presidente es especialmente inquisitivo y ligero, por demás, cuando acude al nazismo para atacar a la oposición, lo que, aunque no es novedoso en las diatribas políticas, sigue siendo reprochable. Le ha merecido desde editoriales de medios de comunicación escrita hasta pronunciamientos de la Cancillería de Alemania, que calificó de inaceptable la comparación que hizo el mandatario del cambio climático, Gaza y el Holocausto en su intervención en la COP28 a finales de 2023 (MFAE 2023).

Esta extrapolación también ha sido empleada para referirse al pasado de eventos relacionados con el asesinato sistemático de los dirigentes y militantes de la Unión Patriótica (UP) que bien el valió al Estado colombiano un fallo condenatorio de la Corte IDH en 2022. En sus redes sociales señaló el mandatario que «Si señor Moisés, el genocidio de la UP se hizo con ayuda del Estado. Mataron a miles de militantes de un partido solo porque eran de izquierda. ¿Cuál la diferencia con la noche de los cristales rotos?» (PETRO 2023b).

Con todo, y para lo que interesa a este análisis, la paz fue también una de las líneas discursivas dentro de la estrategia populista adoptada y que encontró un terreno fértil en el contexto ralentizado de implementación del AFP pues la administración anterior, de la línea del expresidente Uribe, gobernó con firmes críticas a los acuerdos firmados y en un clima de agitación social en medio de un recrudecimiento de la violencia y una crisis económica atizada por la pandemia del COVID19.

En esta agenda política de indudable connotación populista, la paz encontraría dos vertientes fundamentales: la implementación urgente de lo pactado o la reconducción del camino hacia esa implementación, y la construcción de una política de seguridad que permitiera evaluar y construir las condiciones para abordar la problemática con los demás grupos armados en general.

Con la política de la «Paz Total», el gobierno pretendió enfrentar el panorama crítico de recrudecimiento de la violencia al que se vio enfrentado al asumir su mandato. El término, con cierta indefinición en cuanto a su teoría o método, pretende, en términos generales, una estrategia simultánea de negociaciones con los grupos armados. El eje de esta ambiciosa apuesta, estaría dado por otro término denominado «seguridad humana» precisado en estos términos: «tenemos que escoger el concepto de seguridad humana que se basa, no en el número de bajas, sino en el aumento de la vida» (PRESIDENCIA 2022).

El fundamento consiste en el reconocimiento de que el concepto de seguridad también requería un cambio pues la doctrina previa asumía la existencia de un enemigo interno que, a juicio del gobierno, no existe.

La puesta en marcha de la Paz Total se convirtió en la Ley 2272 de 2022, que dotaba de un contenido más específico la nueva terminología en la que se sustentaría. Desde una seguridad que, aunque humana, contemplaría la protección de la naturaleza y «los seres sintientes» (Art. 2 L-2272 2022) y la paz total como política de Estado.

Esta ley otorga al gobierno lo facultad de negociar con los grupos armados incluyendo a las estructuras armadas denominadas «de alto impacto», con la finalidad de llevar a cabo acuerdos de paz o lograr el sometimiento a la justicia, más propio de la política criminal que de una política de paz, en el caso de los segundos.

Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, Colombia cuenta con ocho conflictos armados de carácter no internacional que dan cuenta de los principales actores armados: El ELN, las AGC, las antiguas FARC que se divide en el EMC y la Segunda Marquetalia (CICR 2024).

Frente a las disidencias de las FARC-EP, se trata de quienes no se acogieron al AFP (el EMC) y de quienes desertaron de la Segunda Marquetalia (FIP 2023). Hay que mencionar en este punto que el cumplimiento de lo acordado en el AFP implicaba que quien no entrara en el proceso de dejación de armas o reincida tras la firma, sería sometido a la justicia ordinaria en los términos de investigación y sanción propios del derecho penal. Este es el denominado «régimen de condicionalidad» contemplado en la Ley 1922 que establece las reglas de procedimiento para la Jurisdicción para la Paz (L-1922 2018).

Esta brevísima pero potente reseña es importante porque el Gobierno de Gustavo Petro decidió conceder estatus político tanto al EMC como a la Segunda Marquetalia, con el fin de avanzar en los diálogos que conduzcan a la paz, por lo que la regla del sometimiento para las disidencias impacta directamente el corazón del AFP y amenaza los derechos de las víctimas del conflicto armado.

Al ser la Paz Total una estrategia de negociación simultánea que empieza a construir unos antecedentes que pueden incentivar la conformación de grupos y que no pareciera considerar los efectos del fortalecimiento y expansión de estos grupos, la paz misma se convierte en un arma de los violentos. Otra de las paradojas de la experiencia colombiana sobre la violencia y el incremento dramático de víctimas y hostilidades en contra de la población civil, con una mayor intensidad justo en aquellas regiones periféricas del país, en donde se concentran los mayores índices de pobreza y exclusión, en donde las promesas calaron más hondo y se manifestaron en las urnas.

Por el lado de la implementación del AFP hay ciertamente rezagos importantes. Sus causas son variadas y pasan por la comprensión del transcurso de tres gobiernos desde la firma. El de Santos, que invirtió el final de su gobierno en el intento de implementación en un ambiente álgido de polarización tras el plebiscito, el de Iván Duque que representaba la oposición de los acuerdos y el actual.

En lo que compete a la promesa de retomar el cauce del cumplimiento de lo pactado, la posición del Gobierno Nacional es la necesidad de reformas y dentro de ellas, la RRI que corresponde al punto uno del AFP es la más importante dentro de un paquete de reestructuración social que incluye la salud, la educación y las pensiones.

Sin embargo, el trámite de las reformas ante el Congreso de la República ha sido accidentado y claro, inmensamente polarizado lo que derriba su propósito inicial de un acuerdo nacional que lograra la aprobación del cambio estructural al que apostó su campaña que además, se ha visto contaminado por escándalos de corrupción que se cuentan en billones de pesos, siendo el más sonado, aquel que compromete el agua para la Guajira, un territorio en donde la falta de acceso cobra víctimas, especialmente niños.

Ante estas dificultades, la discusión actual ha incluido al poder constituyente. Esta nueva línea en medio de una democracia condicionada por las emociones, una democracia, que acude a la urgencia de la implementación del AFP y que la oficina de prensa del Palacio de Nariño difundió mediante un documento llamado «ABC del proyecto constituyente» (PRESIDENCIA 2024).

El mismo AFP ha sido expuesto por sectores oficialistas como el fundamento del deber de convocar una Asamblea Nacional Constituyente y sobre él gravitan enérgicas discusiones. De un lado, el excanciller Álvaro Leiva defiende esa idea en cuanto considera que el AFP es un tratado internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad y en esa medida ostenta un carácter suprallegal y del otro, Juan Manuel Santos y Rodrigo Londoño quien era líder de las FARC-EP con quien se suscribió el AFP, que sostienen la imposibilidad jurídica de otorgarle una interpretación semejante a los acuerdos.

Entre tanto, las cifras de víctimas siguen en un vertiginoso ascenso. La seguridad en las regiones atraviesa un momento crítico y el corazón del AFP, lejos de concentrar la fuerza del Estado en su implementación desde el consenso, que es su inspiración, atiza nuevas conflictividades, pone en peligro lo pactado y exhibe al pueblo y a las víctimas como un escudo más que como el centro de su protección.

#### **2.2.4. La Comunidad Internacional como actor determinante**

Sin perjuicio del papel determinante de actores internacionales durante la etapa de negociación (Cuba y Noruega en calidad de garantes y Venezuela y Chile como acompañantes), se abordarán en este punto aquellas acciones de la comunidad internacional en la fase de implementación que tienen la mayor relevancia en cuanto procuran preservar lo acordado en la Habana.

Ciertamente, el proceso de paz liderado por el entonces presidente Juan Manuel Santos procuró acertadamente internacionalizar el acuerdo que bien pudo contraerse a los límites meramente internos. Se trató entonces de la «internacionalización política» que buscó y consiguió la legitimidad internacional, más allá de la cooperación económica que por supuesto es vital (BORDA et al. 2017, p. 214).

Su respaldo ha sido crucial en momentos en los que la estabilidad de los acuerdos ha estado en riesgo, como cuando el presidente Iván Duque presentó seis objeciones a la Ley Estatutaria de la JEP. No dudó la ONU en manifestar su preocupación por la incertidumbre que esa posición genera para la Justicia Especial de Paz al poner en riesgo su integralidad. A este llamado se sumaron las embajadas de Alemania, Suecia, Bélgica, Reino Unido, Suiza, Países Bajos y Francia.

Si bien se trata de asuntos de carácter interno la presión internacional tiene efectos importantes. La aprobación unánime de la comunidad internacional fue definitiva y en el momento más complejo para la legitimidad de lo acordado, el Nobel de Paz al presidente Santos fue un mensaje poderoso y un nuevo aliento.

En uno de sus pronunciamientos más recientes, la ONU recordó a Colombia la necesidad de implementar las medidas de seguridad pactadas en el AFP. Se trata del informe del Secretario General de la ONU del 9 de abril de 2024, en el que resalta la importancia de que la sociedad colombiana supere las divisiones políticas como presupuesto necesario de un futuro pacífico (ONU 2024).

Dentro de su informe, se destaca que, en medio de las múltiples mesas de negociación en ejecución de la política de Paz Total que comprenden ceses al fuego, debe tenerse en cuenta que es indispensable contar con una política de seguridad eficaz que, de manera complementaria, garantice la protección de las víctimas.

En la misma línea, el reciente informe del Instituto Kroc, llama la atención sobre la persistencia de los conflictos armados y las graves consecuencias para la población rural con especial incidencia en los líderes sociales y defensores de derechos humanos, concluyendo que pese algunos avances, «las condiciones de seguridad durante 2023 continúa siendo desafiante» y se agrava ante la protección insuficiente de los líderes sociales (ECHAVARRÍA et al. 2024, p. 24).

### **2.2.5. ¿Retrosos o reajustes?**

El proceso de paz con las FARC goza de todo el respaldo de la comunidad internacional y de un blindaje robusto que previó su instrumentalización política y que procuró mecanismos de seguimiento imparciales que promovieran su impulso.

Un insumo central para identificar si en la actualidad hay retrosos o se trata de reajustes propios del dinámico conflicto colombiano, es la visión de la ONU por su papel fundamental para el país.

Es así como el Consejo de Derechos Humanos, mediante resolución 53/22 dispuso de una experta internacional en derechos humanos, Antonia Urrejola, con el mandato preciso de identificar y verificar los obstáculos para la implementación del AFP (A/HRC/RES/53/22 2022).

En cumplimiento de la labor asignada, en marzo de 2024 la experta remitió su informe al Consejo de Derechos Humanos, exponiendo avances en la implementación, entre los que destaca el sistema de justicia transicional adoptado, la aprobación de la jurisdicción agraria, restitución de tierras, entre otros logros en materia de la Reforma Rural Integral establecido en el punto 1 de la AFP (AFP 2016).

Sin embargo, expresa preocupación por «El continuum de la violencia» (A/HRC/55/18 2024, p. 10) resaltando en este punto los efectos sobre la justicia transicional por los riesgos

contra la vida de víctimas y funcionarios. Con la prudencia propia de este tipo de informes, se resalta que el cambio de enfoque en la política de seguridad requiere la acción de la Fuerza Pública para proteger a las comunidades más expuestas al riesgo.

En efecto, las políticas públicas determinadas por un gobierno específico deben considerar que el AFP responde a una política de Estado que debe estar por fuera de la instrumentalización política.

### **2.2.5.1. Reconocimiento de estatus político al Estado Mayor Central de las FARC (EMC) y la Segunda Marquetalia.**

Actualmente, en vigencia de la política de Paz Total que se reguló mediante la Ley 2272 la política de seguridad adquirió un nuevo enfoque hacia la «seguridad humana» que busca su ejercicio con enfoque de derechos orientada hacia la reconciliación (L-2272 2022).

La ley también contempló la Paz Total como una política de Estado, prioritaria y transversal, que habilita al Gobierno Nacional para adoptar dos caminos para su materialización: diálogos con grupos armados al margen de la ley y conversaciones con estructuras criminales organizadas en clave de sometimiento a la justicia.

En ese orden, dada la existencia del AFP y el marco jurídico del sistema de justicia transicional, la implicación para los miembros de las FARC que no se acogieran al proceso de paz a través de la dejación de armas y tránsito a la legalidad, sería sometido a la justicia ordinaria o al combate militar.

El reconocimiento de estatus político a los dos grupos de disidencias de las FARC golpea el AFP en cuanto elimina el espíritu de cierre del conflicto que era su objetivo primordial, desconoce la desmovilización de miles de integrantes que cumplieron lo acordado y le da vida a un grupo armado ilegal hoy inexistente.

Esta estrategia en medio de un recrudecimiento agudo de la violencia, puede impulsar el surgimiento de nuevos grupos, alentar su fortalecimiento, eliminar consecuencias por el incumplimiento y atentar contra la dignidad de las víctimas que depositaron en los acuerdos el anhelo cierto de la no repetición.

Entre tanto, estas disidencias han reciclado para intensificar sus efectos, antiguas prácticas para atentar contra civiles, incluyendo a comunidades indígenas, en las zonas que históricamente han resistido los embates de sus acciones. Dentro de estas prácticas, se encuentra el uso de drones con explosivos (emulando las prácticas de la confrontación en Ucrania), carros bomba, secuestros y extorsiones.

2.3. La sociedad colombiana: entre la esperanza y la resignación.

**2.3.1. Tensión entre los derechos civiles y los derechos sociales: Libertad y orden o paz y reconciliación.**

Las acciones para la consecución de la paz, desde su concepción positiva, pasan por reconocer las causas estructurales que originan el conflicto y que, sin pretender una simplificación de todo un entramado de factores, descansa en la inequidad social, política y económica del país.

En tales condiciones, viene a cobrar total pertinencia recordar el carácter interdependiente de los derechos humanos y la comprensión amplia de seguridad, que supera el entendimiento de la fuerza como su exclusiva representación.

Sin embargo, la ausencia de Estado en las regiones más apartadas del país que ha permitido el control territorial de grupos armados y organizaciones criminales de toda estirpe requiere de un equilibrio entre la protección de derechos civiles de la población para asegurar el goce de los derechos sociales que también compete al Estado garantizar.

El 28 de mayo de 2024, mientras se presentaba un combate entre el Ejército Nacional y las disidencias de las FARC en Suárez (Cauca), la misma comunidad compartió las imágenes de los niños de la escuela, escondidos bajo sus pupitres cantando con su maestra que procuró su calma durante el suceso, tal como lo difundieron los medios de comunicación nacionales y extranjeros. Este evento ilustra bien cómo el equilibrio indispensable entre una política de seguridad firme y sostenida y la búsqueda de la paz que garantice el acceso a derechos es complementaria y no excluyente.

El profesor Gros ha condensado esa idea de interdependencia al manifestar que «Solo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que, sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Pero, a la inversa, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos y sociales carecen a su vez de verdadera significación» (GROS 1985 p. 324).

**2.3.2. La Misión de Verificación de la ONU en Colombia**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta de las Naciones Unidas, «El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones» (Art. 29 CNU 1945), marco normativo que sustenta la naturaleza de las Misiones Especiales con tal calidad.

Su carácter es político y tienen como finalidad el apoyo técnico y especializado de acuerdo con el mandato para el que son creadas (INT 2021).

Con ocasión del AFP en el punto 3.1, el Consejo de Seguridad de la ONU profirió la Resolución 2261 mediante la cual estableció la Misión en Colombia con el fin de verificar la dejación de armas e integrar el mecanismo tripartito que vigila el cese del fuego y hostilidades bilateral y definitivo (S/RES/2261 2016). El mandato original, que inició oficialmente el 26 de septiembre de 2017, ha sufrido modificaciones para responder a las necesidades propias de la evolución del AFP, por lo que se incluyó la verificación de la reincorporación de los miembros de las FARC a la vida civil, económica, política y social.

Su rol como complemento del proceso de paz, sumado a su carácter político y no de operaciones de mantenimiento de la paz, ha sido fundamental en proteger el mayor grado de legitimidad del AFP, sin que desplace las competencias propias del Estado como responsable de la implementación.

### **2.3.3. La paz total o la paz posible**

La apuesta de Paz Total como política de Estado que abandera el gobierno actual, como se mencionó previamente, diálogos y negociaciones con todos los grupos armados y bandas criminales. La discusión en los ámbitos jurídicos, políticos y académicos sigue presente en la agenda nacional.

Resulta complejo comprender dicha política y abrazarla desde la sociedad mientras las cifras de víctimas siguen en un ascenso permanente y el diálogo entre el gobierno y quien se opone o le critica, tiene un tono hostil que se aleja del consenso que pretende poner en práctica.

Según INDEPAZ, 94 masacres ocurrieron solo 2023, 42 firmantes de paz fueron asesinados, al tiempo que el desplazamiento forzado sigue siendo noticia cada día en Colombia (INDEPAZ 2024). Es una realidad que golpea directo en el discurso y demuestra cierta improvisación en la ejecución de un propósito final que la sociedad colombiana sigue anhelando.

Entre 2023 y lo corrido de 2024, la Defensoría del Pueblo ha emitido 52 Alertas Tempranas para distintos departamentos del país. Se refieren al endurecimiento del control territorial del EMC, la disputa por el control de actividades criminales que generan rentas ilícitas, riesgos para defensores de derechos humanos y líderes sociales que defienden el medio ambiente en el Amazonas, consolidación territorial de las AGC en algunas regiones del pacífico colombiano, entre muchas otras (DPC 2024a). Es la sistematización de la crisis humanitaria que atraviesa el país.

En un escenario como este, la realidad se impone sobre la retórica y el avance, aun en escenarios sobre los que Colombia ya tiene experiencia en cuanto a la complejidad de laberintos de la guerra, debe llamar a la sensatez de comprender que la Paz Total no parece ser la respuesta, al menos en este momento.

El esfuerzo entonces es hacia la paz posible, que, aunque compromete a un grupo armado ilegal, tiene la potencialidad de constituir realmente un ejemplo de confianza y propósito común, este sí de Estado. Avanzar con determinación hacia el cumplimiento del AFP es una tarea inaplazable y recuperar la confianza en los procesos de negociación por parte de la sociedad requiere avanzar en un camino libre de incoherencias tan protuberantes como el que, en el primer gobierno progresista en Colombia, sean los mismos grupos armados los que dinamiten sus cimientos.

Los derechos humanos no están por fuera de las formas jurídicas y tanto la paz como la dignidad humana tienen la necesidad apremiante de encontrar su lugar en el derecho. Mucho más en un ordenamiento jurídico que como el colombiano, encuentra siempre la manera de construir estructuras jurídicas para garantizar los derechos. El marco jurídico para la paz de los Acuerdos de la Habana es robusto y debe defenderse y aplicarse.

La Paz Total requerirá su propio método e ingeniería jurídica, con el AFP como referencia partiendo del entendimiento de que la paz no solo es retórica sino jurídica.

#### **2.3.4. Lecciones de contextos similares en el mundo: comparar lo comparable**

Un proceso de paz puede definirse como «un esfuerzo para lograr un acuerdo que ponga fin a la violencia, así como para implementarlo mediante negociaciones que pueden requerir la mediación de terceros» (FISAS 2010). Es claro que la implementación de lo pactado es entonces una fase crucial que refleja que la firma de la paz es el punto de partida.

El AFP no pretendió resolver todos los problemas de Colombia. La comparación con otros procesos en el mundo debe considerar el objetivo del acuerdo que no es otro que crear las condiciones para construir la paz, terminando la guerra con las FARC. De ahí que aquellos elementos esenciales del acuerdo colombiano incluyan la democratización misma del acuerdo, evidenciar el problema agrario y el narcotráfico, así como definir a las víctimas como el centro de gravedad de todo el proceso, hacen que se trate de un modelo único.

Esa condición excepcional, tanto en estructura como en contenido, explica que el caso de Colombia sea un referente mundial y materia de estudio e interés internacional tanto de la academia como de la comunidad internacional como veremos ahora con una percepción española vinculada a los sistemas internacionales de protección por dar el apunte.

En este punto sería interesante acudir a una percepción española de la situación colombiana en la tutela multinivel, pues desde luego es siempre una vía de escape o un escudo de protección ante los escenarios de conflicto y búsqueda de paz transicional y aquí destaca la reciente obra de PALOMARES (2023) quien apunta que «Se advierte 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» (120).

La comparación que se propone no se refiere al detalle de las causas del conflicto y su desarrollo, pero sí a la inequidad como factor común que propició la lucha armada como forma de reivindicar los derechos, aunque sea desde lo multinivel. La discriminación racial en Sudáfrica o la segregación con la fuerte influencia religiosa en Irlanda del Norte, resultan equiparables en la medida general de sus implicaciones de desigualdad con la imposibilidad de acceso a la tierra, a los medios de producción y al acceso al poder político en Colombia. Y en las tres experiencias de paz, la polarización de la sociedad provocada por conflictos tan prolongados, ha sido un elemento crucial.

La especificidad del proceso colombiano combinó lo mejor de otros procesos de paz calificados como exitosos en el mundo sin que ello signifique que existe un modelo ideal que se pueda replicar. Así la Comisión de la Verdad y Reconciliación, la justicia transicional y la restitución de tierras son, por ejemplo, mecanismos aprendidos del proceso en Sudáfrica. El perdón, como una lección predominante de este proceso de paz, es una tarea en construcción para Colombia.

Precisamente por eso, Jonathan Powell, jefe negociador en el proceso de paz de Irlanda del Norte, Joaquín Villalobos, exjefe de la guerrilla de El Salvador, Bill Ury, experto en métodos de negociación de la Universidad de Harvard y Shlomo Ben Ami, exministro de relaciones exteriores de Israel y jefe negociador en las conversaciones en Camp David, fueron convocados por el gobierno colombiano para asesorar el proceso de paz en medio de la discreción que estas estrategias requieren (JARAMILLO 2016).

Los contextos de violencia que han propiciado procesos de paz en el mundo son únicos. Responden a sus propias causas y pretenden resolverlas en la medida de lo que sus propias dinámicas consideran prioritario y negociable. En cualquier caso, resulta interesante comprender que el reconocimiento del otro, más que la reconciliación misma condicionada por

aquel componente tan subjetivo que entraña es un objetivo que facilita el avance y que tiene su propio proceso dentro de la reconstrucción de una sociedad que rodee lo acordado.

La longevidad de los conflictos, sus antecedentes religiosos o ideológicos, el respeto por los derechos y libertades públicas o las demandas sociales, así como los grados de inequidad que originan las violencias, tendrán una incidencia directa en los resultados de lo que se negocie y en la definición de aquellas líneas rojas o condiciones inamovibles que garanticen la sostenibilidad en el futuro.

Los altibajos durante el posconflicto son comunes y en cierto grado predecibles. En Irlanda del Norte, por ejemplo, también han existido grupos disidentes del IRA, que se opusieron al proceso de paz. De hecho, actualmente existe una seria preocupación por el fortalecimiento del Nuevo Ejército Republicano Irlandés (JIMÉNEZ 2023).

En Sudáfrica tampoco se extirpó el racismo. Persisten la desigualdad en el acceso a derechos, segregación e instituciones que dificultan abandonar un sistema de creencias enquistado en la sociedad, tal como lo señaló recientemente la ACNUDH, «El desmantelamiento de estos sistemas racistas y discriminatorios tan arraigados exige compromiso, liderazgo, diálogo y promoción para poner en marcha políticas antirracistas que apliquen las normas de derechos humanos y proporcionen un marco que ayude a abordar y rectificar estas injusticias y a promover la igualdad» (ACNUDH 2024).

Tal vez el espejo que Colombia deba revisar con especial atención sea el postconflicto en El Salvador. Los Acuerdos de Paz de Chapultepec de 1992 no solo concluyó doce años de enfrentamientos que dejaron más de 75.000 víctimas (AMNISTÍA 2019), sino que dio paso a una profunda transformación social y a la democracia misma, incluso ante los cuestionamientos de la ley de amnistía declarada inconstitucional en 2016 por violar los principios de derecho internacional.

Esta experiencia da cuenta de que tras 30 años de la firma de los acuerdos el cumplimiento de lo pactado fue parcial, se produjeron nuevas violencias incluyendo el surgimiento y consolidación de las pandillas y de ellas, la temida «mara salvatrucha».

También la polarización extrema tuvo un papel fundamental en ese nuevo ciclo adverso. Como lo expuso entonces el exjefe guerrillero (asesor de paz para Colombia durante el gobierno de Santos), «con la polarización extrema la racionalidad pierde valor, las emociones toman total control, el fundamentalismo derrota al pragmatismo, la calidad de la política y de los políticos se degrada, la inteligencia se convierte en defecto, la incompetencia se vuelve crónica, los acuerdos se vuelven imposibles, los problemas se quedan sin resolver y el país se va al infierno» (VILLALOBOS 2017).

En efecto, la construcción de paz es un proceso largo y complejo en el que las fracturas sociales y económicas tienden a subsistir. El consenso respecto al diálogo como alternativa a la confrontación y verdaderos mensajes y acciones hacia la unidad pueden permitir que las generaciones venideras sanen el pasado sobre una firme convicción de que los derechos humanos son la respuesta a los debates y la puerta de escape del fracaso.

### **2.3.5. Propuestas para la sostenibilidad de la paz.**

En una dinámica de negociación y posterior implementación cuyos ritmos se impactan por las transiciones de gobierno, la retórica de unidad alrededor del AFP es definitiva y se construye sobre acciones decididas que demuestren un interés genuino de cerrar ese proceso o de continuar en esa dirección.

Para lograrlo, la renovación del compromiso con el AFP puede contribuir a que la sociedad mantenga una visión franca sobre la necesidad de cuidar lo logrado, que no es poco, y del largo camino aun por recorrer. Partiendo de que la sociedad colombiana ha construido durante generaciones una identidad alrededor del conflicto, la voluntad de paz debe ser una sola.

La dignidad de las víctimas y de la sociedad que con todo y sus divisiones tiene una aspiración legítima a superar un pasado violento, debe mantenerse por encima de los discursos ideológicos que estigmaticen las opiniones diversas sobre la idea de país que cada uno concibe. Por el contrario, reafirmar los valores democráticos y honrar la Constitución como el manual por excelencia que oriente la búsqueda de la paz debe ser el mensaje que se privilegie en todos los escenarios y se legitime en las regiones. Para muestra de derecho comparado, una muestra de ello en los apuntes constitucionales de PALOMARES (2024) en sus referencias a los arts. 2 o 14 de la Constitución Española de 1978.

Del mismo modo, reafirmar mediante políticas rigurosas la interdependencia de los derechos humanos pasa por promover con ahínco las transformaciones sociales que eviten el surgimiento de nuevos conflictos o estimulen su persistencia, al tiempo que la seguridad que garantice ejercer los derechos en libertad debe mantenerse como estrategia de Estado.

Mientras se politiza la paz, Colombia lidera el ranking en la región como el país más peligroso del mundo para los defensores de los derechos humanos, según Front Line Defenders. Su director fue enfático en afirmar que «Esta espantosa oleada de agresiones contra defensores de derechos humanos es consecuencia directa del debilitamiento del marco jurídico internacional de derechos humanos y del doble estándar de los gobiernos a la hora de respetar los derechos humanos» (DEJUSTICIA 2024).

La sostenibilidad de la paz, la construcción firme del muchas veces accidentado y sinuoso camino hacia ella debe tener como principio la no instrumentalización de las víctimas, la «despolitización de la barbarie» (GARCÍA 2023) y el respeto a lo pactado como un propósito de la Nación.

### 3. Conclusiones

PRIMERA. Las experiencias mundiales de revertir los efectos de las guerras, siendo la Segunda Guerra Mundial un hito para la conciencia de la humanidad han permitido construir un consenso alrededor de su comprensión como fundamento de los derechos humanos, derecho en sí mismo y valor que permea el derecho constitucional contemporáneo.

La premisa kantiana que entiende que la dignidad se traduce en entender al hombre como un fin y no un medio y que ha inspirado a encumbrados filósofos, doctrinantes y juristas, así como a los ordenamientos jurídicos democráticos, cobra especial sentido para el momento actual de Colombia y las complejidades de la frágil construcción de paz.

En ese sentido, ni la paz ni la dignidad deben ser banderas o escudos. Responden a propósitos de un Estado que necesita con urgencia el compromiso de todos los actores sociales, institucionales e internacionales, de lo contrario, el riesgo de que en nombre de la dignidad se afecten los derechos de las minorías o se les desproteja en sus libertades y garantías es muy alto.

En la misma línea, las apuestas de paz deben partir honrar el compromiso del Estado y volcar sus esfuerzos hacia el cumplimiento de lo acordado pues solo reafirma su legitimidad y estimula que nuevos acuerdos consideren sumarse a esos mismos efectos. Con ocho frentes de negociación abiertos actualmente sin ocupar los vacíos estructurales en seguridad y goce efectivo de derechos en las regiones marginadas, el discurso no podrá ir más allá de la elocuencia de la palabra.

SEGUNDA. Los discursos populistas sobre los derechos humanos tienen profundos efectos para la democracia liberal, añaden una nueva capa de dificultad a su cumplimiento y generan nuevas víctimas.

La concepción maniquea de la sociedad colombiana anula las posibilidades de consenso pues se asumen de enemigas las posturas contrarias y se animan discursos y debates que no le aportan a ejecutar políticas que mitiguen las causas del conflicto. Los símbolos y el lenguaje del discurso populista tienen efectos en la legitimación de las instituciones democráticas.

Si algo requiere amplio consenso, son las reformas institucionales y jurídicas que permitan atacar las causas del conflicto colombiano. La retórica populista se agota en sí misma

y recicla sus arengas, pero no ofrece eficacia en la respuesta a los desafíos que implica construir la paz en un país tan diverso como Colombia.

TERCERA. La experiencia colombiana en construcción de paz implica un propósito en su implementación que cuente con un blindaje robusto que impida que las transiciones de los gobiernos elijan un lugar en la agenda de ejecución que responda a intereses políticos.

Los desafíos actuales y la historia que se construye sobre la paz en Colombia evidencian la complicada relación entre seguridad y diálogo. La persistencia de los grupos armados ilegales, su reconfiguración y el surgimiento de nuevas organizaciones criminales que pretenden mimetizarse en supuestas aspiraciones políticas, alimentados todos por el combustible del narcotráfico, exigen una estrategia de seguridad que procure la protección de la vida, la libertad y la integridad de los ciudadanos.

Esta exigencia no desplaza el deber del Estado de garantizar entornos apropiados para el desarrollo social y económico como factores determinantes en la sostenibilidad de la paz, desde una doctrina transparente y proporcional afianzada en el respeto por los derechos humanos. Y es que, si algo ha caracterizado la historia del conflicto, es la violación grave de los derechos humanos en nombre de la seguridad.

El desafío de la implementación del AFP y de aspiraciones de nuevos diálogos de paz con otros grupos debe responder a la priorización de la seguridad como complemento a la búsqueda de verdad, justicia y reparación. La reconciliación es un objetivo de construcción que tomará generaciones, pero partir del reconocimiento del otro y no de su señalamiento, puede ser un objetivo más inmediato.

CUARTA. Los desafíos que implica el surgimiento de nuevas violencias no deben entenderse necesariamente como fracasos. Son parte de un proceso que inició con la firma y que tardará en cerrar heridas. Colombia debe superar la paradoja de tener la Constitución Política más garantista de la región, con un amplio catálogo de derechos fundamentales, incluida la paz, y al mismo tiempo, persistir en el bucle de desacuerdos que termina en el péndulo de mover la sociedad de un extremo ideológico al otro sin superar la pesadilla de sumar muertos.

Aplicar los principios constitucionales y permitirle a la Corte Constitucional retomar su loable tarea de interpretar los contornos de los derechos y dilucidar su contenido en vez de convertirse en el verificador de leyes que nada le aportan a la implementación, es una tarea vital.

Si es la dignidad la esencia de los derechos humanos y el AFP pretende detener la guerra con las FARC-EP y las consecuentes violaciones a tales derechos, la esencia de lo

acordado ya no debe ser objeto de debate sino la plataforma a partir de la cual se deben estructurar las políticas públicas.

Bobbio no pudo explicarlo mejor cuando afirmó que «La vida política se desarrolla mediante conflictos que jamás son resueltos definitivamente, cuya solución se da mediante acuerdos momentáneos, treguas y aquellos tratados de paz más duraderos que son las constituciones» (BOBBIO 1999, p. 104).

#### 4. Referencias bibliográficas

##### Bibliografía básica

- ALEGRE, M. «Populismo y derechos humanos: ¿Agua y aceite?», *Ponencia presentada en SELA*. [en línea]. 2016 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: [https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela16\\_alegre\\_cv\\_sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela16_alegre_cv_sp.pdf)
- ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A. «El Paro nacional del 2021 en Colombia: estallido social entre dinámicas estructurales y de coyuntura. La relevancia de la acción política y del diálogo en su desarrollo y transformación». *Prospectiva* [En línea]. 2022. [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0122-12132022000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-12132022000100001&lng=en&nrm=iso)
- ASÍS ROIG, R. «Papeles el tiempo de los derechos», “Norberto Bobbio en castellano”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Número 6 año 2009. *Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho*. 2009.
- BOBBIO, N. «El tercero ausente». 1997.
- BOBBIO, N. «El futuro de la democracia» ISBN 968-16-2250-2. México. *Fondo de Cultura Económica*, 1986.
- BOBBIO, N. «El problema de la paz y las vías de la guerra», trad: Jorge Binaghi, México. Ediciones Atalaya. 1999.
- BORDA, S. y GÓMEZ, S. «La internacionalización del proceso de Habana: del aislacionismo a la contención. Nuevos enfoques para el estudio de las relaciones internacionales de Colombia». [en línea] 2017 [consultado el 10 de junio del 2024].
- CASILIMAS, C. A. «Investigación Cualitativa». Editorial ARFO Editores e impresiones Ltda. 2002.
- CASTILLEJO CUÉLLAR, A., FRANCO AGUDELO, S., DUQUE GONZÁLEZ, L. GANEM MALOOF, K. «No Matarás: Relato Histórico Del Conflicto Armado» *Comisión de la verdad*. 2022. Disponible en:

- [https://www.comisiondelaverdad.co/sites/default/files/descargables/2022-08/CEV\\_NARRATIVA%20HISTORICA\\_DIGITAL\\_2022.pdf](https://www.comisiondelaverdad.co/sites/default/files/descargables/2022-08/CEV_NARRATIVA%20HISTORICA_DIGITAL_2022.pdf)
- DE LA TORRE, C. R. «Rafael Correa un Populista del Siglo XXI». *Latin American Network Information Center – LANIC*. [sin fecha] Consultado el 8 de junio de 2024. Disponible en: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/vrp/delatorre.pdf>
- DWORKIN, R. «Justicia para erizos», ISBN 978-950-557-998-3, Buenos Aires, Argentina. *Fondo de Cultura Económica*, 2014.
- ECHAVARRÍA ÁLVAREZ, J., et al. «Siete años de implementación del Acuerdo Final: perspectivas para fortalecer la construcción de paz a mitad de camino. Notre Dame, IN Bogotá, Colombia: Matriz de Acuerdos de Paz/Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz». *Escuela Keough de Asuntos Globales*. [En línea]. 2024. [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: DOI: 10.7274/2565127
- FERRAJOLI, L. «La justicia penal transicional para la Colombia del postconflicto y las garantías para la paz internacional». *Revista Crítica Penal y Poder*, no. 10. (pp. 146-161). 2016. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/15489/18650>
- FISAS ARMENGOL, V. «¡Alto el fuego! Manual de Procesos de Paz», Barcelona: Escola de Cultura de Pau. *CLACSO* [en línea]. 2010 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: [https://biblioteca.clacso.edu.ar/Espana/ecp/20161219045734/pdf\\_1093.pdf](https://biblioteca.clacso.edu.ar/Espana/ecp/20161219045734/pdf_1093.pdf)
- GARCÍA VILLEGAS M., UPRIMNY YEPES R., «Chapitre V. La normalisation de l’exceptionnel sur le contrôle juridictionnel des états d’urgence en Colombie», dans; *Justice et démocratie en Amérique latine*. Sous la direction de BERNARD Marie-Julie, CARRAUD Michel. FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, «CERDHP». p. 117-143. 2005. Disponible en: [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_198.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_198.pdf)
- GARCÍA VILLEGAS, M. «Despolitizar la barbarie». *Dejusticia* [en línea]. 26 de agosto de 2023 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/column/despolitizar-la-barbarie/>
- GARRÁN MARTÍNEZ, J. M. «La paz y el pacifismo en la obra de John Rawls», (34), 141–167. 2016. *Revista Derechos y Libertades del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/8b2b4c52-26cf-45cb-9010-80760d818d08/content>
- GROS ESPIELL, H. (2003). «La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, 4, 193-223. *Revistas*

- UCM. 2003. [en línea] Consultado el: 3 de abril del 2024. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0303110193A>
- GROS ESPIELL, H. «El derecho humano a la paz», en Informe sobre el Simposio Internacional sobre la Comprensión Internacional y la Paz. 1987. *CORTEIDH*. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21744.pdf>
- GROS ESPIELL, H. «Estudios sobre derechos humanos. Ediciones del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos», 1985.
- HABERMAS, J. «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Diánoia*, México. vol. 55, no. 64, s. 3. ISSN 0185-2450. 2016. Consultado el: 15 de mayo del 2024.
- JARAMILLO, S. «La posibilidad de la paz», Lección inaugural en The Pearson Institute for the Study and Resolution of Global Conflicts. *University of Chicago*. [en línea] 2017 [consultado el 10 de junio del 2024]. Disponible en: <https://thepearsoninstitute.org/sites/default/files/2017/05/Transcript%20Jaramillo%20Lecture%20042417>
- JIMÉNEZ, O. J. «El final de las estructuras terroristas» *Studia Histórica, Historia Contemporánea*, 41, 57–80. *Revistas Ediciones Universidad de Salamanca*. [en línea] 2023. [consultado el 10 de junio del 2024]. Disponible en: <https://doi.org/10.14201/shhc2023415780>
- JUDT, T. «Postguerra». La casa del libro. 2005. Consultado el: 10 de mayo del 2024. Disponible en: <https://www.casadellibro.com.co/libro-postguerra/9788430606108/1098390>
- KANT, I. «Fundamentación de la metafísica de las costumbres» El Cid Editor, obra original publicada en 1785. *UNIR*. 2003. Consultado el: 3 de abril del 2024. Disponible en: <https://bv.unir.net:2769/es/ereader/unir/35800>
- LACLAU, E. «POPULISMO Y TRANSFORMACION DEL IMAGINARIO POLITICO EN AMERICA LATINA». *Boletín De Estudios Latinoamericanos y Del Caribe no. 42, s. 25-38. ISSN 0304-2634*. 1987.
- LACLAU, Ernesto. «La razón populista», México D.F. *Fondo de Cultura Económica*. 2012
- LEIVA RAMÍREZ, E., JIMÉNEZ, W., MENESES QUINTANA, O. «El proceso de construcción de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo». *Revistas Universidad Externado*. 2018. Consultado el: 2 de mayo del 2024. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5667/7385>
- LEON GÓMEZ, P. E, PEÑARANDA, R. «LAS, F. A. R. C. De la autodefensa a la combinación de todas las formas de Lucha». Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales de la Universidad Nacional. Editorial Tercer Mundo Editores. Bogotá, Colombia. 1991.

- MELO, J. O. «Colombia Es Un Tema. Historia Del Derecho En Antioquia». Jorge Orlando Melo. 2007. Disponible en: [Http://Www.Jorgeorlandomelo.Com/Hisderecho.Htm](http://Www.Jorgeorlandomelo.Com/Hisderecho.Htm)
- MIRANDA GONÇALVES, R. «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 (2020), pp. 148-172. <http://hdl.handle.net/10553/113797>
- MIRANDA GONÇALVES, R. «Derechos humanos versus derechos fundamentales», *Universidad Internacional de La Rioja*, 2020. Disponible en: <https://www.unir.net/revista/derecho/derechos-humanos-derechos-fundamentales/>
- MUDDE, C., KALTWASSER, C. R. «Populism: A very short introduction». *Oxford University Press*. 2017.
- MUÑOZ, FRANCISCO. A. «La paz imperfecta». *Universidad de Granada*. 2001.
- PALOMARES HERRERA, M. *Constitución Española Comentada. Especial 45º Aniversario*. Dykinson, 2024.
- PALOMARES HERRERA, M. Análisis de la sentencia del Tjue Kamberaj contra el Istituto per L'edilizia Sociale de Bolzano: una perspectiva desde las resistencias a la tutela multinivel de los derechos humanos. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2023, no 30, p. 107-122.
- PANIZZA, F. «¿De qué hablamos cuando hablamos de populismo? “¡Más populista será tu abuela!”». *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Católica del Uruguay vol. 2, no 2, p. 15-37*. 2011.
- PECES BARBA, G. «10 palabras clave sobre derechos humanos», escrito por Juan José Tamayo Acosta, en el cual se recopilan diversos autores incluyéndose a Peces Barba G. Editorial Verbo Divino. 2007. Consultado el: 5 de abril del 2024. Disponible en: <https://verbodivino.es/Libro/3527/10-palabras-clave-sobre-derechos-humanos-pdf>
- PETRO, G. «La coalición política pactada como mayoría ha terminado en el día de hoy por decisión de unos presidentes de partido». *Twitter*. [en línea] 25 de abril de 2023a [consultado el 11 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://x.com/petrogustavo/status/1651070011463589892>
- PETRO, G. «Programa de gobierno “Colombia, potencia mundial de la vida” Petro Presidente 2022-2026». Gustavo Petro [en línea]. 2022 [consultado el 3 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://gustavopetro.co/programa-de-gobierno/temas/>
- PETRO, G. «Si señor Moisés, el genocidio de la UP se hizo con ayuda del Estado. Mataron a miles de militantes de un partido». *Twitter*. [en línea] 11 de febrero de 2023b. Disponible

- en: Twitter. <https://x.com/petrogustavo/status/1624404918491660290?s=20&t=Y9dIP-XMQpwlgz9MgjWn7w>
- RÍOS SIERRA, J. «La Narcotización del Activismo Guerrillero de las Farc y el ELN 1998-2012». *Revista UNISC (41)*, 205-233I ISSN: 2386-9453. 2016. Consultado el: 22 de abril de 2024. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76746670009>
- ROSANVALLON, P. «El Siglo del Populismo». *Barcelona: Galaxia Gutenberg, S.L.* [en línea]. 2020 [consultado el 13 de marzo de 2024].
- SANTOS, J. M. «La batalla por la paz». *Planeta (2a ed.), Obra original publicada en 2019* [En línea]. 2019. [consultado el 3 de junio de 2024].
- UPRIMNY REYES, R. «¿Reformar el Acuerdo de Paz o ajustar su implementación?». *Dejusticia* [en línea]. 5 de agosto de 2018 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/column/reformar-el-acuerdo-de-paz-o-ajustar-su-implementacion/>
- UPRIMNY REYES, R. «Preguntas para entender el estado de cosas inconstitucional por la inseguridad de excombatientes». *DEJUSTICIA* [en línea]. 8 de febrero de 2022 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/5-preguntas-para-entender-el-estado-de-cosas-inconstitucional-por-la-inseguridad-de-excombatientes/>
- UPRIMNY REYES, R., GÜIZA GÓMEZ, D. I. «Pacigerancia: el valor jurídico de los acuerdos de paz en el derecho internacional». *Latin American Law Review*, 1(3), 49-78. [en línea]. 2019. [consultado el 10 de mayo del 2024]. Disponible en: <https://doi.org/10.29263/lar03.2019.03>
- VÁSQUEZ, T. «La seguridad democrática de Uribe (2002-2010)». *Cien días*, vol. 70, p. 8-11. 2010.
- VELEZ LOPEZ, A. C. «Los soportes de la popularidad: cómo los columnistas refieren el caso del presidente Álvaro Uribe Vélez». *Confines de relaciones internacionales y ciencia política* [online]. 2010. pp.77-93. [consultado el 2 de julio de 2024]. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-35692010000200004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35692010000200004&lng=es&nrm=iso). ISSN 1870-3569
- VENEGAS FRANCO, A., MONROY TORRES, M., OSPINA BERNAL, C., CARRILLO FLOREZ, F., TORRES FORERO, C. A., HERRERA MERCADO, H., CORTÉS GONZÁLEZ, J. C., & DE LA CALLE LOMBANA, H. «La Séptima Papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas (M. L. TORRES VILLARREAL, Ed.)». *Universidad del Rosario*. 2010. Disponible en:

<http://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/la-septima-papeleta-historia-contada.pdf>

VILLALOBOS, J. «Del miedo a la ingobernabilidad: La salvadoreñización de Colombia». *Fundación Ideas para la paz* [en línea]. 17 de agosto de 2017 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://ideaspaz.org/publicaciones/investigaciones-analisis/2017-08/del-miedo-a-la-ingobernabilidad-la-salvadorenizacion-de-colombia>

### **Bibliografía complementaria**

ACNUDH. 2024. «Treinta años después, Sudáfrica sigue desmantelando el racismo y el legado del apartheid». *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas* [en línea]. 17 de abril de 2024 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/stories/2024/04/30-years-south-africa-still-dismantling-racism-and-apartheids-legacy>

AMNISTÍA. 2019. «El Salvador: Víctimas del conflicto armado no deben seguir esperando por verdad, justicia y reparación». *Amnistía Internacional* [en línea]. 15 de mayo de 2019 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://www.amnesty.org/es/latest/press-release/2019/05/el-salvador-victimas-conflicto-armado-no-deben-seguir-esperando-justicia/>

BAPP. 2010. «Discurso de posesión del presidente Santos: ¡Le llegó la hora a Colombia!» *Biblioteca Abierta del Proceso de Paz Colombiano* [en línea]. 7 de agosto de 2010 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://bapp.com.co/documento/discurso-de-posesion-del-presidente-santos-le-llego-la-hora-a-colombia/>

CHCV. 2015. «Comisión Histórica Del Conflicto y Sus Víctimas, contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia». *Indepaz* [en línea]. 2015. [consultado el 20 de abril de 2024]. Disponible en: <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2015/02/Version-final-informes-CHCV.pdf>

CICR. 2018. «Estos son los grupos que hacen parte del conflicto armado en Colombia». *CICR*. [en línea]. 2018 [consultado el 10 de junio del 2024]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/el-nuevo-grupo-que-entra-hacer-parte-del-conflicto-armado-en-colombia>

CICR. 2024. «El costo humano de los conflictos armados en Colombia». *CICR*. [en línea]. 2024 [consultado el 3 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/costo-humano-conflictos-armados-colombia-2024>

- CINEP. «La seguridad democrática de Uribe (2002 - 2010)». *Centro de Investigación y Educación Popular* [en línea]. Noviembre de 2010 [consultado el 16 de mayo de 2024]. Disponible en: [https://www.cinep.org.co/publicfiles/PDFS/20101101d.seguridad\\_democratica70.pdf](https://www.cinep.org.co/publicfiles/PDFS/20101101d.seguridad_democratica70.pdf)
- DEJUSTICIA. 2024. «Una vez más: Colombia es el país más peligroso del mundo para los defensores de los derechos humanos». *Dejusticia* [en línea]. 18 de junio de 2024 [consultado el 19 de junio de 2024]. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/una-vez-mas-colombia-es-el-pais-mas-peligroso-del-mundo-para-los-defensores-de-los-derechos-humanos/>
- DPC. 2024a. «Delegada para Prevención de riesgos y Sistema de Alertas Tempranas». *Defensoría del Pueblo*. [en línea]. 2024. [consultado el 5 de junio de 2024]. Disponible en: <https://alertastempranas.defensoria.gov.co>
- DPC. 2024b. «Los contrastes de la realidad humanitaria». *Defensoría del Pueblo*. [en línea]. 2024. [consultado el 6 de junio de 2024]. Disponible en: [https://www.defensoria.gov.co/documents/20123/2741928/24\\_13S\\_DIGITAL\\_LOS\\_CONTRASTES\\_REALIDAD\\_HUMANITARIA.pdf/c41058fd-01fe-dbd3-052e-c4b0b8e3fdf9?t=1717612747954](https://www.defensoria.gov.co/documents/20123/2741928/24_13S_DIGITAL_LOS_CONTRASTES_REALIDAD_HUMANITARIA.pdf/c41058fd-01fe-dbd3-052e-c4b0b8e3fdf9?t=1717612747954)
- FIP. 2023. «FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ - FIP. El proyecto “Estado Mayor Central”: un intento de unificación disidente». *Fundación ideas para la paz* [en línea]. 15 de octubre de 2023 [consultado el 11 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://ideaspaz.org/publicaciones/investigaciones-analisis/2023-10/el-proyecto-estado-mayor-central-un-intento-de-unificacion-disidente>
- HRW. 2007. «Colombia: Uribe debe respetar la independencia del poder judicial». *Human Rights Watch* [en línea]. 8 de octubre de 2007 [consultado el 10 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2007/10/08/colombia-uribe-debe-respetar-la-independencia-del-poder-judicial>
- INDEPAZ. 2022. «Cifras durante el gobierno de Iván Duque». *Indepaz* [en línea]. Agosto de 2022 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2022/08/INFORME-GOBIERNO-DUQUE.pdf>
- INDEPAZ. 2024. «Líderes sociales, defensores de DD.HH y firmantes de acuerdo asesinados en 2024». *Indepaz* [en línea]. 5 de junio de 2024 [consultado el 6 de junio del 2024]. Disponible en: <https://indepaz.org.co/lideres-sociales-defensores-de-dd-hh-y-firmantes-de-acuerdo-asesinados-en-2024/>

- INSIGHTCRIME. 2023. «Farc». *InSight Crime* [en línea]. 23 de noviembre de 2023 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://insightcrime.org/es/noticias-crimen-organizado-colombia/farc-perfil/>
- INT. 2021. «Consideraciones sobre la Misión de la ONU en Colombia y las sanciones propias». *Institute for Integrated Transitions* [en línea]. Abril de 2021 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://ifit-transitions.org/wp-content/uploads/2021/04/IFIT-Consideraciones-Abril2021.pdf>
- MFAE. 2023. «MINISTERIO FEDERAL DE ASUNTOS EXTERIORES [ @AuswaertigesAmt]. Die Folgen der Klimakrise für die Vulnerabelsten der Welt zu benennen, ist legitim & wichtig. Das mit dem Leid in». [tweet]. Twitter. 2 de diciembre de 2023 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: <https://x.com/AuswaertigesAmt/status/1730910721767084325>
- MOE. 2022. «MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL MOE, Resultados Electorales Presidenciales 2022». *MOE* [en línea]. Septiembre de 2022 [consultado el 3 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://www.moe.org.co/wp-content/uploads/2022/11/2022.11.09-LIBRO-RESULTADOS-ELECTORALES-PRESIDENCIALES-2022.pdf>
- OCHA. 2024. «Informe Tendencias e Impacto Humanitario en Colombia 2023, Informe de Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios». *OCHA*. [en línea]. Marzo de 2024 [consultado el 1 de junio de 2024]. Disponible en: [https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/infografia\\_informe\\_enero\\_2023.pdf](https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/infografia_informe_enero_2023.pdf)
- ONU. 2024. «Informe del Secretario General Massieu Ruiz Carlos, de la Misión De Verificación de la ONU en Colombia». *UNMISSIONS* [en línea]. 7 de abril de 2024 [Disponible en: [https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/sp\\_n2407347.pdf](https://colombia.unmissions.org/sites/default/files/sp_n2407347.pdf)]
- PARES. 2019. «Procesos de paz en Colombia». *Pares*. [en línea]. 4 de enero del 2019. [consultado el 12 de abril de 2024]. Disponible en: <https://www.pares.com.co/post/procesos-de-paz-en-colombia>
- PRESIDENCIA. 2006. «¡Por la dignidad de la patria, por el futuro de las nuevas generaciones, ¡enfrentemos el terrorismo para no padecer su eterna esclavitud!». *Presidencia de la República* [en línea]. 20 de octubre del 2006. [consultado el 11 de mayo de 2024]. Disponible en: [http://historico.presidencia.gov.co/prensa\\_new/sne/2006/octubre/20/01202006.htm](http://historico.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2006/octubre/20/01202006.htm)
- PRESIDENCIA. 2009. «Discurso del presidente Uribe en el consejo comunal de gobierno número 254». *Presidencia de la República* [en línea]. 31 de octubre de 2009. Disponible en: [http://historico.presidencia.gov.co/discursos/discursos2009/octubre/ccg254\\_31102009.htm](http://historico.presidencia.gov.co/discursos/discursos2009/octubre/ccg254_31102009.htm)



- CN. 1991. Constitución Política de la República de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116. *Secretaría Senado*. [En línea] 20 de julio de 1991. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- CNU. 1945. *Carta de las Naciones Unidas, se firmó en San Francisco*. Naciones Unidas. [En línea] 26 de junio de 1945. [Citado el: 15 de enero de 2024.] Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>
- CVDT. 1969. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. OAS. [En línea] 1969. [Citado el: 16 de mayo de 2024] Disponible en: [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf)
- DUDH. 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos. *Organización Naciones Unidas*. [En línea] 10 de diciembre de 1948. [Citado el: 15 de enero de 2024.] [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- PA1CG. 1977. Protocolo adicional 1 a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. *Comité Internacional de Rescate*. [En línea] 1977. [Citado el: 9 de mayo de 2024] Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>
- PACADH. 1988. Protocolo Adicional A La Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales "Protocolo De San Salvador". [En línea] 1988. [Citado el: 9 de mayo de 2024]
- PIDCP. 1976. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y proclamado por la Asamblea General de la ONU, resolución 2200 A (XXI). *Naciones Unidas*. [En línea] 16 de marzo de 1976. [Citado el: 10 de marzo del 2024.] Disponible en: [https://ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr\\_SP.pdf](https://ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf)
- PIDESC. 1976. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Naciones Unidas*. [En línea] 3 de enero de 1976. [Citado el: 15 de enero de 2024.] Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

### **Jurisprudencia referenciada**

- A/HRC/55/18. 2024. Informe de la Experta Internacional en Derechos Humanos. *Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* [en línea]. Marzo de 2024. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/sessions-regular/session55/advance-versions/A-HRC-55-18-sp-AdvanceUneditedVersion.pdf>

- A/HRC/RES/53/22. 2024. Resolución emitida por la Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos. *HCHR*. 2022. Disponible en: <https://www.hchr.org.co/wp/wp-content/uploads/2023/07/Resolucion-en-castellano.pdf>
- A/RES/39/11. 1984. Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, Resolución 39/11. *ONU*. 12 de noviembre de 1984. Consultado el 9 de mayo de 2024. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-right-peoples-peace>
- A/RES/71/189. 2016. Declaración sobre el Derecho a la Paz: resolución 71/189. Asamblea General ONU. 2016. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/resol/agonu/2017/es/115405>
- del 4 de noviembre del 2022. *Dapre Presidencia*. 2022. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202272%20DE%2004%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202022.pdf>
- L-1922. 2018. Ley 1922 del 18 de julio del 2018. *Función Pública*. 2018. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87544>
- L-2272. 2022. Ley 2272 del 4 de noviembre del 2022. *Dapre Presidencia*. 2022. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%202272%20DE%2004%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202022.pdf>
- S/RES/2261. 2016. Resolución emitida por el Consejo de Seguridad. *CSNU*. 2016. Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n16/017/42/pdf/n1601742.pdf?token=HUD61iRF6KIMJSPkwb&fe=true>
- SC-255. 1995. Sentencia de Constitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana, Mp. José Gregorio Hernández Galindo. *Corte Constitucional*. 18 de mayo de 1995. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>
- SC-379. 2016. Sentencia de Constitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana. *Corte Constitucional*. 18 de julio del 2016. Consultado el: 25 de mayo del 2024. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>
- ST-008. 1992. Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Colombiana, Mp. Fabio Morón Díaz. *Corte Constitucional*. 18 de mayo del 1992. Consultado el: 10 de abril del 2024. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-008-92.htm>

- ST-1062. 2005. Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Colombiana. *Corte Constitucional*. 20 de octubre del 2005. Consultado el: 9 de junio del 2024. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2005/T-1062-05.htm>
- ST-132. 1995. Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Colombiana, Mp. Jorge Arango Mejía. *Corte Constitucional*. 24 de marzo de 1995. Consultado el: 7 de mayo del 2024. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-132-95.htm>
- ST-291. 2016. Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Colombiana, Mp. Alberto Rojas Ríos. 2 de junio de 2016. *Corte Constitucional*. Consultado el: 15 de abril del 2024. Disponible en: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-291-16.htm#\\_ftnref51](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-291-16.htm#_ftnref51)
- ST-702. 2001. Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Colombiana, Mp. Marco Gerardo Monroy Cabra. *Corte Constitucional*. 5 de julio de 2001. Consultado el: 3 de marzo del 2024. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-702-01.htm>
- ST-792. 2005. Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Colombiana, Mp. Clara Inés Vargas Hernández. *Corte Constitucional* 28 de julio de 2006. Consultado el: 10 de mayo del 2024. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-792-05.htm>
- SU-020. 2020. Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional Colombiana. *Corte Constitucional*. 27 de enero del 2022. Consultado el: 5 de abril del 2024. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU020-22.htm>

**UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS: FEMINISMO E INCIDENCIA DEL  
MODELO PATRIARCAL EN CLAVE SOCIO-HISTÓRICA**

**A QUESTION OF HUMAN RIGHTS: FEMINISM AND THE INCIDENCE OF THE  
PATRIARCHAL MODEL IN SOCIO-HISTORICAL TERMS**

*María Colodro-Galán*

Graduada en Geografía e Historia

Universidad de Jaén (España)

mcg00137@red.ujaen.es

*Rubén Gregorio Pérez-García*

Graduado en Trabajo Social

Personal Docente e Investigador. Universidad de Jaén (España)

rgperez@ujaen.es

*María del Carmen Sánchez-Miranda*

Doctora. Licenciada en Antropología Social y Cultural

Personal Docente e Investigador. Universidad de Jaén (España)

mmiranda@ujaen.es

**Resumen**

Este artículo plantea un acercamiento al feminismo desde una mirada socio-histórica, donde nuestro análisis se circunscribe a indagar en los condicionantes que han determinado la evolución de la función desempeñada por la mujer desde la prehistoria hasta la actualidad, en el contexto del surgimiento del movimiento, con el objetivo de ofrecer una perspectiva educativa sobre derechos humanos, igualdad de género y la incidencia del modelo patriarcal en diversos momentos de la historia, incluyendo el momento actual. A través de un recorrido bibliográfico se abordan conceptos y planteamientos encaminados a la disminución y erradicación del modelo androcéntrico, extrayendo conclusiones sobre la igualdad en el ámbito de los derechos humanos y el establecimiento de roles de género más equitativos en una cultura de respeto en la sociedad actual.

**Palabras clave:** género, igualdad, patriarcado, perspectiva socio-histórica.

## Abstract

This article proposes an approach to feminism from a socio-historical point of view, where our analysis is limited to investigating the conditioning factors that have determined the evolution of the role played by women from prehistory to the present day, in the context of the emergence of the movement, with the aim of offering an educational perspective on human rights, gender equality and the impact of the patriarchal model at different times in history, including the present time. Through a bibliographical review, concepts and approaches aimed at reducing and eradicating the androcentric model are addressed, drawing conclusions about equality in the field of human rights and the establishment of more equitable gender roles in a culture of respect in today's society.

**Keywords:** gender; equality; patriarchy, socio-historical perspective.

## SUMARIO:

1. Introducción. 2. Metodología y objetivos. 3. Marco teórico. 3.1. De la prehistoria a la Edad Media. 3.2. Del Renacimiento a la Ilustración. 3.3. Auge del feminismo en la Edad Contemporánea. 4. Resultados y discusión. 4.1. Análisis del patriarcado, germen de la desigualdad. 4.2. Hacia la igualdad de derechos en España. 4.3. Perspectivas de futuro: propuestas de trabajo sobre derechos humanos e igualdad de género. 5. Conclusiones. 6. Referencias.

## 1. Introducción

En primer lugar, determinaremos el significado del feminismo, concepto atribuido inicialmente al socialista utópico francés Charles Fourier y utilizado por Hubertine Auclert desde 1882 en su revista *La Citoyenne*, podemos definirlo, citando a Karen Offen en su obra *Feminismos europeos* como “una ideología fundada en el análisis crítico de los privilegios del varón y la subordinación de la mujer en cualquier sociedad dada”.

En términos más amplios, el feminismo puede entenderse como un movimiento ideológico, filosófico, económico, sociocultural y sociopolítico, cuya pretensión, en esencia, es la defensa de los valores humanos y la intención de alcanzar unos niveles óptimos de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, así como la supresión de toda forma de discriminación o

distinción de género. De lo que se trata, pues, es de la toma de conciencia por parte de la mujer en cuanto entidad inalienable y de todos los resortes sociales, de las situaciones de opresión y explotación de las mujeres en el lugar de trabajo, el hogar y la sociedad, junto con las iniciativas más significativas en la política, la sociedad, la economía, la educación y las legislaciones, adecuadamente orientadas en la línea de superación de esta situación problemática.

Continuando con el análisis, desde una perspectiva genérica podemos definir el feminismo como el conjunto de movimientos culturales, ideológicos, sociopolíticos y económicos que tienen en común un objetivo: la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. El reconocimiento explícito de la sociedad patriarcal según, citando a Sau (2000), permite su estudio y análisis desde todas y cada una de las áreas posibles de conocimiento, incluido el arte, e incluso de los intersticios entre ellas. Este hecho supone por sí mismo la facultad de superación de la sociedad patriarcal y el desarrollo de una cultura femenina, no en el sentido de que puedan existir dos culturas excluyentes, sino en el de que, al ser la mujer en el patriarcado una no-existente, la cultura masculina es la cultura de la opresión, la discriminación y la persecución (p. 209).

De igual forma, partimos también desde las diferencias y las desigualdades de género, desde la perspectiva de las distinciones socialmente aceptadas entre hombres y mujeres Lamas (1986, p. 189), quien considera esto es lo que justamente lo que da fuerza y coherencia a la identidad de género. No obstante, hay que tener en cuenta que el hecho de que el género sea una distinción significativa en gran cantidad de situaciones es un hecho social, no biológico. Si bien las diferencias sexuales son la base sobre la cual se asienta una determinada distribución de papeles sociales, esta asignación no se desprende “naturalmente” de la biología (p. 189).

Por lo que respecta a los estereotipos y los roles de género hay que precisar que comparten características y elementos comunes que sirven como eje organizador de la feminidad y la masculinidad. El cometido de estos resortes es regular el comportamiento tanto de los individuos como de las instituciones tomando como referencia las relaciones de género. Para las mujeres, los estereotipos sobredimensionan la maternidad como signo definitorio, considerando, además, otras cualidades que justifican la falta de oportunidades. Asimismo, la vocación social de los hombres se centra en el trabajo, su papel como agentes de la vida pública y su función como sostenimiento económico de la familia. En la mayoría de las sociedades, los hombres disfrutaban de una posición privilegiada, pero sus roles de género tradicionales tienen un precio: la tendencia a reprimir emociones y a resolver los conflictos utilizando la violencia en sus diversas modalidades.

En definitiva, la antesala de las siguientes páginas se asientan en que el feminismo implica un pensamiento crítico, y sus objetivos transformadores obligan a actuar en el ámbito de las ideas para modificar en lo posible modelos, normas y convenciones culturales profundamente arraigadas, orientándose hacia un sistema de interpretación y representación simbólica de la realidad capaz de superar comportamientos y actitudes sexistas que dejen a un lado de priorización del modelo patriarcal.

## **2. Metodología y objetivos**

Desde un enfoque descriptivo-narrativo abordamos el tema desde un enfoque transdisciplinar que transita por propuestas y perspectivas mediante la revisión de diversas fuentes bibliográficas, analizando los datos más relevantes, sintetizando los contenidos analíticos (datos históricos, corrientes filosóficas, socioculturales y sociopolíticas) atendiendo especialmente al criterio del prestigio de los autores y reagrupando la documentación justificada en torno al tema tratado.

Hemos realizado un análisis cualitativo profundizando en la perspectiva sociohistórica del feminismo desde diversas fuentes, utilizando Google Académico para recopilar artículos en revistas científicas y materiales bibliográficos disponibles en la Biblioteca Pública de Jaén y en la Biblioteca de la Universidad de Jaén. Este enfoque metodológico nos ha permitido una comprensión holística de la evolución histórica del feminismo y su impacto en la sociedad, al tiempo que se exploran sus múltiples dimensiones y contribuciones desde una perspectiva crítica y reflexiva.

En cuanto a los objetivos planteados, distinguimos, como objetivo general: llevar a cabo un análisis del feminismo desde una perspectiva socio-histórica para comprender su evolución y sus repercusiones en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y, por su parte, de manera específica, hemos tratado de: reflexionar sobre los roles de la mujer a lo largo de la historia, realizar un acercamiento a las diversas corrientes feministas, indagar sobre el concepto “género” desde la filosofía, la antropología, el lenguaje, la ideología y la cultura, profundizar en las repercusiones que la organización patriarcal del mundo ha tenido en la historia de la humanidad, estudiar la evolución de los derechos de la mujer, proponer mejoras desde la educación, la ética, la sociología y la legislación, así como valorar los esfuerzos realizados desde diversos ámbitos en defensa de la igualdad y la dignidad de la mujer.

### 3. Marco teórico

El contexto teórico se centra en el análisis del decurso histórico, mediatizado por el androcentrismo imperante, en el cual ofrecemos una sucinta descripción de los hitos fundamentales desde la perspectiva de las concepciones filosóficas, religiosas, culturales y sociopolíticas propias de cada época.

#### 3.1. De la prehistoria a la Edad Media

En los años 60 y 70, según Vila (2011: pp. 19-23), estudios realizados desde una perspectiva de género han denunciado el sesgo androcéntrico de los análisis antropológicos tradicionales que se basan en la caza como actividad básica para la supervivencia humana y para el desarrollo de la inteligencia (basado en la aportación proteínica y el desarrollo del cerebro), el bipedismo, la comunicación, y el arte. Esta actividad era considerada masculina y que gracias a ella “nos desarrollamos como especie”. No obstante, existen manifestaciones de muchos lugares en los que las mujeres participaban en la caza. La arqueología de sociedades cazadoras-recolectoras debería responder a mi juicio a ciertos interrogantes que tiene planteada la sociedad actual: porqué, cómo y cuando surgen las normas sociales que discriminan a las mujeres, que consagran la propiedad privada o que establecen diferencias de valor social entre productos de diferentes personas.

En consecuencia, a pesar de la carencia de documentos y registros escritos, podemos inferir que las mujeres desempeñaban roles fundamentales en las sociedades cazadoras-recolectoras, tales como la recolección, la elaboración de herramientas y utensilios, el conocimiento de plantas y sus propiedades alimenticias y medicinales, el cuidado, la higiene, la protección, la socialización, además de tener el sacralizado don de reproducción de la especie y de la atención a sus responsabilidades relacionadas con el cuidado de los descendientes.

La Edad Antigua comienza con la aparición de la escritura y con el desarrollo de las estructuras de poder estatal y jurídico. Es aquí, precisamente, donde está el germen de la progresiva consolidación de jerarquías sociales y la consecuente diferenciación entre hombres y mujeres que tantas repercusiones ha tenido a lo largo de la historia. Las manifestaciones culturales anteriores al cristianismo -prehistórica, griega, romana, hebrea, germánica y celta- contienen en sí mismas la consideración de la mujer como ser de naturaleza distinta e inferior a la del hombre. Posteriormente, esta tradicional subordinación tan cercana a la moral nietzscheana de

los esclavos nacida en el alma de los oprimidos, adquiere la autoridad de la tradición consagrada por el cristianismo con una profunda repercusión durante la Edad Media. Son, en definitiva, el fundamento del androcentrismo imperante a la largo de la historia. Es el germen de la extraña mezcla de sumisión y “gratitud” de las mujeres ante el poder masculino y de venganza encubierta con la esperanza de reacción y liberación en un futuro más o menos lejano.

A pesar de que en la cultura grecorromana comienzan a manifestarse indicios de sistematización de ordenamientos jurídicos, las diferencias funcionales al favor del patriarcado siguen vigentes, favorecidas por la jerarquización de los sistemas sociales. Tanto la filosofía como la mitología grecorromana, a pesar de que las mujeres eran representadas como deidades, desempeñaron un papel destacado en la perpetuación del pensamiento patriarcal y prestigiosas figuras de la cultura griega, como Platón o Aristóteles, defendían planteamientos puramente misóginos.

La llegada del cristianismo implica un cambio de actitud con respecto al enfoque naturalista y antropológico del pensamiento grecorromano y determina a su vez la eclosión de un sistema de pensamiento radicalmente teocéntrico, en el que a la idea de un Dios redentor aparecen concepciones tales como “pecado”, “culpa”, “gracia” y “salvación”, ajenas al ámbito intelectual grecorromano.

La Edad Media, iniciada tras la caída del Imperio Bizantino en el siglo V, se caracteriza por la sustitución del politeísmo por el monoteísmo y por la implantación del feudalismo, fuertemente mediatizada por los dogmas cristianos, fue una unidad de producción económica con un cierto nivel de autosuficiencia, en función de la clase social, en la que las mujeres desempeñaban -exclusivamente en este sentido- un rol destacado. En el terreno religioso, el sistema patriarcal continuaba imperando igualmente en la tradición hebrea, y perpetuada en la cristiana y la musulmana. En la Edad Media la mujer siempre tenía que permanecer integrada en la unidad familiar extensa bajo la protección de algún hombre. A pesar de la división del trabajo basada en lo biológico, hombres y mujeres cooperaban más o menos equilibradamente en la producción de los medios de subsistencia para sus familias. En definitiva, una unidad de trabajo y capital, de producción y consumo. De hecho, y tal vez en contraposición con la imagen distorsionada que solemos tener sobre el medievo, Solé (2011) sostiene que entre los siglos X y XIII las mujeres podían tener y administrar feudos, iban a las cruzadas, gobernaban, y algunas llegaron a tener un alto poder político, económico y social por sus tierras, cargos, parentesco o negocios (p. 14). En este sentido, la variable social de pertenencia a un grupo determinado implica que se les aplique la misma jerarquización socioeconómica.

### 3.2. Del Renacimiento a la Ilustración

En la transición del medievo a la modernidad, el humanismo renacentista posibilitó la “recuperación” de valores tradicionales de la cultura clásica grecorromana en su defensa de la dignidad del ser humano, permitiendo una apertura hacia lo que se ha denominado “el descubrimiento del ser humano” desde una concepción naturalista de la realidad liberada, al menos en parte, de los dogmas cristianos, sin que esto implique una renuncia a los valores de la religión. En este sentido, en concordancia con la reflexión de Paglia (2018, p. 73), hay que recalcar que el feminismo teórico no ha sabido reconocer cuánto debe a la tradición occidental de las libertades civiles de la Grecia clásica. A pesar de todo, no podemos olvidar según Ortega (2022, p. 36) que, a pesar de la imagen idealizada de las mujeres en el ideal caballeresco defendido en la literatura medieval, el afán renacentista por revitalizar el humanismo grecolatino volvió a remarcar la imagen de las mujeres como seres inferiores a los hombres.

Los siglos XV y XVI conformaron una etapa de especial importancia en la historia de las mujeres. El “despertar” del letargo medieval, citando a Taiffeller (2008, p. 9), permitió ciertas mejoras, aunque muy limitadas, en la consideración de las mujeres. El reinado de Alfonso X sentó las bases jurídicas para que algunas mujeres de la nobleza pudieran aspirar a ocupar el trono de Castilla. Por otro lado, la relación de las mujeres con el saber era pasivo y estaba muy limitado a grupos reducidos, monjas y nobles. Las mujeres debían limitarse a adoptar una actitud receptiva, a aceptar el saber sin posibilidad de criticarlo, siempre bajo la mentoría de algún “sabio”, por lo general religioso, que orientaba la instrucción. Ya los escolásticos habían discutido en el siglo XIII sobre las capacidades intelectuales de las mujeres llegando a la conclusión de que no llegaban al nivel de los hombres. Era la idea predominante.

En el terreno religioso, la Reforma Protestante lleva a cabo un planteamiento renovador del catolicismo en lo referente a la vida familiar, permitiendo un cierto “alejamiento” y redefinición del modelo patriarcal imperante, aunque muy limitado y con escasa repercusión. La iglesia católica, influyente difusora de la ideología patriarcal, ejercía un poder omnímodo en el mundo feudal; era la única autoridad moral y sus concepciones sobre la naturaleza de las mujeres eran incontrovertibles. Las ideas vigentes sobre el hombre, la mujer y el matrimonio fueron reelaboradas, dando lugar a modificaciones significativas en lo referente a la vida familiar y a las ideas preconcebidas sobre las mujeres. Una correcta relación entre marido y mujer era sumamente importante como modelo para una vida familiar estable. La cultura patriarcal (pater familias) en la que la potestad del “cabeza de familia” era incuestionable fue la tónica dominante en la época. La función reproductora de las mujeres, la maternidad, la crianza y el cuidado y

educación de los descendientes era el rol plenamente asumido. De igual modo, la sexualidad en sí misma estaba férreamente sometida al control eclesiástico (cualquier transgresión en este terreno corría el riesgo de intervención de la Inquisición), político y jurídico. A su vez, la Contrarreforma reformuló la moral pública y privada y reforzó con el “auxilio” de la Inquisición la actitud de recogimiento y pasividad.

Frente a los principios misóginos imperantes en la mayor parte de la sociedad, aparecen determinadas posiciones teóricas a favor de la educación literaria de las mujeres. Es el caso de Beatriz Galindo, maestra de la reina Isabel la Católica, Luisa Sigea, Juana de Contreras, pionera en el uso del lenguaje no sexista, y Beatriz de Bobadilla, consejera de la reina Isabel la Católica y Christine de Pizan, iniciadora de un movimiento en defensa de las mujeres. El humanista español Juan Luis Vives, según Moreno (1978), se preocupó por la institución familiar en dos obras: *De officio mariti* y *De institutione faeminae christianae*. Esta última obra es el principal manual técnico de la educación de la mujer en la primera mitad del siglo XVI. Dividida en tres libros, dedicados respectivamente a las doncellas, a las casadas y a las viudas, el autor retrata a la mujer perfecta, ocupándose de la conducta moral y social de la misma con atinados consejos. Parte de la base de que la mujer no está peor dotada que el hombre, por lo que no hay razón para regatearle los mismos medios de cultura (p. 208).

Por otro lado, con la aparición de la imprenta se editaron libros de moral que sirvieron para la formación cristiana de las mujeres. En todos los estamentos sociales era obligatorio el conocimiento de la doctrina cristiana, lo que suponía un reforzamiento a los valores que la familia necesariamente debía transmitir.

Por otro lado, desde la vertiente social, el incipiente desarrollo de la economía capitalista dio lugar a ciertos cambios en lo referente al rol de las mujeres y de la familia. En palabras de Foucault, en la modernidad la coerción deja paso a la incitación. Ahora, el hogar burgués es un exclusivo de la propia familia. No obstante, a medida que las mujeres comenzaron en cierto modo a desempeñar un rol más ocioso, la prevalencia de lo masculino en el comercio, las profesiones o las colonias fue expandiéndose cada vez más. En consecuencia, el desarrollo de la mentalidad burguesa implica un deterioro en la situación de las mujeres en las postrimerías de la Edad Media.

En una línea de pensamiento muy cercana al modelo renacentista, la Edad Moderna inaugura una etapa caracterizada por la defensa de la autonomía de la razón. El nuevo paradigma mantuvo la hegemonía androcéntrica mediante imposición de restricciones en la educación de las mujeres con el predominio de un sistema de educación reglada para los hombres, el

funcionamiento y la estructura de la familia, la transmisión de estereotipos patriarcales y, lo que es más dramático, con la persecución y muerte de las disidentes por la Inquisición.

Como actitud gnoseológica, la modernidad implica que el ejercicio de la razón no esté regulado por ninguna instancia exterior y ajena a la propia razón, considerada ahora como el tribunal supremo que le corresponde juzgar lo verdadero y conveniente tanto en el ámbito del conocimiento teórico como en el de la actividad moral y sociopolítica. Es el momento del progresivo y necesario proceso de liberación de la influencia teológica. A su vez, el ideal de la igualdad se va perfilando como un principio de cohesión sociopolítica, junto al reconocimiento de su valor moral. No obstante, aunque los avances de la revolución científica iniciada en el Renacimiento con Copérnico, Galileo, Kepler y Tycho Brahe favorecieron una cierta apertura y tolerancia, la consideración de la mujer no varió sustancialmente, manteniendo los tradicionales roles y valores heredados: paciencia, abnegación, humildad, sensibilidad y amor incondicional en el matrimonio.

El siglo de las Luces, calificado por Foucault como “el nexo de unión del progreso de la verdad y de la historia de la libertad”, presupone de antemano un hito histórico en la idea de igualdad como patrón social, ético y político articulador de una realidad que permite comprender, tras siglos de lúcidas argumentaciones filosóficas desde los albores del pensamiento racional y, a la vez, desde los sólidos principios, preceptos y valores trascendentales propuestos desde la religiosidad, que la igualdad es un bien en sí mismo, un principio de validez universal con el mismo peso y alcance que el imperativo categórico kantiano. En consecuencia, el principio de igualdad se fundamenta y da sentido al de universalidad, abriendo el camino al reconocimiento de una razón común plasmada en el reconocimiento de los derechos y la dignidad.

Durante la Ilustración, como respuesta a la rígida sociedad estamental, emerge la idea de igualdad sustentada en la de universalidad, eje central de la modernidad y modelo ético y político articulador de las sociedades modernas. Enfocada en una visión individualista defensora de la autonomía y la libertad del individuo y base de todos los movimientos emancipatorios, abre el camino a una igualdad reconocida por el propio poder clarificador del racionalismo. La vertebración entre lo ético y lo político es asumida por numerosos colectivos de mujeres en sus discursos intelectuales y en sus prácticas políticas. El resultado es la construcción de un modelo de reflexión alejado de los agravios y centrado en la reivindicación de los derechos legítimos. Aunque esto fue en teoría, porque en la práctica en algunos filósofos ilustrados seguía vivo el modelo patriarcal, considerando a las mujeres como entidades subordinadas cuya principal misión era procurar la reproducción física de la especie. Es el caso de Rousseau, teórico del patriarcado ilustrado. Este filósofo defensor de las ideas democráticas

ve el espacio natural de las mujeres exclusivamente en la esfera de lo privado, considerando que la mujer vive en una especie de perpetua infancia y debe consagrarse al marido. Uno de los más importantes legados de la Ilustración es el reconocimiento de la dignidad y la libertad del ser humano, concretado en Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, reconociendo a hombres y mujeres una personalidad civil y jurídica basada en los derechos de libertad, seguridad y resistencia a la discriminación y a la opresión y, en lo concerniente al feminismo, con el panfleto de Marie Gouze (conocida por Olympia de Gouges) que más ha perdurado en la historia de los movimientos feministas: Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791), las argumentaciones feministas de Condorcet en su *Programme d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* y las aportaciones de Madame Staël, Saint-Simon y Fourier, entre otros.

En consonancia con todo lo anterior, a modo de síntesis, en la siguiente tabla se recogen las más destacadas autoras feministas en los siglos XVI al XVIII.

<i>Autoras</i>	<i>Principales escritos</i>
Margaret Tyrrell Tyler (ca. 1578)	Dedicatoria y prefacio a la traducción de Espejo de príncipes y caballeros, de Diego Ortúñez (1578)
Rachel Speghth (1597-1630)	La acusación de las mujeres (1617)
Margaret Lucas (1623-1673)	Discursos femeninos (1662)
Margaret Askew Fell (1614-1702)	La voz de las mujeres, justificada, probada y permitida por las Escrituras (1667)
Bathssua Reynolds (1600-1675)	Ensayo para restablecer la antigua educación de las damas en religión, modales, artes y lenguas (1673)
Mary Astell (1666-1731)	Una seria propuesta para las damas (1694)
Elizabeth Carter (1717-1806)	Colección de cartas (1741-1806)
Lady Mary Pierrepont Wortley (1689-1762)	Cartas a la Condesa de Bute (1753)
Catherine Sawbridge Macaulay Graham (1731-1791)	Cartas sobre la educación (1790)
Mary Ann Radcliffe (1745-1810)	La defensora de las mujeres (1792)
Mary Wollstonecraft (1759-1795)	Vindicación de los derechos de la mujer (1792)

Marie Gouze (Olympia de Gouges)	Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791). Panfleto.
María Edgeworth (1767-1849)	Cartas a damas escritoras (1795)
Mary Hays (1760-1843)	Llamamiento a los hombres de Gran Bretaña en nombre de las mujeres (1798)
Mary Darby Robinson (1758-1800)	Cartas a las mujeres de Inglaterra (1799)
Josefa Amar y Borbón (1749-1833)	Discurso en defensa del talento de la mujer (1787) Discurso sobre la educación física y moral de las mujeres (1790)
María de Zayas (1590-1647)	El prevenido engañado (1637)

Tabla 1. Elaboración propia, adaptada de Taifeller (2008:7-8) y Ortega (2022:27-57).

### 3.3. Auge del feminismo en la Edad Contemporánea

En la época contemporánea hay fundamentalmente dos factores que inciden en la visión general sobre el ser humano. El primero se refiere a los cambios derivados del progreso científico y el segundo a las consecuencias de las condiciones socioeconómicas, políticas ideológicas, filosóficas y culturales gracias a la revolución industrial. Una época de grandes contrastes en el terreno de las corrientes filosóficas (materialismo, utilitarismo, positivismo, marxismo, nihilismo, pragmatismo, anarquismo, socialismo utópico, liberalismo, comunismo, idealismo, darwinismo, psicoanálisis, vitalismo, estructuralismo o historicismo, entre otras) y de las ideologías sociopolíticas, cada una de ellas con sus luces y sombras. Hay, en definitiva, una constante: el trasfondo en el que se desenvuelve el modelo de comprensión de ser humano tras la revolución industrial es el del paradigma capitalista.

Los orígenes ideológicos de los diversos movimientos feministas del siglo XIX están en el humanismo, el protestantismo, el racionalismo ilustrado y el socialismo utópico en torno a Saint-Simon en Francia y Robert Owen en Reino Unido. Particularmente, los movimientos de inspiración socialista del momento se mostraron proclives a defender la necesidad de la educación enfocada en la difusión de nuevos planteamientos capaces de despertar a una sociedad sumida en la ignorancia y en la resignación impuestas desde la opresión capitalista, confiando en que la cultura puede contribuir poderosamente a la emancipación. En definitiva,

es una continuación de la tradición recibida de la Ilustración y muy presente en los ideólogos de la Revolución francesa y en el camino pedagógico abierto por Rousseau.

En el siglo XIX el feminismo se va consolidando paulatinamente como un movimiento social con entidad teórica y organizativa propia. El momento, siguiendo la reflexión de Elejabeitia (1987), es especialmente favorable por diversas razones. Las guerras provocadas desde la “masculinidad” y su estúpida brutalidad, el nazismo y su feroz genocidio, no favorecían en proceso. Los presupuestos que antaño legitimaron el poder de los patriarcas y de los mandarines, hace vacilar el mundo de los hombres. Es más, los propios hombres cuestionan a sus sabios y a sus líderes (Lacan, Deleuze, Goux, Foucault, Baudrillard, Marcuse, Lévi-Strauss, Derrida, Morin o Monod). La ciencia, la política, los movimientos estudiantiles, la autonomía obrera y los disidentes: todo se tambalea. Ahora es el momento de la intuición, la espontaneidad, la ternura, “hacer el amor y no la guerra”, todos emigrantes, marginados, todos contra el poder de los líderes, contra la organización, contra el “padre” y contra el poder. En consecuencia, el feminismo, para encontrarse a sí mismo y lograr su propia identidad, no sólo tiene que plantar cara a la masculinidad “tradicional”, sino también a su dispersión y a su crisis (p. 216).

En este entramado de razones y sinrazones surgen los movimientos feministas más emblemáticos, junto con declaraciones, conferencias y asociaciones que suponen un avance decisivo en la igualdad de derechos, tales como: Declaración de Seneca Falls (1848), Association Internationale de Femmes (1866), National Women Suffrage Association. (1869), Consejo Internacional de Mujeres (1880), Liga Francesa por el Derecho de las Mujeres (1882), Sociedad de Ayuda Mutua para las Mujeres Rusas (1895), Unión Social y Política de Mujeres (1903), Unión Panrusa para la Igualdad de Derechos de las Mujeres. (1905), Primera Conferencia Internacional de Mujeres Socialistas (1907), Primer Congreso de Mujeres de Toda Rusia (1908), Segunda Conferencia Internacional de Mujeres Socialistas (1910), Agrupación Feminista Socialista de Madrid (1906), Unión Mundial de Organizaciones Femeninas Católicas (1910), Día Internacional de la Mujer (8 de marzo de 1917. Celebrado por primera vez el 11 de marzo de 1975 en Berlín y ratificado en 1975 por la ONU), Asociación Nacional de Mujeres Españolas (1918), Asociación Española de Mujeres Universitarias (1920), Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (1946), Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1956), Organización Nacional de Mujeres (NOW) (1966), Asociación para la enseñanza de la mujer (1970), National Women’s Political Caucus (1971), Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer (1975), Declaración y Plan de Acción Mundial para llevar a cabo los objetivos del Año Internacional de la Mujer (1975), Constitución Española (1978), Plataforma de Organizaciones Feministas de Madrid (1978), Convención sobre la Eliminación de Todas

las Formas de Discriminación Contra las Mujeres (CDAW) (1979), Partido Feminista de España (1979), Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer (1980), Conferencia Mundial para la Revisión y Evaluación de los logros de la UNDW: Igualdad, Derecho y Paz (1985), Derogación de los artículos 449 y 452 del Código Penal Español referentes al adulterio y al amancebamiento (1987), Federación de Mujeres Progresistas (1987), Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (2007) y Estrategia para Combatir las Violencias Machistas (2019).

En la siguiente tabla recogemos un resumen de las más destacadas feministas en los siglos XIX y XX:

<i>Autoras</i>	<i>Obras</i>
Carla Lonzi	Escupamos a Hegel
Simone de Beauvoir	El segundo sexo
Concepción Gimeno	Evangelios de la mujer
Judith Butler	El género en disputa
Kate Millett	Política sexual
Shulamith Firestone	La dialéctica del sexo
Clara Campoamor	El derecho de la mujer en España
Victoria Kent	De Madrid a New York
Flora Tristán	La emancipación de la mujer
Alexandra Kollontain	Autobiografía de una mujer emancipada
Clara Zetkin	Las mujeres alemanas a sus hermanas en Gran Bretaña
Rosa Luxemburgo	Reforma o revolución
Pilar Sinués	El ángel del hogar
Gloria Steinem	After Black Power, Women's Liberation
Emilia Pardo Bazán	El indulto
Betty Friedan	La mística de la feminidad
Juliet Michell	Psychanalysis and feminism
Sheila Rowotham	La liberación de la mujer y la nueva política
Emmeline Pankhurst	Mi historia
Carmen de Burgos	La misión social de la mujer

Virginia Woolf	Tres Guineas
Mary Beard	Mujeres y poder: un manifiesto
Bell Hooks	El feminismo es para todo el mundo
Kimberlé Crenshaw	Demarginalizing the Intersection of Race and Sex
Françoise d'Eaubonne	Féminin et philosophie
Greta Gaard	Ecofeminism. EthicAnd Action
Carolyn Merchant	The Death of Nature: Women, Ecology and the Scientific Revolution
Audre Lorde	Zami: A new Spelling of My Name
Angela Davis	Mujeres, raza y clase
Gloria Anzaldúa	La nueva mestiza.
María Lugonés	Colonialidad y género

Tabla 2. Elaboración propia, adaptada de Amorós (2000), Rebollo-Catalán (2006) y Elejabeitia (1987).

A todas estas contribuciones hay que añadir un gran número de publicaciones periódicas y revistas enfocadas en el aspecto lúdico, la reivindicación sociopolítica o la difusión cultural: El Figurín, La Moda Ilustrada, La Mariposa, El Primor Femení, El Instructor, La Colegiata, El Eco de las Matronas, La Margarita, El Periódico de las Damas, Álbum del Bello Sexo, La Ilustración de la Mujer, El Hogar y la Moda, El Ateneo de Madrid, Frontera Femenina, Noticias Obreras, Sábado Gráfico, Cuadernos para el Diálogo, Cambio 16, Ser padres, Familia Cristiana, Mensajero, Ellas, La Mujer, La Voz de la Mujer, Lecturas, Mujeres Libres, Mujeres de Acción Católica, ¡Hola!, Siluetas, Garbo, Diez Minutos, Telva, Pronto, Dunia, Marie Claire, Triunfo, Vogue, Cosmopolitan, Woma, Ama, Greca, Femmes d'Aujourd'hui, Merie Claire, Marie France, Confidenze, L'écho de la Mode, L'Art et la Mode, L'Abeille, El Eco de Nuestro Tiempo, Esprit, La Femme Libre, La Femme Moderne, Le Figaro Litteraire, La Gezzette des Femmes, Le Journal des Dames, L'Opinion des Femmes, Journal de l'Etat et du Citoyen, Le Petit Courrier des Dames, La Reveu Feminoste, Vingt Ans, La Voix des Femmes, Annabella, La Cornelia, La Difesa della Lavoratrice, La Donna Forte, La Donna Italiana, La Donna Socialista, Eva Redenta, La Familia Católica, La Rinascita, Intimita, Novella, El Pensiero Femenille, Il Populo d'Italia, Tempi Moderni, Tribuna delle Donne, La Vita, La Voce delle Donne, Un Comitato de Donne, Annabella, Giornale della Donna Gallante ed Erudita, entre otras (Roig, 1986).

## 4. Resultados y discusión

### 4.1. Análisis del patriarcado, germen de la desigualdad

Desde los inicios de la evolución de nuestra especie, y más en particular desde la revolución del Neolítico, se ha mantenido como una constante adherida al patriarcado la creencia basada en la idea del hombre como cazador-guerrero asociada a la imagen de la mujer como recolectora y como madre. En los estudios antropológicos sobre el origen de los sistemas de organización social, siguiendo el análisis de Cordero (2017, p. 167), hay quienes consideran que la sociedad emergió de la familia matriarca (hay vestigios en los habitantes prearios de Europa y en la cultura dravidiana de India), derivando en el transcurso del tiempo en el modelo patriarcal prevalente hasta nuestros días. La Venus de Willendorf, considerada como un ídolo matriarcal de la Cultura Danubiana y de unos 25.000 años de antigüedad, es todo un testimonio y símbolo de la bucólica, pacífica y armoniosa cultura primitiva matriarcal que fue muy pronto suplantada, a partir de la cultura brahamánica, por el patriarcado.

En este sentido, como magistralmente argumenta Simone de Beauvoir (1999), toda sociedad tiende hacia un modelo patriarcal cuando el hombre toma conciencia de su debilidad, de sus propios temores y, en compensación a su cómplice impotencia, rinde culto a las mujeres en el terror y no en el amor. Por muy misteriosas que hayan sido las fuerzas inherentes de la naturaleza y de las mujeres, el hombre nunca ha renunciado a su poder. El rol de las mujeres queda relegado a su función nutricia: mantener la vida de la tribu dándole hijos y pan. En contraposición, los únicos trabajos dignos del hombre son la guerra, la caza y la pesca.

Por muy poderosa que sea la magia de las mujeres y sus inherentes virtudes fértiles, los hombres, arrodillados frente al poder de la Diosa Madre, siguen siendo sus amos. Desde los inicios de la civilización el matrimonio sagrado entre Isis y Horus en Egipto; Cibele y Atis en Asia Menor y Rea y Zeus en Grecia. Posteriormente, la Gran Madre fue destronada: Ra pasa a ser el dios supremo en Egipto. Cuando Zeus reina en el cielo, Gea, Cibele y Rea deben abdicar. Desde los inicios de la civilización el matrimonio sagrado entre Isis y Horus en Egipto; Cibele y Atis en Asia Menor y Rea y Zeus en Grecia. Posteriormente, la Gran Madre fue destronada: Ra pasa a ser el dios supremo en Egipto. Cuando Zeus reina en el cielo, Gea, Cibele y Rea deben abdicar.

En conexión con la argumentación planteada, podemos considerar que el problema del miedo masculino radica en que no ha sabido encontrar su lugar en la naturaleza junto a la mujer, sublimando el terror hasta convertirlo, irracionalmente, en desprecio y crueldad. La conciencia de su superioridad es dolorosa y por eso se intenta evitar, pero tal “escape” es ilusorio, de modo que el ideal de completa sinceridad parece condenado al fracaso. En este sentido, Sartre sugiere que la sinceridad, la antítesis de la mala fe, se presenta como un problema conceptual. En esta línea de pensamiento, Sau (2000) sostiene que la genealogía del parricidio edípico, que ya es patriarcal, al matricidio primitivo, lleva inevitablemente al crimen contra la mujer en el que se funda una estirpe viril que pretende mostrarse como de pura sangre (2008).

Los pueblos que permanecieron bajo el dominio de la diosa madre son también los que se detuvieron en una fase primitiva de la civilización. Paulatinamente, el hombre ha mediatizado a lo largo de la historia su experiencia tanto en su ideario como en su existencia práctica, triunfando el principio masculino. De este modo, las mujeres pasan a desempeñar históricamente un papel secundario, condenadas a poseer tan solo un precario poder esclavizado o idolatrado.

El trasfondo del problema es el de siempre: quien tiene el poder, lo ejerce. Nos permitimos un inciso, un breve paréntesis que nos lleve a la reflexión: el denodado esfuerzo patriarcal por infravalorar tenazmente a las mujeres a lo largo de la historia olvida, tal vez inconsciente o voluntariamente, que la mujer tiene el sagrado don de dar a luz, del que dependen indefectiblemente todos los hombres. Y, desde luego, sin olvidar su dependencia de la figura de apego materno al menos en sus cuatro primeros años de vida, como sobradamente demuestran los estudios sobre psicología evolutiva. En consecuencia: que no lamenten sus dependencias y aprendan a valorar, que el miedo irracional a la pérdida de sus prejuicios hondamente arraigados en su inconsciente individual freudiano o en el colectivo, como diría Jung, no les dificulte la compasión y el reconocimiento del poder de lo femenino y de la trascendencia del amor maternal.

Para concluir con el análisis de este apartado, en el que hemos destacado el ideario de la supuesta debilidad intrínseca de las mujeres y del consecuente rol protector de quienes tienen el “don” del poder y la fuerza, es necesario matizar, citando a Connell (2003, p. 117), que la hegemonía es una relación históricamente móvil. Cuando cambian las condiciones que defiende el patriarcado, las bases de la dominación de la masculinidad particular se erosionan, permitiendo que nuevos grupos cuestionen las viejas soluciones y construyan una nueva hegemonía en la que las mujeres desafíen la dominación de cualquier grupo de hombres. En definitiva, las estructuras de las relaciones de dominación se forman y transforman con el

tiempo. Esto significa que el patriarcado no es una esencia estable, sino metaestable: sus formas se van adaptando a las distintas tipologías históricas de organización social.

#### **4.2. Hacia la igualdad de derechos en España**

En los apartados anteriores hemos analizado diversos aspectos sobre las modalidades del feminismo, su decurso histórico y la antropología del género. Ahora es el momento de llevar a cabo una exposición de los principales hitos que han determinado la evolución de los derechos orientados a la consecución de la igualdad desde la modernidad hasta la actualidad, partiendo de la premisa de que el principio de igualdad es la condición esencial de todo Estado constitucional que se precie de ser democrático. Ahora bien, no olvidemos que los derechos de las mujeres no han salido de la nada, no han sido concedidos sin más por tal o cual patrón ideológico de signo religioso o político: son el resultado de los incesantes esfuerzos llevados a cabo por las mujeres a lo largo de la historia.

En el siglo XVI perdura el enraizamiento con la tradición androcéntrica al fundamentar sus normas en lo referente al reconocimiento de la dignidad de las mujeres en las Leyes de Toro (1505), promulgadas por las Cortes de Toledo y basadas en el derecho sucesorio, penal, procesal y en las obligaciones de los ciudadanos. Por lo que respecta a las condiciones y deberes de la mujer casada, la Ley mantiene la vigencia de leyes tradicionales, tales como la prohibición sin licencia del marido de repudiar herencia o aceptarla sin el beneficio de inventario; la prohibición de celebrar o rescindir contratos llevados a cabo con anterioridad al matrimonio, y algunos avances: exoneración de responsabilidad por las deudas del marido llevadas a cabo con anterioridad al matrimonio, y el poder de comparecer en juicio sin necesidad de la licencia marital.

Los países de tradición católica han sido los que menos han favorecido el reconocimiento de los derechos de las mujeres. En el Antiguo Régimen pervive el modelo tradicional de la “mujer virtuosa”, equivalente a: recatada, callada, buena esposa y madre. En esta línea Fray Luis de León escribía: “Es justo que se precien de callar todas; porque en todas no solo es condición agradable, sino virtud debida el silencio y el hablar poco” (La perfecta casada). Una expresión muy cercana en la actualidad sería la de “calladita estás más guapa”.

A partir del siglo XVIII entramos de lleno en una época de difusión del saber, hasta tal punto que los ilustrados franceses proclaman abiertamente la necesidad de difusión de la cultura como única manera de salir de la ignorancia. El resultado de este ideal fue la publicación en Francia,

promovida por Diderot y D'Alembert, de la Enciclopedia o Diccionario razonado de las Artes, de las Ciencias y de los Oficios, por una sociedad de hombres de letras (1751-1772). El ideal de esta obra está muy presente en la afirmación kantiana de que la Ilustración es el momento de la saldar de la "culpable minoría de edad", adoptando el lema "sapere aude": atreévete a saber. Con la finalidad de promover la cultura, Carlos III promueve la creación de la Real Sociedad Económica de Amigos del País, presente en numerosas ciudades españolas. El interés por las cuestiones culturales de esta institución se plasmó en la formación de mujeres con la finalidad de aplicar sus conocimientos en el ámbito de la familia y la sociedad en general. Posteriormente, la Real Pragmática de 1766, por orden de Carlos III en plena Ilustración, centrada en evitar el abuso de contraer matrimonios desiguales, exigía el consentimiento paterno para los matrimonios menores de 25 años. Por otro lado, la Real Cédula de 11 de mayo de 1783, promulgada por Carlos III, planteaba la creación de escuelas gratuitas para mujeres.

Los contenidos esenciales del feminismo del siglo XIX se plasmaron, en la línea de los principios filosóficos del krausismo y su interés por promover un modelo igualitario de las mujeres como complemento armónico de los hombres, en la creación de la Institución Libre de Enseñanza, fundada por Francisco Giner de los Ríos, surgiendo, igualmente, órdenes religiosas y congregaciones femeninas dedicadas a la enseñanza, la sanidad y la protección social.

La realidad de otros países europeos coadyuvó la situación española, ya que en Italia el feminismo comenzó a desarrollarse a partir de 1848, año de la I Guerra de la Independencia. A su vez, la Ley Moyano de 9 de septiembre de 1857, impulsada por el Partido Moderado, aprobó en España la educación elemental obligatoria y gratuita y estableció, a su vez, la obligatoriedad de escuelas para niñas. En 1897 se funda una organización federativa de Sociedades por el Voto de las Mujeres. Durante la primera mitad del siglo XIX destacan numerosas novelistas y periodistas: María Josefa de Mier, Encarnación Calero, Carolina Colorado, Amalia Fenellosa, Gertrudos Gómez de Avellaneda, Faustina Sáez, Robustiana Armiño, Dolores Cabrera, María Pilar Sinués, todas conscientes de las dificultades para acceder al mundo de la cultura, su subordinación al hombre y su incierto futuro.

Otro momento destacado en países vecinos fue el avance hacia la igualdad fue el reconocimiento francés del derecho de sufragio a las mujeres en 1944. Inmediatamente después, la Constitución francesa de 27 de octubre de 1946 proclama en su Preámbulo: "La ley garantiza a la mujer en todos los ámbitos derechos iguales a los de los hombres". En esta línea, Condorcet en su obra Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía se pone a cualquier argumento que se esgrima para justificar la discriminación hacia las mujeres, planteándolo

como una exigencia derivada de la razón política a partir de la exigencia de una razón ilustrada que reclama la restauración de la igualdad exigida por el derecho natural.

En 1918 fue aprobada en Inglaterra la Ley del Sufragio Femenino. En 1948 tuvo lugar en Francia la primera manifestación pública por el derecho al voto femenino. En 1920, la Décima Enmienda de la Constitución de Estados Unidos aprobó el derecho al voto. La Ley 28 de 1932 aprobó en España el régimen de capitulaciones matrimoniales. El Decreto 1874 de 1932 autorizó en España el otorgamiento del diploma de bachiller. El Decreto 1972 de 1933 aprobó en España el acceso de las mujeres a la educación universitaria. La Ley 53 de 1939 reguló en España la protección a la maternidad. A su vez, en la lucha contra el franquismo destacaron en España en la vertiente ideológica dos asociaciones feministas: el Comité Nacional de Mujeres contra la Guerra y el Fascismo y la Organización de Mujeres Libres, manifestando igualmente su desacuerdo del ideario patriarcal de la Sección Femenina.

En un mundo cada vez más globalizado, el movimiento feminista ha logrado poner en la agenda pública y privada la lucha por la Igualdad de Género como parte de las aspiraciones de justicia social de una humanidad de cuya representación ya, nunca más, podrán ser excluidas.

En los regímenes democráticos el derecho pleno a la igualdad queda definitivamente reconocido en la Constitución de 1978. Es el momento de lo que podríamos denominar “feminismo institucional” con la creación del Instituto de la Mujer y los Planes de Igualdad de Oportunidades y diversas propuestas a nivel mundial tales como el Instituto Europeo de la Igualdad de Género, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025, el Lobby Europeo de Mujeres, la Women Against Violence Europe, la European Network for the Work with Perpetrators of Domestic Violence, la End FGM European Network, la Declaración Avanzando en Derechos LGTBI en Europa y la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible. En definitiva, en un mundo cada vez más globalizado, el feminismo ha conseguido poner en primera portada sus aspiraciones a nivel global.

Ahora bien, a pesar de los loables esfuerzos y todas las vindicaciones, no todo hasta ganado en el terreno de la pervivencia del modelo patriarcal en la actualidad. Lagarde (2018) presenta un panorama poco alentador: los procesos de globalización en la actualidad han expandido formas sincréticas de hegemonía patriarcal. De este modo, la pretensión de construir un mundo “homogéneo” (aldea global), ya sea a través de la guerra, la economía, la cultura o la política, ha fomentado la expansión de esquemas patriarcales. En un mundo conectado por las dinámicas del mercado y las comunicaciones, compartimos sustratos culturales y sociopolíticos con el resto. El gran inconveniente es que las políticas neoliberales privatizadoras y diversas formas

de opresión, sojuzgamiento y exterminio, extinguen los mundos comunitarios y nos desagregan (p. 51). Por ello, como plantea Pautassi (2011), el principio de igualdad y no discriminación tiene que ser interpretado por los órganos del sistema de Derechos Humanos como un principio absoluto, que no admite excepciones, y por lo tanto, aquellas normas, políticas o programas que establecen distinciones arbitrarias fundadas en categorías tales como el sexo, raza, religión, idioma, opinión política o posición económica del individuo, deben interpretarse con los alcances descritos respecto de las normas y medidas regresivas en materia de derechos sociales. Es decir, la ley, programa o política en cuestión se presume inválida, y es el Estado quien debe demostrar la necesidad y racionalidad de tal distinción (p. 287).

En suma, podemos afirmar que el objetivo fundamental, a pesar de todos los inconvenientes sociopolíticos y culturales, es cuestionar las normas culturales que perpetúan la desigualdad de género y orientar los esfuerzos hacia una mayor inclusión y equidad para todas las personas, con independencia de su identidad de género.

#### **4.3. Perspectivas de futuro: propuestas de trabajo sobre derechos humanos e igualdad de género**

El modelaje de una sociedad solidaria requiere el desafío de las concepciones metafísicas petrificadas propias del androcentrismo y la transformación de paradigmas cristalizados en el inconsciente colectivo, pues, según la argumentación de Gallego (2010) la historia de la humanidad, entronizando los valores masculinos, se ha desarrollado con frecuencia en términos de conquista, competencia y sometimiento del otro. La construcción de la identidad femenina ha ido cambiando conforme evolucionaban las necesidades masculinas. Ahora la conformación de la identidad femenina ha concluido y ya no hace falta seguir preguntándose qué es ser mujer. Lo que hace falta es que el recorrido que las mujeres han hecho de la esfera privada nada pública, el largo camino que han transitado para convertirse en sujetos de pleno derecho, lo realicen los hombres de manera inversa (p. 194).

Lo primero que debemos plantearnos es la posibilidad de recuperar determinados planteamientos propuestos por eminentes pensadores e ideólogos a lo largo de la historia, especialmente en la línea de la ética y del humanismo. Se trata de recuperar valores tradicionales religiosos (liberados, lógicamente, de todo tipo de dogmatismos y fundamentalismos), filosóficos e ideológicos, adaptados a los nuevos tiempos, de modo que seamos capaces de concebir una especie de “neohumanismo” ético y sociopolítico (que no debería evolucionar en

ningún momento hacia el transhumanismo), necesariamente subordinado al modelo axiológico propio de los derechos humanos. Esto implica el desarrollo de una nueva dinámica relacional en la comunidad, tal vez en la línea de la ética kantiana y de la teoría de la comunicación de Habermas, reemplazando la maquiavélica “racionalidad” autoritaria del “orden y mando” y la concentración totalitaria del poder en manos de unos pocos, por el ejercicio de la razón en aras de la solidaridad y el diálogo constructivo.

Partiendo de la evidencia de la opresión, exclusión y marginación que sufren numerosos colectivos por falta de protección social y garantías de respeto de los derechos humanos, la implantación de medidas encaminadas hacia la progresiva cristalización de un humanismo ético permitiría el deseado tránsito de androcentrismo patriarcal a la igualdad para todos los colectivos marginados por etnia, raza, clase social, origen geográfico o preferencia sexual, ofreciendo ideales y proponiendo un discurso lúcido que pueda aspirar a ser cada vez más inclusivo.

Debemos tener en cuenta que uno de los cometidos prioritarios del feminismo debe ser la elaboración de una sólida cosmovisión, teniendo siempre en mente que una verdadera emancipación solo puede concebirse y materializarse a partir de principios y valores sean a la vez universalizables, sin perder en ningún momento la necesaria “toma de tierra”: la realidad concreta y el contexto de la dignidad de las personas.

Llegados a este punto, podemos plantearnos una cuestión crucial: ¿cuáles son los principales inconvenientes para un avance racional y ponderado del feminismo? Ante todo, lo que hay que ser conscientes es de la necesidad de una sensata focalización del problema con finalidad de superar determinadas interpretaciones sesgadas, malentendidos y demás obstáculos ideológicos, socioculturales e incluso “epigenéticos”.

A modo de síntesis de los resultados obtenidos en nuestro análisis, planteamos algunas propuestas que nos sirvan como sostén central sobre el que promover la promoción de los derechos humanos y la igualdad desde todas las instancias posibles de nuestro contexto sociocultural:

- a) Impulsar la igualdad de oportunidades, garantizando que hombres y mujeres tengan acceso a la educación, el trabajo y los servicios sociales, sin importar su género. En este sentido, es de vital importancia la implementación de acciones que favorezcan la formación y el desarrollo profesional, evaluando y redefiniendo los programas educativos y las políticas públicas que se llevan a cabo.

Teniendo en cuenta los mensajes contradictorios de los distintos agentes de socialización no es tarea fácil promover una socialización fundamentada en los modelos tradicionales.

Un primer paso sería ser conscientes de los sesgos de género en gran parte de nuestros comportamientos, lenguaje y actitudes. Por esta razón, la coeducación es indispensable para superar los estrechos límites de la “educación mixta” y promover un sistema educativo convivencial capaz de superar los vacíos de la educación institucionalizada, orientado la actividad humana hacia a un modelo permanente de educación integral.

- b) Luchar contra la brecha salarial, un problema persistente en numerosos países, con la finalidad de garantizar la igualdad económica. El feminismo es un movimiento para acabar con la opresión machista, aunque permanezca disfrazada con un lujoso traje de etiqueta y, por ello, busca la redistribución de los recursos de manera más equitativa entre hombres y mujeres. El pensamiento jerárquico puede ser útil para manejar datos, comparar información y organizar estructuras, pero no para encasillar a las personas como mejor o peor cualificadas. Ahora bien, no todo está ganado, pues como argumenta Tubert (2011), la supuesta feminización del trabajo no ha significado en absoluto un reconocimiento de una nueva autoridad que detentarían las mujeres por sus especiales características de género, ni sus habilidades ni sus capacidades comunicativas son recursos que hayan implicado una elevación del estatus femenino en empresas y organizaciones (p. 347).
- c) Favorecer el empoderamiento de la mujer. En este sentido, citando a De La Fuente (2015), el contexto de crisis económica y política actual ha dado un protagonismo renovado a la cuestión del poder. El rol de las mujeres como víctimas y también como agentes de una posible solución política ha pasado a formar parte de lugares comunes de debate público. Las diferentes suposiciones sobre el poder que encontramos en estos argumentos son la muestra más reciente de cuan necesario es ser conscientes de sus implicaciones y, si es el caso, responsabilizarnos de ellas. Una consciencia y una responsabilidad que deben sostenerse en el conocimiento que ya disponemos sobre los dilemas feministas ante la cuestión del poder (p. 190).

El principal inconveniente del poder es su desigual distribución entre hombres y mujeres. Ahora bien, todo enfoque feminista debería plantearse que cualquier pretensión de disconformidad con los sistemas de poder implica entrar directamente en la utilización de un lenguaje que utiliza los calificativos “justo” o “injusto” desde una racionalidad decrepita con un claro trasfondo autoritario, convirtiendo la igualdad en una modalidad unidimensional de pensamiento y de acción. El inconveniente es que esta pretensión de uniformidad materializada en los conceptos no busca la verdad, sino que la impone. En consecuencia, es necesario trascender los límites del pensamiento único y reformular los conceptos vacíos de contenido en otros más vitales, dinámicos, creativos, abiertos a

múltiples perspectivas, en concordancia con una visión global constructiva que posibilite un distanciamiento de la lógica del poder basada en el “orden y mando” tradicional.

- d) Trabajar por la erradicación de la violencia de género en sus múltiples manifestaciones, incluyendo los micromachismos, mediante leyes, educación, servicios de apoyo y cambios en los paradigmas culturales. La violencia contra las mujeres -en todas sus facetas- es un grave atentado contra la dignidad y los derechos humanos y un importante obstáculo para lograr la igualdad de género. Una sociedad (no olvidemos que el concepto de “sociedad” no es una entidad, sino la totalidad de las personas que la conforman) ocupada en lo humano y preocupada por favorecer en lo posible bien de los demás, cambiaría las estructuras sociales opresivas que causan sufrimiento e incrementan innecesariamente la violencia para tantas personas en todo el mundo.

En el terreno de la violencia de género, puede darse el caso de que determinadas culturas toleren e incluso perpetúen en la dinámica tradicional del patriarcado androcéntrico y la misoginia formas de violencia de género justificadas por el arraigo de patrones culturales respaldados religiosa y jurídicamente. Por ello, es indispensable, según López-Zafra y López-Sáez (2020), romper dos barreras que fomentan el aumento de una cultura de la violencia. La primera se refiere a las diferencias hombre-mujer en cuanto a la expresión de la violencia. La solución estaría en disminuir la violencia instrumental y física mediante el aprendizaje de patrones de socialización más femeninos que inhiban la violencia física. Por otra parte, una reducción de la violencia indirecta también se conseguiría modificando las normas culturales que fomentan el uso de la agresión como forma de solucionar los problemas. La segunda barrera se refiere a romper con las nuevas formas de sexismo. El proceso es complejo y hay que acudir al aprendizaje de los estereotipos. Es una violencia sutil, sibilina, difícilmente detectable de manera directa, pero el efecto de la amenaza es implacable. En definitiva, el elemento de socialización en una sociedad más justa e igualitaria es el potencial reductor de este tipo de actitudes.

- e) Promover medidas legislativas y sociales mediante los diversos agentes de socialización que permitan una adecuada conciliación entre vida laboral y familiar. Esto puede incluir la promoción de políticas que aborden la brecha salarial de género y el acceso igualitario a oportunidades educativas y laborales. Los agentes de socialización posibilitan la internalización de las normas, patrones y roles de género, especialmente través de la familia, a la que Rocha-Sánchez y Díaz-Loving (2005, p. 46) le asignan una importancia trascendental: la familia es la base del desarrollo del individuo, además de una institución socializadora, por lo cual, si hombres y mujeres recodifican su posición dentro de esta, se

abre la posibilidad real de empezar a desmontar la estructura ideológica prevaleciente y dar lugar a una nueva visión más equitativa y justa, la educación, los medios de comunicación y otras instituciones sociales. Esta socialización influye decisivamente en la forma en que las personas perciben, y en el peor de los casos deforman, su propia identidad de género y en la manera de interactuar con los demás.

- f) Eludir en lo posible los planteamientos utópicos y ser conscientes, desde la más estricta racionalidad, de la necesidad de respeto a la libertad de ideología, percepción de la realidad y cognición de hombres y mujeres. Esto evitaría en gran medida dar cabida a la idealización de futuribles mundos idílicos respaldados en ciertos fundamentalismos con la promesa de felicidad en paraísos ultramundanos. Tenemos el derecho y el deber de mantener nuestros criterios y que se respeten nuestras diferencias y singularidades como seres humanos, lo que se traduce en la defensa de las ideas democráticas, religiosas o de cualquier otro tipo y el respeto a la dignidad y los derechos humanos. En este sentido, tiene perfecto sentido la afirmación de Pérez (2020, p. 254) de que “el feminismo es el compromiso por una vida más libre e igualitaria en común”.
- g) Evitar caer en el error de que la ciencia y la tecnología van a ser capaces de solucionar el problema, ya sea con la Inteligencia Artificial, el transhumanismo o el irracionalismo de los “metaversos” (Palomares, 2023). No nos confundamos: la ciencia, a pesar de ser una herramienta útil e indispensable, hasta el momento no ha sido capaz de resolver los problemas genuinamente humanos. Debemos, en consecuencia, recuperar el concepto originario de igualdad, entendiendo que no puede reducirse a fríos datos numéricos.
- h) Entender que el feminismo es algo mucho más serio que la rigidez ideológica de determinadas ideologías políticas. Es imprescindible potenciar políticas de seguridad al servicio del ser humano, enfocadas en la paz y la justicia con la firme intención de superar las limitaciones, en algunos casos muy estrechas, de las tendencias “izquierdosas” o “derechistas”. De lo que se trata es de evitar, en lo posible, los riesgos de los extremismos. Por esta razón, citando a Pérez (2020, p. 9), “hay que desconfiar de quien antepone las lealtades partidistas a los objetivos e intereses del movimiento feminista”. El feminismo ha demostrado tener una correcta visión sobre el significado y la trascendencia de una sociedad justa. En consecuencia, debemos ser prudentes y evitar en lo posible la dependencia política y los intereses partidistas.
- i) Establecer principios éticos sólidos, pues, como señala Carosio (2007, pp. 46-47) el discurso ético clásico, desde Aristóteles a Kant, pasando por Rawls y Habermas, se propone como un discurso para la especie humana con pretensiones de universalidad, sin embargo,

ha sido elaborado en base a la marginación sistemática de la mitad de la especie. Cuando se tratan éticos que tocan a las relaciones entre los sexos, se les ha considerado como parte de algo llamado “moral”, conceptualizado entonces, como distinto de la “ética”. Ideas que contienen ecos de la consideración de lo moral como algo íntimamente ligado a lo doméstico, a la privacidad, a las acciones y hábitos característicos de la vida privada del ser humano; mientras que la ética se dedicaría temas de mayor envergadura, más relacionados con lo público.

- j) Realizar una crítica constructiva a los modelos políticos neoliberales generadores de las desigualdades, paro y pobreza. En realidad, deberíamos aspirar a otro tipo de ideología. Tal vez el problema esté en que en actual contexto internacional la idea de “revolución” y cambio hacia un proyecto emancipador global pueda ser considerado como otra quimera.

Por último, para concluir este apartado, habría que poner de relieve, como sostiene Warren (2003, p. 92), que no hay una “experiencia monolítica” que todas las mujeres compartan. En consecuencia, el feminismo debe de ser un movimiento solidario fundado en intereses comunes en vez de un movimiento por la unidad en la igualdad basado en la experiencia común y en la victimización compartida.

## 5. Conclusiones

Partiendo de la metodología enfocada en el análisis de datos y propuestas fundamentadas en numerosos autores sobre la temática, el trabajo tiene como finalidad ahondar en los objetivos previstos al inicio de la investigación: análisis del rol de las mujeres a lo largo de la historia, profundización en implicaciones antropológicas desde diversas perspectivas (ideológica, filosófica, sociolingüística y cultural), análisis y evolución del androcentrismo, estudio del fomento de los derechos de las mujeres y las diversas propuestas encaminadas al reconocimiento del valor y la dignidad de las mujeres.

Por lo que respecta al análisis de los postulados anteriores y su importancia para el campo de estudio, los resultados obtenidos responden a las expectativas iniciales y respaldan, dentro de unos límites razonables, las hipótesis iniciales dada la complejidad de factores que afectan a los resultados y las limitaciones propias de la profundidad de las variables ideológicas, religiosas, económicas, culturales y sociopolíticas implicadas en tema. En este sentido, el desarrollo del tema tiene como finalidad aportar nuevos conocimientos desde el análisis crítico de la fiabilidad y la validez de las aportaciones de datos históricos, sociales y antropológicos de especialistas en el tema, indagando y profundizando en la temática desde el rigor metodológico.

Tomando en consideración lo expuesto, en lo referente a los hallazgos más significativos, los temas analizados en la investigación se centran en una visión de conjunto de las diversas propuestas de los movimientos feministas sin entrar en su análisis crítico. Hay una razón fundamental: la sinrazón de considerar que hay propuestas mejores o peores. De hecho, todas tienen su parcela en el amplio abanico de perspectivas que delimitan y dan sentido a su peculiar comprensión de la realidad. Todas son necesarias cuando atienden a aspectos concretos de las situaciones vitales, en el sentido orteguiano del ser humano como razón vital e histórica. Por otro lado, la investigación aborda los hitos más destacados y los hallazgos más significativos en la evolución histórica de las mujeres desde la prehistoria hasta la actualidad. En este sentido, hay que destacar la importancia del humanismo renacentista, momento en el que comienza a vislumbrarse un cierto atisbo de salida del rígido marco conceptual androcéntrico. Al menos es un inicio. Pero hay que esperar hasta el Siglo de la Luces para que razón ilustrada permita una ampliación de horizontes con el reconocimiento de los derechos humanos. El tercer momento decisivo en el tema que nos ocupa es el de la consolidación definitiva del feminismo como entidad con identidad propia y la puesta en práctica, plasmada en acuerdos, legislaciones, organizaciones, conferencias y congresos, de los derechos encaminados un mundo más igualitario y justo.

Otro aspecto relevante es el análisis de la temática desde la perspectiva antropológica en su vertiente cultural, sociolingüística e ideológica y muy en especial el dedicado al magistral y lúcido análisis del patriarcado desde la óptica de Simone de Beauvoir, todo un acierto. Por otro lado, en cuanto a las propuestas de mejora en el futuro, debemos potenciar todo lo referente a la continuidad de la transversalidad en la totalidad de los ámbitos de la realidad, ser conscientes de los desafíos y de la importancia del respeto a la condición inalienable del ser humano en todas sus dimensiones.

En base a los resultados del trabajo, habría que proseguir la línea de investigación profundizando en variables tales como el estudio de la psicobiología evolutiva que posibilite el aporte de datos precisos sobre los mecanismos explicativos del cerebro humano, la profundización en el conocimiento pleno de la historia, la concienciación de los poderes públicos y la plasmación en legislaciones internacionales de los derechos humanos y la trascendental importancia de modelos educativos sabiamente diseñados con la finalidad de promover una cultura del respeto a la dignidad y facilitar el desarrollo integral, la autorrealización y la promoción de los valores humanos a nivel universal.

En última instancia, la investigación proporciona datos relevantes sobre el feminismo desde diversas perspectivas y puede ser de utilidad tanto en su dimensión informativa como en la

orientada al conocimiento y su aplicación en el ámbito de la enseñanza secundaria o universitaria.

## 6. Referencias

- Amorós, C. (2000). *Feminismo y Filosofía*. Síntesis.
- Beauvoir, S. (1999). *El segundo sexo*. Ediciones Cátedra.
- Carosio, A. (2007). La ética feminista. Más allá de la justicia. *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 28(12), 159-184.
- Connell, R. W. (2003). *Masculinidades*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cordero del Castillo, P. (2017). Feminismo de igualdad versus ideología de género. *Humanismo y Trabajo Social*, 17, 167-171.
- De la Fuente Vázquez, M. (2015). Ideas de poder en la teoría feminista. *Revista Española de Ciencia Política*, 39, 173-193.
- Elejabeitia, C. (1987). *Liberalismo, marxismo y feminismo*. Anthropos.
- Gallego, J. (2010). *Eva devuelve la costilla: el nuevo estado de conciencia de las mujeres*. Icaria.
- Lagarde, M. (1996). *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Siglo XXI.
- Lamas, M. (1986). La antropología feminista y la categoría “género”. *Nueva Antropología*, 30(VIII), 173-198.
- López-Zafra, E. y López-Sáez, M. (2002). Violencia y género: el papel de la variable género y las nuevas formas de discriminación sexual. En M. A. Bel Bravo (Ed.). *Etnia y género. La cultura occidental de los últimos tres siglos* (pp. 75-96). Universidad de Jaén.
- Moreno, J. M. (1978). *Historia de la educación*. Paraninfo.
- Ortega, M. (2022). “La defensa de las mujeres” en la sociedad del Antiguo Régimen. Las aportaciones del pensamiento ilustrado, en P. Folguera (Ed.). *El feminismo en España. Dos siglos de historia* (pp. 27-58). Fundación Pablo Iglesias.
- Paglia, C. (2018). *Feminismo pasado y presente*. Turner.
- Palomares-Herrera, M. (2023). “Yesterday and Today of the Religious Fact from the Registration of the Church to the New Context of the Metaverse: Special Constitutional Approach from Spain”, *Revista Justica do Direito*, n°. 37.
- Pautassi, L. C. (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Revista Lecciones y Ensayos*, 89, 279-298.
- Pérez, L. (2020). *Maldita feminista. Hacia un nuevo paradigma sobre la igualdad de sexos*.

Seix Barral.

Rebollo-Catalán, M. A. (2006). Género e interculturalidad: educar para la igualdad. La Muralla.

Rocha-Sánchez, T. E. y Díaz-Loving, R. (2005). Cultura de género: la brecha ideológica entre hombres y mujeres. *Anales de Psicología*, 21(1), 42-49.

Roig, M. (1986). *A través de la prensa. La mujer en la historia: Francia, Italia, España. Siglos XVIII-XX*. Instituto de la Mujer.

Sau, V. (2000). *Reflexiones feministas para principios de siglo*. Horas y Horas. Solé, G. (2011). *Historia del feminismo (siglos XIX y XX)*. Eunsa.

Taifeller, L. (2008). *Orígenes del feminismo. Textos del siglo XVI al XVIII*. Narcea. Tubert, S. (2011). *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*. Ediciones Cátedra.

Vila, A. (2011). Política y feminismo en arqueología. *Revista Atlántica-Mediterránea de Prehistoria y Arqueología Social*, 13, 17-32.

Warren, K. J. (2003). *Filosofías ecofeministas*. Icaria



