

Justicia y Derecho

Volumen 10 | Enero - Diciembre de 2022

ISSN 2323-0533

E-ISSN 2711-2470

Universidad del Cauca

Popayán - Colombia

Título: Justicia y Derecho

Título abreviado: Just. & Der.

Editorial: Universidad del Cauca

Diseño: Universidad del Cauca

ISSN 2323-0533 – E-ISSN 2711-2470

Periodicidad: anual

Correo electrónico: justiciayderecho@unicauca.edu.co

Página web: <https://revistas.unicauca.edu.co/index.php/justder>

Hecho el depósito legal

Popayán, Colombia, 31 de diciembre de 2022

Impresión financiada por estudiantes y exalumnos de la Universidad del Cauca



Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-SA 4.0)

Justicia y Derecho

Revista de la Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales

ISSN 2323-0533
Versión impresa



Universidad
del Cauca®
Vigilada Mineducación

E-ISSN 27112470
Versión digital

Volumen 10 | Enero – Diciembre de 2022

COMITÉ EDITORIAL

EDITOR EN JEFE

Víctor Hugo López Zemanate, LL.B., LL.M.
Universidad del Cauca | Colombia

EDITORES

María Camila Alzate Castrillón, LL.B.
Universidad Externado de Colombia | Colombia

Gloria Fabiana Andrade Montenegro
Universidad del Cauca | Colombia

Katty Dayanna Valencia Banguera, LL.B.
Universidad Católica de Colombia | Colombia

José Arvey Camargo Rojas, LL.B., LL.M., LL.M.
Universidad del Cauca | Colombia

Luis Felipe Diaz Villamarín.
Universidad del Cauca | Colombia

Sebastián Camayo Ortiz
Universidad del Cauca | Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

Emmer Antonio Hernández Ávila
Universidad Nacional Autónoma de México | México

Contenido

Justicia y Derecho, Volumen 10	6
<i>Víctor Hugo López Zemanate</i>	
La investigación: luz para la posteridad.....	7
<i>María Camila Alzate Castrillón</i>	
La conspiración de La Escalera: una visión histórico- jurídica	8
<i>Oswaldo Manuel Álvarez Torres</i>	
<i>Luis Pérez Orozco</i>	
<i>Melissa Lang Morales</i>	
<i>Daisy Pérez Vera</i>	
Positivismo jurídico y la aplicación del Derecho	24
<i>Patricio Sáez Almonacid</i>	
Reivindicación campesina en el municipio de El Tambo Cauca.....	36
<i>Brayan Felipe Méndez Llantén</i>	
La eutanasia en América Latina: conexidad entre los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con el derecho a la vida.....	56
<i>Leidy Lorena Mayorga Duarte</i>	

Justicia y Derecho, Volumen 10

*Víctor Hugo López Zemanate**

La revista Justicia y Derecho publica el volumen 10. El documento contiene cuatro artículos: “La conspiración de La Escalera: una visión histórico-jurídica” de Melissa Lang Morales, Osvaldo Manuel Álvarez Torres, Luis Pérez Orozco, y Daisy Pérez Vera, “Positivismo jurídico y la aplicación del Derecho” de Patricio Sáez Almonacid, “Reivindicación campesina en el municipio de El Tambo Cauca” de Brayan Felipe Méndez Llantén, y “Eutanasia en América Latina: conexidad entre los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con el derecho a la vida” de Leidy Lorena Mayorga Duarte. Los artículos han superado el proceso definido por el Comité Editorial de la revista. Se felicita a los autores por su maravilloso logro y se invita a seguir postulando sus documentos para los próximos volúmenes. Un agradecimiento especial a los autores que participaron en la convocatoria del volumen 10 de la revista Justicia y Derecho.

El presente volumen de la revista tiene el mismo grado de importancia que los anteriores, pero se le debe agregar la experiencia alcanzada con los anteriores retos del proceso editorial. Para esta ocasión, se ha ampliado el Comité Editorial contando con mayor participación, lo cual refleja que el Comité Auxiliar es un mecanismo que permite introducir a los estudiantes de la Universidad del Cauca en los procesos editoriales, ejemplo de ello es que dos de los editores de este volumen participaron primero como integrantes del Comité Auxiliar de la revista.

El Comité Editorial, con el apoyo de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, la Vicerrectoría de Investigaciones – VRI de la Universidad del Cauca y el Sello de la Editorial de la Universidad del Cauca, ha logrado finalizar el presente volumen con el objetivo de seguir

creciendo en el escenario de las publicaciones científicas seriadas. La publicación digital de Justicia y Derecho puede ser consultada en el portal de revistas virtuales de la Universidad del Cauca, lo cual permitirá seguir ampliando el número de lectores.

Como editor en jefe, invito a la comunidad académica a leer los artículos que contienen un valioso aporte para la investigación jurídica en Colombia.

* Editor en jefe de la revista Justicia y Derecho.

La investigación: luz para la posteridad.

*María Camila Alzate Castrillón**

Este volumen 10-2022 es sinónimo de la búsqueda implacable de la construcción social en los diferentes procesos y escenarios, los derechos y su reconocimiento en la sociedad, la aplicación del derecho, los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con la vida, la filosofía del derecho y la historia.

Así, en primer lugar, Osvaldo Manuel Álvarez Torres, Luis Pérez Orozco, Melissa Lang Morales, Daisy Pérez Vera, investigan sobre la Conspiración de La Escalera, proceso de sublevación de los esclavos en Cuba en la época colonial. Por su parte, el artículo de Patricio Sáez Almonacid hace una reflexión sobre el positivismo jurídico y la aplicación del Derecho, investigación que surge en el marco de la crítica que se le hace al positivismo jurídico relacionada con su insuficiencia práctica, el autor desarrolla el concepto de positivismo para resaltar las principales características. En resumidas cuentas, esta crítica se enfoca en los siguientes puntos: Excesivo formalismo, y La contradicción del apego a la ley con la teoría de la discrecionalidad judicial. El artículo de Brayan Felipe Méndez Llantén aborda el tema del campesinado del Tambo, Cauca revisando aspectos relevantes del movimiento campesino en este municipio, promover el empoderamiento de los campesinos en Colombia. Finalmente, el artículo de Leidy Lorena Mayorga Duarte busca determinar la conexidad entre los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con el derecho a la vida respecto de la eutanasia en América Latina. Estos artículos contienen ideas precisas en relación con la construcción social.

Después de esta presentación sucinta, no me queda más que felicitar a todas las personas que contribuyeron con sus aportes intelectuales

al volumen, y desearle a nuestros lectores que puedan disfrutar de la lectura plácida de nuestro volumen. En mi calidad de editora directora de la Revista Justicia y Derecho, quiero resaltar en primer lugar, el esfuerzo de cada uno de los integrantes del Comité Editorial de este volumen, también de aquellos intelectuales que revisaron voluntariamente los artículos como pares académicos y, en segundo lugar, a aquellos autores que escribieron sus reflexiones y productos de investigación.

Expresado lo anterior, anhelo que encuentren en la consulta y revisión de estas páginas, inspiración, grandes ideas y temas por continuar investigando. Esperamos igualmente, puedan próximamente hacer parte de equipo de escritores de nuestra Revista.

* Editora directora de la revista Justicia y Derecho.

La conspiración de La Escalera: una visión histórico- jurídica

Conspiración de La Escalera: a historical-legal view

*Oswaldo Manuel Álvarez Torres **

*Luis Pérez Orozco***

*Melissa Lang Morales ****

*Daisy Pérez Vera *****

Abstract

At the end of the first half of the Cuban 19th century, the sociohistorical context reflected the accumulation of tensions in the colonial system. The need to eliminate slavery for those who suffered the most led to the gestation of slave uprisings, one of the best-known being “La Conspiración de la Escalera”. The response of the Spanish institutions on the Island was the most brutal repression. The section of the Executive and Permanent Military Commission of Matanzas contributed to this purpose. That instance acted as an exceptional court, whose main characteristic was the absence of legal guarantees for all those who were considered involved in the conspiracy.

Keywords: Spanish colonial authorities, slavery, repression, conspiracy, the 19th century, Cuba

Resumen

A finales de la primera mitad del Siglo XIX cubano, el contexto sociohistórico reflejaba la acumulación de tensiones en el sistema colonial. La necesidad de eliminar la esclavitud por quienes más la sufrían conllevó a la gestación de sublevaciones de esclavos, siendo una de las más conocidas “La Conspiración de la Escalera”. La respuesta de la institucionalidad española en la Isla fue la más brutal represión. A este propósito contribuyó la sección de la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente de Matanzas. Esa instancia ejerció de tribunal excepcional, cuya característica principal fue la ausencia de garantías jurídicas a todos aquellos que se consideraron involucrados en la conspiración.

Palabras clave: Autoridades coloniales españolas, esclavitud, represión, conspiración, siglo XIX, Cuba

Recibido: 23 de abril de 2022

Aceptado: 26 de noviembre de 2022

Cómo citar este artículo:

Melissa Lang et al., La conspiración de La Escalera: una visión histórico- jurídica, 10 Just. & Der. 8 (2022).

* Profesor de Historia del Estado y el Derecho en Cuba. Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas. osvaldomanuelalvareztorres@gmail.com

** Profesor de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas. luisperezorozco@yandex.com

*** Alumna Ayudante de Historia del Estado y el Derecho en Cuba. Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas. melissalang398@gmail.com

**** Alumna Ayudante de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas. daisyperezvera7@gmail.com

I. Introducción

En la década de 1840 en Cuba, la represión hacia los negros esclavos y también libres alcanzó su clímax. El poder colonial y la clase dominante se negaban rotundamente a tener en cuenta las aspiraciones de este grupo social oprimido, por lo que alimentaron la inconformidad social y política de esta población, que, producto de dicha situación, protagonizó una cadena de sublevaciones en ingenios de Cienfuegos, Trinidad, Cárdenas y Matanzas. La causa de la rebeldía estuvo en la aspiración del esclavo a la libertad incluso al precio de la muerte. Desde el inicio de la conquista y colonización los esclavos se escapaban a los montes y peleaban hasta morir para alcanzar la condición de hombres libres.

“Lo que interesa destacar es que nuestra próspera centuria colonial última presenta al estudioso un recodo profundamente representativo, en los años comprendidos de 1837 a 1845; cuando el siervo oriundo de África, eterno telón de fondo en el pasado histórico cubano, alza hasta los primeros planos su rebeldía y estremece la sociedad de su tiempo con desesperadas sublevaciones y conspiraciones antiesclavistas”.¹

Una de las más significativas de este período, sin duda alguna, fue la llamada Conspiración de La Escalera, que devino en una violenta represión, juzgada en el más importante de todos los procesos judiciales habidos en el período colonial en Cuba y que tuvo una trascendencia jurídica que merece ser investigada. Ha existido polémica a lo largo de la historia sobre la posibilidad de la existencia o no de la famosa conspiración,² aunque también se ha alegado que fue una manipulación

de las autoridades coloniales para frenar la ola de alzamientos esclavos y asesinar a las figuras más prominentes de la población libre de color, pero lo cierto es que se ha probado la existencia de varias redes conspirativas de esclavos y libres.

Este es un tema que es imprescindible abordar para el mejor conocimiento de la Historia del Estado y el Derecho de Cuba, y por supuesto, de América. Se considera que, a pesar de los estudios realizados desde el punto de vista histórico sobre esta temática, no abundan las investigaciones que combinen el aspecto histórico con el jurídico. Los autores desean precisar que no se trata de una investigación de la historia del Derecho, sino de un hecho histórico desde la perspectiva jurídica. Al respecto tiene un rol primordial el uso del método histórico-lógico. “Este método constituye el análisis sistemático, crítico e interpretativo de los hechos, causas y condiciones que tuvieron trascendencia jurídica y social”.³

Luego de una revisión bibliográfica sobre el tema seleccionado, se puede plantear que las investigaciones que se destacan en esta materia son las de Ángel César Pinto Albiol⁴; María del Carmen Barcia Zequeira y Manuel Barcia Paz⁵. En el ámbito extranjero resalta la investigación de Jorge e Isabel Castellanos.⁶

A razón de lo planteado se define como problema científico de esta investigación el siguiente: ¿Cómo influyó el contexto histórico del siglo XIX en las peculiaridades que distinguen la visión histórica y jurídica de la llamada “Conspiración de la Escalera” en Cuba? La hipótesis de la que se parte para resolver el problema es: El

1 Sergio Aguirre Carreras, *Eco de Caminos* 99 (1974).

2 Entre las investigaciones que demuestran esta polémica se encuentran: Ángel César Pinto Albiol, *El pensamiento filosófico de José Martí* 135-179 (1946).

Eugene Godfried, Plácido, *Mártir Africano Cubano*, AfroCubaWeb, (18 de abril, 2004), <http://www.afrocubaweb.com/eugenegodfried/placidomartir.htm>

Juan Blas Rodríguez, *La Escalera: Conspiración que no existió*, Radio Enciclopedia, (5 de septiembre, 2015), www.radioenciclopedia.cu/curiosidades/la-escalera-conspiracion-que-no-existio-20150905/

3 Lissette Pérez Hernández, *Algunas consideraciones a debate sobre la ciencia jurídica y sus métodos*, 4 *Revista Cubana de Derecho* 38, 42 (2011).

4 Ángel César Pinto Albiol, *El pensamiento filosófico de José Martí* 135-179 (1946).

5 María del Carmen Barcia Zequeira & Manuel Barcia Paz, *La Conspiración de la Escalera: el precio de una traición*, 2 *Catauro Revista de La Fundación Fernando Ortiz*, n° 3, 199 (2001).

6 Jorge Castellanos Taquechel & Isabel Castellanos, 1 *Cultura AfroCubana* cap. 4 (1988).

contexto histórico del siglo XIX cubano influyó en las peculiaridades distintivas de la visión histórica y jurídica de la “Conspiración de la Escalera” y el rol que tuvieron las Comisiones Militares Ejecutivas y Permanentes.

En consecuencia, se propone como objetivo general: explicar las peculiaridades que distinguen la visión histórica y jurídica de la llamada “Conspiración de la Escalera” en Cuba. Los métodos que se utilizan en la investigación son: histórico-jurídico, al tratarse del análisis de un hecho centrado en el pasado es necesario aplicar este método, para estudiar el Derecho como un fenómeno histórico-concreto, es decir, enmarcado en un contexto histórico, social y político determinado, en este caso para analizar el contexto de Cuba en el siglo XIX, en el que se produce la Conspiración de la Escalera y funcionan los tribunales militares sumarios conocidos como Comisiones Militares Ejecutivas y Permanentes. El método teórico-jurídico se emplea a lo largo de toda la investigación, desde que se inicia la exploración hasta que se formula el diseño y redacta el informe final, es fundamental en el análisis bibliográfico y doctrinal; permite dotar al trabajo de un adecuado basamento teórico-conceptual. También el exegético-analítico para conocer el alcance y sentido de las normas jurídicas analizadas, es decir, las legislaciones del período colonial que regulan el fenómeno de la esclavitud. Se utiliza, además, el método de análisis-síntesis que posibilita analizar por separado la visión histórica y la visión jurídica de la llamada “Conspiración de la Escalera” en Cuba y con posterioridad, integrarlos con un enfoque holístico. Por último, el método de análisis de contenido, a través del cual se establecerá la selección y disponibilidad de información documental, escrita o verbal; mediante este método se buscan las ideas básicas que caracterizan el pensamiento de la época estudiada para analizar la visión histórica y jurídica de la llamada “Conspiración de la Escalera” en Cuba.

En este artículo de investigación el tema central es la Conspiración de la Escalera, analizándola desde una visión histórico-jurídica, del que se derivan varios subtemas, comenzando por el

análisis del contexto social, político y jurídico en Cuba en el siglo XIX, donde se explica la situación de las personas de color, un sector segregado y discriminado, además de demostrar cómo la sociedad colonial era un mundo en blanco y negro. Se expondrá, también, como otro subtema, las legislaciones existentes en la Isla que reglamentan la esclavitud, las que estaban condicionadas por su carácter represivo, lastradas de racismo. Luego, se abordará todo lo relacionado con la Conspiración de La Escalera, explicando la influencia que tuvo el interés de Inglaterra de que en Cuba se suprimieran la trata y la esclavitud y el envío de “misioneros abolicionistas”; así como los antecedentes de dicha conspiración, se presenta a Matanzas como foco de rebelión esclava. También se analizará el papel que tuvo la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente al juzgar a los supuestos implicados en los acontecimientos.

II. Contexto social, político y jurídico en Cuba en la primera mitad de siglo XIX.

1. El contexto social y político en la primera mitad del siglo XIX en Cuba.

Las profundas transformaciones económicas y sociales que se desarrollaron en la Isla desde finales del siglo XVIII y a lo largo de la primera mitad del siglo XIX tuvieron como elementos claves la producción de azúcar y esclavos. La sociedad se definió como esclavista porque la esclavitud fue la base de toda la actividad productiva. En las plantaciones, la fuerza de trabajo esclava tenía una importancia especial, constituyendo una empresa económica agrícola-industrial, que producía azúcar para la exportación al mercado capitalista.

Estas transformaciones económicas provocaron cambios profundos en la composición demográfica de la población, la que creció rápidamente por la introducción masiva de esclavos que eran explotados intensivamente. La inmigración forzada

africana fue la vía más rápida y la única posible para garantizar la fuerza de trabajo en las plantaciones de los ingenios y cafetales. La esclavitud se generalizó a toda la actividad productiva (agraria, servicios, oficios), fue su base fundamental por lo que toda la población estaba comprometida con esta, en mayor o menor medida. También influyó en la composición poblacional la inmigración libre europea, estimulada para contrarrestar el peligro que representaba el aumento de la masa de esclavos.

Debido a esta composición heterogénea de la población se establecieron barreras, se conformó una sociedad compleja con una estructura clasista y estamental muy rígida, donde no solo existía la división en clases y sectores sociales sino en estamentos raciales. La población blanca disfrutó de una hegemonía política y cultural absoluta sobre el estamento de negros y mulatos libres y la masa esclava. Aquella sociedad esclavista tuvo una estructura piramidal en la que se manifestaban las grandes diferencias existentes (color de la piel, posición económica y lugar de nacimiento). Se disfrutaba de todos los privilegios si se era blanco, rico y español. En la cima de la pirámide se encontraban los grandes funcionarios, comerciantes y militares españoles como sostenedores del poder colonial, además de los poderosos propietarios de ingenios, cafetales, haciendas ganaderas y comerciantes criollos que constituían la clase dominante, en estrecha alianza con el poder colonial.⁷

Por debajo de estos, en el centro de la pirámide social, se situaban los sectores medios de la ciudad y el campo. En ella se encontraban los oficiales y la burocracia colonial, los pequeños y medianos comerciantes, los profesionales, los técnicos, los artesanos y campesinos. La base de la pirámide la constituían los esclavos, masa procedente de diversas etnias y culturas africanas que conviven y se integran gradualmente en la Isla, considerados como un elemento ajeno a la sociedad.

A pesar de los mencionados límites sociales, el sector de los negros y mulatos libres se

consolidaba como un importante segmento de la sociedad colonial. En las ciudades su presencia en los oficios y trabajos manuales fue dominante, mientras en el universo rural cultivan la tierra en pequeñas sitierías o explotan haciendas de labor, estancias y algunos trapiches; incluso algunos poseían esclavos. El aumento de esta clase también se debe a los altos niveles que en el siglo XIX alcanza la manumisión en las ciudades cubanas, pues la legislación española la favorecía, evidenciándose en los millares de cartas de libertad que quedaron registradas en los protocolos notariales.

En el plano social, el ascenso del negro fue mucho más difícil aún que en el económico. Los comerciantes y terratenientes blancos estaban dispuestos a tolerar su presencia en el mundo de los negocios, incluso a hacer algunas transacciones con ellos; sin embargo, les resultaba inadmisibles darles entrada en su esfera social. "Un análisis del complejo tejido de la vida social de los negros y mulatos libres en la colonia nos muestra que el ascenso social de los mismos estaba dado solo con referencia al mundo de los de color, no con respecto al de los blancos, pues el negro no disponía de ningún mecanismo para recorrer la formidable distancia social que lo separaba del blanco".⁸

Debido a esta situación, todo proyecto económico, toda alternativa política o social, adoptaría una u otra posición ante la esclavitud, por lo que se expresaron tendencias ideológicas diferentes. Una de las ideas con mayor presencia durante la primera mitad del siglo XIX fue el reformismo, que representó los intereses de los poderosos esclavistas, Francisco de Arango y Parreño fue el principal ideólogo reformista de la primera generación de plantadores, defendió brillantemente el proyecto económico, social y político de su clase, dueña de la riqueza y la cultura en la Isla.⁹ Esta corriente ideológica se basaba en solicitar reformas a España, con el objetivo de promover cambios en el estado

7 Susana Callejas Opisso Et Al., Historia de Cuba Nivel Medio Superior 29-30 (2011).

8 Rafael Duharte Jiménez, El ascenso social del negro, Boletín Americanista 38, 31-41 (1988).

9 Susana Callejas Opisso Et Al., Historia de Cuba Nivel Medio Superior 29-30 (2011).

colonial, sin romper los vínculos con el imperio español y manteniendo la trata y la esclavitud, por la necesidad de contar con la mano de obra esclava imprescindible para sus plantaciones. Pero no ignoraban el peligro que representaba para ellos el crecimiento de la población esclava y la existencia de negros y mulatos libres, por el temor a una rebelión.

Este período también se caracteriza por conspiraciones independentistas; en 1810 se descubre la primera, liderada por Román de la Luz, junto a Luis Francisco Bassave y Joaquín Infante. En la década del 20 la actividad independentista recibió la influencia de las ideas revolucionarias del Padre Varela, así como del proceso emancipador latinoamericano. Un ejemplo de esto fue la conspiración de los Soles y Rayos de Bolívar en 1823, donde se destacó como principal figura José Francisco Lemus, participa el poeta José María Heredia; esta tuvo ramificaciones muy fuertes en Matanzas, tanto que se esperaba la toma del castillo de San Severino. Otro intento revolucionario fue la Gran Legión del Águila Negra, alentada desde México.

A la sazón, los grandes productores cubanos se mantienen al margen de todas estas actividades, y continúan participando en la trata, que a partir de 1821 fue ilegal.

Para la década del 30, se había estructurado, dentro de los reformistas, un nuevo movimiento político, esta vez representado por José Antonio Saco y un sector de cubanos prominentes, con mayor visión económica y política, que repudian y combaten el tráfico de esclavos. Su posición en contra de la trata radicaba esencialmente en el temor a una población negra cada vez más numerosa que ponía en peligro el régimen social vigente en la colonia. Los productores más sagaces comprenden que para el porvenir económico de la Isla era necesaria la disminución futura del esclavo y su sustitución por un nuevo tipo de trabajador, asalariado; por lo que el mantenimiento de la trata sería innecesario. En este movimiento de crítica a la gestión del gobierno colonial, también se destacaron los intelectuales Domingo del Monte y José de la Luz y Caballero.

“Con este punto de vista irritan a los negreros, se ganan persecuciones, crean agitación. Y contribuyen involuntariamente –es lo que más nos interesa- a fomentar entre los esclavos la ansiosa esperanza de que el minuto de la abolición no esté lejano”.¹⁰

En un escenario convulso, por rebeliones de esclavos, conspiraciones, tumultos, es fácil comprender que el temor al esclavo se ampliara a toda la población negra, tanto forzada como libre, era una atmósfera impregnada con un miedo latente que tomaba cuerpo cuando se conocía la existencia de alguna conspiración de la llamada «gente de color». ¹¹ Además, el gran desequilibrio entre la población blanca y negra, por primera vez constatado en el censo de 1841, vigorizó los recurrentes temores de las élites políticas y sociales cubanas a una revolución negra similar a la acontecida en Saint Domingue en 1791.¹²

Esta es la situación social y política en Cuba en la primera mitad del siglo XIX y han quedado evidenciadas las tensiones sociales, que llegaron a su punto culminante en la década del 40 de ese siglo.

2. Normativa esclavista en la primera mitad del siglo XIX

La primera mitad del siglo XIX en Cuba estuvo marcada, en cuanto al ámbito jurídico, por una serie de tratados, leyes y reglamentos que paulatinamente se iban acercando a la abolición de la trata y la esclavitud en la Isla. Como ya se conoce Puerto Rico y Cuba fueron las últimas colonias españolas en erradicar la institución esclavista, en ambos territorios la oligarquía esclavista se rehusaba a poner fin a la misma. Es de interés en esta investigación analizar las

¹⁰ Sergio Aguirre Carreras, *Eco de Caminos* 102 (1974).

¹¹ Javier Alvarado Planas, *La Administración de Cuba en los siglos XVIII y XIX* 59 (2017).

¹² Carmen García García, *O´Donnell y la Capitanía General de Cuba (1843-1848)* IX Encuentro Internacional de ANPHLAC (Associação de Pesquisadores e Professores de História das Américas) 7 (2010).

principales leyes de este período, las cuales lejos de progresar, parecen retroceder en el tiempo violando cada vez más los derechos de los esclavos e incluso de negros libres. El temor a las sublevaciones antiesclavistas marca las legislaciones de la época, sometiendo brutalmente a los esclavos y creando un complejo sistema normativo plagado de imprecisiones.

De acuerdo con el Tratado suscrito con Gran Bretaña¹³ el 23 de septiembre de 1817 y la cédula del 19 de diciembre del mismo año, la trata de negros hacia las colonias españolas debió ser suprimida legalmente a partir del 30 de mayo de 1820, sin embargo, esto no ocurrió hasta 1866. Este período estuvo dividido en dos etapas que marcaron el camino hacia la exterminación de la trata, la primera en torno a los años 1820-1845 donde la trata fue consentida por las autoridades españolas y ya a partir de 1845 hasta 1866 fue reprimida por las autoridades.

La legislación sobre la trata resulta escasa en este período, puesto que no quedaba mucho que legislar luego de la firma del Tratado de 1817, tanto por parte de la Corona como por las autoridades indianas solo se realizaron pequeñas regulaciones. Entre las realizadas por España destacó el artículo añadido al Tratado entre España y el Reino Unido para la abolición del tráfico de esclavos, el 10 de diciembre de 1822.

En cuanto a la legislación indiana es importante resaltar el bando dado por el Capitán General de Cuba el 8 de octubre de 1829 que prohibía la introducción a la Isla de esclavos procedentes de Costa Firme y de las Colonias extranjeras.

En el año 1833 Gran Bretaña decretó la abolición de la esclavitud, por lo que la trata se hacía cada vez más difícil de sostener. Esto, unido al fallecimiento de Fernando VII inclinó a su viuda María Cristina hacia la firma, con Londres, del segundo Tratado para la abolición del tráfico de esclavos el 28 de junio de

1835, el que buscaba la creación de medios más eficaces para suprimir el tráfico.

Como era de esperar las autoridades españolas entorpecieron grandemente el acceso a la libertad de los negros emancipados, ya que ello representaba una gran brecha en el sistema esclavista. Esta situación se agrava con la llegada a La Habana del Capitán General Tacón en 1834. "La primera medida de Tacón fue un bando sobre el porte de armas prohibidas, luego la creación del cuerpo de serenos, organizado militarmente, como policía nocturna. A esto añadió la creación del cuerpo de la Capitanía general"¹⁴.

El desinterés de las autoridades insulares por acabar con la trata ilegal era notable, en virtud de ello la Reina dio una orden al Capitán General de Cuba el 2 de noviembre de 1838, donde le aconsejaba dedicar todos sus esfuerzos para reprimir el contrabando, dictando medidas más eficaces y poniendo mano dura a los que se dedicaban a él.

Las autoridades españolas en la isla de Cuba nunca se involucraron totalmente en la batalla contra el tráfico ilegal de esclavos, ya que para ellos y la oligarquía terrateniente de la Isla, la esclavitud seguía siendo fuente de ingresos y no tenían interés en que esta fuera suprimida.

Hasta este momento los intentos de la Corona por suprimir el tráfico, no habían resultado realmente eficaces, no es hasta el año 1845 que las Cortes dan a conocer la Ley de represión del tráfico esclavista mediante la real cédula del 2 de marzo de 1845.

Esta real cédula también resultó ineficaz y la Corona tomó entonces la decisión de aprobar el 29 de septiembre de 1866 una nueva ley para el cumplimiento de la represión del tráfico de esclavos. Con esta ley España ponía fin al lento proceso de abolición de la trata negrera, 46 años más tarde de lo que debía haberlo hecho. En un momento donde prácticamente todas las naciones

13 Los documentos referidos en este epígrafe pueden ser consultados en: Manuel Lucena Salmoral, El ordenamiento jurídico sobre la condición, tratamiento, defensa y represión de los esclavos en las colonias de la América española (2000).

14 Josef Opatrný, Proyectos políticos y culturales en las realidades caribeñas de los siglos XIX y XX 45 (2016).

del mundo se dirigían a suprimir la esclavitud, la Corona española apenas se decidía a una efectiva represión de la trata ilegal de esclavos.

La regulación jurídica referente al tratamiento de los esclavos fue un poco más abundante. La Corona no empleó especiales esfuerzos, sin embargo, las autoridades locales se dedicaron a ello con esmero, ya que se hacía necesario para el control de los esclavos que quedaron en las islas tras el cese de la trata y más aún, cuando ya se habían producido diversos problemas internos vinculados a las rebeliones. De gran significación fueron los Reglamentos de esclavos de Cuba y Puerto Rico, dados por los Capitanes Generales de cada isla.

El Reglamento de esclavos de Cuba fue en realidad una copia resumida y poco arreglada del de Puerto Rico. Ambos estuvieron enlazados con la Instrucción de 1789 dada para todas las Indias, pero fueron una versión resumida y adaptada para el caso particular insular, dicha Instrucción estuvo vinculada con los Códigos Negros, por lo que todas estas regulaciones tenían gran relación.

La mano de obra esclava en la Isla no había parado de crecer en los últimos años como resultado de la etapa de trata ilegal consentida, entre los años 1841 y 1842 Cuba alcanzó el mayor número de esclavos de toda su historia. En este período las rebeliones se extendían progresivamente, esto, unido a las huidas y el crecimiento del cimarronaje representaba cada vez más una amenaza al régimen esclavista. De aquí la importancia del Reglamento publicado oportunamente el 14 de noviembre de 1842, como uno de los anexos del Bando de Gobernación y Policía de la isla de Cuba del Capitán General; y que permitió contar con un aparato legislativo para controlar y mantener sujetos a los esclavos.

El Reglamento constó de 48 artículos, los primeros cuatro referidos a la educación cristiana de los esclavos. Los artículos del ocho al once explicaban el tratamiento para los recién nacidos y niños. Se regulaba también la jornada laboral, que sería de nueve a diez horas y en los días de

zafra sería de dieciséis horas; la edad laboral de los esclavos sería de diecisiete a sesenta años.

En el Reglamento se estipulaba que ningún esclavo podía salir de la hacienda portando armas; el artículo veinte daba autorización a cualquier persona para detener al esclavo que estuviese fuera de su hacienda sin licencia de su amo. El veintitrés, permitía a los esclavos divertirse en los días festivos luego de cumplir con las prácticas religiosas. También se ordenaba que los esclavos debían dormir a las ocho o nueve de la noche y se les pasaba lista. El artículo veintinueve ordenaba a los amos impedir los tratos sexuales entre esclavos, para fomentar el matrimonio, estas regulaciones no convenían a los amos, quienes se beneficiaban de la promiscuidad sexual en los barracones para la reproducción de los esclavos. Se señalaba que el dueño de una esclava mujer debía comprar a su marido y sus hijos menores de tres años. El artículo treinta y dos determinaba que la justicia podía obligar a los amos a vender a sus esclavos si los maltrataban o les causaban daños. Se dictaba, además, que los dueños deberían dar la libertad a sus esclavos cuando estos pagaran su valor estimado.

Era indispensable evitar cualquier tipo de rebelión de los esclavos, para ello el artículo treinta y ocho establecía que el esclavo que denunciara una conspiración que alterase el orden público o atentara contra la vida de su dueño y su familia, sería liberado y se le entregarían como recompensa 500 pesos. También se entregaría la libertad al esclavo por testamento o por cualquier otro modo legal.

El artículo cuarenta y uno reiteraba el deber de los esclavos de obedecer a sus superiores, de lo contrario serían castigados. Cuando un esclavo cometiera un delito sería juzgado ante la justicia donde se le realizaría el juicio pertinente. Se establecieron penas para los dueños, encargados o mayordomos de esclavos que incumplieran las normas del Reglamento. El artículo cuarenta y seis ordenaba que los dueños que por exceso de castigos correccionales causaran graves daños a los esclavos, tendrían que ir a juicio criminal donde le impondrían la pena por el delito cometido. El

artículo cuarenta y ocho y último del Reglamento establecía que los tenientes de gobernador, justicia y pedáneos serían los encargados de velar por el estricto cumplimiento del Reglamento, quedando bajo su total responsabilidad su incumplimiento o desacato.

El Reglamento entró en vigor el 1 de enero de 1843, existiendo algunas deformidades en su cumplimiento, como en el anexo paralelo al Bando de su publicación dedicado a las Instrucciones de Pedáneos, que contradecía su artículo cuarenta y ocho.

El Reglamento de Esclavos de Cuba de 1842 no fue más que una copia del Reglamento de Puerto Rico poco elaborada y adaptada para la isla de Cuba, sin embargo, eliminó algunas regulaciones establecidas en su homólogo que en cierta medida facilitaban la vida del esclavo, por lo que resultó más perjudicial. Al ser uno de los últimos documentos del ordenamiento jurídico sobre la esclavitud recoge prácticamente todo lo establecido anteriormente; siendo un instrumento de represión para sujetar a los esclavos obligados a obedecer a sus amos y trabajar para ellos.

Las legislaciones mencionadas anteriormente resultaron los mejores instrumentos para la sujeción de los esclavos, pero no fueron los únicos, ya que existieron otras normas dadas principalmente por las autoridades locales, como las indicaciones de Capitanes Generales e Intendentes, que se dieron a conocer mediante bandos, autos y circulares.

Los autos se daban para complementar determinados aspectos en los Reglamentos o para añadir algún elemento importante que no hubiese quedado recogido en este. Entre los autos más destacados en la primera década del siglo XIX se encuentra el de la Audiencia de La Habana del 24 de octubre de 1840, el cual agilizaba los procedimientos empleados por los Síndicos en las reclamaciones de los esclavos.

Los bandos sustituyeron las cédulas virreinales y las ordenanzas de los gobernadores, tuvieron diferentes fines que iban desde la creación de una estructura mecánica jurídica para la defensa de los

esclavos hasta otros que buscaban la sujeción de negros esclavos y libres.

El bando dictado por el Capitán General de la Isla el 14 de noviembre de 1842 es uno de los dedicados al sometimiento de los esclavos. En este se reflejaron normas tradicionales que prohibían a los negros alejarse más de tres leguas de su hacienda, bajo pena de ser detenido como cimarrón y una multa al amo.

Otros bandos añadían pequeñas modificaciones a lo ya regulado, como la prohibición de alquilar una habitación o una casa a un esclavo sin autorización de su amo o la prohibición a los maestros de gremios de recibir operarios esclavos sin autorización de su amo. Otras regulaciones indicaban que toda persona de color, ya fuese libre o esclava, que entrara a la Isla sería ingresada en el depósito establecido en cada puerto donde sería custodiado hasta su reexportación; se impidió recibir un esclavo en un buque para llevarlo a algún lugar sin la autorización de su amo, se penalizó además la utilización de los esclavos en actividades de cacería u otras que implicaran el uso de armas de fuego, bajo pena de perder los esclavos.

Uno de los bandos más importantes referidos al control de los negros en la Isla es el bando dictado el 31 de mayo de 1844 por el Capitán General de la isla de Cuba, don Leopoldo O´Donnell. Se ordenaba recoger a todos los negros emancipados que hubiesen terminado su instrucción civil y religiosa para darles salida del territorio cubano. El tribunal privativo de vagos juzgaría a todo aquel negro libre que no ejerciera ningún oficio o no tuviera ninguna propiedad en la Isla, considerándolo peligroso para la sociedad. Se indicaba además la expulsión de la Isla de los negros libres provenientes de otro país y la prohibición de que desembarcaran en la Isla hombres de color libres o esclavos. Este bando más que a los esclavos fue dirigido a los negros libres, quienes a pesar de haber obtenido su libertad continuaban siendo maltratados y humillados. El miedo de los blancos hacia los negros había rebasado los límites de la esclavitud, las autoridades perseguían y vigilaban a los hombres de color libres, fuera cual fuera su ocupación.

Otra importante regulación es la circular del Capitán General del 21 de mayo de 1844, dirigida a los administradores de esclavos y a dictar medidas para mantener la esclavitud en obediencia y respeto.

El Capitán General justificó esta circular con la necesidad de tomar medidas contra los dueños y mayordomos de esclavos que habían permitido la comunicación entre los esclavos de diferentes fincas, lo cual según O´Donnell había proliferado las rebeliones. Se estableció que los dueños debían encargarse de que los esclavos recibieran instrucciones religiosas y los sacramentos de los párrocos. Violando lo establecido anteriormente en el Reglamento de esclavos de 1842, los dueños alimentarían a sus esclavos según estimasen conveniente, además también los castigarían según consideraran oportuno de acuerdo con la desobediencia del esclavo. Además, se regulaba en la circular que los dueños deberían dar notificación inmediata de cualquier muerte, herida o cualquier sospecha de conspiración que ocurriera en su finca. El número de trabajadores blancos de las fincas debería representar el 5% de los trabajadores de color.

O´Donnell consideraba estas regulaciones sumamente importantes para evitar cualquier indicio de conspiración esclava en la Isla. Las nuevas regulaciones omitían lo indicado en el Reglamento de esclavos, está claro que el miedo al negro había generado una auténtica psicosis racista que conducía al constante sometimiento de la gente de color, imponiendo la obediencia a los blancos sobre todas las cosas.

III. La Conspiración de la Escalera y la “justicia” militar.

1. Inglaterra y su interés en la abolición de la esclavitud.

En el siglo XIX Inglaterra se había convertido en una nación industrializada, que se adelantaba de manera vertiginosa a los otros países. Tanto

sus colonias como las colonias españolas se encontraban empobrecidas debido al régimen de producción esclavista, donde los trabajadores no ganaban jornal. Al abolir la trata y la esclavitud en sus colonias, los productos provenientes de ellas se encarecen debido a la implementación del trabajador asalariado, estos productos compiten con los de las colonias españolas, más baratos al ser producidos por esclavos, por lo que la esclavitud sigue siendo un obstáculo en el avance económico de Gran Bretaña.

La presión diplomática que comenzaría a ejercer Inglaterra contra la trata negrera y las actividades propagandísticas del abolicionismo, ejercidas por los abolicionistas ingleses como Richard R. Madden, comienzan a repercutir en la Isla, donde los esclavos no ignoran el interés que tiene la gran potencia en su liberación. Hacia la década del 40, la sociedad esclavista cubana se encuentra cada vez más agitada, la rebeldía creciente entre los esclavos, las ideas abolicionistas que afloran con mayor fuerza en el sector de las “personas de color”, unido a la fuerte labor de Gran Bretaña contra la trata, crean un ambiente donde crecen las sublevaciones y se incrementan las ansias de libertad de los esclavos.

El Tratado firmado entre Inglaterra y España para la abolición de la trata negrera el 23 de septiembre de 1817 fue totalmente incumplido por España y las autoridades antillanas, en virtud de ello firman el 28 de junio de 1835 un nuevo tratado con el mismo objetivo.

Para supervisar el cumplimiento del nuevo tratado llega a Cuba el cónsul inglés David Turnbull, quien despliega una intensa actividad abolicionista en la Isla. En primer lugar, se encargó de luchar contra las irregularidades existentes con respecto al tratamiento de los negros emancipados, quienes eran víctimas de maltratos. Turnbull redactó varios artículos dedicados al abolicionismo, siendo lo más significativo de su obra el libro contra la trata: *“Travels in the West, Cuba with notices of Porto Rico and the slave trade”*. Establece vínculos de amistad con Domingo del Monte y dedica su estancia en Cuba a promover

conspiraciones y levantamientos de esclavos.¹⁵ Hacia 1842 conspira con el objetivo de fomentar una revolución de blancos y negros. No obtuvo apoyo de los blancos, los ricos hacendados veían afectados sus intereses económicos con la abolición de la esclavitud, lo que daba a Turnbull la posibilidad de contar solo con los negros. Participan en esta conspiración el vicecónsul inglés en La Habana, Ross Cocking y el mulato libre José Miguel Mitchell; tras el eminente fracaso de la conspiración, la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente condena a Mitchell a muerte, aunque su pena no llega a cumplirse. Turnbull es relevado de su cargo y más tarde sale de Cuba; su labor abolicionista dejó huellas en las actividades antiesclavistas en la Isla y ayudó a fortalecer la unidad entre los negros libres y los esclavos en su lucha contra la opresión.

“Los proyectos ingleses para el fin de la trata generaron arduos análisis en el seno del gobierno colonial, puntos de vista que no solo tuvieron en cuenta los aspectos económicos de la situación, pues el papel real del Tribunal Mixto de La Habana, al cual veían como un soporte legal para asegurar la presencia inglesa en la Isla, con la consiguiente intromisión en los asuntos internos de Cuba, era foco de preocupación constante, sobre todo porque la implicación ideológica que podía traer la promoción de la libertad para los esclavos, podía perfectamente derivar en una revolución anticolonial al estilo de las repúblicas latinoamericanas. Finalmente pareció que la cordura se imponía pues, con alguna reticencia, la Junta de Fomento propuso en 1841, entre otros aspectos, la prohibición de la trata, el fomento de la emigración blanca y la expulsión del cónsul británico calificado de «imprudente fanático»”.¹⁶

La actitud inglesa impulsa sublevaciones en el occidente de la Isla, principalmente en las

cercanías de Matanzas, donde reside un gran número de esclavos encargados del trabajo en cafetales y cañaverales y donde la riqueza productiva descansa sobre la espalda de estos. Matanzas sería el escenario de grandes manifestaciones en contra de la esclavitud.

2. Antecedentes de la llamada Conspiración de La Escalera.

En el siglo XIX Matanzas constituye la segunda zona económica más importante de Cuba, luego de La Habana. Su puerto, agricultura y ferrocarril propician un singular desarrollo económico y comercial. Esto da lugar a ser una de las regiones de la Isla con mayor número de esclavos residentes, los cuales ansiosos de libertad, hacen que en esta jurisdicción sean más frecuentes los alzamientos, que en todas las demás. Como se explica anteriormente la labor abolicionista de Inglaterra se hizo sentir entre los esclavos que conocen el interés de Gran Bretaña en la abolición de la esclavitud. Esta situación provoca que la primera mitad del siglo XIX sea una época convulsa, donde las tensiones sociales acumuladas se desatan en manifestaciones de rebeldía.

Una de las conspiraciones más relevantes en la lucha contra la esclavitud es la Conspiración de Aponte ocurrida entre los últimos meses de 1811 y los primeros de 1812. Aponte, negro libre miembro de la milicia de color hizo correr el rumor entre los esclavos de que la esclavitud había sido abolida por las Cortes en España, consiguiendo por primera vez que la población negra libre se uniera con los esclavos de las plantaciones. Tras conocerse la rebelión, Aponte y sus más cercanos colaboradores fueron condenados a muerte y se exhibió su cabeza dentro de una jaula de hierro como escarmiento.

Uno de los acontecimientos vinculados a la rebeldía esclava más significativo en la jurisdicción de Matanzas es la rebelión de Guamacaro en 1825. Los hechos tuvieron por escenario el Valle de Guamacaro, situado al noreste del actual municipio de Limonar, en este territorio entre los años 1816 y 1817 creció grandemente

15 Eugene Godfried, Plácido, Mártir Africano Cubano, AfroCubaWeb, (18 de abril, 2004), <http://www.afrocubaweb.com/eugenegodfried/placidomartir.htm>

16 Martha Silvia Escalona Sánchez, Los momentos que preceden a la “Conspiración de la Escalera” en la Jurisdicción Matanzas. La Población negra de la zona (1840-1844). 1 Anales del Museo de Historia 13, 301-316 (2005).

la actividad productiva, lo que trajo consigo la concentración de una importante fuerza laboral esclava.¹⁷ Los esclavos residentes en esta zona tenían conocimiento de los acontecimientos antiesclavistas en América, difundidos por los abolicionistas ingleses. El levantamiento se desata en la madrugada del 1 de junio de 1825. Cerca de 72 esclavos recorrieron varias haciendas donde quemaban y destruían todo a su paso e incluso asesinaban a los habitantes blancos que encontraban. Finalmente, fuerzas coloniales junto a colonos armados lograron dispersar el grupo, atrapando a algunos rebeldes, pero varios esclavos huyeron a los bosques y montañas. Los que quedaron prófugos continuaron atacando haciendas, y promoviendo alzamientos. Una de las medidas represivas implementadas luego de estos hechos fue la de crear un lugar para encerrar a los esclavos durante la noche, es aquí donde surgen los barracones.

En la madrugada del 27 al 28 de marzo de 1843 se inició otra de las sublevaciones más destacadas en el territorio matancero, la sublevación en el ingenio Alcancía en Cárdenas. Allí se alzaron los 254 esclavos, propiedad de Don Joaquín Peñalver, quienes se dirigieron a los ingenios cercanos exhortando a sus esclavos a unirse a ellos. El alzamiento fue reprimido por las autoridades españolas cometiendo todo tipo de atrocidades contra los esclavos, aun así, los hechos tuvieron gran repercusión en las cercanías de la localidad.

Gran connotación tuvo también la sublevación de Triunvirato iniciada el 5 de noviembre de 1843. Los esclavos alzados tomaron varias fincas de la zona donde asesinaron a las familias blancas e incendiaron plantaciones, en su inicio la sublevación fue incitada por una esclava llamada Carlota. El levantamiento no contó con una organización táctica militar ni con un liderazgo capacitado para obtener mayores victorias, por lo que no supuso especial esfuerzo para las tropas coloniales acabar con el levantamiento. Como resultado fueron arrestados más de 200 esclavos y 50 asesinados. Estos hechos llevaron a la

implementación de nuevas medidas de seguridad en las haciendas, acrecentándose el miedo de la población blanca hacia las personas de color.

Fueron los años cuarenta una época convulsa para la sociedad matancera, los problemas sociales vinculados a la esclavitud cada vez tomaron mayor auge, convirtiendo a Matanzas en el mayor foco de rebelión esclava en Cuba. Se desata entonces en el año 1844 el proceso judicial por La Conspiración de la Escalera, donde el gobierno español empleó todo tipo de métodos para obtener información precisa de la supuesta conspiración efectuando numerosos juicios, interrogatorios y careos que en la mayoría de las veces estuvieron acompañados de horribles torturas.

El proceso se inicia a partir de la confesión de Polonia, una concubina de Don Esteban Santa Cruz de Oviedo, propietario del ingenio Trinidad. Según su testimonio, las dotaciones de los ingenios La Rosa, Santo Domingo, Jesús María, La Majagua y La Trinidad estaban complotadas para levantarse el primer día de la Pascua de Navidad del año 1844 e incendiar los campos y las fábricas de azúcar y dar muerte a los amos. Su delación fue recompensada con la libertad y 500 pesos.¹⁸

En el proceso se vieron vinculados negros esclavos, blancos y en especial mulatos libres. Este sector había tomado auge en las ciudades en los últimos años y para el gobierno representaba un peligro inminente, de ahí que se convirtieran en las principales víctimas de la represión desatada. En la finca Estancia de Soto fue instalada una cámara de torturas donde centenares de esclavos fueron torturados y a los cuales se les obligó a pasear por las calles en medio de humillaciones dejando a su paso un rastro de sangre.

Los derechos de los implicados fueron violentados de manera inhumana, no se respetó proceder alguno; plagado de irregularidades, el proceso judicial por La Conspiración de la Escalera

17 Video: La gran rebelión de 1825 por Ercilio Vento Canosa. Telecentro Yumurí Matanzas (2015).

18 María del Carmen Barcia Zequeira & Manuel Barcia Paz, La Conspiración de la Escalera: el precio de una traición, 2 Catauro Revista de La Fundación Fernando Ortiz, nº 3, 199 (2001).

constituye uno de los episodios más violentos de la historia de Cuba colonial.

3. La aplicación de la “justicia” militar especial en La Conspiración de La Escalera.

El sangriento episodio de la represión, de la denominada Conspiración de la Escalera, en 1844, puso fin a un clímax densamente tenso sobre el tema de la esclavitud en el occidente cubano. El proceso que llevó a La Escalera fue un cúmulo de circunstancias políticas locales y el aumento de las presiones inglesas, particularmente con la presencia de David Turnbull en la Isla como cónsul británico (1840-1842), resultado de lo cual entre 1838 y 1843 varias sublevaciones fueron ahogadas por el propio ejército y la intervención del tribunal excepcional militar, denominado Comisión Militar Ejecutiva y Permanente.

Los recurrentes temores de las élites políticas y sociales cubanas a una revolución negra similar a la acontecida en Haití en 1791, se agudizaban dada la cada vez mayor organización y amplitud de los levantamientos de esclavos, especialmente notables desde los inicios de la década de 1840. Por estas razones, Leopoldo O´Donnell, capitán general de la isla de Cuba a partir de 1843, manda formar la causa criminal correspondiente para averiguar a qué obedecen, directa o indirectamente, estos frecuentes alzamientos de esclavos. Él sabía que no se podrían encontrar pruebas porque tiempo hubo para hacerlas desaparecer, también que los elementos responsables de la conspiración de Turnbull estaban ausentes o arrepentidos. Pero decide emplear, como medida preventiva de posibles contingencias, el terror y quiere que se conozca en Madrid, su actividad.

“(…) Los generales Tacón, Ezpeleta y Anglona, por todos los medios de que libremente podían disponer mantuvieron la división entre los cubanos con la no disimulada campaña racista. Y provocaron, en 1844, la feroz represión conocida con el nombre de Conspiración de la Escalera, en la que el Capitán General de Cuba, Leopoldo

O´Donnell, atropelló y asesinó a millares de hombres y mujeres negras —muchos criollos blancos fueron implicados en el proceso y perseguidos— para ahogar en sangre las justas aspiraciones populares”.¹⁹

Por esto, con el objetivo de aterrorizar a negros y blancos para que el miedo les haga desistir de sus planes independentistas y abolicionistas, desencadena la violenta represión de La Escalera, con tal magnitud y desmesura, que no deja dudas sobre la brutalidad con la que se actuó a lo largo del conocido como “año del cuero”. El nombre de Conspiración no se ajustaba a los hechos, pero sí el de La Escalera, pues se debió a un nuevo género de suplicio que se empleó para arrancar delaciones por medio de la tortura aplicada atados a una escalera.²⁰ Algunos no podían resistir por mucho tiempo el deseo de firmar una declaración que pusiese fin a su martirio; de modo que testigos que en sus primeras declaraciones nada sabían, posteriormente estaban enterados de todo.

La encargada por el Capitán General de llevar a cabo el proceso judicial fue la Comisión Militar de Matanzas, que tenía entre sus competencias las sublevaciones de esclavos, amparado en el supuesto tradicional del procedimiento simplificado por la gravedad del crimen y la necesaria ejemplaridad del castigo. Fue con La Escalera que se mostró irrefutablemente la capacidad de intervención de la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente de la isla de Cuba y sus efectivos recursos.

“La Comisión Militar Ejecutiva y Permanente fue un instrumento supuestamente jurídico en manos de la dominación colonial española para desatar y llevar a grandes niveles su represión contra los intentos libertarios de nuestro pueblo”.²¹

19 Andry Matilla Correa & Carlos Manuel Villabella Aarmengol (compiladores), Guáimaro Alborada en la historia constitucional cubana 96 (2009).

20 Juan Blas Rodríguez, La Escalera: Conspiración que no existió, Radio Enciclopedia, (5 de septiembre, 2015), www.radioenciclopedia.cu/curiosidades/la-escalera-conspiracion-que-no-existio-20150905/

21 Julio Fernández Bulté, Historia del Estado y el Derecho en Cuba 54 (2005).

Esta Comisión formó parte de la estrategia militar del gobierno de Fernando VII luego de 1823 para la defensa del territorio cubano del enemigo exterior americano y constituyó la principal institución de orden público entre 1825 y 1856 en la Isla, con una represión rigurosa y sistemática del desorden social a lo largo de todo el período. ...“Fue un tribunal especial que, de la jurisdicción civil, sustrajo los delitos políticos, o sea, una institución encaminada a reprimir cualquier expresión de inconformidad con Madrid, ya fuera de corte independentista o anexionista, ya de oposición a la esclavitud. El capitán general recibía poderes de «gobernador de plaza sitiada» ante el incremento de las conspiraciones de diverso signo”.²²

Según la Real Orden de creación de las Comisiones Militares, los capitanes generales eran los encargados de la designación de sus miembros entre los oficiales de ejército, como máxima autoridad del distrito militar. La disposición del capitán general Francisco Dionisio Vives del 4 de marzo de 1824 para la creación de la Comisión Militar cubana escudó en los temores que se vivían a raíz de las revoluciones continentales. La apertura efectiva de dicho tribunal excepcional se produjo en julio del propio año 1824, contribuyendo al reforzamiento militar del poder colonial. El tribunal quedaba compuesto por un presidente, seis vocales que actuaban como jueces, consultados por un asesor sin voto para las sentencias, cuatro fiscales y cuatro secretarios. Mediante la Comisión se garantizó el orden público en el interior de la colonia, fue un marco para la actuación sumaria e inmediata fuera del sistema procedimental ordinario y con una proyección suficientemente ambigua de sus competencias como para dejar libertad prudencial al Capitán General sobre qué actos de desorden derivar hacia su control estrecho.²³ “De esta manera, la estructura de la institución judicial resultaba compleja, pluralista y por ello conflictual, superponiéndose a la actuación de

los magistrados, intereses políticos en la reticencia de un orden tradicionalista frente al orden legal administrativo que terminaría por establecerse para la colonia hacia fines de la centuria”.²⁴

Los procesos judiciales se iniciaban con el oficio del Gobernador General disponiendo la instrucción del sumario, designándose para ello al juez fiscal y por este al secretario que debía auxiliarle. Dictado el auto de proceder y la diligencia de acumulación de los objetos o documentos encontrados en poder del acusado, se realizaba la toma de declaraciones a los testigos y personas a quienes se imputaba algún delito, siguiendo las notificaciones, embargo de bienes, etc. En este estado, dictaminaba el asesor y a continuación de la petición fiscal, procedía el presidente de la Comisión a señalar la fecha de la reunión del Tribunal, informándolo al defensor que necesariamente tenía que ser un oficial del ejército, sin que se permitiese consejo legal alguno por elemento de carácter civil. Oída la tradicional misa del Espíritu Santo, comenzaba la sesión en el edificio de la Cárcel y en muchas ocasiones en la morada del Presidente, quien, como los vocales, consignaba su voto por escrito; y, con asistencia del asesor, se hacía rápidamente la relación del proceso, de la conclusión y dictamen fiscal, terminando el juicio con la pronunciación de la sentencia, que firmaban todos los miembros. Seguidamente, el fiscal, acompañado del secretario, se trasladaba a Palacio a poner en manos de la superior autoridad de la Isla el proceso, disponiendo esta que pasase a consulta del Magistrado Auditor de Guerra, y si dicho funcionario opinaba en contra de la aprobación y entendía que la causa debiera verse de nuevo en consejo de revisión, se nombraban para ello los oidores y fiscales que habían de acompañarlo a dictaminar. Cuando el Auditor se conformaba con el fallo, lo aprobaba el Capitán General y se procedía a la notificación de la sentencia y al cumplimiento de esta.

22 Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, *El Sistema Judicial Cubano: Apuntes para una historia* (2017).

23 Alina Castellanos Rubio, *La justicia excepcional en la primera mitad del XIX cubano: orden público y gobierno militar de los territorios coloniales*, 1 *Almanack Guarulhos* 6, 6-55 (2018).

24 Alina Castellanos Rubio & Patricia Andino Díaz, *La administración de justicia colonial española y su aplicación en el caso cubano durante el siglo XIX. Estudio del fondo Asuntos Políticos del Archivo Nacional de Cuba, Nuevo Mundo Nuevos Mundos*. (09 de octubre, 2014), <https://journals.openedition.org/nuevomundo/67168#quotation>

Ha quedado evidenciada la manera de proceder de aquel Tribunal, que privaba de todo derecho a los ciudadanos, encerrados durante el largo período de la tramitación del proceso en lugares sucios, solitarios, con muy mala alimentación, sin comunicación alguna, sometidos a interrogatorios arbitrarios; es por ello por lo que fueron cientos los que perecieron antes de concluir sus causas, por no poder soportar los rigores de la prisión.

De esta forma, en el proceso criminal iniciado en enero de 1844, no se buscaba a los participantes en las sublevaciones de Sabanilla, meras protestas de esclavos como tantas otras habidas en Cuba desde los primeros tiempos de la colonización, ni a los comprometidos en la conspiración inventada por Oviedo. Se buscaba a los que habían estado en tratos con ingleses o norteamericanos para lograr la independencia o la anexión, a los que luchaban o podían luchar por la supresión de la trata y la abolición de la esclavitud, cuyo mantenimiento consideraba el Gobierno de vital importancia para el bienestar de los negreros y la conservación del régimen colonial. Más que todo, querían matar o inutilizar a cuantos hombres parecieran peligrosos. En el proceso judicial no se trataba de descubrir una nueva conspiración, sino los fracasados planes concebidos por David Turnbull y sus amigos.²⁵

Para ello se culpó a individuos que el Gobierno quiso “suprimir” o “liquidar”, después de obligarles a declarar cuanto podía servir de pretexto para dirigir el procedimiento contra determinadas personas cuya culpabilidad no se podía probar de otro modo. Ente ellos figuran el poeta Diego Gabriel de la Concepción Valdés *Plácido*, el dentista Andrés Dodge, el músico José Miguel Román y un joven hacendado poseedor de esclavos: Santiago Pimienta, todos ellos hombres de color que habían alcanzado cierto relieve social, económico o intelectual en la ciudad matancera y podían ser exponentes de una embrionaria burguesía negra cubana y, por ende, una amenaza para la tradicional hegemonía del blanco en Cuba.

Finalmente, todos ellos fueron fusilados en aquel fatídico año 1844.

A este proceso es a lo que la Comisión Militar llamó “Causa de Conspiración de la Gente de Color contra los Blancos”, planteando que era una conspiración racista, se intentaba hacer creer que todos los encausados eran movidos por el odio al blanco, para promover la división entre los criollos (blancos y negros), haciendo que se odiasen mutuamente.

La sección actuante de la Comisión en Matanzas empleó 31 fiscales con sus respectivos secretarios en la “investigación” y sustanciación de las causas, que procedieron sumariamente en las averiguaciones e hicieron “justicia ejemplar” con los líderes. Se actuó de forma totalmente arbitraria, evidenciándose en las palabras del propio presidente de la Comisión, el brigadier Fulgencio Salas²⁶, el que planteó que cuando se trata de la seguridad de un país y de un delito de Estado, cualquier medio es legal.

Aquel proceso judicial se caracterizó por declaraciones de testigos aterrorizados, que después de forzados a mentir, eran asesinados para que nunca pudiesen explicar por qué habían mentido; fallos dictados caprichosamente, sin sujeción a regla alguna, por una Comisión Militar Ejecutiva, que es la parte principal de un aparato de represión formado para ahogar en sangre todo movimiento liberador, sentencias absolutorias dictadas por los mismos que sin escrúpulos cometían verdaderos crímenes para fabricar pruebas contra la inocencia, que luego reconocían sin remordimiento. Vulnerando todo patrón ético en la administración e impartición de justicia, se falsificaron documentos y se difundieron intrigas; funcionarios venales quisieron aprovechar la oportunidad para enriquecerse traficando con las órdenes de prisión y las sentencias absolutorias. Con respecto a la defensa de los acusados, en los procesos penales seguidos por la presunta conspiración de negros contra blancos, puede afirmarse que ninguno tuvo una verdadera defensa.

25 Eugene Godfried, *Plácido, Mártir Africano Cubano*, AfroCubaWeb, (18 de abril, 2004), <http://www.afrocubaweb.com/eugenegodfried/placidomartir.htm>

26 Carmen García García, O’Donnell y la Capitanía General de Cuba (1843-1848), IX Encuentro Internacional de ANPHLAC (Associação de Pesquisadores e Professores de História das Américas) 10 (2010).

También se apuntó contra blancos prominentes que eran enemigos conocidos de la trata, entre ellos José de la Luz y Caballero, Domingo del Monte y el abogado Martínez Serrano, acusados de estar implicados en el complot. Los dos primeros estaban en el extranjero al presentarse los cargos contra ellos. Del Monte los rechaza a través de una declaración, pero Luz regresa inmediatamente a Cuba para probar su inocencia. Estos dos fueron absueltos, debido a que su único vínculo con los acontecimientos fue la simpatía con las actividades de Turnbull contra la trata, y además porque tanto el Tribunal, como el Gobierno al cual servía, no quisieron cometer la monstruosidad que hubiera sido condenar a los señores, pudiendo descargar el golpe, sin mayores consecuencias, sobre la parte más débil de aquella sociedad colonial.

El 24 de junio se remitió la confirmación de la sentencia en Matanzas y se mandó a proceder a su ejecución. Fueron en total 72 las sentencias pronunciadas por la Sección de la Comisión Militar, donde se condenaron 78 personas a pena de muerte, 38 varones esclavos, una esclava, 38 negros libres, y un blanco libre. Fueron condenadas a presidio alrededor de 600 personas y más de 400 deportadas. A estas cifras se suman los más de 300 negros asesinados durante las investigaciones.²⁷ Es indudable que quienes elaboraron los razonamientos de la sentencia y su acomodo a las posteriores condenas dictadas, lo hicieron para llevar el horror a la población blanca de lo que podría derivar una sublevación de la “gente de color”, pues era preciso justificar tan tortuoso proceso judicial.

El 26 de junio, por Decreto del gobernador de Matanzas, García Oña, se dispuso pasar el oficio de ejecución de la sentencia al escribano de guerra para proceder al cumplimiento de la misma. Y finalmente, el día 28, a las seis de la mañana, los reos fueron conducidos al punto donde debían sufrir la pena de muerte que les estaba impuesta.²⁸ Y atados en sus correspondientes banquillos,

Plácido y 10 hombres más, fueron fusilados por la espalda, en la explanada circunscrita entre las actuales calles versalleras de Richie y San Isidro.

Es cierto que, a Plácido, como a los otros implicados, se les condenó solo por referencias, sin que se sustanciara la acusación o existieran pruebas reales de un proceso, que luego de revisado se evidencia por su irregularidad y atropello del Derecho. Ninguna investigación ha podido dar pruebas fehacientes de que este poeta fue realmente un conspirador; como otros colegas suyos, debió manifestarse más de una vez en contra de la esclavitud en sus poesías, también simpatizó con José María Heredia y tuvo contacto con Luis Gigau, agente del cónsul inglés Turnbull. En este sentido no fue asesinado por lo que hizo, sino por lo que se suponía que debía hacer. Incluso, el propio defensor del poeta se hizo cómplice del fiscal, el cual, luego fue condenado a 10 años de prisión por las irregularidades y los atropellos cometidos.

“Es algo destacable que, en un proceso contra una rebelión esclava, el 71% de los condenados fueran libres de color y solo el 10% de los esclavos condenados procedieran de las plantaciones. Es de suponer que en las dotaciones esclavas se encontraba el brazo armado de la insurrección. Las autoridades coloniales manipularon el movimiento para involucrar en él a sus enemigos políticos, que no eran otros que los blancos abolicionistas y los descendientes de africanos libres portadores de ideas emancipadoras. Adicionalmente, aprovecharon la ocasión para desmovilizar los Batallones de Pardos y Morenos Leales, que ya se habían convertido en una fuerza de empuje y arrastre, y con ellos la pequeña y naciente burguesía negra”.²⁹

Por todas estas razones, es preciso alegar que La Escalera fue el más importante de todos los procesos judiciales habidos en el período colonial en Cuba, donde el gobierno español en la Isla puso en juego toda su capacidad de crueldad, represión

27 Sergio Aguirre Carreras, *Eco de Caminos* 99 (1974).

28 Osvaldo Manuel Álvarez Torres, *Un arbitrario proceso judicial: El de la llamada Conspiración de la escalera* (2012).

29 Álvaro Coca Tapia, Leopoldo O'Donnell – Capitán General de Cuba (1843-1848), *1 ArtyHum Revista de Artes y Humanidades* 31, 1-16. (2016).

y corrupción que caracterizó su dominio durante más de 400 años de colonia. Evidenciándose esto en el papel de la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente al juzgar a los supuestos involucrados en la Conspiración, donde los procedimientos y sentencias fueron abominables; poniéndose de manifiesto el miedo, el odio, la perversidad, la ignorancia y la cobardía de los fiscales, los jueces, las altas autoridades coloniales y las clases dominantes blancas, que llevaron a cabo todo este proceso para lograr múltiples detenciones, concebir traidores y denigrar, mediante la prisión y la tortura, la reputación de personas destacadas en la sociedad de la época.

Con el espantoso baño de sangre de 1844 las autoridades creyeron haber exterminado para siempre el movimiento abolicionista en Cuba. No lo lograron, desde luego. La brutalidad inhumana con que se aplastó la conspiración, así como otras medidas represivas, tales como la intensificación de la censura, la disolución de los batallones de voluntarios de color, etc., sirvieron para impedir por años la abolición de la esclavitud en la Isla. Pero, aunque obligado a replegarse en la derrota, el abolicionismo distó mucho de ser eliminado. Entre los esclavos se acrecentó el temor a la barbarie del régimen, pero los sentimientos antiesclavistas, aunque contenidos, se confirmaron y profundizaron.³⁰

IV. Conclusiones

Las peculiaridades distintivas de la visión histórica y jurídica de la “Conspiración de la Escalera”, se expresan en el contexto histórico del siglo XIX cubano, marcado por la esclavitud y el odio a los hombres de color que imprime su huella en las legislaciones de la época. También en el rol que tuvieron las Comisiones Militares Ejecutivas y Permanentes, encargadas de juzgar dicha conspiración, donde los procedimientos y sentencias no estaban sujetos a ley alguna,

vulnerando todo patrón ético de la administración de justicia.

Todo cambio o suceso de relevante importancia en la primera mitad del siglo XIX en Cuba se encuentra ligado al tema de la esclavitud como base de la producción en la Isla. Los negros y mulatos libres también eran víctimas de humillaciones y discriminación. El camino de Cuba a la abolición de la trata negrera y la esclavitud fue entorpecido por el incumplimiento de las legislaciones que tenían este propósito, por parte de las autoridades españolas tanto dentro como fuera de la Isla.

La labor abolicionista desatada por Inglaterra influye en el desarrollo del pensamiento antiesclavista en la Isla. La jurisdicción de Matanzas se convierte en el centro de las sublevaciones esclavas en la primera mitad del siglo XIX, hechos como los de Guamacaro, Triunvirato y Alcancía marcan esta etapa llena de contradicciones sociales y políticas.

Desde el punto de vista legal el proceso judicial llevado a cabo por la Comisión Militar Ejecutiva y Permanente de Matanzas contra los supuestos implicados en la Conspiración de la Escalera resulta totalmente arbitrario; se desata una enorme represión contra todas las personas de color sin importar que fueran libres, resultando detenidas más de 4000 personas, 78 sancionadas a pena de muerte y más de 400 deportadas. Este proceso judicial es el más importante de los ocurridos en Cuba durante su etapa colonial.

30 1 Jorge Castellanos Taquechel & Isabel Castellanos, Cultura Afrocubana cap. 4 (1988).

Positivismo jurídico y la aplicación del Derecho

Legal positivism and the application of law

Patricio Sáez Almonacid*

Abstract

This work seeks to clarify the (already traditional) criticism that is made of legal positivism related to its practical insufficiency. In general, we are not able to know with certainty whether iuspositivism has a theory of the application of law and what it would be. The authors belonging to this current of thought have not developed in depth this point and the bibliography on the specific subject is scarce. Faced with this problem, it seeks to answer the following questions: Is a positivist theory of the application of law possible? if the answer is yes: what would be its characteristic elements?

Keywords: Legal positivism; Application of law; Legal interpretation; Legal theory.

Resumen

Este trabajo busca esclarecer la (ya tradicional) crítica que se le hace al positivismo jurídico relacionada con su insuficiencia práctica. En general, no somos capaces de saber con certeza si acaso el iuspositivismo tiene una teoría de la aplicación del Derecho y cuál es esta. Los autores pertenecientes a esta corriente de pensamiento no han desarrollado en profundidad este punto y la bibliografía sobre el tema en específico es escasa. Frente a esta problemática, se busca responder las siguientes preguntas: ¿Es posible una teoría positivista de la aplicación del Derecho? de ser afirmativa la respuesta ¿cuáles serían sus elementos característicos?

Palabras clave: Positivismo jurídico; Aplicación del derecho; Interpretación jurídica; Teoría del derecho, pospositivismo.

Recibido: 04 de marzo de 2022

Aceptado: 25 de octubre de 2022

Cómo citar este artículo:

Patricio Sáez Almonacid., Positivismo jurídico y la aplicación del Derecho, 10 Just. & Der. 24 (2022).

* Egresado de Derecho, Universidad Viña del Mar, Chile. Sus áreas de interés versan sobre filosofía y teoría del Derecho. Ha participado como ponente en congresos internacionales de filosofía del Derecho y ha publicado artículos académicos en diferentes países del continente. patricio.saez@alumno.uvm.cl

I. Introducción

Este trabajo busca responder las siguientes preguntas: ¿Es posible una teoría positivista de la aplicación del Derecho? de ser afirmativa la respuesta ¿cuáles serían sus elementos característicos? El objetivo de realizar esta investigación se debe a la (ya tradicional) crítica que se le hace al positivismo jurídico relacionada con su insuficiencia práctica. En resumidas cuentas, esta crítica se enfoca en los siguientes puntos:

1.1. Excesivo formalismo: La actividad judicial no es estrictamente lógica, pues de una u otra manera ella deriva y se fundamenta en razones extrajurídicas.

1.2. La contradicción del apego a la ley con la teoría de la discrecionalidad judicial: si los jueces tienen la obligación de resolver conforme al Derecho positivo porque, entre otras razones, es el poder legislativo quien cuenta con la legitimación necesaria para dictar normas generales, públicas y obligatorias, cómo es posible que en los llamados casos difíciles sean los jueces –quienes no tienen ninguna legitimación política– decidan según su propio juicio y sin ninguna sujeción legal qué es lo que debe ser considerado como Derecho.

Dicho esto, para responder las preguntas antes enunciadas lo primero debemos explicar es en qué consiste el positivismo jurídico y cuáles son sus postulados teóricos. Luego, sigue ver que han dicho los autores positivistas sobre el tema de la aplicación del Derecho. Veremos que podemos clasificar las distintas visiones sobre la aplicación del Derecho en tres grandes grupos. Si bien cada una de ellas responde a concepciones hermenéuticas distintas, es posible resaltar ciertos elementos comunes. Estos son: primero, formalismo jurídico, y, segundo, la discrecionalidad judicial. Como se puede observar de antemano, las críticas que se le suelen realizar al positivismo ya habían identificado (quizá sin tomar conciencia de aquello) estos elementos. Sin embargo, y sin intención de defender al positivismo, parece ser que las críticas son un tanto exageradas. Debemos distinguir claramente los supuestos fácticos en que el formalismo falla (o al menos resulta deficiente) y da paso a la

discrecionalidad judicial. También tenemos que caracterizar en qué sentido los positivistas hablan de discreción y cuáles son sus límites y alcances. Sólo después de haber realizado este ejercicio analítico estaremos en condiciones de poder alzar una crítica debidamente fundada.

Al momento de terminar estas líneas, debo confesar que no he leído a ningún autor positivista asimilar la discreción con el arbitrio. Todo lo contrario. Pues, podemos notar que la teoría de la discrecionalidad judicial defendida por los positivistas tiene ciertos dogmas y supuestos que la limitan, y que es importante su identificación para no caer en la (siempre cuestionable) generalización.

Por último, cabe decir que lo antes señalado no significa que el positivismo supere los poderosísimos embates que ha recibido –quizá con mayor fuerza y frecuencia desde Dworkin¹–. Identificar los elementos que constituyen a la teoría positivista de la aplicación del Derecho no la vuelve inmune a las críticas, sino que simplemente ayudará a saber con mayor agudeza hacia dónde dirigirlas.

II. El núcleo teórico del positivismo

Existen incontables trabajos destinados a definir qué se entiende por positivismo y cuáles son sus bases teóricas. A su vez, es posible inclinarse por diferentes metodologías para explicar sus propiedades (podemos fijarnos en su historia, concepción política, función económica, etc.,). Dentro de esta universalidad de estudios y metodologías, por nuestra parte, nos inclinamos por un enfoque analítico: la clarificación de sus propiedades constitutivas y definitorias independiente de cualquier valoración que se pueda hacer de ellas. En otras palabras, lo que se busca es conocer las partes modeladoras del positivismo, y sin las cuales dejaría de ser lo que es

1 Véase Ronald Dworkin, ¿Es el derecho un sistema de reglas? (Javier Esquivel & Juan Rebolledo trads., 1977); Ronald Dworkin, Los derechos en serio (Marta Guastavino trad., 1984).

o, cuando menos, degeneraría en una concepción diferente. Dicho esto, los siguientes puntos corresponderían a lo que podríamos entender como el núcleo teórico del positivismo jurídico:

1. Principio de separación de poderes.

Toda concepción positivista se basa en la idea de que la función judicial (aplicación del Derecho) y la función legislativa (creación del Derecho) residen en órganos distintos y (ojalá) independientes². Por supuesto, hay autores que han planteado que la función judicial es en gran medida una actividad creadora de Derecho, pero, y aquí reside el punto fundamental; lo que se quiere señalar con función legislativa es precisamente el acento en esta última expresión, es decir, que el órgano competente para legislar en términos generales y obligatorios para todos los habitantes de un Estado no es el mismo que tiene la función de aplicar el Derecho, es decir, crear o deducir una norma particular, para un caso en específico y con obligatoriedad únicamente para los intervinientes del mismo.

Esta tesis es fundamental para positivismo, pero también para el Derecho moderno, pues, una de las principales banderas de lucha de la ilustración era ordenar, conforme a una sola voluntad y procedimiento, el origen de la ley³. Y aquí damos paso para el siguiente principio: la preeminencia de la ley como fuente del Derecho.

2. La ley como fuente principal del Derecho.

Frente al desorden jurídico que existía previo al surgimiento de los Estados modernos, se puede señalar que uno de los mayores problemas que enfrentaban los juristas era precisamente decidir cuál era el Derecho válido, vigente y aplicable para un caso en particular. La mescolanza entre diferentes ordenamientos jurídicos hacía difícil esclarecer cual

era la regla conforme a la cual debían atenerse jueces y abogados (ni que decir el resto de las personas). Así, uno de los principales logros del Derecho moderno, y que aún persiste, es el establecimiento de la ley como fuente principal (aunque el pensamiento exegético planteaba más bien la idea de exclusividad) del Derecho⁴. Ahora en adelante, tanto jueces y abogados, si querían conocer cuál era el Derecho válido y aplicable para un caso no debían realizar acrobacias dignas de los mejores espectáculos circenses, sino simplemente (sería interesante saber si alguna vez fue una labor simple) acudir al *Code* para así encontrar la disposición normativa aplicable. En otras palabras, hablar de Derecho era lo mismo que hablar de Derecho positivo, pues el único Derecho válido era el que producía el legislador⁵.

3. La separación/distinción entre Derecho y moral.

Otro principio básico en que descansa el positivismo es la idea de la separación/distinción entre Derecho y moral. Ocupo la palabra separación y distinción porque dependerá mucho del autor en comentario. Así, vemos que Kelsen hablará de separación entre Derecho y moral⁶, mientras otros autores se referirán a ella como conexión no necesaria o distinción entre Derecho y moral⁷. Sin embargo, la diferencia entre los autores no es tan marcada como se suele pensar –lo cual no implica que no existan diferencias–. Aquí podemos observar tres elementos donde esto queda manifiesto:

3.1. Primero, el positivismo defenderá la tesis de que para identificar el Derecho no *necesariamente* debemos recurrir a la moral social u algún otro sistema normativo distinto del

2 Josep Aguiló Regla, Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 30, 665, 671-672. (2007).

3 Fernando Atria, La forma del Derecho 56 (2016).

4 Uberto ScarPELLI, ¿Qué es el positivismo jurídico? 165-166 (Jean Hennequin trad., 2001).

5 Atria, La forma del Derecho 52.

6 Hans Kelsen, ¿Qué es el positivismo jurídico? Revista de la Facultad del Derecho de México, N° 61, 131, 140 (1966).

7 Agustín Squella, Positivismo Jurídico y Democracia 25 (1989); Agustín Squella, Filosofía del derecho 423 y ss (2009).

propio Derecho⁸. Es cierto que, si bien, muchas veces la moral social coincide con el Derecho positivo, de esto no se deduce el hecho que para saber si está permitida/prohibida cierta conducta primero debamos preguntarnos por su valor. En otras palabras, el Derecho es perfectamente identificable a través de ciertos hechos sociales, y no *necesariamente* se deben realizar juicios evaluativos para aquello⁹.

3.2. Segundo, todos los autores iuspositivistas estarían dispuestos a aceptar, con diferentes grados de importancia, que una de las cosas que diferencia al Derecho de la moral es la posibilidad de hacer uso de la fuerza socialmente organizada en caso de conductas que contravengan sus disposiciones normativas¹⁰.

3.3. Tercero –y donde también es posible que buena parte de los autores positivistas estén de acuerdo–, que todo Derecho para ser válido requiere de cierta efectividad social. Es decir, que los destinatarios de las normas jurídicas las acaten, es decir, *las consideren obligatorias*. Cualquiera sea el motivo de su asentimiento a las normas, es obvio que en alguna medida todo positivista exige a un determinado Derecho para ser tal la existencia de un cierto nivel de legitimación–aun cuando en un supuesto de normalidad política revisar este punto es irrelevante–. Así, dirá Kelsen, el fundamento último de todo ordenamiento jurídico será el legislador originario, pues gracias a la legitimidad en la cual reposa su autoridad es posible la creación de la *Norma hipotética fundamental* y con ello establecer la validez de todo el ordenamiento jurídico¹¹. En la misma línea, Hart planteará que la norma de reconocimiento, es decir aquella mediante la cual podemos identificar el Derecho, tiene como componente fundamental la tesis de que los tribunales *efectivamente*

consideren como obligatoria la referencia a cierto tipo de normas, por lo tanto, tienen el deber de aplicarlas¹². En esta línea, la tesis de la separación/distinción entre Derecho y moral implica resaltar otro principio (aunque podría decirse que ya había sido enunciado): la validez formal del Derecho.

4. La validez como medio de identificación del Derecho.

Este principio quizá sea uno de los más definitorios de la concepción positivista –aunque también de los más discutidos¹³–. Él plantea lo siguiente: si el Derecho es un producto creado por el legislador soberano y, en principio, no depende de su bondad moral para ser tal, podemos decir que lo que nos permite identificar al Derecho es su validez, a saber, la pertenencia o no de una determinada disposición normativa al ordenamiento jurídico¹⁴. En consecuencia, lo que hace diferente al Derecho (como conjunto de normas, pero también como medio de uso de la fuerza socialmente organizada) de otros ordenes normativos es la existencia de un sistema en el cual es posible *constatar* –y no simplemente especular– mediante un criterio de identificación definido si acaso una norma pertenece al universo del Derecho o no¹⁵. Una tesis tradicional sobre el tema, plantea que la forma de poder saber si estamos frente a una norma jurídica es verificar el cumplimiento de tres supuestos: primero, que emane de una autoridad u órgano competente, segundo, que haya sido elaborada conforme a un procedimiento determinado y, tercero, que cuente con un contenido determinado¹⁶. Cada uno de estos puntos deberían estar previamente establecidos en la disposición normativa que

8 Paolo Comanducci, Las conexiones entre derecho y moral. Derecho y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, N° 12, 16 (2003).

9 Joseph Raz, La autoridad del derecho 55 (Rolando Tamayo y Salmorán trad., 2a ed., 1985).

10 Eugenio Bulygin, El positivismo jurídico 70 (2a ed., 2015).

11 Hans Kelsen, La teoría pura del Derecho 98 (Jorge Tejerina trad., 1941).

12 Herbert Hart, Post scriptum al concepto de derecho 33 (Rolando Tamayo y Salmorán trad., 2000).

13 Véase Hans Kelsen et al., Validez y eficacia del derecho (Eugenio Bulygin trad. 2005).

14 Norberto Bobbio, El positivismo jurídico 141 (Rafael de Asís & Andrea Greppi trads., 1993).

15 Carlos Alchourrón & Eugenio Bulygin, Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas 111 (2.a ed., 2012).

16 Kelsen, Teoría pura del Derecho 96.

funciona como criterio de identificación del derecho válido dentro de un Estado o, en su defecto, estar lo suficientemente asentada en una *práctica social* que no permita la duda respecto de quien puede crear Derecho.

III. La aplicación del Derecho desde el enfoque positivista

Los autores que podemos identificar como positivistas, siguiendo los supuestos antes señalados, no siempre están de acuerdo sobre cómo se entender el fenómeno de la aplicación del Derecho. De hecho, podemos identificar a lo menos tres grandes concepciones¹⁷:

1. La teoría intencionalista¹⁸.

Esta teoría plantea que en general la aplicación del Derecho funciona de manera mecánica: como actividad lógico-deductiva. Sin embargo, considera que esto no siempre es posible. Se darán casos donde el juez deje de ser un mero aplicador del Derecho y deba interpretarlo. En estos casos, dirán, el deber del juez es aplicar la ley conforme a la intención del legislador¹⁹. Esta teoría tiene principalmente dos corrientes:

1.1 La teoría intencionalista exegética: Es quizá la teoría de la aplicación del Derecho más antigua dentro del positivismo. Ella plantea, en términos

sumamente generales, que la función judicial es una actividad cognoscitiva que se rige conforme a las mismas reglas de las ciencias naturales, es decir, que es posible entender la aplicación del Derecho como una ciencia que partiendo de premisas claras y objetivadas (*están ahí*) permite *deducir* consecuencias específicas. En esta línea, el juez simplemente debe buscar dentro del ordenamiento jurídico cuál es la norma en la que es posible subsumir el caso en cuestión y de esta operación obtener una consecuencia jurídica que le permita resolver el litigio.

A su vez, esta tesis también era válida para los juristas. La actividad teórica o científica debía regirse por un estricto apego a la letra de la ley: “yo no conozco el Derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón”, dirá Bugnet, y “los textos ante todo”, Demolombe²⁰. Es posible pensar que la teoría intencionalista exegética de la aplicación del Derecho fue un fenómeno encasillable al universo francés de comienzos del siglo XIX. Sin embargo, en Latinoamérica tuvo una acogida importante (y en algunos casos predominante hasta comienzos del siglo XX). Una muestra de ello es el Código de civil chileno y sus primeros comentaristas: Sus trabajos científicos no son otra cosa que ejercicios de paráfrasis de cada artículo²¹.

Esta concepción no concebía la posibilidad de que surgiera algún tipo de problema durante el proceso de aplicación del Derecho (de hecho, durante la aprobación del Código de Napoleón se suprime el título relativo a las reglas de interpretación de la ley). Si el intérprete se encuentra en aprietos no es culpa del texto, sino del propio intérprete. El lenguaje se basta a sí mismo. Por lo tanto, lo que hace falta es un estudio riguroso; solo así es posible llegar a conocer con *claridad* la voluntad del legislador, la cual se encuentra objetivada en la *letra* de la ley²².

17 En lo fundamental, estas variantes de teoría de la interpretación jurídica iuspositivista ya habían sido anunciadas con bastante antelación a los autores más relevantes del movimiento en comentario por Carl Schmitt. El jurista alemán, analizando la mentalidad jurídica vigente de su época, constata que en la práctica lo que se llama positivismo deviene en un problema irresoluble: tiene que elegir entre una teoría normativista o una teoría desicionista. En terminología contemporánea diríamos una versión exegética o realista. Véase Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* 32 y ss (Montserrat Herrero trad., 1996)

18 Para un análisis mucho más extenso de esta teoría véase Isabel Linfante Vidal, *Argumentación e interpretación jurídica* 133 y ss (2018).

19 Andrés Rosler, *La ley es la ley* 142 (2019).

20 Véase Jean-Louis Halpérin, *Exégesis* (escuela), *Revista de Derecho*, N° 48, 263, 271 (Andrés Botero trad., 2017)

21 Véase José Clemente Fábres, *Instituciones de Derecho Civil chileno* (1863); José Victorino Lastarria, *Instituta del Derecho Civil chileno* (1864).

22 Fernando Quintana, *Estudios sobre teoría de la interpretación jurídica* 124 (2016).

1.2 La teoría intencionalista historicista: Para esta concepción la interpretación de la ley tiene por finalidad conocer la voluntad del legislador. Sin embargo, quienes abogan por esta teoría consideran que el análisis lingüístico o estrictamente semántico de la ley no siempre es suficiente. A este elemento se debe sumar otras investigaciones, de naturaleza historiográficas, que permitan justificar cualquier conjetura sobre la voluntad del legislador.²³

Sin embargo, los autores que defienden esta teoría suelen dar preeminencia al método historicista y teleológico por sobre el análisis sistemático y lógico. En esta línea, pese a concebir que la finalidad de la interpretación de la ley es reconstruir el pensamiento del legislador, se alejan del positivismo para estar mucho más cercanos a la Escuela histórica.

2. La teoría convencionalista.

Esta teoría plantea que en general la aplicación del Derecho no reviste mayor dificultad. Esto se debe a que para estos autores el significado de las palabras que contiene una ley está insertos dentro de una determinada práctica social: el Derecho es un fenómeno convencional²⁴. Es decir, que existe un acuerdo general sobre un gran número de supuestos fácticos en los cuales no habría mayor problema para aplicar el Derecho²⁵. Por lo tanto, el juez debe observar si el caso que tiene al frente se asemeja en grado suficiente al caso típico. Sin embargo, esto no siempre es así. Dada la naturaleza vaga del lenguaje, este siempre tendrá una *textura abierta*, es decir, una zona de penumbra en la cual una serie de casos plantearán dudas respecto a su semejanza (o no) con el caso típico²⁶. Frente a esta situación, lo que

sigue es que el juez ejerza su función discrecional para resolver este problema.

Ahora bien, el convencionalismo no plantea que estos casos queden al arbitrio puro del órgano competente. Una de las características propias de la función judicial es la exigencia de motivación en las decisiones de los tribunales. En esta línea, el juez siempre tiene que intentar resolver de manera razonable: si bien su decisión no es del todo *concluyente* en su justificación, al menos es posible sostener que se encuadra con el *Derecho existente*²⁷. En otras palabras, que sea *conforme a Derecho* y no a su voluntad particular.

3. La teoría decisionista.

Esta teoría plantea que la aplicación del Derecho es una actividad decisoria –es decir, que depende de la voluntad del órgano competente– y que, por lo tanto, queda a criterio del juez la determinación del sentido y alcance de la ley. Sin embargo, esta teoría admite dos versiones:

3.1 Versión débil o estándar: Para esta corriente si bien la aplicación del Derecho es una actividad decisoria, ella se encuentra limitada dentro de un esquema o marco de interpretación²⁸. Por lo tanto, si bien la decisión judicial en sí es producto de la voluntad del juez, esta debe expresarse *formalmente* hablando como un producto del Derecho²⁹.

Esta tesis es válida tanto para los llamados casos fáciles como para los casos difíciles.

3.2 Versión fuerte o realista escéptica: En su versión fuerte, el decisionismo plantea que todo el proceso de aplicación del Derecho está determinado por decisiones subjetivas del órgano competente. Por lo tanto, desde la elección de la regla en cuestión, el establecimiento de las posibilidades hermenéuticas, y la

23 Para una defensa contemporánea de esta teoría véase Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* 143-144 (1996).

24 Juan Carlos Bayón, *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, *Isonomía*, N°13, 87, 116-117 (2000).

25 Herbert Hart, *El Concepto de Derecho* 158 (Genaro Carrió trad., 3a ed., 2012).

26 *Id.*, 159.

27 *Id.*, 58-59.

28 Kelsen, *Teoría pura del Derecho* 131.

29 Norberto Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* 95 (Elías Díaz, ET. AL., trad., 2015).

inclinación por un significado en específico responden únicamente a la voluntad del órgano competente³⁰. Ahora bien, pocas veces los jueces ponen esta situación de manifiesto. De hecho, lo que hacen es servirse de ciertas técnicas argumentativas para demostrar que su decisión no es fruto de su voluntad, sino que se deduce del propio Derecho³¹.

IV. El núcleo práctico del positivismo

Como se puede observar no existe una sola concepción positivista sobre la aplicación del Derecho. Se podría decir que esto es un déficit del propio positivismo. Sin embargo, se pueden observar dos elementos comunes a toda teoría de la aplicación del Derecho desde el enfoque positivista:

1. *Formalismo jurídico.*

Toda teoría positivista de la aplicación del Derecho procura ser en alguna medida formalista³². Es decir, que los jueces tienen (al menos teóricamente hablando) la obligación de hacer referencia de manera exclusiva al Derecho positivo como *fundamento dispositivo* de sus decisiones³³. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico les permite a los jueces que puedan hacer uso de alguna otra fuente, lo cierto es que la sujeción del juez es con la ley positiva y no, por ejemplo, la ley natural, la conciencia social, la clase dominante, etc. En esta línea, el juez (ahora *formalmente* hablando) sólo tiene facultad para declarar el Derecho vigente y no crearlo. Podemos discutir si en la práctica se refleja o no este elemento constitutivo del positivismo, sin embargo, aquí debemos distinguir dos sub-

elementos mediante los cuales se busca hacer posible este postulado:

1.1 La exigencia de continuidad del Derecho: La discrecionalidad de los jueces nunca es arbitrio puro, sino que estos intentan demostrar que sus decisiones, aún en los casos difíciles, son una consecuencia del propio Derecho positivo. Podemos plantear la duda si esto es una razón suficiente para terminar con un litigio o justificar una determinada interpretación de la ley, pero al menos da cuenta de una clara concreción del primer postulado del positivismo jurídico (2.1) al intentar mostrar que, en la aplicación del Derecho –si bien no es una cuestión tajante– es posible distinguir (aunque no separar) la creación del Derecho de la aplicación del Derecho.

Aquí cabe nuevamente distinguir entre dos metodologías distintas (aunque para nada opuestas) que los autores suelen usar para lograr este objetivo de continuidad:

1.1.1 Fundamentación sustantiva (razonamiento teleológico): El juez debe abstraerse del ordenamiento jurídico positivo para buscar un enunciado normativo (generalmente principios) que le permita justificar una determinada manera de aplicar el Derecho. En este tipo de fundamentación, el juez suele explicar que ante las falencias internas del propio derecho positivo lo que debe hacer es referirse a los principios que lo sustentan, pues, ellos son los que marcan la dirección (fin) en función de la cual se desarrolla el Derecho³⁴.

1.1.1.2 Fundamentación formal (razonamiento por analogía): En este tipo de fundamentación el juez deduce una nueva norma desde el ordenamiento jurídico positivo. Para ello suele ocupar la argumentación analógica, a saber, la referencia a alguna disposición normativa con un supuesto de hecho similar, un precedente o alguna doctrina que le permita decir que aquella norma que se ocupará para resolver el conflicto ya se encontraba reconocida o formaba parte

30 Riccardo Guastini, Teoría e ideología de la interpretación constitucional 41-42 (Miguel Carbonell & Pedro Salazar trads., 2a ed., 2010).

31 Alf Ross, Sobre el derecho y la justicia 173-175 (Genaro Carrió trad., 3.a ed., 2011).

32 Bobbio, Iusnaturalismo y positivismo jurídico 95-96.

33 Alchourrón & Bulygin, Sistemas normativos 214 y ss.

34 Josep Joan Moreso, Lógica, argumentación e interpretación en el derecho 158 (2006).

del Derecho. No obstante, aquello –la analogía– es el resultado de una actividad eminentemente creativa o productora (en contraposición de una acción declarativa o reproductora)³⁵.

1.2 La plenitud del Derecho: De la mano con la exigencia de continuidad del Derecho (4.1.1.), el positivismo también plantea –aunque no lo digan expresamente– que la respuesta a los casos (fáciles o difíciles) de una u otra manera ya está presente en el Derecho. Esto no implica decir que para el positivismo siempre existirá una respuesta que sea correcta³⁶, sino que al menos puede haber alguna jurídicamente (que exista alguna fuente formal a la cual apelar) defendible.

Quizá se podría objetar que esta tesis pierde sustento en aquellos casos donde la tipología del concepto –por ejemplo, los conceptos polémicos (Atria), densos (Putnam) o interpretativos (Dworkin)– obligue al juez a recurrir al razonamiento moral. Sin embargo, precisamente porque es el Derecho quien le permite realizar dicha actividad es que el juez puede llevarla a cabo.

Dicho de otra manera, los jueces no razonan “moralmente” porque consideran que es lo correcto o justo hacerlo, sino porque es el propio Derecho positivo –mediante el principio de inexcusabilidad, o alguna referencia a las buenas costumbres– el que da esa posibilidad.

2. Discreción judicial.

Como consecuencia directa del punto anterior debemos agregar que al positivismo se le suele criticar que el formalismo defendido por este es deficiente, pues, el Derecho positivo no siempre se aplica de manera fácil. Es más, en la práctica suelen surgir casos que presentan dificultades al juzgador (que más adelante detallaremos) y que

le obligan a realizar acciones que van más allá de declarar el Derecho vigente. Sin embargo, ningún positivista razonable negaría que la aplicación de la ley puede verse truncada y que sea necesario que el juez realice algo más que declarar el Derecho aplicable³⁷. Y aquí es donde surge el segundo elemento común a todos ellos: la tesis de la discrecionalidad judicial³⁸.

En relación con este punto podemos excluir a la concepción intencionalista exegética. La propia doctrina se ha encargado de demostrar que, en tanto teoría –es decir, como explicación de la realidad–, es poco fecunda: los jueces no son meros autómatas, ni se dedican a subsumir casos particulares en reglas generales. Y ello no es porque no quieran, sino porque es *prácticamente imposible*³⁹. No obstante, en la actualidad esta última caracterización ha sido retomada con fuerza por ciertos positivistas –Andrés Rosler y Fernando Atria (aun cuando este último no se defina como auténtico positivista)– en Latinoamérica. Aunque, claro está, obviando la tesis de que en el lenguaje jurídico siempre hay un significado verdadero, el cual es accesible en la medida que el intérprete lleve a cabo una labor hermenéutica correcta.

Otra concepción que rechaza la tesis de la discrecionalidad judicial es la teoría intencionalista historicista. Pero, como acertadamente nos señala Bobbio, ser intencionalista historicista puede derivar en dos metodologías interpretativas distintas (aunque no necesariamente opuestas).

35 Riccardo Guastini, Estudios sobre la interpretación jurídica 57-58 (Marina Gascón & Miguel Carbonell trads., 1999).

36 Juan B. Etcheverry, La discrecionalidad en la aplicación del derecho en el positivismo jurídico incluyente, en El caballo de troya del positivismo jurídico 64 y ss (Juan B. Etcheverry & Pedro Serna eds., 2010).

37 Esto es incluso reconocido por el propio Bentham. Véase Jeremy Bentham, Los principios de la moral y la legislación 317-318 (Margarita Costa trad., 2008).

38 Bulygin, El positivismo jurídico 74.

39 Raz de manera sumamente interesante defiende un intencionalismo convencionalista. Sin embargo, está lejos de ser una variante del intencionalismo en su sentido clásico. Primero, porque no habla ya de legislador, sino de autoridad, y, segundo, porque lo que funda una interpretación no es la referencia a la autoridad misma, sino las convenciones. En consecuencia, estamos frente a una teoría convencionalista de la aplicación del Derecho (bastante similar a la tesis defendida por Hart en su Post scriptum), pero que a su vez rescata la intención de la autoridad como finalidad de la actividad interpretativa. Véase Joseph Raz, Entre la autoridad y la interpretación 273 y ss (Hernán Bouvier ET AL trads., 2013).

Primero, se puede convertir en mero historicismo: buscar en la historia fidedigna de la ley algún documento legislativo que nos permita entender mejor el enunciado normativo. O, en segundo lugar, en interpretación teleológica: buscar el sentido de la ley que mejor se adecue al fin querido por el legislador mediante la dictación de la disposición normativa⁴⁰. En consecuencia, el intencionalismo historicista tampoco permite controlar la discreción judicial, sino que más bien la oculta a través de la referencia a una hipotética voluntad del legislador que, para ser sinceros, nadie puede decir que la conoce.

Por último, el convencionalismo y el decisionismo pese a ser dos teorías que conciben la aplicación del Derecho desde supuestos epistemológicos diferentes, en realidad terminan en la misma conclusión: en última instancia, las decisiones judiciales son decisiones voluntaristas, es decir, que dependen de la elección hermenéutica (compartida o no por la comunidad jurídica) que realiza el juez. Si es una decisión tolerada en la práctica, diremos que es una decisión razonable, en consecuencia, el juez cumplió las expectativas que recaen sobre su cargo; pero si es abiertamente cuestionada (por la comunidad jurídica, claro está), diremos que es fruto del arbitrio judicial, por lo tanto, que está incumpliendo con su deber. En ambos casos el elemento fundamental de la resolución es el mismo: la decisión (individual) del juzgador y su valoración a la luz de determinadas prácticas institucionales.

V. La discrecionalidad: supuestos de procedencia

Es difícil dar una conceptualización de la discrecionalidad, pues en general las existentes toman en cuenta el momento en que se recurre a ella en vez de sus supuestos de procedencia⁴¹. Sin embargo, este método es insuficiente, puesto que las teorías antes señaladas establecen la

discreción judicial en diferentes momentos del proceso de aplicación del Derecho⁴². Por nuestra parte, consideramos que es mucho más fructífero identificar los supuestos frente a los cuales se suele decir que está permitida la discreción judicial:

1. Oscuridad/vaguedad en el enunciado normativo: Es cierto que algunos autores consideran la vaguedad un elemento natural del lenguaje y otros como una situación excepcional, pero ninguno negará que se hace uso de la discreción judicial cuando aparece la oscuridad en el texto con el fin de clarificar su sentido.

2. La carga emotiva del lenguaje⁴³: Es común que en la redacción de disposiciones normativas el legislador utilice conceptos normativos, es decir, que implican un deber o estándar de conducta. Estos conceptos implican una valoración por parte del intérprete mediante la cual debe decidir –según su propio criterio– si la acción (u omisión) que tuvo lugar se ajusta o no al deber o estándar de conducta exigido por el Derecho. Los ejemplos tradicionales son, el deber de diligencia en materia civil, las buenas costumbres como límite a la autonomía de la voluntad, la buena fe, entre otros.

3. Indeterminación del alcance: Al igual que el punto anterior, independiente del momento en que aparezca la necesidad de determinar el alcance, este siempre será un momento de discrecionalidad judicial. Generalmente los autores más clásicos dentro de la tradición positivista relegaban los problemas hermenéuticos a la búsqueda de la voluntad del legislador –es decir, si el legislador hubo considerado el caso en cuestión como regulado por cierta disposición normativa–, pero, y es la crítica que se les suele hacer, es imposible determinar con certeza (y sin discusión de por medio) cuál es la voluntad del legislador.

40 Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* 193; Juan García A., *Razonamiento jurídico y argumentación*, 289 y ss (2017).

41 Raz, *La autoridad del derecho* 243-244.

42 Una teoría intencionalista diría que no hay espacio para la discrecionalidad. Por otro lado, una teoría convencionalista incorporaría la discrecionalidad, pero siempre en un sentido limitado (débil). Por último, una teoría decisionista diría que la discrecionalidad siempre está presente en la aplicación del Derecho y que lo único que se puede acotar son los diferentes grados de discreción que lleva a cabo el juez.

43 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* 269 (2a ed., 2003).

En consecuencia, en estos casos que lo que hay es más bien discrecionalidad judicial disfrazada de intención legislativa. Por lo tanto, es el juez quien decide si extender o no la aplicación de cierta disposición normativa a un caso en particular.

4. Laguna en el Derecho: Se suele plantear que la solución de las lagunas dependerá del tipo que sean. Como es sabido, son dos los tipos de lagunas que se presentan durante la aplicación del derecho: normativas o axiológicas. Respecto a las primeras, se usan el argumento *a contrario* y el argumento de la disociación.

En relación con las lagunas axiológicas, estas son construidas por los intérpretes y para ello generalmente se sirven del argumento de la disociación y establecimiento de jerarquías axiológicas. Sin embargo, cualquiera sea el tipo de laguna a la que nos enfrentemos es la discreción del juez la que resuelve el conflicto, pues cada uno de estos tipos de argumentación están a su servicio⁴⁴.

5. Antinomias: Normalmente se suele pensar que esta situación se remedia haciendo uso de ciertas reglas meta-interpretativas (criterio cronológico, jerárquico, criterio de especialidad, argumento a contrario, intención del legislador, petición de coherencia o consistencia, etc.). Sin embargo, estas reglas admiten a lo menos cuatro críticas⁴⁵:

- a) Todas ellas son directrices *derrotables*, es decir, admiten excepciones que no pueden determinarse a priori.
- b) Para cada regla es posible encontrar otra que conduzca hacia una elección interpretativa diferente.
- c) La elección de una regla u otra no se sostiene en argumentos estrictamente jurídicos; ella se justifica, de manera implícita, mediante argumentos *lato sensu* políticos (por ejemplo, la seguridad jurídica o la necesidad de justicia).

d) También debemos considerar la existencia de antinomias *reales*. Estas son aquellas que no es posible solucionarlas mediante los criterios antes señalados. Por lo tanto, a falta de criterios *imparciales* (usar la expresión *objetivos* sería descabellado) lo que se hace en estos casos es confiar la solución a la discrecionalidad del intérprete⁴⁶.

6. Casos de equidad: Los casos de equidad son aquellos en que el juez decide abstenerse de aplicar la ley, pues de hacerlo se generarían resultados injustos. Sin embargo, este supuesto va en abierta contradicción con un principio básico del positivismo: el juez no puede contravenir la ley. Es ella *la* fuente del Derecho, no su voluntad. Pese a esto, muchos códigos decimonónicos incluyeron a la equidad como una fuente del Derecho a la cual puede referirse en última instancia el órgano jurisdiccional. Esto debido a dos motivos: 1) con fines interpretativos (para aclarar el sentido y alcance de una ley), y, 2) con fines dispositivos (que a través de ella el juez pueda obtener una norma que le permita resolver aquellos casos donde no hay ley). En cualquiera de los dos supuestos es la discreción del juez, y no la ley, quien determina la resolución del conflicto.

7. Ponderación de principios y derechos: Cabe señalar que la tesis de la ponderación de principios y derechos no pertenece al positivismo. Para la doctrina en comento la facultad discrecional del órgano aplicador es amplísima, pues generalmente los principios constitucionales y los derechos fundamentales se sirven de palabras pertenecientes al ámbito moral y político, lo cual implica que el órgano jurisdiccional tome una decisión que inevitablemente dependerá de los valores que él/ellos consideren relevantes.⁴⁷

Respecto a este punto debemos realizar dos acotaciones:

44 Riccardo Guastini, Teoría analítica del derecho. Estudios 115 y ss (César Moreno trad., 2017).

45 Guastini, Teoría e ideología de la interpretación constitucional 51.

46 Norberto Bobbio, Teoría general del Derecho 198 (Jorge Guerrero trad., 2002).

47 Paolo Comanducci, Constitucionalización y neoconstitucionalismo, en Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo 110-111 (Paolo comanducci et al., 2009).

7.1. Primero, que en la ponderación de principios y derechos es donde con mayor frecuencia se suele hacer referencia a la voluntad del legislador (originalismo), el cual es un criterio de interpretación positivista por antonomasia.

7.2. Segundo, el positivismo contemporáneo a entendido que, si bien, el constitucionalismo principialista implica una profunda sustanciación de la jurisdicción constitucional –en abierta oposición al modelo que originalmente había ideado Kelsen, que era más bien de tipo formal⁴⁸–, en realidad ello no termina por desacreditar su posición, sino que implicaría dar mayor relevancia a los métodos de interpretación y la argumentación utilizados por los jueces en el uso de su discreción.⁴⁹

VI. Conclusiones

Terminado este trabajo, las conclusiones extraídas son las siguientes:

1. El punto débil de la teoría positivista se encuentra principalmente en la teoría de la discrecionalidad. La falta de profundización en este punto –que para Kelsen significaba hacer política jurídica– le ha costado una serie de críticas que no ha logrado superar del todo. Es más, hacerlo significa conceder una serie de tesis que nos aleja del núcleo fundamental de positivismo y, porque no, también del Derecho moderno.⁵⁰

2. En relación con el punto anterior, debemos decir que esto tampoco significa el fin del positivismo. Es más, esto ha devenido en el surgimiento de nuevas formas de entender la aplicación del Derecho (como la revalorización de la argumentación, la retórica y la tópica) y que han realizado tremendos aportes

mediante la búsqueda y ordenación de elementos que permitan racionalizar y limitar la discreción de los jueces.

También debemos resaltar el hecho que algunos positivistas contemporáneos han puesto nuevamente en la palestra la importancia que posee la distinción entre aplicación/interpretación de la ley, y lo peligroso que es el hecho que los jueces hagan uso arbitrario de ésta, a pretexto de estar interpretándola, para resolver los litigios.⁵¹

En esta línea, al principio nos preguntábamos si era posible una teoría positivista de la aplicación de la ley, y podemos responder que sí. No obstante, ahora es el turno de los propios positivistas de formular los términos en que ésta se puede dar –como observadores ajenos a esta concepción, algo ayudamos en los capítulos 4 y 5–.

3. Cabe acotar que, si bien lo dicho no derrumba las premisas del positivismo y del Derecho moderno, al menos obliga a realizar modificaciones importantes a esta doctrina.⁵² Por ejemplo, decidir si el razonamiento moral está presente y guía el razonamiento jurídico, con ello replantear la distinción/separación entre Derecho y moral, el rol de la adjudicación dentro de la teoría del Derecho y la suficiencia de la tesis de las fuentes sociales como medio de identificación del Derecho.

4. Por último, nos referiremos a la reacción que ha tenido el positivismo contemporáneo frente al desarrollo de la justicia constitucional. En pocas palabras, los neoconstitucionalistas le reprochan al positivismo constitucional que sus tesis básicas 1) no explican cómo los valores y principios constitucionales permiten identificar el derecho, 2) a su vez, su modelo jurisdiccional no da cuenta de la actual práctica, y 3) su teoría de la aplicación de la ley no es un mecanismo idóneo

48 Hans Kelsen, ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?, en La polémica Schmitt/Kelsen 309 y ss (Carl Schmitt & Hans Kelsen, 2009).

49 Luis Prieto Sanchis, Tribunal constitucional y positivismo jurídico, DOXA N.º23, 161,190 (2000).

50 Patricio Sáez, El positivismo al banquillo: a propósito de la ley es la ley, 22 RATJ. N.º2, 37, 48 (2021).

51 Andrés Rosler, Si quiere una garantía mejor compre una tostadora 23 y ss (2022).

52 Véase Patricio Sáez, Better call Saul! Dos modos de entender la relación entre derecho y moral, 16 Revista Ius. N.º50 (2022).

para explicar la interpretación constitucional.⁵³ Los dos últimos puntos fueron tratados en 5.7. Respecto a la primera observación, los positivistas han respondido que el reconocimiento de ciertos valores y principios en las constituciones actuales es un hecho contingente, y que, por lo tanto, nada dice respecto al concepto de Derecho: puede haber constituciones sin principios o que estos sean inicuos, y no por ello deja de ser Derecho.⁵⁴

A su vez, el hecho de que sean valores y principios los que sirvan para identificar o interpretar disposiciones legales no implica que la tesis de las fuentes sociales quede obsoleta.⁵⁵ De hecho, precisamente porque es la constitución (como norma de mayor jerarquía en un ordenamiento jurídico) la que reconoce dichos valores y principios, es que el juez puede recurrir a ellos.⁵⁶

Si esta respuesta es suficiente o no, excede los objetivos de este trabajo. Dejamos en manos de cada lector pronunciarse al respecto.

Con estas brevísimas conclusiones esperamos haber aportado al debate jurídico contemporáneo. Para los pospositivistas, que sirva de ayuda para entender de mejor manera qué es lo que efectivamente defienden los positivistas al hablar de aplicación de la ley. En cambio, para los positivistas, que los entusiasme de una vez por todas a establecer un modelo de la aplicación el Derecho consecuente con su núcleo teórico.

53 Ecio Ramos, Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico 64-73 en Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico (Ecio Ramos & Sussana pozzolo, 2010).

54 Luis Prieto Sanchis, Neoconstitucionalismo y positivismo, Crónica Jurídica Hispalense N.º14, 263, 276 (2016).

55 Luis Prieto Sanchis, Constitucionalismo y positivismo 40 y ss (2005); Claudina Orunesu, Positivismo jurídico y sistemas constitucionales 213 y ss (2012).

56 Esteban Buriticá & Kennier Garay, Neoconstitucionalismo, positivismo y validez, 33 Revista de Derecho (Valdivia) N.º1, 31, 43 (2020).

Reivindicación campesina en el municipio de El Tambo Cauca

Peasant's claim in Tambo Cauca

*Brayan Felipe Méndez Llantén**

Abstract

This piece identifies and analyses three jurisprudential criteria applied by the Inter-American Court of Human Rights to attribute responsibility to the Colombian State for acts of individuals. Those are: (i) complicity, collaboration, and acquiescence or tolerance; (ii) lack of due diligence in the prevention of human rights violations; and (iii) delegation or participation in the performance of certain functions of exclusive competence of the State.

Keywords: international responsibility of the State, acts of individuals, Inter-American System of Human Rights, Inter-American jurisprudence, human rights

Resumen

Este trabajo identifica tres criterios jurisprudenciales aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para atribuir responsabilidad al Estado colombiano por hechos de particulares. Aquellos son: i) la complicidad, colaboración, aquiescencia o tolerancia, (ii) la falta de la debida diligencia en la prevención de violaciones a Derechos Humanos, y (iii) delegación o participación en la realización de ciertas funciones de competencia exclusiva del Estado.

Palabras claves: responsabilidad internacional del Estado, hechos de particulares, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, jurisprudencia interamericana, derechos humanos

Recibido: 02 de agosto de 2022

Aceptado: 22 de noviembre de 2022

Cómo citar este artículo:

Brayan Felipe Méndez Llantén., Reivindicación campesina en el municipio de El Tambo Cauca, 10 JUST. & DER. 36 (2022).

* Estudiante de Derecho de decimo semestre de la Universidad del Cauca, perteneciente al semillero de Investigación Ética, Filosofía Política y Jurídica de la Universidad del Cauca, perteneciente al grupo interdisciplinario AESS- Unicauca y consejero de juventud del municipio de El Tambo 2022-2025

I. Metodología.

Este artículo de reflexión sigue un enfoque de metodología cualitativa de tipo hermenéutica, en el cual se busca analizar el movimiento social campesino y busca ser orientado por un análisis referente a los datos encontrados para estudiar el proceso del movimiento campesino en el municipio de El Tambo, Cauca. Los datos para este análisis provienen de fuentes secundarias, estudios históricos, análisis coyunturales del movimiento campesino y seguimiento de prensa; así mismo, fuentes primarias, como lo son los comunicados y los textos propios de las organizaciones movimientos campesinas. En primer lugar, la información anterior se ilustrará a través de una secuencia cronológica, para en segundo lugar, realizar las correspondientes reflexiones frente al territorio analizado. Todo lo anterior con el objetivo de identificar una conceptualización del campesinado, entender la importancia de las movilizaciones campesinas y el desarrollo de un empoderamiento campesino desde algunas de sus facetas entendiendo las dinámicas mutables que generan los temas dentro de un grupo poblacional que es el campesinado de El Tambo. Lo anterior bajo un análisis de un determinado ciclo de tiempo.

II. Breve resumen de la lucha campesina en Colombia desde 2013 hasta el año 2021.

El campesinado es un grupo poblacional que ha sido excluido y marginado en Colombia, estos hechos han impulsado procesos de reivindicación de derechos los cuales fueron negados desde la misma emancipación de Colombia, pues a las comunidades de los sectores rurales se les han vulnerado los derechos de acceso a la tierra y por ende a la propiedad.

Colombia se ha caracterizado como un país agrario, según el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP) ya que el 94% del territorio del país es rural y el 32% de la población

vive en el Campo¹, de donde provienen los grupos poblacionales con más dificultades por la ausencia del Estado y las nulas políticas públicas. No obstante, desde las movilizaciones agrarias de 2013 surge un movimiento campesino, organizado, propositivo que empieza a hacerse visible².

De las protestas de 2013 en Colombia en relación con movimiento campesino que influyeron en la nación se destacan según Rodríguez tres movilizaciones: el paro nacional cafetero en febrero-marzo; el paro en el Catatumbo en junio-julio; y el paro nacional agrario en agosto-septiembre³. De igual manera, se retomaron las movilizaciones campesinas en el 2014 en los meses de marzo y abril bajo la motivación, según los campesinos por el incumplimiento del gobierno del expresidente Santos.

Para el análisis de esta investigación se tomará como un hito histórico de reflexión el Paro Nacional agrario convocado el 29 de agosto de 2013, que no solo movilizó al campesino, sino a todos aquellos a quienes directa o indirectamente beneficiaban, que para la BBC News fueron algunos movimientos sindicalistas, movimientos sociales, transportistas, maestros, trabajadores de la salud de estudiantes entre otros⁴. Lo anterior dejó al descubierto el resurgimiento en el 2013 de las fuerzas campesinas que estuvieron dormidas en Colombia, de tal manera que el propio presidente Santos en esa época, en una desafortunadísima frase pronunciada en vísperas de la marcha de Bogotá, aseguró que, “el tal paro nacional agrario no existe.”⁵

1 Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep). (abril 12, 2016), <https://www.cinep.org.co/es/el-campesinado-en-colombia-una-lucha-historica/>

2 Id

3 Edwin Cruz Rodríguez, La recomposición del movimiento campesino en Colombia (2013-2016). Valores, 1-40 (2019).

4 Arturo Wallace, (diciembre 27, 2013). BBC News Mundo, https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/12/131206_grandes_historias_2013_colombia_paro_agrario_aw

5 Revista Semana. (Agosto 24, 2013). Semana, <https://www.semana.com/nacion/articulo/santos-el-paro-nacional-agrario-no-existe/355264-3>

De tal forma que las manifestaciones y bloqueos en todo el país terminaría demostrando que el año 2013 fue de vital importancia para el resurgimiento de los movimientos campesinos en Colombia. De igual manera el paro es levantado previo acuerdo con el gobierno Santos el 5 de septiembre de 2013 frente a la no aplicación de la Resolución 970 de 2010⁶. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo sobre la renegociación de los tratados de libre comercio de EE.UU. y EU.

Adicional a ello, el gobierno Santos nombró a un empresario de palma de aceite como Ministro de Agricultura y según Rodríguez la reunión del 12 de septiembre que se realizó el Pacto Agrario con los gremios. De lo anterior, los voceros de la Mesa de Interlocución y Acuerdo (MIA) se negaron asistir a las negociaciones, pues consideraban que los acuerdos que se alcanzaran solo beneficiarían a los empresarios y no a los campesinos⁷. También cabe resaltar que entre el 12 y el 15 de septiembre de 2014 después de unos meses de celebrarse los acuerdos con el gobierno Santos existía en los campesinos aún el sentimiento de incumplimiento del referido gobierno, lo cual desembocó nuevamente en una marcha de cerca de 30.000 personas, la presentación de un pliego unificado y la convocatoria a un nuevo paro nacional agrario previsto para el 28 de abril de 2014⁸. Esta convocatoria logró el reconocimiento político de la Cumbre Agraria debido a que se encontraban en épocas preelectorales en Colombia (28 de abril - 9 de mayo).⁹

Después de la reelección del gobierno y su incumplimiento motivaron otra gran protesta entre el 30 de marzo y el 12 de junio de 2016 se desarrolla la Minga Agraria, Campesina, Étnica y Popular en la que participaron 100.000 personas¹⁰. De lo anterior los manifestantes, el gobierno incumple y se enfoca en la ley de Zonas

de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social, que permite la concentración de grandes extensiones de tierra por empresarios. El estallido de las protestas comienza en el Catatumbo pero se desplaza hacia el suroccidente colombiano.

Debido a los bloques de la vía Panamericana, el desabastecimiento de parte de los departamentos del Cauca y Nariño, de igual manera la imposibilidad de circular hasta el Estado de Ecuador, pero después de 10 días de bloqueos, los indígenas cedieron a la petición del Gobierno y acordaron habilitar esa importante arteria vial¹¹. A pesar de levantar el paro se denotó que el Ministro de Agricultura, Aurelio Iragorri se contradecía en su metodología en pro de desconfigurar el proceso de unidad realizado en el Cauca entre los indígenas, campesinos y comunidades afrodescendientes. Debido a lo anterior, el Ministro logró no solo desfragmentar el proceso en relación con los grupos étnicos, sino, también frente a los departamentos que aún seguían en paro, concluyendo el 10 de junio con el inicio de los diálogos y la reinstalación de la mesa de negociación en Santander de Quilichao.

Los campesinos encontraron una oportunidad y empezaron a enfocar su movimiento en relación a un enfoque de presión del gobierno Duque para que se incluyera a la población campesina en el censo de 2018. Lo anterior, frente a los asesinatos masivos de los líderes campesinos que incrementaron de manera exponencial en el 2017¹² y de igual manera un hito importante es la firma del acuerdo de paz entre gobierno y las FARC en el año 2016 que incluye un apartado sobre sustitución de cultivos ilícitos. Para acompañar este proceso en relación al acuerdo sobre los cultivos ilícitos que se denominan desde ahora *cultivos alternativos*, que ha sido difícil por las diferencias entre el campesinado alternativo y el gobierno, por ello en Colombia aparece la

6 Edwin Cruz Rodríguez, (agosto 12, 2016). Universidad Santo Tomás, <https://www.redalyc.org/journal/5155/515557538005/html/>

7 Id

8 Id

9 Id.

10 Id.

11 Revista Semana. (junio 8, 2016). Semana, <https://www.semana.com/nacion/articulo/paro-agrario-2016-via-panamericana-en-cauca-seria-despejada-tras-acuerdo/476830/>

12 Contagio Radio. (agosto 25, 2017). Archivo Contagio Radio, <https://archivo.contagioradio.com/entre-enero-y-agosto-han-sido-asesinados-ciento-un-lideres-sociales>

Cordinadora Nacional de Cultivadores de Coca, Amapola y Marihuana (COCCAM). Este movimiento se enfocó desde 2018 a presionar al pasado gobierno de Duque para que se realizara el censo campesino para indagar sobre sus condiciones de vida. Posterior a los reclamos de COCCAM y de la ANUC se analizó un punto en concreto entre ambas organizaciones, el censo campesino como principal insumo del análisis de las necesidades de esta población¹³.

En relación con los procesos de estas dos entidades desde el 2019 sus intereses enfocaron en la construcción de un proceso de reconocimiento del campesinado como sujeto especial de derechos, que la ANUC había enfocado desde hace muchos años, pero en relación con el proceso de paz y las iniciativas de los grupos campesinos emergentes tomaba más fuerza. Por consiguiente en el segundo semestre de 2019 los productores que se consideraban campesinos pasaron de la cifra de 1.474.590 de productores, a ser en el primer semestre del mismo año la cifra de 1.406.471, para un aumento del 5%¹⁴.

Este proceso se fue entorpeciendo para el año 2020 con la llegada de la pandemia del Covid 19 cuando el gobierno colombiano anunció en el mes de marzo de dicha anualidad el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, a través del Decreto 417 de 2020 del expresidente Duque¹⁵. Las acciones que de su gobierno intentó liderar para mantener la producción agrícola resultó en efectos negativos para el sector de la agricultura y los campesinos de las partes más alejadas, debido a que no contaban con una conectividad, y mucho menos con vías adecuadas para sacar sus productos a los centros de venta.

En consecuencia, los procesos para mantener la agricultura en Colombia durante la pandemia del COVID 19 según Mayorga fue: La Agricultura por Contrato, El Campo a un Clic, El Campo emprende, líneas de crédito y los días sin IVA se convirtieron en procesos inservibles para el campesinado, que no tenía acceso a la tecnología y al transporte¹⁶. La crisis del campesinado se agudizó por el miedo al contagio las personas no salían a comprar en las centrales de abastos, las personas dejaron de comer ciertos productos en sus hogares, en varios sectores de Colombia los campesinos entrevistados por El Tiempo manifestaron la imposibilidad de movilizarse y seguir con los procesos de venta de sus productos¹⁷.

Los campesinos frente a la crisis del COVID 19 retomaron con fuerza el discurso de lo importante, e indispensable que son las economías y comunidades campesinas para Colombia, pero también han visibilizado su vulnerabilidad. Los trabajos que realizan los campesinos durante la pandemia no se detienen, deben producir no solo por su subsistencia sino porque son la única línea frente a la seguridad alimentaria. Se retoma el pensamiento de que las comunidades campesinas bajo la Comisión de la Verdad ellos han insistido en sus permanencia de los cultivos, labranzas, cosechas, pesca comunitaria y en las economías comunitarias aun cuando el fenómeno de la guerra, el olvido estatal, la inequidad y el modelo neoliberal les asfixia¹⁸.

Mientras el campo colombiano de la agricultura tradicional mantenía sus esfuerzos para la subsistencia alimentaria, el gobierno de Duque olvidaba los acuerdos de paz frente al campesino alternativo y frente al incumplimiento de PNIS

13 DeJusticia. (noviembre 24, 2017). DeJusticia, <https://www.dejusticia.org/con-tutela-1-700-campesinas-y-campesinos-piden-ser-incluidos-en-el-censo/>

14 MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL DE COLOMBIA. (julio 6, 2020). Agronet.gov.co, <https://www.agronet.gov.co/Noticias/Paginas/En-un-semestre-poblaci%C3%B3n-campesina-creci%C3%B3-cerca-de-5-,-seg%C3%BAn-el-Dane.asp>

15 Decreto 417 de 2020

16 Andrés Rodríguez Mayorga, Campesinos Colombianos afectados por el COVID-19 (julio 8, 2020). Universidad el Bosque, <https://www.unbosque.edu.co/centro-informacion/noticias/campesinos-colombianos-afectados-por-el-covid-19>

17 Julián Ríos Monroy, El Campo en Pandemia (junio, 2020). El Tiempo, <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/coronavirus-en-colombia-vida-en-el-campo-durante-la-cuarentena-por-covid-19-513268>

18 COMISIÓN DE LA VERDAD. (abril 4, 2022), <https://comisiondelaverdad.co/especiales/norte-cordillera-cauca/index.html>

en donde se manifestó COCCAM a través de su cuenta de twitter alegando que muchas familias siguen comprometidas con la paz pero la erradicación forzada afecta los cultivos de fuente de ingresos económicos¹⁹. La sustitución total como se planteó desde la pandemia no concuerda con el proceso de paz y generó descontento entre los campesinos alternativos.

Por el otro lado la ANUC aduce que los productores campesinos afrontarían pérdidas económicas en relación a que las bodegas de Colombia empiezan a perder y eso genera una crisis frente a los costos de recolección pues se incrementan, de igual manera al pago del intermediario y, en muchos casos, no se encuentra comprador por parte del mismo campesino, entonces se termina botando la comida y el campesino asume las pérdidas. De igual manera la ANUC reclamó durante la pandemia en el año 2020 la contratación directa del ministerio de agricultura con las asociaciones campesinas para abastecimiento de alimentos, no con la intermediación de los gremios.

Lo anterior abonado a un crecimiento de los costos de la producción agrícola, transporte y pago de trabajadores incrementaron el descontento del campesinado en general desembocando por un lado en el incremento del descontento de los campesinos alternativos. Ese descontento aumentó por estos campesinos en razón de que la erradicación de estos cultivos alternativos por parte de las Fuerzas Militares de Colombia (FFMM) iba en contra de los Acuerdos de Paz en el punto uno y cuatro en especial en el punto cuatro. LA COCCAM manifestó a través de su cuenta de twitter que la erradicación no es como la cuentan las noticias²⁰, debido a que se desconoce el factor humano, de necesidad y desprotección en los mínimos que debería ofrecer el Estado.

Las dos visiones del campesinado que se muestran, por un lado el incremento desmedido de los abonos y productos necesarios para la agricultura y la falta de una implementación real en los acuerdos. El año 2021 daría como resultado por parte del campesinado de un proceso histórico que sería un hito histórico, uno de los más recientes para este análisis que es el estallido social del 28 de abril de 2021.

El 28 de abril de 2021 iba contra la reforma tributaria y por la negociación del pliego de emergencia que ya había sido entregado al gobierno en el año 2020 y cuya solicitud se negoció en tres movilizaciones previas. Contaba con los siguientes puntos: renta básica; intervención y financiación estatal al sistema de salud; derogatoria de los decretos presidenciales de emergencia; defensa de la producción nacional agropecuaria, industrial y artesanal; matrícula cero en la educación superior; acciones diferenciadas para garantizar la vigencia de los derechos de las mujeres y las diversidades sexuales²¹. El análisis será frente a la producción nacional agropecuaria, industrial y artesanal de igual manera con la implementación del acuerdo de paz.

El suroccidente colombiano fue uno de los lugares donde el estallido social se pronuncia particularmente en la búsqueda de la implementación de los acuerdos de paz, las acciones de reivindicación cultural y recuperación de memoria en donde se sumaron grupos indígenas y campesinos. De igual manera se tomaron puntos como el deseo de que se derogara el Decreto 380 de 2021, que permitía la fumigación aérea con glifosato a los cultivos de “uso ilícito” (Cultivos alternativos) en contra de la posición del incumplimiento del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS) y renegociar los TLC, que han empobrecido a los productores agropecuarios y desestabilizado los precios internos.

19 COCCAM. (26 de junio de 2020). Twitter. Obtenido de Cuenta de Twitter: @COCCAMColombia: <https://twitter.com/COCCAMColombia/status/1276640658636386305/photo/1>

20 COCCAM. (20 de agosto de 2020). Twitter. Obtenido de Cuenta de twitter: @COCCAMColombia: <https://twitter.com/COCCAMColombia/status/1296608826892996618/photo/1>

21 Martha Cecilia García, Santiago **Garcés**, Notas sobre un “estallido social” en Colombia. El paro nacional 28A (agosto de 2020). Revista cien días CINEP, <https://www.revistaciendiascinep.com/home/notas-sobre-un-estallido-social-en-colombia-el-paro-nacional-28a/>

Este estallido social para el campesinado en general fue un momento idóneo para abordar ese resurgimiento con más fuerza en especial para el Cauca y para esta investigación EL Tambo, Cauca que fue uno de esos municipios que vio el renacer de los grupos campesinos con fuerza, por un lado la ANUC con el campesinado productor tradicional que a través de la ANUC REGIONAL CAUCA, manifiesta que mantener y avanzar en los derechos de los campesinos como también de la visibilización del campesinado se debe hacer a través de las movilizaciones activas²². Es en relación a esta unidad regional que se fortalece la fuerza campesina tradicional en El Tambo, generando una participación activa dentro de las marchas del estallido social de 2021 en compañía del sector campesino alternativo liderado por COCCAM y en donde posteriormente se analizó un objetivo en común para ambas organizaciones campesinas.

Por parte del campesinado del municipio de El Tambo, Cauca no aparece como un proceso autónomo pero se hace referencia a una injerencia importante en los campamentos en campesinos en la ciudad de Popayán, Cauca. Se denotan publicaciones en la organización de Jóvenes Universitario de El Tambo, Cauca (JUTAC) y de la emisorera comunitaria La Mezcla 89,4 – El Tambo, Cauca²³ de como los diferentes sectores del municipio se fueron acampar y a marchar durante el estallido social de 2021 y de igual manera posteriormente se le solicitó a otros sectores unirse a esta labor en pro de la defensa del campesinado.²⁴

Se denota dentro del acompañamiento de JUTAC y en especial a las charlas sobre DDHH y políticas públicas uno de los puntos del campesinado no organizado de El Tambo es la búsqueda de una figura para organizarse. Ser reconocidos a través

de una organización y posteriormente luchar por el reconocimiento como un sujeto de derechos protegido constitucionalmente. Aunque este proceso ya se venía manejando desde la ANUC-Tambo, algunos campesinos debido a sus cultivos alternativos no se sentían parte de este proceso y se mantenían por fuera de esta organización a pesar de que tenían un objetivo en común.

La búsqueda del reconocimiento del campesinado y en especial del campesinado también se debe iniciar desde su conceptualización debido a que este es un primer factor que ha incidido en la desaparición progresiva de las culturas campesinas en especial en El Tambo.

A. Concepto de campesino y datos frente al municipio de El Tambo Cauca.

La búsqueda del concepto de campesino debe ser el punto de partida de la reivindicación campesina frente a los procesos políticos que pueden desarrollarse, por lo cual, debe abordarse el concepto de acuerdo con los datos ofrecidos por los entes estatales, es por ello que se parte del concepto ofrecido por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia de El campesino es un sujeto intercultural en su configuración histórica. Esto implica concebir tanto su diversidad como sus características comunes en tanto campesinos. No sólo hay una forma de ser campesino, en él se expresa el reconocimiento constitucional de ser un país pluriétnico y multicultural²⁵.

Tener como presupuesto que los campesinos son diversos y que el reconocimiento de la multiculturalidad y la pluriétnicidad aduce que pueden encontrarse en diferentes grupos poblacionales, luego, el concepto de campesino, de extenderse demasiado, podría generar ambigüedad o imprecisión en los grupos poblacionales existentes y de ahí que la necesidad

22 ANUC REGIONAL CAUCA. (1 de mayo de 2020). Facebook, <https://www.facebook.com/photo?fbid=224704568953897&set=pcb.224704732287214>

23 La Mezcla 89.4 FM - El Tambo, Cauca. (mayo 25, 2021). Facebook, <https://www.facebook.com/lamezclafmoficial/videos/345084660470675>

24 Coordinación de Paro Municipal de El Tambo. (21 de mayo de 2021). Facebook, <https://www.facebook.com/photo?fbid=114635267457991&set=a.107115774876607>

25 INSTITUTO COLOMBIANO DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA, Elementos para la conceptualización de lo “campesino” en Colombia (2017)

de analizar al campesino como un sujeto que subsiste a partir de su trabajo en el campo y que vende su excedente de producción²⁶ no es suficiente. Por consiguiente, debe realizarse un análisis entre el concepto del campesino y la conexión que tiene el mismo frente al territorio por ello es pertinente acudir a una definición más integral.

De acuerdo con Duarte Torres & Montenegro Lancheros se debe conceptualizar que:

Los campesinos son un sujeto que se autoidentifica como tal, que viene de o existe generalmente en la ruralidad y que expresa sus marcadores de identidad en relación profunda con el trabajo de la tierra y la naturaleza, con las diversas formas de articulación con el mercado, y con los territorios y las regiones de los que forma parte.²⁷

Al implementarse la conexión del individuo con el campo reduce las posibilidades de que terratenientes ingresen dentro de este concepto por cuanto los campesinos guardan relación con la vecindad, sustentan conocimientos relacionados con el campo y podría llegar a ligarse con mitos y leyendas de la zona que los conectan con la tierra que debido a ello guardan conexión con los demás campesinos de la zona. Además de lo anterior deben tener memorias relacionadas a vivencias dentro del territorio, pero aun no siendo del territorio debe guardar relación con la vida campesina de tal manera que le permita transformar y consolidar estrategias de producción con una relación directa al tiempo sobre el autoconsumo, en consecuencia, que la producción que puede realizarse como campesinado pueda variar dependiendo de las posibilidades del entorno. Aduciendo nuevas formas de producción diferentes a la agrícola o la que se realiza en el campo.

26 Jose Felipe Salgado, *Procesos estructurantes de la diferenciación campesina: estudio de caso en las veredas la Unión y Perico de Sibaté, Cundinamarca*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario (2014)

27 Carlos Duarte Torres & Camilo Montenegro Lancheros, *Conceptualización del campesinado en Colombia*. Documento Técnico para su definición y caracterización. Bogotá: Playfair y Andada, pág. 24-25 (2020)

De esta manera se puede entender las dinámicas del campesinado desde no solo las acciones sino también en relación con los recuentos históricos y construcción de identidad a factores personales como lo menciona Montes Vásquez, en su tesis sobre Huisito, El Tambo, Cauca que menciona

Los testimonios de los campesinos eran muy interesantes porque con sus relatos de vida rescataban la dimensión humana de la historia en dos direcciones: por un lado, detallaban la forma en que ellos mismos habían participado en la configuración de la estructura agraria; y por el otro, reconocían el impacto que la evolución de la estructura agraria había tenido sobre sus vidas personales y familiares. De modo que la historia de vida de los campesinos iluminaba la comprensión de la historia del pueblo, así como la historia del pueblo ayudaba a entender las historias de vida de los campesinos. Entonces surgió la idea de presentar los resultados de la investigación a través de un contrapunto entre la historia y la memoria.²⁸

Ver como la historia del campesino confluye no solo con la creación propia de su vivir sino también de la construcción de su concepto como campesinado permite tener una visión de una identificación del campesino como un sujeto que tiene su historia en relación y complemento con las vivencias de su territorio y que al separarlo pierde el sentido de la dinámica de su historia.

El autor Montes Vásquez en su tesis deja en evidencia la importancia de la memoria como un mecanismo de defensa y de reivindicación de su dignidad no solo como campesinos sino también como humanos²⁹. La defensa de la dignidad de un sector como el campesinado sin importar sobre la producción que realicen debe verse de

28 Luis Miguel Montes Vásquez, *Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el título de Historiador*. HUISITÓ. Historia/ Memoria de una comunidad campesina 1950-2015. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, pág. 16. (2017)

29 Luis Miguel Montes Vásquez, *Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el título de Historiador*. HUISITÓ. Historia/ Memoria de una comunidad campesina 1950-2015. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, pág. 19. (2017)

manera amplia y aprovechar el diálogo como potencializador de paz. De lo anterior, es claro que analizar la historia desde los descendientes de quienes la vivieron es importante por consiguiente se extrae este fragmento sobre la historia de Husito por Montes Vásquez:

“Mi abuela contaba que cuando ellas llegaron por primera vez estas tierras estaban deshabitadas. Huisitó era la pura y viva selva. Aunque antes vivían por aquí los indios y todavía se encuentran en algunas fincas las guacas y los restos de sus pueblos. Los mayores se acuerdan de ellos porque los indios viajaban hasta San Juan para comerciar con los negros. Su cacique más importante se llamaba Huísito y fue por eso que estas tierras, con el acento de los negros, se conocían en San Juan con el nombre de Huisitó. Así que el pueblo no lo bautizó mi bisabuela, pero el primer rancho de este caserío sí lo construyó ella junto a su familia.”³⁰

Es de complacer a esta investigación el factor positivo del dialogo y de la recuperación histórica en pro de la paz y en el caso en concreto de ver un factor nuevo para la conceptualización del campesinado pues, no es necesario ver a este sujeto solo en labores agrarias también se le ve como comerciantes y constructores debido a que mencionan el comercio de indígenas con afros y por ende también con los campesinos de igual manera hablan de la ampliación de las zonas pobladas y de las construcciones de las viviendas para el uso de la tierra.

Por consiguiente, no solo el lugar y la producción inciden, debe tomarse también el concepto de capital social para analizar que el campesinado y la empresa campesina se puede reducir a una microempresa familiar pero no es del todo correcto esta afirmación, debido a que también se ingresan recursos al hogar campesino de otras acciones laborales diferentes a las que se realizan

en el predio según el análisis de Durston ³¹. De ahí que analizar la problemática del campesinado es dirigir la mirada no solo al individuo como un sujeto que debe tener protección constitucional sino al grupo familiar campesino que subsiste no solo de las actividades dentro de sus predios sino por fuera de los mismos a razón de las diferentes necesidades que se presentan.

Por consiguiente, el factor de producción es incidido según la Corporación Grupo Semillas por un cambio en la producción debido a que el campesinado tambeño fue incidido por entidades estatales y privadas que promueven los monocultivos con semillas certificadas y transgénicas que han cambiado la alimentación de las familias campesinas promoviendo la industria alimentaria, la aculturación y la pérdida de la identidad campesinas³².

Es de apreciar, que el campesinado tambeño y la familia campesina tambeña eran autosuficientes, pero todo esto empezó a cambiar por la llegada de los monocultivos que hicieron que el campesinado como un sujeto ligado a la tierra y capaz de vivir de la misma se desfigurara pues su subsistencia pasa a un proceso mixto de producción de su tierra al trabajo en otras fincas como jornalero, minero, comerciante etc.

Mencionado lo anterior, es deber analizar que el concepto de campesinado se vincula a las acciones del individuo en una zona de producción, que puede desarrollar diferentes acciones para la subsistencia sin apartarse de su identidad, se relacionan con el lugar, las acciones históricas, los ecosistemas y las políticas públicas que permitan el desenvolvimiento de este grupo.

Frente a lo anterior se debe precisar que el municipio de El Tambo no es ajeno a la violencia que azota Colombia y que se evidencia en la

30 Luis Miguel Montes Vásquez, Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el título de Historiador. HUISITÓ. Historia/ Memoria de una comunidad campesina 1950-2015. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, pág. 27. (2017)

31 Durston Jhon, El capital social campesino en la gestión del desarrollo rural, (2002)

32 Corporación Grupo Semillas Colombia. (junio 26, 2018). Semillas, <https://www.semillas.org.co/es/caracterizacion-participativa-de-las-semillas-criollas-campesinas-del-municipio-de-el-tambo-cauca>

afectación del desarrollo de los diferentes grupos poblacionales en los ámbitos de la educación, económicos, culturales y sociales por consiguiente se denota una clara vulneración a los derechos fundamentales por consiguiente es necesario en primera medida, tener presente: La memoria histórica de las víctimas del conflicto armado colombiano porque implica para las comunidades y en especial a la campesina la posibilidad que a través de las narraciones, rituales y experiencias afrontar los sucesos vividos e implementar acciones de construcción de nuevas vidas.³³

De acuerdo con el texto de trabajo de grado de Norman Ramiro Bastidas, en relación con los niños y jóvenes sujetos del conflicto armado víctimas de desplazamiento forzado se logró identificar con el estudio revisado en su trabajo grado sobre el grupo poblacional de la vereda la paz del municipio del Tambo, Cauca, que, el desarrollo de talleres de memoria, pintura, dibujo entre otros, así como la propuesta del Centro Nacional de Memoria Histórica,³⁴ generaron un: “efecto reparador en cuanto a que se aprenden de las experiencias positivas y negativas, reflexionando sobre los hechos, recordando el valor con que lo enfrentaron, la manera de disfrutar el diálogo con los grupos (comunidad de indagación) (...)”.³⁵ Esto demuestra cómo los resultados de implementación de la memoria histórica han tenido un impacto favorable en las víctimas campesinas del Tambo Cauca.

De lo anterior se extrae que, en primer lugar los niños y jóvenes de la vereda la Paz del municipio del Tambo, Cauca han sido sujetos de violencia, como lo es el desplazamiento forzado; y en segundo lugar, que a pesar de ello, a través del diálogo, de la memoria histórica es posible apoyar los procesos de resiliencia de estos niños y jóvenes, que les permita, recordar lo sucedido, cómo a través de ello y de sus propias historias

pueden salir adelante y demostrar que es posible concientizar en clave de diálogo sobre los hechos sucedidos e implementar la construcción de nuevos proyectos de vida.³⁶

Los campesinos han sido parte central de la resistencia frente al conflicto armado y debe resaltarse que el conflicto armado se recicla en varios municipios del Cauca en relación a que son lugares de disputas históricas entre sectores, de los cuales la principal respuesta y la única en muchos años es la militarización de las zonas en disputa.³⁷ Es de reconocer que el municipio de El Tambo es uno de los territorios en disputa aún.

Para hacer énfasis en el conflicto que asedia aun el municipio de El Tambo, Cauca, debe notarse la incidencia de las economías ilegales es debido a ello que son desplazadas las personas y se dirigen hacia el municipio de López de Micay escapando de la violencia de las veredas Nayita, Agua Clara y Betania de El Tambo.³⁸ Acciones se pueden prevenir a través de un proceso real de reivindicación cultural, económica y política.

Lo anterior, abonado a la pobreza concatenada con el desplazamiento reducen las posibilidades de que el campesinado se unifique o por lo menos empiecen a buscar ser considerados como sujetos de especial protección y generan además la salida de jóvenes campesinos a otros territorios empobreciendo el campo³⁹. Es tal la falta de un proceso de reivindicación del campesinado que una de las coordinadoras de paz más importantes de El Tambo, la señora Marleny Muñoz manifiesta través de una entrevista en el Espectador que “La parte donde hay dinero es en las zonas alejadas, donde no hay carreteras, pero sí cultivos ilícitos, y hasta

33 Norman Ramiro Bastidas, Memorias del conflicto armado en los niños, niñas y adolescentes desplazados por la violencia en la institución educativa agropecuaria LaPaz de El Tambo Cauca, Universidad Unicauca. (2018) p. 97 (2018).

34 Id.

35 Id.

36 Id

37 COMISION DE LA VERDAD, Norte y Cordillera del Cauca, Entre la continuidad del conflicto y las resistencias ancestrales (2022)

38 Flash MIRA, Colombia - Informe Flash MIRA, Misión al municipio Lopez de Micay por recepción de desplazamiento vereda Nayita (El Tambo) Departamento del Cauca (2021)

39 Id.

allá llegan a trabajar los hombres, especialmente, para llevar el sustento a sus casas".⁴⁰

De la misma manera debido a las dinámicas del municipio relacionados a los núcleos familiares de defender a sus miembros se identifica que los jóvenes empiezan analizar que el campo y ser campesino propiamente dicho no tiene futuro según la intervención del docente Juan Carlos Salazar "el pensamiento de los jóvenes de acá se ha urbanizado, porque ven que el campo no tiene futuro para ellos, entonces deciden estudiar unas carreras que nada tienen que ver con el campo y esto se va quedando solo."⁴¹ El conflicto armado y la falta de una implementación de los Acuerdos de paz también influyen en la desaparición del campesinado a través del envejecimiento de la población.

Se debe analizar que el municipio de El Tambo Cauca "[...] no es ajeno a la presencia de los cultivos de uso ilícito los cuales se estiman en 1420 hectáreas."⁴² Se vislumbra que las dinámicas de los cultivos alternativos han inferido con el conflicto armado en el municipio⁴³ que no solo afecta a los sectores con cultivos alternativos sino también los lugares aledaños dentro del territorio, generando una lucha por territorios y de igual manera fomentando la curva de crecimiento de cultivos ilícitos que se evidencian según El Tiempo en el registro de Simci ⁴⁴.

Pero el conflicto armado es solo uno de los múltiples ataques de la institucionalidad a este sector pues como se mencionó, los monocultivos,

40 El Espectador. (enero 21, 2020). El Espectador, <https://www.elespectador.com/>: <https://www.elespectador.com/colombia-20/conflicto/los-muertos-y-las-promesas-incumplidas-en-el-tambo-cauca-article/>

41 Id

42 ALCALDÍA MUNICIPAL DE EL TAMBO CAUCA, Plan de Desarrollo Municipal 2016 – 2019 (2016).

43 Radio Nacional de Colombia, <https://www.radionacional.co/noticias-colombia/el-tambo-cauca-hostigamiento-fue-atribuido-las-disidencias-farc>

44 El Tiempo. (marzo 31, 2021). El Tiempo, <https://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/municipios-y-departamentos-con-mas-cultivos-ilicitos-de-coca-en-colombia-577529#:~:text=Catatambo%2C%20Frontera%20Tumaco%20y%20Argelia,mayor%20%C3%A1rea%20sembrada%20con%20coca.&text=Aunque%20baj%20>

la falta de un proceso de memoria histórica y la falta de implementación de políticas públicas están generando acciones negativas frente a la población campesina en general.

De igual manera, es claro que las economías ilegales traen a los actores armados e incrementan el riesgo de violencia, pero estas economías permiten el sustento de muchas familias campesinas. Esto demuestra la encrucijada de los campesinos y debido a ello por relación a las preocupaciones tienden a desaparecer la cultura de los grupos campesinos en especial en El Tambo. Por consiguiente, uno de los primeros pasos para buscar la reivindicación integral debe comenzar con la recuperación cultural e histórica para generar un reforzamiento no solo frente al conflicto armado sino también los múltiples ataques de la institucionalidad a este sector pues como se mencionó, los monocultivos, la falta de un proceso de memoria histórica y la implementación de políticas públicas están generando acciones negativas frente a la población campesina en general.

B. Proceso de reivindicación cultural.

Los campesinos deben concentrar sus esfuerzos en primera medida en la reivindicación cultural, su memoria historia, creencias, mitos y leyendas las cuales les permite afianzarse y adoptar un concepto complejo y argumentado de lo que es ser campesino. Es desde el punto de vista de una identidad colectiva que se puede realizar una reivindicación de las costumbres e incidir en las políticas públicas en busca de un reconocimiento.

El campesinado tambeño debe tener como máximo objetivo la paz en cuanto es un "[...] objetivo estratégico, puesto que la democracia y la justicia social son objetivos que se truncan con las intervenciones militares, y puesto que es imposible imponer la democracia mediante la fuerza de un gendarme imperial hegemónico"⁴⁵ Lo que aduce que las poblaciones campesinas deben mostrar a través de sus acciones conjuntas una identidad colectiva

45 José Mendivil Macías, Ciudadanía Compleja y Reivindicación Cultural. Guanajuato, México: Repositorio de la Universidad de Guanajuato pág. 53 (2008)

que les concrete ser parte en primer momento de un grupo, después les permita mantener ese núcleo de identidad vivo y en una segunda parte dar a conocer ese núcleo de identidad a través de los medios idóneos y adecuados para poder anexar aquellos campesinos que aun sin tierra conservan sus tradiciones.

Las narraciones referentes a la memoria histórica permitirán a las nuevas generaciones de campesinos tener de presente su historia, las vivencias y empezar a consolidar grupos comunales de recuperación del tejido social a partir de las dinámicas narrativas, teatrales, danzas y acciones sociales que encaminan a la participación de ampliar el núcleo de identidad de los campesinos. De ahí que el silencio de la historia perjudica la cultura y con ella la imposibilidad de generar reportes comunales para evitar la inexactitud de los reportes estatales. Consecuentemente, Galindo Cubillos & Guavita Moreno aducen que la memoria tiene una naturaleza implícitamente social pues configura la unidad de la memoria social a partir de la individualidad de las narraciones y de ahí reconocer el núcleo y la importancia del valor de la reconciliación, el perdón y no al olvido.⁴⁶

Al afianzarse y recobrar estos valores como grupo campesino se empieza una nueva faceta dentro de las políticas territoriales que en el caso en concreto sería el acercamiento de las comunidades campesinas con el propósito de incidir en la política local para ser reconocidos como un grupo que merece un desarrollo de derechos y protecciones adecuadas.

En el municipio de El Tambo, Cauca, a través de los campesinos alternativos enfocan su propuesta desde el día de los campesinos y campesinas; trabajadores y trabajadoras incansables por la vida, la democracia y la paz⁴⁷. Que generan acciones de influencia para la construcción desde

las historias individuales de los campesinos que desembocan en procesos conjuntos y en la historia de un campesinado que busca su reconocimiento a través de los trabajos como comunales, organizaciones y como vecindad.

Es a través de ese descontento desde las bases que se movilizaron retomando la cultura de la minga campesina que se vio reflejada en las marchas, el trabajo dentro de los campamentos y la solidaridad de los campesinos tambeño alrededor de ese trabajo que se mostró en su mayoría en marchas pacíficas en la capital caucana como se evidencia en el registro de video de la cuenta de Facebook de la Juventud Universitaria de El Tambo, Cauca⁴⁸. Ese accionar del campesinado de unidad frente a temas tan claros como la no aspersión aérea con Glifosato, la implementación de los acuerdos de paz en especial el punto uno (1) “[...]el Acuerdo Reforma Rural Integral, que contribuirá a la transformación estructural del campo, cerrando las brechas entre el campo y la ciudad y creando condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural. La Reforma Rural Integral debe integrar las regiones, contribuir a erradicar la pobreza, promover la igualdad y asegurar el pleno disfrute de los derechos de la ciudadanía.”⁴⁹ de lo anterior se demuestra que los acuerdos de paz manifiestan a través de este primer punto lo referente a un olvido estatal frente a la zona rural y en especial frente al campesinado que no solo fue víctima de los grupos armados sino también y frente al Estado.

Frente al punto uno de los acuerdos de paz es proclive mencionar los procesos de la ANUC-Tambo que mantienen las mingas y el dialogo campesino como lo denotan sus acciones a través de su cuenta de Facebook y del compromiso por una reforma agraria que lo ha llevado a estar en procesos de dialogo con entes gubernamentales

46 Sandra Liliana Galindo Cubillos & Ruth Nayiber Guavita Moreno, Construcción de tejido social entre víctimas del conflicto armado. Una experiencia de los campesinos de la localidad de Sumapaz. (2018)

47 COCCAM. (mayo 1, 2021). Twitter. Obtenido de Cuenta de twitter: @COCCAMColombia: <https://twitter.com/COCCAMColombia/status/1388468242822443010/photo/1>

48 Juventud Universitaria El Tambo Cauca (JUTAC). (12 de mayo de 2021). facebook. Obtenido de Cuenta de facebook: Juventud Universitaria El Tambo Cauca: <https://www.facebook.com/juventuduniversitaria.eltambocauca/videos/110872767834241>

49 GOBIERNO DE COLOMBIA, Acuerdo 1 de 2016 Nivel Nacional.

en varias ocasiones. De igual manera los campesinos alternativos han estado presentes de igual manera en procesos referentes a la reforma agraria integral que también fue punto de convergencia de estos dos grupos.

Por otro lado, el punto cuatro “Solución al Problema de las Drogas Ilícitas. Para construir la paz es necesario encontrar una solución definitiva al problema de las drogas ilícitas, incluyendo los cultivos de uso ilícito y la producción y comercialización de drogas ilícitas. Para lo cual se promueve una nueva visión que dé un tratamiento distinto y diferenciado al fenómeno del consumo, al problema de los cultivos de uso ilícito, y a la criminalidad organizada asociada al narcotráfico, asegurando un enfoque general de derechos humanos y salud pública, diferenciado y de género.”⁵⁰ Dan una visión diferente del campesino alternativo, el que trabaja estos cultivos alternativos (uso ilícito) debido a que lo identifican como el eslabón más débil de la cadena del narcotráfico y busca ser re dignificado a través de programas gubernamentales para sustituir los cultivos alternativos (uso ilícito).

De lo anterior se debe aclarar que la COCCAM se había pronunciado sobre este proceso de sustitución y de cómo el factor de fuerza del Estado durante el pasado gobierno de Duque incumplió con este punto debido a que a través de las Fuerzas Militares se hizo una erradicación forzada⁵¹ a los campesinos alternativos generando aún más la desconfianza y destruyendo lo pactado en el acuerdo de paz.

Debido a lo expuesto el campesinado se denota en un primer punto como un sujeto marginado y acorralado por el conflicto y por la falta de una voluntad política para el ejercicio pleno de los derechos ciudadanos y aún más se identifica la necesidad de generar nuevas garantías para estos sujetos que son vulnerados. Buscar a través de la interpretación de la constitución el desarrollo de una conceptualización del campesino como

sujeto de derechos desde su cultura y su memoria permitiría una aproximación a una reivindicación nacional de esta población.

Consecuente con el desarrollo de esta reflexión se debe hacer énfasis en la carta política colombiana comenzando con el artículo 7 “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”⁵² y bajo la misma línea el artículo 64 constitucional referente al campesinado que prohija varios derechos a los campesinos y los trabajadores agrarios. Se resalta que hay una evaluación del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a través del Comité Asesor sobre la promoción de los derechos de los agricultores y de otras personas que trabajan en las zonas rurales.⁵³ Bajo este documento y lo acontecido durante el paro del 2021 que conto con gran número de campesinos en las marchas⁵⁴ se demuestra la vulneración y la discriminación.

Se demuestra bajo los postulados anteriores la necesidad de garantizarse una postura frente al desarrollo de las políticas territoriales de El Tambo y del Cauca para obtener acciones de defensa del territorio en una posición política fuerte, que permite a los líderes campesinos establecer relaciones con los gobiernos locales sin abandonar el núcleo esencial que los une, que es su misma historia que se relaciona con el territorio. En consecuencia, la historia del territorio es la unión de las historias individuales de los campesinos a través del intercambio oral de historias y acciones bajo el deseo de mantener acciones propias de su territorio.

Ese núcleo esencial son las tradiciones orales, la cultura del trabajo de campo, las fiestas campesinas y las actuaciones políticas en pro de la protección del agua y de sus cultivos⁵⁵. Al

50 Id.

51 COCCAM. (agosto 20, 2020). Twitter. Obtenido de Cuenta de twitter: @COCCAMColombia: <https://twitter.com/COCCAMColombia/status/1296608826892996618/photo/1>

52 Constitución Política de la República de Colombia (1991).

53 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Estudio definitivo del Comité Asesor del Consejo de Derechos, (2012).

54 María Camila Cañón, Los reclamos de los campesinos en el paro nacional, El Espectador (2021).

55 El Tambo Humano. (agosto 21, 2019). Facebook. Obtenido de Cuenta de Facebook: El Tambo Humano: <https://www.facebook.com/watch/?v=2934483519957132>

momento que las comunidades campesinas se reúnan y empiecen un análisis de sus tradiciones se puede llegar a la consolidación de un factor político como campesinado; al abandonar la inclinación territorial de algunos grupos campesinos dentro del municipio se le permite a las comunidades tomar una posición más amplia y con perspectiva de comunidad campesino en busca de la consolidación del reconocimiento político y legal de ser un sujeto de especial protección por su cultura, historia y su nivel de vulnerabilidad frente a los fenómenos de la guerra y de las dinámicas neoliberales.

La comunidad campesina del Tambo tiene una amplia diversidad en sus concepciones de vida, algunos tienen una cosmovisión abierta sobre otros territorios, y otros tiene una visión más territorial sobre sus saberes y trabajo.

Precisado lo anterior, se considera que, si las comunidades campesinas se reunieran, y empezaran un análisis de las tradiciones de cada sector, o comunidad, se podría llegar a la consolidación de un factor político como campesinado; al abandonar la inclinación territorial dentro del municipio, y entablar un diálogo y análisis como se señaló en comunidades, se permitiría o facilitaría la iniciativa para un proceso campesino en busca de la consolidación del reconocimiento político y legal de lo que denota ser un campesino, así como sus valores y necesidades.

Los campesinos de El Tambo comparten una historia relacionada con el conflicto armado lo cual les permite adoptar formas de reconocimiento a partir de la calificación de víctimas del conflicto armado, que guardan relación con un abandono estatal y la falta de una reforma agraria verdadera y contundente para el restablecimiento del derecho de los campesinos parafraseando a Tobasura Acuña (2005) las reformas agrarias guardan relación al mundo de las ideas y a procesos político internacionales que solo desdibujan la lucha campesina y una verdadera

reforma agraria en una simple compra de tierras y seguimiento de las mismas⁵⁶.

Los procesos de des culturalización, abandono de las tradiciones campesinas y la desaparición de sus tradiciones orales guarda estrecha relación con la globalización del mercado, la falta de creación de un órgano que recolecte y proteja estas tradiciones y sobre todo del contundente proceso de globalización descarnada que desaparece las tradiciones de los pueblos caucanos en especial de los campesinos.

Sobre los procesos dialogo campesino, y construcción de sus necesidades, la Corte Constitucional ha señala en sentencia C 077 del año 2017 que: *“La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que los campesinos y los trabajadores rurales son sujetos de especial protección constitucional en determinados escenarios. Lo anterior, atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad y discriminación que los han afectado históricamente, de una parte, y, de la otra, a los cambios profundos que se están produciendo, tanto en materia de producción de alimentos, como en los usos y la explotación de los recursos naturales. Teniendo en cuenta la estrecha relación que se entreteje entre el nivel de vulnerabilidad y la relación de los campesinos con la tierra, nuestro ordenamiento jurídico también reconoce en el “campo” un bien jurídico de especial protección constitucional, y establece en cabeza de los campesinos un Corpus iuris orientado a garantizar su subsistencia y promover la realización de su proyecto de vida. Este Corpus iuris está compuesto por los derechos a la alimentación, al mínimo vital, al trabajo, y por las libertades para escoger profesión u oficio, el libre desarrollo de la personalidad, y la participación, los cuales pueden interpretarse como una de las manifestaciones más claras del postulado de la dignidad humana.”*⁵⁷

56 Isaías Tobasura Acuña, *Las luchas campesinas en Colombia en los albores del siglo XXI: de la frustración a la esperanza*. OSAL, (2005).

57 C.C, Sentencia C- 077 del 8 de febrero de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

De lo dicho por la Corte es factible reconocer que, las necesidades campesinas se ajustan a la Constitución Política, y el proceso de construcción del campesinado está plenamente amparado por la Carta de Derechos en relación con el nivel de vulnerabilidad y discriminación que han afectado históricamente a esta población. Es de resaltar que el campesinado y los trabajadores rurales por su estrecha relación con el campo el que se identifica bajo la corte como un bien jurídico especial la connotación de ver en el caso concreto al campesinado como un sujeto especial de protección. Se recalca de cierta manera la cultura y relación del campesino con la tierra favoreciendo el análisis para validar que los proyectos de vida individuales del campesino tienden a unirse bajo la perspectiva de comunidad campesina bajo los factores del trabajo del campo y las interrelaciones campesinas como lo son las mingas.

Es imperioso traer a esta argumentación la Ley 160 de 1994, al igual que la jurisprudencia constitucional C-006 de 2002, de donde parte el reconocimiento al campesino como un sujeto de especial protección en relación con su vulnerabilidad. Pero se tiene presente que además de su nivel de vulnerabilidad juega el papel cultural en relación con su unión con el campo y se incluiría frente al análisis realizado que también está el valor histórico de la comunidad campesina como un insumo permanente y fundamental de una visión integral del campo y su población. Lo anterior, demuestra que la relación del campesino y territorio es una de las particularidades de la cultura campesina debido a que el entorno es un incidente para el desarrollo del ser humano y la posibilidad de desarrollar su plan de vida en dignidad.

Se denota el papel fundamental de la cultura como punto de inicio de la conceptualización y de la reivindicación campesina por las diferentes aristas que per forman la cultura en la medida que se transforma las dinámicas del territorio y con ellas las historias de los campesinos. Se retoma el valor cultura del territorio y el enfoque de unidad del campesino para mantenerse activo y en consecuencia empezar con proceso reivindicatorio desde la perspectiva cultural en miras a un proceso político reivindicatorio.

C. Reivindicación política.

*Los campesinos son de vital importancia para la soberanía alimentaria de Colombia, pero debido a las constantes acciones en contra del campesinado se denotan una disminución de la posibilidad del autoabastecimiento y en ella la negativa del Estado Colombiano de reconocer al campesinado como un sujeto histórico de vital protección.*⁵⁸

Como ya se mencionó la importancia del artículo 64 de la Carta Política de Colombia deben también analizarse en concordancia el artículo 65 de la carta constitucional referente a la protección de la producción de alimentos de vital importancia para mantener la soberanía alimenticia y en el artículo siguiente es decir el artículo 66 que adopta las medidas de los créditos agropecuarios representan el punto esencial de la constitución frente a la protección del campesinado.

Lo anterior solo es la protección del sector agrícola más no de la identidad campesina y del reconocimiento del mismo como un sujeto de vital protección constitucional debido a que de ellos depende la soberanía alimenticia y es de recordar que los grupos campesinos han sido los principales afectados en el conflicto interno. El declarar a los campesinos como sujetos de vital importancia sería el inicio para avanzar en la justicia social en el campo colombiano.

La sentencia SU 235 de 2016 hace un análisis cronológico de la vulnerabilidad del campesinado y su desplazamiento a otros sectores y de ahí se analiza el acceso progresivo del campesinado a la tierra a través de la movilización colectiva y en ello la participación de las formaciones campesinas⁵⁹. También se identifica que el desconocimiento de la fuerza que tiene el campesinado como organización, generó en los casos de esta sentencia una luz frente a la reivindicación al acceso para reclamar tierras.

58 Alberto Salazar, Reconocimiento político del Campesinado (2015).

59 C.C, Sentencia SU-235 del 12 de mayo de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Pero esa adjudicación de tierras baldías no solo es deber de la organización campesina sino también de un análisis objetivo y subjetivo para acceder a la apropiación, uso, tenencia legítima y documentación legal⁶⁰. En consecuencia, la sentencia reconoce la importancia del debido proceso administrativo en estos casos agrarios específicos por consiguiente autoriza el trabajo de los campesinos como valor principio y derechos fundamental.

Es aquí que se debe pensar al campesino como uno de los pilares principales para el desarrollo social en vinculación con el territorio, su memoria colectiva, individual e historia para ser recogido en las diferentes acciones para la recolección de bienes alimenticios, materias primas, valores históricos y culturales que inciden de manera positiva en los procesos argumentativos.

La población campesina se puede ubicar en dos grandes ramas: La población campesina rural y la población campesina urbana por consiguiente el análisis llevara a generar a través del análisis político, cultura y conceptual el desarrollo de estas definiciones de campesino.

La división teórica permite analizar la capacidad de la población campesina en un espectro teórico de los cual se aduce que al pensar el campesinado como un grupo extenso en diferentes acciones dentro de la comunidad se vislumbra muchos puntos de vista para la realización de una intervención frente a las políticas públicas lo cual, permite ampliar la construcción de un modelo pluralista⁶¹ para lo cual la interlocución del grupo campesino permite un consenso y unas metas reales.

Tabla 2. Definición de campesino.

<i>Población campesina</i>		
<i>Rural</i>	<i>Urbana</i>	
	<i>Desplazados</i>	<i>Trabajadores</i>
<p>Son aquellos campesinos que tienen una relación directa con la tierra y que mantienen una tradición. Poseen un conocimiento actual de los procesos que suceden en sus territorios y son grandes incidentes de las decisiones que se toman dentro del territorio. Tienen la capacidad de tomar el liderazgo dentro de la comunidad.</p> <p>Mantienen un trabajo constante en sus fincas y tienen su habitación en las mismas.</p> <p>Por lo anterior ellos deben identificarse como campesinos.</p>	<p>Son aquellos campesinos que por razón u ocasión del conflicto armado tuvieron que abandonar sus tierras o venderlas.</p> <p>También son campesinos aquellos descendientes que conservan tradiciones y logren crear un vínculo con una zona campesina. De igual manera deben reconocerse como campesinos</p>	<p>La globalización y la falta de inversión en el campo han desembocado en que grandes grupos de campesinos migren a las cabeceras municipales o a las ciudades en busca de un trabajo o de estudio para mejorar su estilo de vida. De igual manera deben reconocerse como campesinos.</p>

Fuente: Elaboración propia.

60 Id

61 Constitución Política de Colombia (1991)

En el caso Tambeño se encuentran diferentes liderazgos de campesinos y dinámicas de acuerdo con su territorio es así que se mantiene una separación no solo territorial sino una separación política lo que dificulta la participación del campesinado en los roles políticos de manera autónoma. La búsqueda de una articulación para los beneficios políticos del municipio de El Tambo permitirían en un mediano plazo la creación de una cooperativa campesina en busca de la adecuación del capital social que según Rodrigo es *“una potencialidad u objetivo a conseguir, sino un estado de la dinámica de relación social intra y extra grupal, en tanto está dado en la relación social de los sujetos, en el tipo de sociabilidad conjugada.”*⁶² *Que al lograr el capital social dentro del municipio se puede participar como un ente político, económico y social.*

En el municipio de EL Tambo, Cauca, están activos dos grupos campesinos bastante grandes por un lado la ANUC como se mencionó a lo largo de este artículo de reflexión y por el otro lado la COCCAM quienes actualmente son los grupos que mayor incidencia generan dentro del territorio y fuera de él. Por lo anterior se denota que la potencialidad de conseguir una dinámica desde actores que podrían llegar a generar acuerdos para la reivindicación del actor campesino.

*Pero la participación del campesinado en la política siempre se ha visto reducida en cuando a que la democracia en Colombia guarda una estructura relacionada al simbolismo que tienen las descripciones de los grupos poblacionales que actúan en ella*⁶³. Por ello la potencialidad u objetividad de las dinámicas de los grupos campesinos se opacan por el discurso emotivo que no manejan los sectores campesinos y de tenerlo no podría ejecutarlo en un ámbito de política general. Debido a que las intenciones del sector campesino son analizadas de manera subjetiva a necesidades de un sector minoritario como se le ha concebido.

62 Rodrigo Contreras O, Empoderamiento campesino y desarrollo local, Revista Austral de Ciencias Sociales, N° 4, 2000, 55-68. (2000).

63 Alejandro Lopez Gallegos & Aquiles Chihu Amparan, Símbolos, lenguaje y espectáculo en la democracia: el escepticismo político de Murray Edelman (2011)

De lo anterior el campesinado debe analizar los mecanismos de participación que le ofrece la Ley 134 de 1994⁶⁴ que regula los mecanismos de participación ciudadana bajo el modelo de Estado social de Derecho y en ellos buscar mecanismos especiales para la defensa de los territorios rurales donde se desarrollan las acciones culturales, sociales y comunales del campesinado. Las acciones deben tener como fin incentivar las dinámicas económicas dentro de los territorios a favor de la soberanía alimenticia y la paz; por consiguiente, la creación de planes en conjunto de reivindicación económica va de la mano con los procesos políticos.

No se debe dejar de lado que las organizaciones sociales de las zonas rurales como las de El Tambo han incidido de forma peculiar en los escenarios políticos no solo locales sino nacionales, pero todos desembocan en la meta más importante del campesinado que es la reforma agraria integral.⁶⁵

Conformado la organización económica campesina (Pueden ser varias) coordinada a lazar un objetivo en específico buscara una caracterización necesaria para acudir a propuestas reivindicativas no solo formales sino materiales en relación no solo a las vías de hecho pues se enfatizara en los interés comunes de los mandatarios de turno para garantizar el acceso a una transformación a partir del diálogo y las acciones económico-políticas que permitan el bienestar de los trabajadores rurales y campesinos.

Cuando se presenta la posibilidad de ser un ente político como corporación campesina se puede potenciar y capacitar las posibilidades dentro del territorio a través de un plan de desarrollo que se adecue a los problemas reales de las comunidades. Factor que la ANUC realizo en las pasadas elecciones al Consejo Municipal

64 Ley 134 de 1994.

65 Jhony Alexander Tamayo Castro, La participación política del campesino en Colombia, entre los mecanismos institucionales y los procesos organizativos. El caso de las organizaciones campesinas del suroeste de Antioquia (2012)

de Juventudes de El Tambo, Cauca, con dos candidatos⁶⁶.

Dentro del análisis que realizan las comunidades campesinas alternativas desde su territorio es la consigna de la no erradicación de los cultivos de hoja de coca que son el principal sustento de algunas comunidades campesinas que se evidencio en los campamentos campesinos, las marchas bajo una consigna clara y el dialogo que tomaron los líderes para llevar una misma consigna pues la hoja de coca es el principal sustento de las familias campesinas alternativas ⁶⁷.

De aquí que se deba acudir a la pasibilidad política y un análisis para determinar la viabilidad de una sustitución progresiva de los cultivos ilícitos debido a que a pesar de encontrarse en el punto cuarto de los acuerdos firmados entre el gobierno de Juan Manuel Santos y las extintas guerrillas de las FARC tiene una falencia muy grande. Se relaciona en que no existe un análisis de viabilidad de los cultivos que sustituyan, tampoco se analiza su implementación y rendimiento⁶⁸. De lo anterior es claro que se pasó por alto la verificación del progreso y la rentabilidad de los nuevos cultivos en consecuencia no existe una garantía de no reincidencia en los cultivos.

Es de resaltar que El Tambo es uno de los municipios con menor implementación de los acuerdos⁶⁹ lo que aduce una mala gestión frente a las políticas de sustitución que se vieron reflejadas en el paro del año 2021 en la capital del departamento de Cauca. Lo anterior deja de presente una duda que no será respondida en esta reflexión y concerniente a la legalización de las drogas ilícitas; debido a que la pandemia solo

amplia la desigualdad en la población colombiana y los cultivos ilícitos fueron el sustento del campesinado en el municipio de El Tambo.

El proceso de integración de las comunidades campesinas de El Tambo a razón del estallido social permitió un primer acercamiento de ideas y relaciones que guardan lo que puede llegar a desarrollar

*[...] que los sujetos creen y recreen los contenidos con los que significan su vida; los que, a través del proceso de socialización, permiten contar con las herramientas para hacerse parte de la vida social, en tanto, es en el espacio de las prácticas donde los sujetos interactúan y construyen lo social.*⁷⁰

Siguiendo el argumento del capital social, debe enfocarse en la reciprocidad generalizada que es la acción de intercambio definida frente a una acción de devolución que en realidad es una necesidad propia del hombre por estar en una conexión de autosatisfacción de necesidades que no necesariamente tienen un equilibrio.

Cuando la reciprocidad tiene un equilibrio estamos frente *“aquel mecanismo de intercambio directo entre miembros de una comunidad, la que es valorizada -según valor de uso o de cambio - y retribuida obligatoria mente”*⁷¹ a través de esta manera la política dentro de los grupos campesinos puede tornarse a favor del grupo campesino o de una parte por lo cual teóricamente debe optarse por una reciprocidad generalizada desde lo político. Para incidir no solo en el factor campesino sino también en la población que se beneficia del trabajo de las comunidades campesinas.

Al determinar el objeto político se debe analizar el objetivo económico que es la reivindicación máxima dentro del proceso de comunidad que permite afianzar los lazos no solo desde lo político sino desde el mundo de la competencia económica en un mercado globalizado que podrá poner retos a cada uno de los campesinos estando

66 ANUC - El Tambo. (29 de noviembre de 2021). Facebook. Obtenido de Cuenta de facebook: Anuc Tambo: <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=620878962669787&set=pb.100042430670894.-2207520000.&type=3>

67 Portafolio. (mayo 12, 2020), Coca, Principal sustento economico de 230.000 familias campesinas, Portafolio, <https://www.portafolio.co/economia/coca-principal-sustento-economico-de-mas-de-230-000-familias-campesinas-540779>

68 FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ (FIP), ¿En qué van la sustitución de cultivos ilícitos? (2018)

69 Id

70 Rodrigo Contreras O, Empoderamiento campesino y desarrollo local. Revista Austral de Ciencias Sociales, N° 4, 2000, 55-68 (2000)

71 Id

solos, pero, cuando son un grupo pueden tener un reparto equitativo permitiéndoles ser competitivos en el mercado de esta manera se puede decir que “[...]una estrategia de empoderamiento puede construir de forma eficaz actores sociales y políticos, así como también construir agentes económicos en capacidad de competir[...]”⁷².

Por lo tanto, la superación de los procesos neoliberales que afectaron desprotegieron lo cultural del campesinado puede retornarse un beneficio siempre que el factor económico sea bueno y determinante para afianzar la construcción de acciones mancomunadas para mantener las tradiciones y el vínculo con el territorio.

*El ámbito económico les permitirá a los campesinos ser órganos independientes de un movimiento político para consolidar un movimiento propio desde la región y permitir un intercambio de conocimientos, vivencias y restauración del tejido social y cultural de forma efectiva a través de la creación permanente de empleo, de capacitaciones y de intercambios culturales entre los diferentes agentes étnicos del municipio. La sostenibilidad económica según Durston también está ligada con los procesos culturales e históricos de los grupos campesinos debido a la importancia del capital social que sustente la utilidad económica para mantener activos esos procesos*⁷³.

En un último punto de la reivindicación campesina debe ser la creación de foros, eventos y actividades que les permitan retornar al conocimiento campesino, a sus historias, a sus leyendas y tradiciones que pueden ser combinaciones de herencias indígenas y afrodescendientes. De igual manera fomentar el respeto y la búsqueda de paz como sucedió en el *“Primer encuentro municipal*

por la Vida y La Paz en el Tambo con comunidades campesinas del occidente caucano”.^{74,75}

Coherentemente con lo expuesto frente a los foros que deben realizarse frente a la reivindicación socio-política es importante la participación e identificación de los sectores comprometidos con la visibilización del campesinado debido que son pilares fundamentales en el desarrollo posterior de planes de trabajo e incluso de las creaciones de políticas públicas frente al desarrollo lógico de una representación política a partir de un discurso simple, práctico y popular. Por lo cual no debemos hablar de los sujetos individuales y políticamente activos en razón que el campesinado debe ser un sujeto complejo a partir de la recaudación de ideas desde los foros y el intercambio de conocimientos.

El sector del campesinado deberá responder en unísono el deseo de integración para no desaparecer como grupo social y ser tomado en cuenta dentro de las políticas locales y nacionales para poder difundir el proyecto que pueden gestar al resto de campesinos en el departamento e intentar unificarse en busca de ser tomados como un sujeto de especial protección constitucional frente a las dinámicas económicas, sociales y culturales del siglo XXI.

Conclusiones.

La identidad del campesinado es de vital importancia debido a que es la hoja de ruta para analizar sus necesidades desde los factores culturales, sociales y políticos de los cuales no ha tenido mayor injerencia. La conceptualización del campesino en el transcurso de esta reflexión fue mutando en la medida que los factores de incidencia como el territorio, el conflicto armado y la configuración de su historia como individuos

72 Id

73 John Durston, El capital social campesino en la gestión del desarrollo rural, (2002)

74 Primera Edición. (14 de octubre de 2022). Facebook, <https://www.facebook.com/photo/?fbid=529674829165348&set=a.476066297859535>

75 ASOCOMUNAL El Tambo, Cauca. (9 de octubre de 2022). Facebook, <https://www.facebook.com/photo/?fbid=120074334179183&set=a.105829708936979>

transforma el concepto en relación con la mutabilidad de campesinado desde la interacción social.

Los procesos históricos dentro de la conceptualización del campesinado influyen de igual manera en otras formas en las que el grupo puede desarrollarse como el aspecto político, el discurso y los procesos generando que la unidad campesina se construya permanentemente a partir de factores objetivos y subjetivos dentro de las dinámicas culturales, sociales y políticas.

La conceptualización como el reconocimiento son importantes y necesarios para cualquier individuo, pero en el sujeto campesino es importante para que pueda desenvolverse de manera más autónoma en la vida social y política. Reconocerse como un sujeto con una historia que vislumbra la mutabilidad permanente y que permite construir a partir de los discursos territoriales un reconocimiento colectivo desde las vivencias individuales han permitido que se conformaran grupos campesinos. Tal es la incidencia del reconocimiento propio como campesinos que la ANUC – El Tambo es reconocida por la sociedad civil y de igual manera por los entes gubernamentales; y de igual manera los campesinos alternativos que a través de sus dinámicas han generado una visibilización desde una mirada campesina diferente. Ambas visiones generan dinámicas de identidad que forman el mundo y se hacen partícipes de la reivindicación de sus luchas.

El campesinado generó ciertas características que los diferencian de otros sujetos y uno de los factores que se debe resaltar es la relación estrecha con la tierra, a través de las relaciones interpersonales con las personas que conforman la comunidad campesina, la fuerza de trabajo que no necesariamente obliga al campesino a excluir de otras actividades pues los grupos familiares campesinos debido a las dinámicas de las políticas neoliberales en Colombia y en especial en El Tambo.

La búsqueda del reconocimiento como sujeto de especial protección no puede llevar al campesinado a reducirse como una minoría y en especial cuando las dinámicas de la política y el

fenómeno del conflicto pueda llegar a generar un reconocimiento de campesino víctima dejando de lado el sentido amplio de la existencia e importancia de este grupo para la subsistencia alimentaria y el mantenimiento del campo en una esfera ambiental sostenible; debido a que es el campesino el sujeto que mantiene una relación con la tierra de tal manera que la protege para que siga produciendo los alimentos. De lo anterior el proceso de reivindicación frente a la conceptualización debe realizarse bajo un enfoque pluricultural, desde el marco de la interculturalidad y la memoria histórica de los campesinos del territorio.

El papel de la memoria histórica permitirá afianzar los lazos de los campesinos en especial del campesinado tambeño que tienen un punto de convergencia que es el conflicto armado que permitirá a través del “del diálogo frente a la perspectiva de memoria histórica” la creación de empatía, la apertura de espacios campesinos intersectoriales y evitar la supeditación de las mayorías frente a las minorías para generar un auto reconocimiento como campesinado tambeño.

Frente a las luchas que han realizado los campesinos uno de los puntos que se analizan frente a su no reconocimiento aun como sujeto de protección especial es debido se optó desde el ámbito político por una omisión que ha desencadenado en procesos de reivindicación del campesino como sujeto de derechos de manera parcial por parte de la Corte Constitucional más sin embargo no se cuenta con una protección total. Debido que el campesinado ha generado sus luchas no solo legales (Acciones de tutela) sino también de movilización han repercutido en ciertos aspectos.

En el caso en concreto del municipio de El Tambo, Cauca las organizaciones campesinas abrieron canales de espacios de participación política, social, cultural y económica que han intentado generar condiciones de vida digna y desarrollo rural integral a partir de los cultivos alternativos (cultivos de uso ilícito), de las movilizaciones y las garantías de no repetición para las víctimas del conflicto armado. Uno de los

retos de este análisis fue generar una distinción entre el campesinado con los terratenientes, latifundistas y agroindustriales por consiguiente se debe precisar que el campesinado tiene una estrecha relación con el territorio, su historia de vida se liga con la vida del territorio y en especial de la comunidad campesina, la tierra es su medio de producción (No necesariamente la única) y el campesino usa la tierra pero no para generar ganancias exorbitantes sino para un lucro necesario para vivir en dignidad.

La lucha campesina colombiana y en especial la tambeña debe analizarse en clave de una perspectiva histórica pues cada movilización, cada acuerdo, cada construcción y mecanismo de participación visibiliza a la comunidad campesina frente a la sociedad civil como un ente víctima de los fenómenos de la guerra y del abandono estatal. Es evidente que las reclamaciones campesinas de Colombia y en especial las de El Tambo, tienen un factor importante para el mantenimiento de la cultura campesina debido a que las afectaciones mencionadas pudieron aminorar los efectos negativos para con el campesinado.

Para concluir las acciones del Estado no han sido pertinentes en clave histórica ni cultura y ha puesto en peligro al campesinado. Desde este análisis es imperioso reconocer al campesinado como sujeto de especial protección constitucional no solo en relación con su estrecha vinculación con la tierra sino también con la importancia de su cultura como parte del legado histórico de lo que es una reivindicación histórico cultural y de la misma manera como el sujeto más importante para generar una soberanía alimenticia.

La eutanasia en América Latina: conexidad entre los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con el derecho a la vida

Euthanasia in Latin America: connection between the principles of freedom, moral autonomy and dignity in relation to the right to life

Leidy Lorena Mayorga Duarte *

Abstract

The objective of this article is to determine the connection between the principles of freedom, moral autonomy, and dignity in relation to the right to life regarding euthanasia in Latin America. To achieve this, it examines these guiding principles present in some Latin American constitutions that have been identified as a fundamental part of the euthanasia argument; it analyzes the right to life in relation to dignified death and, it studies the existing regulations and jurisprudence in countries belonging to the Latin American region and that have had a significant evolution on this issue.

Palabras clave: Eutanasia, América Latina, Derecho a la Vida, Dignidad Humana, Principios, Muerte Digna

Recibido: 02 de agosto de 2022

Aceptado: 04 de noviembre de 2022

Cómo citar este artículo:

Leidy Lorena Mayorga Duarte., La eutanasia en América Latina: conexidad entre los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con el derecho a la vida, 10 10 Just. & Der. 56 (2022).

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo determinar la conexidad entre los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con el derecho a la vida respecto a la eutanasia en América Latina. Para lograr lo anterior, se examinan esos principios rectores presentes en algunas constituciones latinoamericanas que han sido identificados como parte fundamental en el argumento de la eutanasia; también se analiza al derecho a la vida en relación con la muerte digna y, se estudia el contenido normativo y jurisprudencial existente en países pertenecientes a dicha región geográfica que han tenido una evolución jurídica significativa sobre este tema.

Keywords: Euthanasia, Latin America, Right to live, human dignity, Principles, Dignified Death

* Estudiante del programa de Derecho. Trabajo elaborado para optar al título de Abogada, presentado como ponencia en el XVII y XVIII Encuentro Interno de Investigación Formativa de la USC en los años 2020 y 2021. Tutor: Dr. Jorge Armando Cruz Buitrago, Magíster en Derecho. Universidad Santiago de Cali, 2021. Correo: leidy.mayorga00@usc.edu.co

I. Introducción

El derecho a la vida es el fundamento de todos los demás derechos reconocidos al ser humano. Es a partir de él que nace cualquier atributo inherente al ser humano en razón a que, si no existiera el reconocimiento de un derecho a la vida, no tendría sentido intentar desarrollar otro tipo de derecho. Por este motivo, la vida es “el presupuesto esencial para el ejercicio de todos los demás derechos”.¹

Este carácter prioritario y fundamental que reviste al derecho a la vida surge como consecuencia de la eterna reflexión que acompaña al individuo al intentar atribuirle un motivo y un origen a la misma vida, incógnitas que le persigue desde que empezó a ser consciente de su propia existencia. Ahora, si bien el ser humano se planteó múltiples interrogantes sobre la vida a través de la historia, también dirigió sus elucubraciones en otro aspecto que le generó mucha curiosidad: la muerte. En su deliberación, infirió lo siguiente: si bien ambas tienen significaciones morales, biológicas, culturales, religiosas, etc., diferentes, son causalmente recíprocas y mutuamente necesarias. La vida y la muerte se complementan entre sí, a tal punto que, sin la existencia de una, la otra no puede ser concebible.

Según el contexto sociocultural desde el que se perciba, la vida representa lo más importante de la existencia, *lo más sagrado*; por lo tanto, es tratada con vehemencia, adjudicándosele desde su comienzo protección; *contrario sensu*, la muerte ha sido transformada en un tema tabú, y “no deja de asestar golpes en contra de la moral y conciencia”.² Igualmente, “Desde que el hombre es tal, la muerte ha sido objeto de temor

y de ritualidad; sin embargo, reflexionar sobre la muerte también es hacerlo acerca de la vida”.³

Esta polaridad entre la vida y la muerte ha aflorado diversas realidades sociales que indican la creciente necesidad de ser reguladas por los entes estatales. Entre ellas, la eutanasia, la cual en las últimas dos décadas fue legalizada y reglamentada en algunos países europeos. Holanda, por ejemplo, aprobó la eutanasia activa para mayores de edad en abril de 2002 y hoy debate su aplicación en menores de 12 años con enfermedad terminal.⁴

Por otro lado, Bélgica, un país que comparte muchos nexos con Holanda,⁵ legalizó ese mismo año tanto la práctica de la eutanasia como la del suicidio asistido, extendiéndola recientemente para los menores de 12 años en casos de enfermedad terminal. A su vez, Luxemburgo aprobó la legalización de la eutanasia en 2009, exigiéndosele al paciente que la solicite encontrarse en estado terminal de su enfermedad y contar con la aprobación de dos médicos y un panel de expertos. En 2021, luego de un extenso debate, España “se unió a la corta lista de países en los que es legal la eutanasia y reconocen el derecho de los enfermos en estados terminales a una muerte digna”.⁶

Otros dos países que afirman la aceptación de la eutanasia son: Canadá, que aprobó la legalización

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 21. (2018).

2 Rafael E. Aguilera & Joaquín González Cruz. Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia. REDALYC. (2012), <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656141012>

3 Verónica Marilú Brena Ramos. Muerte según los filósofos, en la vida cotidiana y en la formación de enfermeras. (2020), <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35663293002>

4 BBC NEWS. Países Bajos aprueba planes para practicar la eutanasia a niños menores de 12 años. BBC NEWS (12 de octubre de 2020). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54552165>

5 Pablo Simón Lorda & Inés M. Barrio Cantalejo. (2012). La eutanasia en Bélgica. Revista Española de Salud Pública, 86 Revista Española de Salud Pública. 1, 5. (2012)

6 BBC NEWS. Los 7 países del mundo donde la eutanasia es legal (y cuál es la situación en América Latina), BBC NEWS MUNDO. (18, marzo, 2021) www.bbc.com/mundo/noticias56423589#:~:text=Con%20la%20excepci%C3%B3n%20de%20Colombia,de%20pa%C3%ADses%20de%20Am%C3%A9rica%20Latina (última visita el 20 de diciembre de 2022)

de la asistencia médica para morir y el suicidio asistido en 2016, bajo parámetros estrictos establecidos en la ley; y Nueva Zelanda, que se convirtió en el primer país en legalizarla a través de referendo. La ley catalogada como “*del final de la vida*” entró en vigor el 6 de noviembre del 2021 bajo el control del Ministerio de Sanidad, y como se informó en 2020 a través de medios internacionales, esta ley establece la accesibilidad a la eutanasia a los ciudadanos o residentes permanentes de Nueva Zelanda mayores de 18 años que tengan una enfermedad terminal con solo seis meses de esperanza de vida.⁷

No obstante, lo anterior, en América Latina no existe hoy alguna regulación normativa oficial que apruebe y reglamente la eutanasia, especialmente la activa. Lo más cercano a esto han sido los limitados pronunciamientos de los altos tribunales de algunos Estados, tal como lo hizo recientemente Perú en el caso de Ana Estrada; y Colombia, que desde 1997 ha desatado un amplio debate en cuanto a la legalización de la eutanasia a raíz de su despenalización por parte de alto tribunal constitucional y por haberse establecido jurisprudencialmente el reconocimiento de un derecho fundamental a la muerte digna, cuya base se sustenta, principalmente, bajo los principios de la libertad, la autonomía moral, y la dignidad humana.

Este último principio es puesto en paralelo con el derecho a la vida, por cuanto se afirma que, si bien debe protegerse, no se puede olvidar que el goce del mismo debe ser pleno y ha de garantizar el desarrollo y disfrute de una vida conforme a la dignidad de la persona humana; así pues, según la Corte Constitucional colombiana,⁸ si un paciente padece una enfermedad degenerativa y terminal que le produce intensos dolores y le imposibilita desarrollar cualquier actividad básica para el ser humano, sin que exista algún médico

de recuperación o mejoría, significa que no está gozando de una vida digna; por ende, tiene derecho a escoger una muerte con dignidad, ya sea a través de la aplicación de cuidados paliativos, del voluntario desistimiento de tratamientos brindados por parte de los funcionarios de salud tratantes, o bien, a través de la aplicación de la eutanasia. No obstante, cabe señalar que, recientemente, el derecho a morir dignamente en Colombia se ha ampliado a los pacientes que padezcan una enfermedad o lesión grave e incurable y les produzca un agudo sufrimiento sin estar necesariamente en un estado terminal de su enfermedad.⁹

Conforme a lo anterior, el presente artículo de reflexión parte de la siguiente pregunta: *¿Cuál es la conexión entre los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con el derecho a la vida respecto a la eutanasia en América Latina?*

Para desarrollar el tema objeto de esta investigación, el artículo se dividirá de la siguiente forma: primero, se establecerá el contenido y el alcance de los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con la eutanasia en América Latina, región geográfica que demuestra gran ausencia de regulación normativa en cuanto a este tema, pero que reconoce en su ordenamiento jurídico a esos tres principios. Desde luego, será necesario recurrir a diferentes autores que puntualicen en sus obras la relación existente entre los principios anterior mencionados y la eutanasia, para así entender cómo aquellos sirven de fundamento para ella.

Segundo, se establecerá el contenido y el alcance del derecho a la vida en relación con la eutanasia en América Latina, analizando la evolución histórica de ese derecho fundamental, sus diferentes concepciones atribuibles, el alcance que algunos autores determinan que tiene, si es o no es un derecho absoluto y qué se entiende por vida digna. Igualmente, se estudiará etimológicamente a la eutanasia y se aclararán las diversas formas en que se puede presentar; también, se expondrá la diferencia entre la eutanasia y la muerte digna, y

7 Anna Jover. Nueva Zelanda se convierte en el primer país que legaliza la eutanasia en referendo. Diario El País (30 de octubre de 2020). <https://elpais.com/sociedad/2020-10-30/nueva-zelanda-se-convierte-en-el-primer-pais-que-legaliza-la-eutanasia-en-referendo.html> (última visita el 20 de diciembre de 2022)

8 C.C., 15 de diciembre de 2014, Sentencia T-970/14, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

9 C.C., 22 de julio de 2022, Sentencia C-233/21. M.P. Diana Fajardo Rivera.

cómo desde un estadio teórico se relaciona a estas tres, es decir: al derecho a la vida, a la muerte digna y a la eutanasia.

Tercero, se determinarán los estándares jurídicos establecidos en América Latina respecto a la Eutanasia. Para cumplir con este objetivo, se estudiarán los casos más relevantes dentro del marco contextual; por ejemplo, los más recientes: el caso de Ana Estrada en Perú, quien logró que uno de los altos tribunales en su país le reconociera el derecho a morir dignamente,¹⁰ el caso de Camila López en Argentina, cuyo estado vegetativo motivó a sus padres, bajo un presupuesto de solidaridad y compasión, a solicitar la desconexión de los aparatos que le mantenían con vida artificial.¹¹ El caso de Cecilia Heyder en Chile, quien libra una “batalla” contra la Estado chileno desde hace casi una década para la aprobación y posterior regulación de la eutanasia,¹² y el caso de Martha Sepúlveda, la primera colombiana que iba a recibir la aplicación de la eutanasia sin ser enferma terminal, pero que se vio frustrada (hasta el momento) por la negativa del centro médico en donde se realizaría. También, se analizarán las providencias hito que han dado lugar al reconocimiento del derecho a morir dignamente como un derecho fundamental, como lo hicieron las Sentencias C-239 de 1997 y la T- 970 de 2014, ambas proferidas por la Corte Constitucional colombiana.

Finalmente, usando como guía metodológica el documento elaborado por la Dra. Diana Marcela Bustamante Arango llamado “*El Diseño de la Investigación Jurídica*”, se afirma que el presente

artículo, desde el punto de vista del tipo de investigación, aplica una metodología básica por cuanto se otorga primacía a la sistematización de conceptos de carácter jurídico y no se aplica un trabajo de campo; por otro lado, desde el punto de vista del tipo de estudio, es jurídico-exploratorio, por cuanto abre el camino a futuras investigaciones en el tema y jurídico-propositivo porque analiza fallas en los sistemas jurídicos con el fin de aportar una posible solución; y por último, el método de investigación empleado es el hermenéutico dado que se hace uso de la interpretación de la teoría y del derecho.¹³ (p. 24, 25 y 27).

II. EL CONTENIDO Y EL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD, AUTONOMÍA MORAL Y DIGNIDAD EN RELACIÓN CON LA EUTANASIA EN AMÉRICA LATINA

En este apartado, se analizará el contenido y el alcance de algunos principios (libertad, autonomía moral y dignidad) presentes en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados latinoamericanos (Argentina, Perú, Chile, México y Colombia), con el objeto de encontrar cómo a partir de esos principios se justifica la práctica de la eutanasia. Para dar cuenta de lo anterior, se desarrollarán los siguientes puntos. 1.1. *Principio de libertad*; 1.2. *Principio de autonomía moral* y 1.3. *Principio de dignidad*.

1. Principio de libertad

Hablar sobre la libertad resulta complejo incluso para los filósofos y juristas actuales, dado que no hay un concepto común y absoluto aplicable a todos los contextos. A raíz de ello, diferentes autores han intentado brindar una definición de

10 Pierina Pighi Bel, Ana Estrada y la eutanasia en Perú: “Me están diciendo ‘tranquila, ya nadie va a ser culpable si decides morir’”, BBC NEWS MUNDO, (2, marzo, 2021). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-56248478> (Última visita el 20 de diciembre de 2022).

11 La Nación. (22 de julio de 2019). <https://www.lanacion.com.ar/editoriales/muerte-digna-nid2269883/> (última visita en 22 de diciembre de 2022).

12 Patricia Nieto Marino. Cecilia Heyder, la mujer que libra una feroz batalla para que se legalice la eutanasia en Chile. (14 de abril de 2021).. Periódico EL CLARÍN de Argentina. https://www.clarin.com/mundo/cecilia-heyder-mujer-libra-feroz-batalla-legalice-eutanasia-chile_0_CNPuylkzy.html

13 Diana Marcela Bustamante Arango. El Diseño de la Investigación Metodológica. Facultad de Derecho, USB Cali. https://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/guia_para_la_elaboracion_del_proyecto_de_investigacion.pdf

libertad que se aproxime a las distintas escuelas filosóficas y jurídicas; sin embargo, no logran un consenso, por lo que recaban en delimitaciones parciales colmadas de diferentes interpretaciones. Una de ellas, es aquella que vincula al principio de la libertad con la idea de dignidad humana, exponiendo que el individuo es un ser que tiene fines particulares (representando incluso un fin en sí mismo), y dichos fines debe cumplirlos por medio de decisiones unipersonales; para ello, necesita estar exento cualquier coacción ajena, ejercida ya sea por sus semejantes, o bien, por los poderes públicos estatales, dado que esa coacción interfiere con la realización de tales finalidades privativamente propias de él.¹⁴

Dentro de los amplios parámetros entre los cuales se puede ubicar al principio de libertad, el que nos atañe en esta ocasión versa sobre la libertad de la persona humana y su relación con la eutanasia. Al respecto, Miguel Bajo Fernández (2004), precisó que la libertad en cuanto a la eutanasia es la “posibilidad de disponer de la integridad física personal y de la propia vida, frente al poder coactivo del Estado”.¹⁵ Es ostensible cómo el debate sobre la eutanasia ha escudriñado en los aspectos más íntimos y morales de las personas, y no es para menos: poner en tela de juicio a la vida, la condición primera y última para el efectivo ejercicio de todo lo que rodea a la existencia humana, no es tarea fácil. Se requirió de un análisis crítico y exhaustivo para alcanzar la conclusión a la que llegó Bajo Fernández; no obstante, a pesar de lo complejidad del asunto, hoy en día esa premisa formulada por el jurista español es aceptada por expertos en el tema como el presupuesto ejemplar a partir del cual se exige la validez de la eutanasia en ordenamientos jurídicos cuya legislación la prohíbe total o parcialmente.

Ahora bien, desde tiempos de antaño algunos filósofos tales como Séneca (4 a. C.) y Epícteto (55 d. C.) mencionaron en algunas de sus obras

morales a la eutanasia y al suicidio, vinculándolos innegablemente con la idea de la libertad. Respecto al primero de ellos, Clara Cudós de la Vega citando a Boeri analiza lo siguiente: “*Séneca, el representante estoico más típico quien concede cierta moralidad al suicidio: en cualquier orden de sometimiento o forma de esclavitud, la contingencia de tomar la decisión de acabar con la vida se presenta como una “vía hacia la libertad” (via ad libertatem). Lo mismo puede emplearse cuando existe depresión, enfermedad, o cuando uno ya no se soporta a sí mismo y no puede tolerar más sus propios vicios. Pero la exaltación de la muerte autónoma voluntaria como principal suceso de libertad por parte del ser humano es una singularidad de Séneca que no se encuentra así en el resto de los filósofos estoicos antiguos*”.¹⁶

En cuanto a Epícteto, Cudós de la Vega esta vez citando a García (2018), señala que: “Epícteto deja constancia en sus escritos sobre su opinión favorable respecto de la eutanasia, ya que contempla la muerte y la libertad de irse de este mundo como algo natural “la vida a veces no tiene rumbo alguno y solo provoca sufrimientos tanto para el enfermo como para sus familiares, es por lo que el enfermo tiene el derecho a decidir”.¹⁷

En esta referencia, que parece escrita en nuestros tiempos, podemos encontrar un acercamiento a lo que podría ser el principio de libertad que, según Epícteto, estaría fundamentado en el derecho a decidir. Queda sentado cómo desde hace siglos la libertad ha sido asociada con la práctica de la eutanasia, toda vez que el individuo a quien se le pretende realizar debe decidirlo por voluntad propia, sin ningún tipo de coerción o influencia ajena a él que vicie su querer, que contamine su albedrío y que no le permita actuar según dicte su conciencia.

La misma autora española, esta vez trayendo al lector a la modernidad, explica el problema con el que se encuentra el Estado al contemplar que no es sencillo “*conjugan los intereses de todos los*

14 Luis Recaséns Siché. Tratado general de filosofía del derecho. 560 (21 ed.,1959).

15 Miguel Bajo Fernández. Respeto a la libertad del paciente. La eutanasia y las legislaciones sanitarias autonómicas. 2 Revista de derecho penal y criminología, Extraordinario. 2, 317, 317. (2004). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2217118>

16 Clara Cudós de la Vega. La Eutanasia. Repositorio Comillas. (Abril de 2020). <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/38532>

17 Id.

ciudadanos y respetar al mismo tiempo todos sus derechos ya que muchos de ellos se superponen a otros".¹⁸ La innegable realidad social en la que se ha convertido la eutanasia pone en manifiesto el conflicto entre intereses y derechos, pues; por un lado, es legítimo proteger el derecho a la vida y; por otro, "es imprescindible respaldar la libertad, la integridad y la autonomía de la voluntad del paciente, así como el resto de los derechos de primera y segunda generación que debemos relacionar directamente con la eutanasia".¹⁹

En este último sentido, los derechos civiles y políticos son los denominados "derechos de primera generación" dado a que fueron los reconocidos inicialmente en el tiempo y, dentro de ellos, se encuentra: el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la integridad, los cuales, coincidentemente, "están vinculados al principio de libertad y su característica fundamental viene determinada porque exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada" de la persona humana.²⁰

Continuando con esta observación, Robert Alexy citado por A. Pereira Otero propone que el derecho a la libertad (al igual que el derecho a la vida) es reconocido como un *principio material*, afirmando además su categoría de mandato de optimización y, esto eso, según Alexy, una norma que le ordena al Estado el cumplimiento o realización de su contenido en la mayor medida posible, siempre que las posibilidades jurídicas y fácticas lo permitan.²¹ Esta postura permite señalar una relación muy estrecha entre la libertad negativa y la libertad positiva, dado que se le está exigiendo al Estado que no intervenga en los asuntos relacionados con la voluntad y la

capacidad que le asiste a todo ser humano para decidir en qué momento el derecho a la vida deja de ser absoluto.

Con todo lo anterior, se puede afirmar que la libertad (véase a esta como un derecho o véase como un principio, considerando que el primer punto de vista se asocia directamente al segundo) tiene como característica esencial la no intromisión en la esfera privada de las personas, siempre y cuando las decisiones tomadas dentro de ella no perjudiquen directa o indirectamente a terceros. No obstante, en el tema de la eutanasia, se especifica que este mandato de no intervención externa debe ser acatado tanto por el ente estatal como por el conglomerado social en lo que respecta a las decisiones del individuo sobre su propia vida, y, a su vez, el mismo mandato impide la instrumentalización del ser humano, práctica en la que se olvida de la propia consciencia y valor del ser y de su innata y evolutiva capacidad de decidir sobre sí. Llegados a este punto, cabe afirmar que el argumento contra la intervención del Estado en las acciones de los ciudadanos que no dañan a otros, planteada por el filósofo utilitarista John Stuart Mill (1859) en el siglo XIX, es el argumento más poderoso que justifica la práctica de la eutanasia.²²

2. Principio de autonomía moral

En teoría, la autonomía moral es interpretada como una extensión del principio de la libertad y, también, como una característica fundamental de los derechos humanos. La historiadora, Lynn Hunt bajo la influencia de filósofos tales como Burlamaqui, Blackstone y J. B. Schneewind, insiste en que los conceptos establecidos en el siglo XVIII sobre la libertad y los derechos humanos eran respaldados por una serie de supuestos acerca de la autonomía del individuo. Dichos conceptos profesaban que "*la libertad solo podía ser probada por los sentimientos internos de cada hombre*" y *los derechos, aparte de ser una doctrina formulada en documentos, "descansan sobre un conjunto de*

18 Id.

19 Id.

20 Lourdes Fraguas Madurga. El concepto de derechos fundamentales y las generaciones de derechos, Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud. 21, 117, 124. (2015) <http://www.calatayud.uned.es/web/actividades/revista-anales/21/03-05-LourdesFraguasMadurga.pdf>

21 Cristhian Alexánder Pereira Otero. Alcance del principio de libertad individual en la eutanasia activa a la luz de la sentencia C-239 de 1997. Derecho y Realidad, 11 (21), 263, 265. (2016).

22 Albert Calsamiglia Blancafort. Sobre la eutanasia. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. 14. 337-348-249 (1993). <https://doxa.ua.es/article/view/1993-n14-sobre-la-eutanasia>

convicciones acerca de cómo son las personas y cómo distinguen el bien del mal en el mundo secular".²³ A partir de ello, Hunt asevera lo siguiente: "Para tener derechos humanos, las personas debían ser percibidas como individuos distintos unos de otros y capaces de formular juicios morales independientes; como dijo Blackstone, los derechos del hombre acompañaban al individuo "considerado como ser dotado de libre albedrío y de discernimiento para distinguir el bien del mal".²⁴

Una observación importante que hace esta historiadora norteamericana sobre la autonomía moral del individuo que empezó a reconocerse a partir del siglo XVIII, es que no se suponía que todas las personas fueran igualmente capaces de tenerla, dado que recuerda cómo aun en esos días se creía que los niños, los orates, los esclavos, los sirvientes, las personas que no tenían propiedades y las mujeres, carecían de la capacidad de discernir y razonar y del estatus de independencia que les daba la cualidad de ser plenamente autónomos; sin embargo, se tenía que todos ellos podían alcanzar dicha calidad de personas moralmente autónomas cuando la condición que los mantenía en la exclusión, cambiara; eso sí, a excepción a las mujeres, puesto que se les consideraba inherentemente dependientes de su padre o su esposo.²⁵

Sobre la base de lo que se concluyó respecto a la importancia de la autonomía moral, la autora afirma que son dos las características (afines pero distintas) que reúne una persona considerada moralmente autónoma: *la capacidad de razonar y la independencia de decidir por sí misma*. En este orden de ideas, hace énfasis en establecer aspectos que recoge un individuo moralmente autónomo: "La autonomía individual depende de un creciente sentido de la separación y la sacralidad de los cuerpos humanos: tu cuerpo es tuyo y mi

cuerpo es mío, y ambos deberíamos respetar la línea divisoria entre nuestros respectivos cuerpos. (...) Para ser autónoma, una persona tiene que encontrarse legítimamente separada y protegida en su separación; pero para que esa separación corporal vaya acompañada de derechos, es necesario que la individualidad de una persona sea apreciada de un modo más emocional. Los derechos humanos dependen tanto del dominio de uno mismo como del reconocimiento de que todos los demás son igualmente dueños de sí mismos".²⁶

Es indudable cómo esta autora logra dilucidar históricamente particularidades propias de la autonomía que fueron materializándose conjuntamente en la evolución del ser humano en sociedad, llegando a ser integradas dentro de las instancias de los derechos humanos como parte inalienable, sentando con ellas las bases de una definición idónea de la autonomía moral del individuo.

Siguiendo con el principio de la autonomía moral, es necesario remitirse a la teoría ética del filósofo prusiano del siglo XVIII: Immanuel Kant, quien es considerado como un principal exponente de la ética y; por consiguiente, al polímata suizo Jean-Jacques Rousseau, cuya teoría de la libertad como autonomía fue fuente de inspiración para la primera. En primer lugar, para Rousseau las personas son libres toda vez que participan en la creación de normas jurídicas y no están sometidas de manera coactiva a acatarlas pasivamente tal como les son impuestas por el ente estatal; *contrario sensu*, las leyes a las que se acata como persona libre son aquellas en las que está reconocida la voluntad general, es decir, la más auténtica.²⁷ De manera que Rousseau reconoce a la libertad como autonomía, lo que traduce a que el actuar del individuo exprese indudablemente su voluntad.

Ahora bien, Kant, tomando como fuente de inspiración lo planteado por su contemporáneo Rousseau, considera que la razón o voluntad es por

23 Hunt, L. A. (2009). La invención de los derechos humanos. [Traducido al español de *Inventing Human Rights: A History*]. Barcelona, España: Tusquets

Infobae. Eutanasia y suicidio asistido: Qué tan avanzado está México en el tema de la "muerte digna". <https://www.infobae.com/america/mexico/2021/03/19/eutanasia-y-muerte-asistida-que-tan-avanzado-esta-mexico-en-el-tema-de-la-muerte-digna/>

24 Id.

25 Id.

26 Id.

27 Angelo Papacchini, Los derechos humanos en Kant y Hegel. 148 (1993).

naturaleza legisladora, y no niega el sometimiento de la persona humana hacia las leyes, porque la libertad no se traduce a un actuar desenfrenado, anárquico o desgobernado, sino que “reconoce la racionalidad de las leyes como obra del mismo hombre”.²⁸ La voluntad, entonces, se somete a la ley toda vez que ella actúe también como su creadora, esto es a lo que Kant denominaba *Selbstgesetzgebung* (autonomía de la voluntad), además, la voluntad logrará ser más autónoma y libre cuando se “purifique” de intereses egoístas, particulares e individualistas y se enfoque en intereses universales o comunes (voluntad racional universal). En suma, se tiene que, según Kant, la libertad-autonomía moral tiene dos sentidos: “de la independencia frente a toda imposición externa o frente al dominio de las pasiones (libertad negativa) y de la autodeterminación de la voluntad de acuerdo con la exigencia de universalidad (libertad positiva)”.²⁹ Sin razón, no hay libertad y sin libertad no hay autonomía.

Desde otro punto de vista, el ya nombrado filósofo centroamericano Luis Recaséns Sichés identifica también a la autonomía y a la libertad en un mismo sentido, poniendo de ejemplo a la esclavitud como una forma histórica de inhibir la libertad del hombre y, en consecuencia, también la autonomía que le es propia. Respecto a ello, enuncia lo siguiente: “(...) *nadie debe estar sometido a la esclavitud. Evidentemente, la esclavitud constituye a una rotunda negación a la dignidad del hombre, de la libertad esencial a este, de la igualdad básica de todos los seres humanos*”.³⁰ Se evidencia cómo el autor asocia tres conceptos: libertad, dignidad e igualdad, y es sobre los dos primeros que recae el interés del presente texto. Pues bien, para Recaséns Sichés la noción de autonomía-libertad encuentra su detrimento cuando al ser humano se le reduce al nivel de un esclavo que está para saciar fines ajenos, se le cosifica y se le instrumentaliza privándole de su autodeterminación, su propia conciencia e independencia para decidir qué está bien y qué

está mal, negándosele actuar tal como su criterio le dicte.

Empero, trayendo a colación el tema objeto de este artículo, hay autores que convienen en vincular a la autonomía moral con la eutanasia. Se ha dejado claro que hoy, los individuos que gozan plenamente de autonomía moral son aquellos que; en primer lugar, cuentan con la suficiente capacidad cognoscitiva de discernir entre lo bueno y lo malo; en segundo lugar, son conscientes de su propia existencia espaciotemporal y la de quienes les rodean; y, en tercer lugar, pueden tomar racionalmente decisiones sin estar bajo la influencia de terceros. Por lo anterior, es aquí donde surge la reflexión sobre si aquellas personas, que padecen enfermedades graves, incurables e irreversibles, que aparte de producirles intensos dolores también les priva el poder disfrutar plena y dignamente de su vida, cuentan con la suficiente autonomía moral para tomar la decisión de acceder a la práctica eutanásica y con ella adelantar la inevitable muerte que se produciría de igual manera por dicha enfermedad, acabando de una vez por todas con el tortuoso sufrimiento.

En la actualidad, los avances tecnológicos en el campo de la medicina les han brindado a los pacientes cuya enfermedad se ha determinado incurable, en constante detrimento y en ocasiones también dolorosa, la posibilidad de sostener su estado de salud y apaciguar en la medida de lo posible los dolores producidos. Algunos procedimientos de este tipo se denominan cuidados paliativos; sin embargo, a veces estos tratamientos solo prolongan aún más la agonía del paciente en pro de esperar a que la enfermedad apague finalmente su vida. Este acto (que en el fondo tiene un ánimo altruista para con el individuo afectado) en muchas ocasiones cruza el límite entre lo que está bien para la medicina (e incluso para los familiares) y lo que el sujeto que aqueja los tormentosos padecimientos realmente quiere. No ha de negarse la influencia que tiene la familia durante el proceso de enfermedad y muerte, y que sus convicciones ideológicas, religiosas, culturales y sociales (e incluso económicas) son en gran medida

28 Id.

29 Id. en 148-150.

30 Luis Recaséns Sichés. Tratado general de filosofía del derecho. 562 (21 ed., 1959).

significativas para la decisión final, pero tampoco se puede olvidar que dichos intereses suelen tornarse egoístas y no toman en consideración qué es lo mejor para el paciente e incluso qué es lo que realmente quiere este. Es de esta manera que puede verse privada la autonomía moral de la persona grave e irreversiblemente enferma e impedírsele actuar como ser capaz de autodeterminar su propio destino.

Tomando en consideración esto, la psicóloga clínica colombiana Isa Fonnegra de Jaramillo (2017), quien también es miembro honorario de la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente, en su obra titulada *“De cara a la muerte”*, dice lo siguiente: *“Las decisiones del paciente adulto, mentalmente competente y suficientemente informado, son éticamente inviolables, aun si ellas implican el rechazo a tratamientos e intervenciones que el médico puede considerar aconsejables. Cuando el paciente no está en capacidad de comunicarse o de tomar decisiones, debe hacerlo el familiar delegado con base en los deseos previamente expresados por él. Si no existe esa persona o no se conocen de manera explícita los deseos del paciente, el quipo tratante debe usar su buen juicio. (...)”*³¹

En la misma obra, Fonnegra aclara que toda decisión debe tener como fundamento el bien del paciente; permitir (pero no procurar) la muerte de quien lo desea y padece inevitables dolores y sufrimientos “es hacer el bien y es éticamente correcto”.³² Por lo tanto, si el paciente que aqueja estas nefastas circunstancias determina conscientemente que lo correcto para él o ella es, a través de la eutanasia, poner fin a la insaciable agonía que le imposibilita seguir disfrutando dignamente de su vida y, encima, le está reduciendo a una ser dependiente de aparatos tecnológicos o de tratamientos médicos que mantienen temporalmente en funcionamiento su organismo, estaría actuando correctamente y al mismo tiempo estaría haciendo uso de su propia autonomía moral.

31 Isa Fonnegra de Jaramillo. *De cara a la muerte*. 88 (2017)

32 Id.

Dando por sentado este título, Papacchini coincide en afirmar que tanto la autonomía como la libertad se encuentran estrechamente relacionadas, de hecho, dice que la libertad encuentra en la autonomía su expresión más elevada.³³ El primer criterio *sine qua non* de la conducta autónoma de una persona (hablando desde una perspectiva justificativa de la eutanasia) es la decisión de asumir la responsabilidad de su propia vida sin permitir que otros decidan en su lugar, puesto que “carece de sentido hablar de autonomía cuando no existen el deseo y la voluntad, por parte de la persona, de encausar su vida de acuerdo con patrones propios y con proyectos libremente asumidos”.³⁴ Es evidente cómo la libertad y la autonomía moral van indudablemente de la mano, más aún cuando de la eutanasia se trata.

3. Principio de dignidad

Indagando sobre la etimología del vocablo *dignidad*, encontramos que: *“La palabra tiene su origen en el sánscrito, concretamente en la raíz dec, que querría decir ser conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien. Posteriormente, fue adoptado por la lengua latina, que le añadió el sufijo -mus, formando el vocablo decmus, que acabó derivando en dignus, que en castellano se convirtió en digno, de donde, a su vez, surgió la palabra dignidad”*.³⁵

A lo largo del proceso histórico, la evolución del concepto de la dignidad formuló numerosas acepciones que fueron acogidas por la concepción contemporánea. Actualmente, la dignidad es definida como “el valor intrínseco de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por *otro valor social*”.³⁶

33 Angelo Papacchini, *Derecho a la vida* 82 (2010).

34 Id.

35 Íñigo De Miguel Beriain, *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana*, *Anuario de filosofía del derecho*, 21, 187, 189, (2004).

36 Eusebio Fernández García, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. (2001).

Recordando lo consignado en párrafos anteriores, la dignidad, vista como un principio, consiste en reconocer que el ser humano no es un medio para cumplir fines ajenos a él; por el contrario, es un ser que cuenta con sus propios fines, incluso a quienes afirman que en sí mismo representa un fin. Lo anterior se basa en el criterio kantiano no instrumentalista de la persona humana.

En esta misma línea, los orígenes de esa concepción son atribuibles a diferentes doctrinas, en su mayoría religiosas. Una de ellas, es la idea cristiana de la creación del hombre *a imagen y semejanza de Dios*, de la cual surge la creencia sobre la igualdad de dignidad en todas las personas, diferenciándolas de otros seres vivos como los animales y las plantas.³⁷ No obstante, si bien esta noción de dignidad toma como fundamento la ideología cristiana de occidente, es un error afirmar que es la única atribuible al origen de la dignidad del ser humano; lo anterior se puede evidenciar con el antiguo pensamiento chino en el que se proclamaba que el hombre (como persona) es lo más importante, por ende, se superponía a lo demás; Por otro lado, los griegos dotaban a la razón como partícula diferenciadora del hombre (aunque no era reconocida a todas las personas por igual), y establecía que a través del ejercicio de ella podía crear una vida buena, guiándose, además de sus naturales instintos animales, por esa razón que le fue naturalmente otorgada.³⁸ Ahora bien, volviendo a la teoría Kantiana, el ser humano no tiene precio o valor económico, porque tiene dignidad, lo cual le otorga un valor moral; de modo que tratar a la persona humana como un objeto o instrumento que ayuda a cumplir fines ajenos es denigrar su dignidad innata y disminuirlo al nivel de las cosas materiales o a los seres no dotados de razón. Un claro ejemplo de esto último es la esclavización a la cual se sometió a lo largo de la historia a diversos grupos sociales.³⁹

Agregado a lo anterior, tal como se infiere de Habermas, “la concepción universalista e

individualista de la dignidad humana que se encuentra en Kant forma el contenido moral del cual derivaría los derechos humanos”.⁴⁰ La dignidad consiste entonces en el valor intrínseco que tiene el ser humano, en reconocer que este cuenta con fines propios y que; además, representa un fin en sí mismo.

Agregado a lo anterior, existen teóricamente dos corolarios de la dignidad de la persona humana: el derecho a la vida y la libertad individual.⁴¹ Respecto al primero, se tiene que la vida biológica del ser humano es un hecho; sin embargo, ese hecho es especial a comparación de cualquiera de los demás que suceden en la naturaleza, y es a partir de ese carácter singular que se fundamenta el derecho a la defensa y protección de la vida; entonces, el hecho de la vida humana constituye por sí mismo el título del derecho a la vida. Desde luego, es importante entender por qué la vida biológica del ser humano es reconocida como un derecho y la del resto de los seres vivos no, pues bien, esto es así “porque el ser humano es diferente a todos los otros seres del universo, en virtud de que tiene dignidad personal, es decir, porque es un sujeto con una misión moral”.⁴² La vida humana es reconocida universalmente como un derecho porque el individuo tiene, inherentemente, una finalidad moral para consigo mismo y, por consiguiente, con su entorno social.

Respecto al segundo corolario, el de la libertad individual, “la idea de la dignidad de la persona individual implica necesariamente el principio de la libertad individual”.⁴³ A todas luces es claro que, como se dijo dos títulos atrás, es importante que la esfera privada del individuo sea respetada y no se vea amenazada o afectada por la injerencia de terceros, sean cuales estos fueren; pues bien, esta conservadora protección a la individualidad de la persona humana se debe a la primacía de los fines propios que esta tiene y a la vez representa,

37 Supra nota 14.

38 Id. en 549.

39 Id. en 550.

40 Antonio Pelé, Kant y la Dignidad Humana, Revista Brasileira de Estudos Político, 111, 16-17(2015).

41 Supra nota 14.

42 Luis Recaséns Siché. Tratado general de filosofía del derecho. 559 (21 ed.,1959).

43 Id. en 560.

dado que para poder ejercerlos no debe tener obstáculos, siempre y cuando esos fines no perjudiquen a sus semejantes. “La *dignidad infinita* de cada persona consiste en la exigencia de que los otros respeten la inviolabilidad de esa esfera de voluntad libre”.⁴⁴

Desde otro punto de vista, la doctora Ángela Aparisi Millares rememora que en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 está, por primera vez, expresamente reconocida la dignidad humana como un principio jurídico, y afirma que es ese principio el fundamento último de los derechos humanos. Solo la persona humana, el ser poseedor de vida autoconsciente y libre, de autonomía, de independencia y racionalidad, merece el reconocimiento de su dignidad y de los correlativos derechos.⁴⁵ Colige que la dignidad radica en un ser que posee una naturaleza racional, de manera que el ser humano, antes que tener una pura libertad o autonomía en el vacío, es un ser con una naturaleza y una ontología determinada. La autonomía o racionalidad son capacidades propias de la persona, pero el ser es previo. En otras palabras, quien es libre es un ser dotado de un estatuto ontológico concreto, de una naturaleza y una dignidad que le viene dada y que, por lo tanto, no es creada por él.⁴⁶

Trayendo a colación el tema principal de este artículo, la eutanasia, hay autores que afirman el vínculo existente entre el fenómeno social en el que se ha convertido la eutanasia y la dignidad humana; sin embargo, se ha sembrado una marcada discusión en cuanto ello. El filósofo español Ramón Valls Plana expone que la discusión sobre la Eutanasia suscitó dos conceptos que cobijan a la dignidad humana y que en el fondo son incompatibles. El primero es el de la concepción católica tradicional, el cual

afirma que la dignidad común a todos los seres humanos procede de su condición de hijos de Dios y reside en la capacidad de acatar y observar la ley moral, que de ninguna manera emana de los humanos mismos. Esta concepción se profesa kantianamente como heteronomía moral o ley de otro. Por otro lado, para el segundo concepto, la dignidad humana consiste en la capacidad que tenemos los humanos de darnos ley moral a nosotros mismos, que los kantianos describen como la autonomía moral del ser humano o ley de uno mismo.⁴⁷

En este orden de ideas, continúa exponiendo Valls que la eutanasia es considerada inmoral por la primera concepción, en tanto a que no acata el precepto divino de no matar, mientras que para la segunda es legítima la creación de una ley que permita la eutanasia y, sin imponerla a nadie, por supuesto, exija las garantías de plena libertad en quien la pida y en quien la lleve a cabo. Así mismo, a través de una analogía Kantiana el autor plantea que la raíz de la concepción moderna de la dignidad humana es la autonomía moral y que esta, a su vez, implica una concepción activa de la libertad humana, puesto que cuando nos damos ley, nos autodeterminamos máximamente.⁴⁸

Llegados a este punto, es importante reflexionar sobre la relación manifiesta entre la práctica eutanásica y la dignidad humana. En el título anterior se expuso cómo la decisión de un paciente que padece una enfermedad que le aqueja gravemente con intensos dolores y/o la imposibilidad de vivir plenamente su vida y que, además, le asegura una muerte próxima, puede recurrir a la eutanasia como la medida definitiva para dar fin con dichos sufrimientos y adelantar la segura muerte a la cual su enfermedad le “condenó”, pero ¿con qué fundamento puede hacer esto?, con el de no ser instrumentalizado al continuar con su funcionamiento biológico en detrimento por la complacencia de personas ajenas a él o ella, e incluso, a ideologías impuestas que no deberían determinar su destino. El

44 Jürgen Habermas, El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos, 55, *Diánoia*, 64, 3, 17, (2010).

45 Ángela Aparisi Millares, El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. 24, *Cuadernos de Bioética*, 202, 201-210, (2013)

46 Id. en 212.

47 Ramón Valls, El concepto de dignidad humana, *Revista de bioética y derecho*, 278, 279, (2015).

48 Id. en 279.

enfermo que ve agotada con su enfermedad, su misión moral de vivir plena y libremente sin afectar a los demás, estando racionalmente capacitado para decidir, puede recurrir a la eutanasia, mas esta no le será impuesta y mucho menos se le obligará a aceptarla.

III. EL CONTENIDO Y EL ALCANCE DEL DERECHO A LA VIDA EN RELACIÓN CON LA EUTANASIA EN AMÉRICA LATINA

En este segundo capítulo, se analizará el contenido y el alcance del derecho a la vida en relación con la eutanasia, a fin de dar respuesta a interrogantes implícitas en el debate sobre su despenalización y posterior regulación en países latinoamericanos que son objeto de esta investigación (Argentina, Perú, Chile, México y Colombia), a saber, ¿qué es el derecho a la vida?, ¿cuáles son sus límites?, ¿este derecho imposibilita la legítima reglamentación de la eutanasia?, ¿qué diferencia hay entre la eutanasia y la muerte digna? Para responder las anteriores inquietudes, se desarrollarán los siguientes dos puntos: 1. *El derecho a la vida*, y 2. *Eutanasia, muerte digna y derecho a la vida*.

1. *El derecho a la vida*

Está claro que la vida es un hecho; sin embargo, se caracteriza por ser un hecho innegablemente biológico. Desde esta perspectiva, la vida puede ser definida partiendo de factores comunes presentes en los organismos: un humano, una planta y una mariposa están vivos; no obstante, una roca no lo está. Los organismos que hacen parte del planeta comparten características que los diferencian de las cosas inanimadas; por ejemplo: un tipo preciso de organización, diversas reacciones químicas en su metabolismo, capacidad de conservar su medio interno aun cuando el medio externo

cambie, movimientos, capacidad de respuesta, crecimiento, reproducción, adaptación, etc.⁴⁹

Pues bien, la diferencia entre la vida humana y la de los demás seres vivos es, como se dijo en otro capítulo, la dignidad que le otorga un valor moral al sujeto. Desde el comienzo de la vida biológica del ser humano surge la importancia del derecho a la vida. El simple hecho de la vida humana constituye por sí mismo el título de derecho a la vida. En este orden de ideas, muchos autores coinciden en afirmar que el derecho a la vida es el fundamento de todos los demás derechos reconocidos al ser humano, argumentando que es a partir de ese derecho fundamental que nace cualquier atributo inherente al individuo en razón a que, si no existiera el reconocimiento de un derecho a la vida, no tendría sentido intentar desarrollar otro tipo de derecho humano. Por este motivo, “la vida es el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos”.⁵⁰

Cifuentes Muñoz afirma que la historia del derecho a la vida empieza con el despliegue del particular contexto político y cultural del siglo XVII, en el cual la individualidad libre para reconocer y proteger la facultad de obrar y ser de los seres humanos cobró mayor relevancia. Al comienzo, los derechos humanos (incluyendo al derecho a la vida), eran reconocidos solo a personas determinadas; sin embargo, poco a poco, en parte gracias a la conversión de la ley natural como ley moral universal, se llegaron a concebir estos derechos como una prerrogativa directamente vinculada con la naturaleza humana, y por consiguiente como un atributo de todo ser humano.⁵¹ La naciente utilización del lenguaje alusivo a los derechos humanos de aquel Siglo reivindicó la dignidad o valor intrínseco del

49 Eldra Pearl Solomon., Et. Al., 3, (4a. Ed.,1998).

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 21. (2018).

51 Eduardo Cifuentes Muñoz, Derecho a la vida, Red de Promotores de Derechos Humanos. Bogotá: Defensoría del pueblo, (2001), https://repositorio.defensoria.gov.co/bitstream/handle/20.500.13061/252/Derecho_a_la_Integridad_Defensoria_del_Pueblo.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Última visita el 10 de diciembre de 2022).

sujeto y contempló a los bienes básicos de este como derechos naturales. Cabe destacar que el mencionado derecho natural, formulado ya con los estoicos, los cristianos e incluso con Santo Tomas de Aquino (siglo XIII), asumía que el atentado contra la vida de los inocentes era atentar contra la ley natural. No obstante, la percepción de la vida evolucionó más allá de una ley natural y se posicionó en el lugar de un derecho que surte efectos jurídicos obligacionales hacia terceros (como el Estado). El titular del bien jurídico de la vida es, según lo señalado, el protagonista al que se le atribuye el derecho, y la obligación de respetarlo y garantizarlo recae sobre el Estado y sus semejantes.

El derecho a la vida fue el primer derecho reconocido y enaltecido en las categorías de derechos primordiales del individuo. Su reconocimiento como derecho inalienable e inherente a cada persona, trascendió los parámetros teóricos y empezó a manifestarse normativamente en tratados de carácter internacional, sentando finalmente las bases jurídicas de un verdadero derecho a la vida que impone la obligación, tanto al Estado como a los particulares, de asegurar sus garantías, protección y mecanismos y modos de reparación en el evento de ser transgredido o vulnerado.

Uno de los primeros tratados que reconoció solemnemente el derecho a la vida fue la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, que llamó al pueblo norteamericano a independizarse de Gran Bretaña en el siglo XVIII, la cual contempló: *"I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran a estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o despojar a su posteridad; a saber, el goce de la vida y la libertad, con los medios para adquirir y poseer propiedad, y perseguir y obtener felicidad y seguridad"*.⁵²

52 Restituto Sierra Bravo, La Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776), Anuario de Filosofía del Derecho, 14, 129, 131, (1969).

Entrado el siglo XX, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas - ONU el 10 de diciembre de 1948 (que es el documento que marcó un hito en la historia de los derechos humanos), proclamó en su artículo tercero lo siguiente: *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*.⁵³ Ese mismo año, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948 (la misma conferencia que creó la Organización de los Estados Americanos - OEA), dispuso de entrada algo casi al pie de la letra de lo contenido en la declaración de la ONU: Artículo 1 *"..., Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*.⁵⁴ Nuevamente la OEA ratificaría el derecho a la vida como bien jurídico que debe ser respetado a todo individuo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), al establecer: *"Artículo 3. Derecho a la Vida". Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*.⁵⁵

El precedente normativo internacional sobre el derecho a la vida repercutió en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Por ejemplo, la Constitución Política del Perú de 1993 consagra expresamente en el primer numeral de su artículo segundo el derecho a la vida, al igual que la Constitución Política de Colombia de 1991, que dispone claramente en su artículo décimo primero ese mismo derecho fundamental, o como la Constitución Chilena de 1980 (cuya vigencia se ve próximamente finiquitada considerando lo decidido en el plebiscito de 2020) que declara en su artículo décimo noveno asegurar el derecho a

53 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Res. A.G.2017. A (III), art. 3, O.N.U. (1948).

54 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Res. A.G.2017. A (III), art. 1, O.N.U. (1948).

55 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Res. A.G.2017. A (III), art. 3, O.N.U. (1948).

la vida a todas las personas. Si bien en esos tres Estados se positiviza explícitamente la adopción del derecho a la vida, hay otros en los que solo se avoca de forma implícita, dando a entender que en su orden jurídico se protege y se contempla dicho derecho, tal como se evidencia en México y Argentina, quienes reconocen dentro de su Constitución y orden normativo la integración de tratados internacionales de derechos humanos que contienen el derecho a la vida.

Como consecuencia de esta evolución histórica, al derecho a la vida se le ha otorgado multiplicidad de concepciones, por esta razón, Figueroa García-Huidobro (2008), reúne cinco comunes en la doctrina: “(...) Podemos identificar cinco concepciones sobre el derecho a la vida: 1) Una de ellas sostiene que el derecho a la vida consiste en el derecho a vivir, a permanecer con vida. 2) Otra sugiere que este derecho consiste en el derecho a vivir bien, o vivir con dignidad. 3) Una tercera propone entender que el derecho a la vida consiste en el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato. 4) Una cuarta concepción propone entender el derecho a la vida simplemente como el derecho a que no nos maten. Finalmente, 5) una quinta postura suscribe la idea de que este derecho consiste en que no nos maten arbitrariamente”.⁵⁶

Por otro lado, Díaz Alvarado propone la siguiente definición en la que se puede evidenciar una abierta postura teórica iusnaturalista-racionalista: “el derecho a la vida es aquel derecho inherente al ser humano por el simple hecho de serlo y que al derivar de la dignidad intrínseca de la persona es anterior y superior a las leyes y acuerdos supranacionales”.⁵⁷

Con lo anterior, surge la importancia de esclarecer cuál es el alcance de este derecho, cosa

que es compleja y “ello se debe principalmente a que el debate acerca de cómo y en qué medida se garantiza, está fuertemente marcado por posiciones y creencias filosóficas y religiosas respecto de las cuales es, en ocasiones, difícil encontrar el punto de conciliación”.⁵⁸ En esta línea, existen pronunciamientos internacionales que intentan precisar lo concerniente al alcance del derecho a la vida, algunos ejemplos son los numerosos casos allegados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como el de los “Niños de la Calle” Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, en el cual resolvió: “*El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él*”.⁵⁹

En otra ocasión, sobre el Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala (Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 3126 166), la Corte afirmó que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana sobre Derechos Humanos “*por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. En virtud de ello, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para su pleno goce y ejercicio*”.⁶⁰ Finalmente, en otro

56 Rodolfo Figueroa García Huidobro, Concepto de derecho a la vida, 14, Revista Ius et Praxis, 1, 261, 262, (2008).

57 Alejandra Díaz Alvarado, El derecho a la vida y a la libertad por el tribunal europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Repositorio Institucional de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. (Mayo, 2016). <http://ri.ujat.mx/jspui/handle/20.500.12107/3323> (Última visita el 20 de diciembre de 2022)

58 Cecilia Medina Quiroga, La Convención Americana: Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial, 60, (2003).

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No. 21. 5, (2018).

60 Id. en 8.

caso, específicamente en el Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador (Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306), la Corte IDH dice que la observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana,⁶¹ no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

En el ámbito interamericano, se vislumbra que el derecho a la vida abarca aspectos deontológicos en cuanto a su realización, puesto que debe garantizar una existencia digna a su titular, permitir que los demás derechos sean ejercidos por el individuo plenamente y; encima, no ser amenazada o vulnerada *arbitrariamente*. De manera que, la vida, es un derecho básico, y representa la condición mínima de posibilidad para el goce de los demás derechos y libertades, elevándose en la categoría de un título inderogable.⁶²

Siguiendo este orden de ideas, de acuerdo con Papacchini, existe la tendencia a considerar a la vida como uno de los bienes jurídicos más valiosos que deben ser protegidos prioritariamente, y no es para menos: de perderla, ningún poder humano puede restituirla.⁶³ No obstante, tampoco se trata de asegurar absurdamente un derecho a la inmortalidad, es imposible. Lo que realmente se busca es “exigir que el curso normal y natural de la existencia del individuo no sufra tropiezos ni se vea perturbado por la acción violenta de otros seres humanos”.⁶⁴ Que un individuo tenga derecho a vivir significa que su pretensión legítima de seguir viviendo en los límites impuestos por la naturaleza tiene como consecuencia la obligación de los demás a no interferir con la voluntad de supervivencia y la del poder legítimo para apelar el

respeto de este derecho y exigir el cumplimiento de las garantías y protecciones correspondientes.⁶⁵

Según Papacchini si se ve a la vida desde la perspectiva de un derecho social se logra identificar que cuenta con dos tipos de expresiones: una expresión positiva y una expresión negativa. En la primera, el derecho a la vida integra la disponibilidad de medios para poder vivir, lo que a su vez implica la obligación adicional del Estado de ofrecer su colaboración en aquellos casos en los que el individuo no logre procurarse con sus propios medios lo indispensable para su supervivencia. Por otro lado, la segunda expresión se ubica en el plano de la eliminación o reducción de amenazas externas, obstáculos que interfieren con el libre desarrollo vital de cada cual.⁶⁶ Sin embargo, no hay que olvidar que, tal como se planteó en el apartado del principio de libertad a través de Fraguas Madurga la vida hace parte de los derechos civiles y políticos.⁶⁷

En esta línea, Papacchini expone algunas razones morales del derecho a la vida, iniciando con dos postulados del derecho natural. El primero al que se refiere es al iusnaturalismo de corte religioso, el cual denota la obligación de respetar la vida humana y al precepto de no matar puesto que están amparados por la ley de voluntad divina, arraigando un carácter sagrado a la vida del ser humano. Desde esta óptica, el Estado y las personas no están autorizados para disponer de un bien que le fue otorgado por la Dios a la persona.⁶⁸ En cambio, el segundo postulado es el del iusnaturalismo moderno, el cual vincula a filósofos tales como John Locke y Thomas Hobbes. Locke afianzaba que el derecho a la vida tiene un arraigo primordial en la naturaleza humana y que al estar respaldado por la ley natural se le otorgaba una independencia frente al poder, también denotaba la presencia en todo ser humano de un poderoso instinto de conservación y de supervivencia, llamándolo el *factum brutum* del instinto de conservación que impulsa unilateralmente a cada ser viviente a conservarse en el ser. Por otro lado, Hobbes identifica al derecho a la vida como aquel

61 Id. en 7-8.

62 Supra nota 50.

63 Angelo Papacchini, Derecho a la vida ,13-14 (2010).

64 Id. en 16.

65 Id. en 19.

66 Angelo Papacchini, Derecho a la vida, 20 (2010).

67 Supra Nota 20.

68 Angelo Papacchini, Derecho a la vida ,27-28 (2010).

derecho del individuo a hacer todo lo posible para postergar la muerte, haciendo uso de todos los medios que estén a su alcance para lograr este fin.⁶⁹

En otro orden de ideas, una pregunta que es importante analizar en este punto es si el derecho a la vida es absoluto o no. Para responder esto, Tórtora Aravena sostiene que, si bien los derechos fundamentales son incondicionados en cuanto a su ejercicio, no son absolutos, de hecho, cuentan con limitaciones, ya sean estas explícitas o no. Esas limitaciones o restricciones están determinadas por exigencias propias de la sociedad; empero, esto no se contrapone a “la convicción de entender que el Ser Humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana”.⁷⁰ Estas limitaciones a los derechos tienen como consecuencia que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias. Una explicación que brinda este autor sobre la realidad de los límites a los derechos humanos es la que se plantea desde la misma existencia contingente y no absoluta del ser que los posee.⁷¹ Al ser este ser mortal, finito y constantemente sometidos a cambios en su individualidad y en su entorno, es lógico que no se pueda considerar a alguno de sus aspectos integrales como absolutos e ilimitados; de ello no escapan sus atributos inherentes como persona, es decir, aquellas virtudes que a lo largo de generaciones se le han reconocido como propias y que hoy se conocen como derechos humanos. Como refuerzo de lo anterior, Román Díaz analizando el pensamiento de Norberto Bobbio sobre los derechos humanos, interpreta que: *“Los derechos humanos tienen una existencia determinada en función de la realidad histórica donde aparecen. (...) No tienen una existencia permanente y sus contenidos cambian en el tiempo. (...) Se trata de un concepto (dimensión externa) o de una norma jurídica (dimensión interna) que, a lo*

*largo de la historia de la humanidad, han sufrido modificaciones”.*⁷²

Dicho lo anterior, se afianzan las innegables limitaciones que tienen los derechos, y aquellas pueden surgir a partir de las circunstancias en que operan (para lo cual se dividen en ordinarias y extraordinarias), desde su propio origen particular (las que nacen del respeto por los derechos de las demás personas, a las de origen material y a las de origen positivo.), o incluso desde la norma en la que constan (las establecidas expresamente en un ordenamiento jurídico).⁷³ lo tanto, asegurar que el derecho fundamental a la vida es absoluto (por cuanto a que no tiene límite alguno) es equívoco, y sobre esto, Norberto Bobbio aclara que si bien la vida es un derecho fundamental universal (vale para todo ser humano), no es absoluto, puesto que todos están dispuestos a admitir que en determinados casos puede resultar lícito matar.⁷⁴

Ahora, para dar final a este importante punto, se hablará de la vida digna, un término que cada vez toma mayor importancia jurídica y que se ha sido definido oportunamente por la jurisprudencia en algunos países. Además, es el tema que da apertura al próximo punto, quizás el más importante en todo este texto.

Hemos definido a la vida como un hecho biológico que permite la realización de todos las actividades, acciones, omisiones y atributos que son propios del ser. Cualquier característica endilgada al individuo es posible porque este existe y está vivo. Además, cada ser es propietario de su vida, solo él o ella puede gozar de su existencia en primera y única instancia: no puedo vivir la vida de mi compañero porque esta le es impajaritiblemente propia, y viceversa. Así mismo, no puedo tener una vivencia experiencial diferente a la que vivo. Todo lo que conlleva el simple hecho

69 Id. en 29-31.

70 Hugo Tórtora Aravena, Las limitaciones a los derechos fundamentales. 8, Estudios constitucionales, 2, 167, 168, (2010).

71 Id. en 169.

72 Miguel Román Díaz, Los derechos humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. 165, (2015) <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/21545> (Última visita el 20 de diciembre de 2022).

73 Supra nota 70.

74 Angelo Papacchini, Derecho a la vida ,41 (2010).

de vivir le pertenece al sujeto y solamente a él. Si se hablara de la vida de un ser que goza de un valor moral, de racionalidad y autodeterminación que se resume en dignidad desde un punto de vista en el que se le cosificare, no sería posible afirmar cualquier postulado anteriormente desarrollado en este texto.

Ahora bien, reducir la vida humana a la simple existencia del ser es equívoco, y es aquí donde radica la concepción de una vida digna. Para aclarar esto, el Magistrado de la Corte Constitucional Colombiana, Carlos Gaviria Díaz, a través de la sentencia T-926 del 18 de noviembre de 1999 explica: *“El derecho fundamental a la vida (...), no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.”*⁷⁵

El apartado en el que se desarrolló el principio de la dignidad humana se identificó que el mismo está estrechamente relacionado con la posibilidad de desarrollar las finalidades del ser humano, afirmándose incluso que el ser en sí mismo es un fin que no debe instrumentalizarse, puesto que socavaría su propio valor moral intrínseco. Por esta misma línea de ideas se dirige la concepción de una vida digna: no basta con la simple existencia vitalicia del ser humano, esta debe permitir que ese mismo ser logre gozar y desarrollar en la medida de lo posible sus finalidades individuales, siempre que estos no deterioren la sana convivencia con sus semejantes o perjudique directa o indirectamente a ellos.

2. Eutanasia, muerte digna y derecho a la vida

Estudiando la etimología de la palabra Eutanasia, encontramos que esta tiene su origen en la locución griega “eu” que traduce a “bueno, bien o buen” y “thánatos” que en nuestra lengua significa “muerte”. El uso de este término, “buena muerte” o “buen morir”, actualmente se refiere al acto de acabar con la vida de una persona incurable e irreversiblemente enferma, cuyo estado de salud se ve progresiva y dolorosamente deteriorado, previendo con ello de manera indudable su muerte. Este acto se realiza a solicitud del sujeto enfermo (o muy extraordinariamente a petición de un tercero), y tiene como finalidad acabar con el sufrimiento del paciente que, generalmente, se encuentra en estado terminal.⁷⁶ En este sentido, la eutanasia representa la terminación de la vida humana por medios indolores con el propósito de poner fin al grave sufrimiento físico. Así entendida, no puede por menos ser una legítima aspiración de los seres humanos en estas catastróficas e irremediables circunstancias.⁷⁷

Partiendo de este concepto general, surgen algunos términos identificados como formas en las que se presenta la eutanasia, dando como resultado las clasificaciones en las cuales se puede agrupar.

En primer lugar, se encuentra a la eutanasia *activa o positiva* y la eutanasia *pasiva o negativa*. En la primera, existe un despliegue médico para producir la muerte de una persona; por ejemplo, suministrar directamente algún tipo de droga o realizar intervenciones en busca de causar la muerte. Es decir, es necesaria la acción de un sujeto activo que esté encaminada a provocar la muerte de la persona. *Contrario sensu*, la segunda se presenta cuando la muerte se produce por la omisión de tratamientos, medicamentos, terapias o alimentos; en este tipo de eutanasia, la actuación del médico es negativa u omisiva pues su conducta es de “no hacer”. En otras palabras, se suspende todo tipo de actividad terapéutica para prolongar

75 C.C., 18 de noviembre, Sentencia T- 926/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

76 Supra nota 16.

77 Marcos Gómez Sancho, *Morir con dignidad*. 184, (2005)

la vida de una persona que se encuentre en fase terminal.⁷⁸

En segundo lugar, está la eutanasia *directa e indirecta*. Se habla de eutanasia directa cuando existe una provocación intencional del médico que busca la terminación de la vida del paciente. En este evento, la actividad del sujeto activo está encaminada explícitamente a causar la muerte del paciente (o sujeto pasivo), eso sí, bajo el criterio *sine qua non* de la manifestación clara y expresa de la voluntad de este último. Por otro lado, la eutanasia se clasifica como indirecta cuando la intención original no era acabar con la vida; sin embargo, como efecto colateral a tratamientos destinados a disminuir el dolor del paciente, generalmente intensos, se produjo su muerte. Un ejemplo de esto último lo brinda Gómez Sacho: "(...) En algunos enfermos, sobre todo en estados avanzados de su enfermedad, el dolor intenso puede requerir dosis excepcionalmente altas de analgésicos potentes (tales como la morfina) que implica correr riesgos proporcionales a la dramática situación del enfermo".⁷⁹ A raíz de estos tratamientos, puede presentarse no intencionalmente la muerte del paciente, de hecho, una aclaración que hace el mismo autor es que "el equilibrio entre mitigar al máximo el dolor y la posibilidad de acortarle la vida, debe inclinarse claramente en favor de la lucha contra el insoportable dolor".⁸⁰

Hay algunos tratadistas que debaten sobre la existencia de una eutanasia *involuntaria*, dado que esta se llevaría a cabo sin la clara y expresa solicitud del paciente, es decir, sin tener su consentimiento o manifestación voluntaria. El motivo de este debate radica en lo contradictorio que podría resultar la aceptación de este tipo de eutanasia, puesto que el fundamento intrínseco (y mayoritariamente aceptado) es la inconfundible exteriorización del consentimiento y *voluntad* de morir del paciente, para así terminar de forma definitiva con los intensos sufrimientos ocasionados por una enfermedad incurable, que

menoscaba la vida del paciente progresivamente y que posteriormente causaría la muerte.

Contrario a la eutanasia, existen prácticas que van encaminadas a prolongar la vida del paciente, a pesar de aquejar los padecimientos anteriores mencionados. Tal es el caso de la *distanasia*, la *ortotanasia*, y los *cuidados paliativos*. La distanasia "supone la prolongación de la vida por cualquier medio, incluso, causando efectos perversos en la salud, dignidad y vida del paciente. El objetivo de esta práctica consiste en impedir innecesariamente la muerte de la persona".⁸¹ Esta práctica pospone la muerte del sujeto enfermo mediante procedimientos o tratamientos biotecnológicos, predominando el criterio de "cantidad" de vida sobre el de calidad de vida, produciendo el llamado "encarnizamiento terapéutico".⁸² Contrariamente, "la ortotanasia radica en todas las medidas para mejorar la calidad de vida de los enfermos terminales evitando ensañamiento terapéutico al retirar todas las medidas desproporcionadas que no beneficien al enfermo".⁸³ Busca brindarle al enfermo terminal un trayecto más afable hacia la muerte, para que llegue en el tiempo justo, tomando como base la dignidad que le es propia y ha de serle reconocida. Cabe aclarar que la ortotanasia se diferencia de la eutanasia pasiva toda vez que la primera permite brindar al paciente una muerte menos dolorosa y más tranquila con la aplicación de tratamientos que apacigüen el sufrimiento para que la muerte llegue a su debido tiempo, es decir, implica *un actuar* por parte del personal médico; mientras que, en el caso de la eutanasia pasiva, se presenta una *omisión* de tratamientos que calmen el sufrimiento o adelante la muerte al individuo.

Aunado a la anterior categoría, surgen los llamados "cuidados paliativos", así se denominan a las atenciones o "cuidados de los hospicios" que se encaminan a procurar bienestar al enfermo. Para aplicarlos, se conforma un programa coordinado e interdisciplinario que se encarga

78 C.C., Sentencia T-970/14. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

79 Marcos Gómez Sancho, *Morir con dignidad*. 190, (2005)

80 Id. en 190.

81 C.C., Sentencia T-970/14. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

82 Isa Fonnegra de Jaramillo. *De cara a la muerte*. 98 (2017)

83 María del Pilar Gamarra, *La asistencia al final de la vida: la ortotanasia*, 11, *Horizonte Médico*, 1, 40, 45, (2011).

de prestar el servicio de control del dolor y de los demás síntomas, brindando apoyo a las personas con enfermedades mortales y a sus familiares. Cabe señalar que estos cuidados concentran sus esfuerzos en mantener o mejorar, si es posible, la calidad de vida del paciente y en aliviar sus síntomas, mas no en intentar erradicar la enfermedad ni prolongar la vida.⁸⁴

Otra terminología importante para analizar es la referente al *homicidio por piedad* y al *suicidio asistido*. De Miguel Sánchez & López Romero afirman que el homicidio por piedad (o por compasión) se produce “cuando alguien provoca la muerte de un paciente sin que exista una petición expresa de este y sin conocer, por tanto, su voluntad, pero actuando por compasión o piedad ante una situación de padecimiento muy grande, con la intención de procurarle un bien”,⁸⁵ mientras que el suicidio asistido (o auxilio al suicidio) “es la acción de una persona, que sufre una enfermedad irreversible, para acabar con su vida, y que cuenta con la ayuda de alguien más que le proporciona los conocimientos y los medios para hacerlo”.⁸⁶ Cabe aclarar aquí, que tanto el homicidio por piedad como el suicidio asistido se diferencian de la eutanasia toda vez que esta exige el cumplimiento de unos requisitos para su efectiva configuración: I) el enfermo debe padecer agudos e insoportables sufrimientos que no le permitan vivir de manera digna, sin un pronóstico de irreversibilidad o mejora, y estar en la fase terminal de su enfermedad (aunque esto último lo desvirtuó la Corte Constitucional Colombiana a través de la Sentencia C-233 del 22 de julio de 2021, en la cual se amplía la posibilidad de acceder a la eutanasia para aquellas personas que cumplan con los primeros aspectos); II) debe realizarlo un profesional de la medicina luego de conformar un comité interdisciplinario que brinde acompañamiento psicológico, médico y social tanto al paciente como a la familia, además de analizar y evaluar el caso específico; y III) se debe contar con la solicitud y el consentimiento expreso del paciente en el cual manifieste su voluntad de morir.

84 Cristina de Miguel Sánchez, & A López Romero, Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregon y Australia (I), 13, *Medicina Paliativa*, 4, 207, 209-210, (2006).

85 Id.

86 Marcos Gómez Sancho, *Morir con dignidad*. 184, (2005)

El entendimiento de todos los anteriores aspectos relativos al buen morir y al reconocimiento de la dignidad del ser humano en todas las etapas de su vida, abrió paso a la consolidación de un nuevo concepto: el derecho fundamental a la *muerte digna*. Sin embargo, existe un problema en cuanto a su comprensión: tiende a ser confundida con la *eutanasia*, identificándolas equívocamente como sinónimos. Gómez Sacho orienta a la muerte digna como “la mejor forma en que puede morir un paciente”,⁸⁷ dado que “morir no tiene que ser un hecho desgraciado. Aun cuando nuestros condicionamientos culturales sean fuertes”.⁸⁸ La finalidad del derecho a morir dignamente es impedir que la persona padezca una vida dolorosa, incompatible con su dignidad, tal como sucede en los casos en que los tratamientos médicos realizados al enfermo no funcionan, o cuando él o ella decide voluntariamente no someterse más a esos a los mismos pues considera, según su propia expectativa, que es indigna la manera como está viviendo.⁸⁹ Por ende, la *muerte digna* engloba a todos los tratamientos y procedimientos que permitan a la persona ese objetivo: los cuidados paliativos, la ortotanasia, la eutanasia, e incluso, si así lo quisiera, la distanasia. La eutanasia, es entonces, una forma de lograr una muerte digna; pero no es la única. Recordando lo dicho por Ronald Dworkin “hacer que alguien muera en una forma que otros aprueban, pero que él cree que es una contradicción horrorosa con su propia vida, constituye una devastadora y odiosa forma de tiranía”.⁹⁰

Finalmente, la relación existente entre la eutanasia como una forma en que se manifiesta derecho fundamental a la muerte digna y el derecho a la vida se sintetiza en la siguiente cita: “El derecho a morir dignamente es un derecho fundamental. Esta garantía se compone de dos aspectos básicos: por un lado, la dignidad humana y por otro, la autonomía individual. En efecto, la dignidad es el presupuesto esencial del ser humano que le permite razonar sobre lo que es correcto o no, pero también es indispensable para el goce del

87 Marcos Gómez Sancho, *Morir con dignidad*. 69, (2005)

88 Id. en 69.

89 C.C., Sentencia T-970/14. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

90 Ronald Dworkin, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, 284 (R. Caracciolo & V. Ferreres trad., 1994).

*derecho a la vida. El derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, independiente pero relacionado con la vida y otros derechos. No es posible considerar la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, así como tampoco es dable entenderlo como una parte del derecho a la vida. Sencillamente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esa categoría. Es un derecho complejo pues depende de circunstancias muy particulares para constatarlo y autónomo en tanto su vulneración no es una medida de otros derechos”.*⁹¹

De esta manera, se concluye que el derecho a la vida no se reduce a un simple existir dado por el funcionamiento biológico del organismo, en su lugar, expresa una relación necesaria con la posibilidad que le asiste a todas las personas a desarrollar dignamente sus facultades inherentes como seres humanos. Por ello, si un individuo no puede ejercer su derecho a gozar una vida digna en razón a su una patología, puede ejercer legítimamente su derecho a morir con digna.

IV. LOS ESTÁNDARES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN AMÉRICA LATINA RESPECTO A LA EUTANASIA

En este último apartado, se determinan los estándares jurídicos establecidos en América Latina respecto a la eutanasia; sin embargo, no se aborda la generalidad de esta región geográfica, sino que se abarca el tema desde los países en que se ha producido una evolución jurídica significativa: Argentina, Perú, Chile, México y Colombia.

1. Argentina

El tema de la eutanasia y la muerte digna ha sido limitadamente tratado en este Estado; sin embargo, se identifica como punto de partida a la Ley 26.742, sancionada el 9 de mayo del 2012 por el Senado y la Cámara de Diputados de la

Nación de Argentina, la cual regula los derechos del paciente, la historia clínica y el consentimiento informado, y; además, modificó la ya vigente Ley 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Sobre esta normativa, hay quienes afirman que se puede interpretar la consagración y el reconocimiento de un derecho a la muerte digna, pues permite al paciente con enfermedad terminal morir en el tiempo justo, dándole la oportunidad de “*manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado*”.⁹² Dado esto, se puede inferir que lo establecido por el legislador argentino en esta norma es equivalente a hablar de una eutanasia pasiva u omisiva. Sobre este análisis, Pamela Lucia Urani arguye que la ley 26.742 “*no admite la eutanasia en un sentido general, sin hacer una distinción en cuanto a los tipos de clasificación existentes entre eutanasia activa o pasiva*”,⁹³ más bien, lo que esta ley permite se asimilaría a lo que se conoce hoy como ortotanasia, que, como analizó en el capítulo anterior, es una de las maneras en que se puede llevar a cabo la muerte digna de una persona.

Respecto al hecho motivador de dio origen a esa ley, algunos medios de comunicación nacionales, tales como el diario LA NACIÓN de Argentina, expusieron que la ley fue sancionada a partir del dramático caso de la pequeña niña Camila López, quien desde su nacimiento se encontraba en un estado vegetativo, impidiéndole realizar si quiera actividades básicas para el ser humano. A raíz de esa situación, sus padres iniciaron una larga batalla para reclamar que se desconectara de los

91 C.C., Sentencia T-970/14. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

92 Ley 26.742 de 2012 Congreso de la Nación de Argentina. Art.1.

93 Pamela Lucía Urani, La prohibición de las prácticas eutanásicas en el Derecho Argentino. ¿Se acepta la Eutanasia pasiva? Universidad Empresarial Siglo 21. (2015) <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12852/URANI%20Pamela.pdf?sequence=1> (Última visita el 20 de diciembre de 2022).

aparatos que la mantenían artificialmente con vida hacía ya dos años.⁹⁴

En resumen, Argentina no cuenta con una aprobación explícita de la eutanasia, solo se limita a permitir que los pacientes en estado terminal dispongan de su destino a través del rechazo de procedimientos que prolongarían su vida o ayudarían apaciguando el dolor. En cuanto a la prohibición, el capítulo I del título I del segundo libro del Código Penal Argentino, dispone los llamados delitos contra la vida, determinando explícitamente como delito al suicidio asistido o instigación al suicidio en el artículo 83 de esta norma. Pese a ello, se siguen aunando esfuerzos para legalizar la eutanasia y el suicidio asistido, una muestra de ello es el último proyecto de ley radicado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina presentado por la Diputada Mara Brawer en septiembre de 2022.⁹⁵

2. Perú

Por otro lado, un caso reciente que ha sacudido a América Latina es el de Ana Estrada, de Perú, una mujer de 44 años quien desde temprana edad fue diagnosticada con polimiositis, una enfermedad muscular degenerativa, dolorosa, progresiva e incurable que debilita los sus músculos. Estrada realizó todo lo que estuvo a su alcance y al de la ciencia para intentar frenar el avance de esta enfermedad, pero no tuvo éxito. De manera que decidió librar una dura batalla contra el Estado peruano exigiendo que se le permitiera morir con dignidad a través de la aplicación de la eutanasia, dada su imposibilidad de continuar viviendo dignamente. La misma terminó con la decisión del Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima al resolver en la sentencia del 22 de febrero del 2021 respetar la decisión de Ana Estrada Ugarte de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la

94 *Supra* nota 11.

95 Jorge Nicolás Lafferriere, Quinto proyecto de ley de eutanasia en Argentina, Centro de Bioética, Persona y Familia (03, octubre, 2022). <https://centrodebioetica.org/quinto-proyecto-de-ley-de-eutanasia-en-argentina/> (Última visita el 20 de diciembre de 2022).

eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin.⁹⁶

Es menester señalar que, actualmente, en Perú la eutanasia es ilegal y está expresamente prohibido en el artículo 112 del Código Penal Peruano el Homicidio por Piedad. De modo que el caso de Ana Estrada es un antecedente hito que abre las puertas para que en el futuro se pueda contemplar la despenalización de la Eutanasia en este Estado.

3. Chile

Paralelamente, en Chile el proyecto de ley de la muerte digna y cuidados paliativos fue aprobado por la Cámara de Diputados en marzo de 2021, pero sigue siendo motivo dilatado de debate en el Senado aún en 2022, tanto así que el actual Presidente de la República de Chile, Gabriel Boric Font, ha llamado a su tramitación con urgencia por parte del ente legislativo.⁹⁷

El mismo proyecto busca regular la muerte digna a través de cuidados paliativos o eutanasia para mayores de 18 años. Según Florencia Trucco en su artículo periodístico realizado para CNN Español, “el proyecto también contempla que los prestadores de la salud otorguen el derecho a los pacientes en estado terminal o con dolor severo de cualquier índole a los cuidados paliativos para calmar las aflicciones propias de su enfermedad”.⁹⁸

96 Pierina Pighi Bel, Ana Estrada y la eutanasia en Perú: “Me están diciendo ‘tranquila, ya nadie va a ser culpable si decides morir”, BBC NEWS MUNDO, (2, marzo, 2021). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-56248478> (Última visita el 20 de diciembre de 2022).

97 Francisca Crispi, El derecho a una muerte digna, Diario digital El Mostrador, (05, junio, 2022), <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2022/06/05/el-derecho-a-una-muerte-digna/> (última visita el 20 de diciembre de 2022).

98 Florencia Trucco, Cámara de Diputados de Chile envía al Senado el proyecto de ley que regula la eutanasia, CNN Español, (21, abril, 2021), <https://cnnespanol.cnn.com/2021/04/21/camara-de-diputados-de-chile-envia-al-senado-el-proyecto-de-ley-que-regula-la-eutanasia/> (última visita el 20 de diciembre de 2022).

Cabe mencionar que un caso actual es el de Cecilia Heyder, quien, según lo reporta el periódico El Clarín en su artículo periodístico “Cecilia Heyder, la mujer que libra una feroz batalla para que se legalice la eutanasia en Chile”,⁹⁹ es una activista que padece cáncer metastásico, lupus y un trastorno sanguíneo. Desde hace más de una década lleva una ardua batalla contra el Estado chileno para que se apruebe la eutanasia, participando incluso en rondas de audiencias ante la Comisión de salud del Senado de la República en donde expone su deteriorada situación.

En lo relacionado con la prohibición de la eutanasia en Chile, Romero Castellanos analizó lo siguiente: “La Ley 20.584 de 2012 (artículos 14 y 16) establece el derecho a rechazar el tratamiento médico siempre que esto no conduzca a la eutanasia ni acelere la muerte. Según el artículo 121 del Código Penal, se contempla una reducción en el castigo cuando el crimen es impulsado por un valor social relevante (no especifica cuáles)”.¹⁰⁰

Solo queda decir que el debate sobre la eutanasia y el derecho a la muerte digna en Chile aflora actualmente ante el Congreso Nacional de Chile, pero no existe aún una regulación definitiva sobre ello, y puede que el retraso por parte del Senado de la República de Chile en su pronunciamiento sobre el proyecto de ley de la eutanasia esté influenciado en parte por el reciente rechazo a la reforma constitucional chilena a través de plebiscito de 2022, cuya propuesta que contempló fortalecer las garantías estatales a los derechos sociales, dentro de los cuales se planteó un Sistema Nacional de Salud.

4. México

En cuanto a la situación actual de la Eutanasia en México, el diario digital Infobae (2021) informa que “se han emitido proyectos de leyes para autorizar la eutanasia; sin embargo, han fallado en el Congreso”, pero que “la Ciudad de México y los estados de Aguascalientes y Michoacán permiten que pacientes en estados terminales o su familia rechacen los tratamientos paliativos bajo la Ley de Voluntad Anticipada”.¹⁰¹ Finalmente publica que “la Constitución Mexicana no prohíbe la eutanasia, el que sí lo hace es la Ley General de Salud”.¹⁰² Respecto a esta norma aún vigente, se evidencia que el artículo 166 Bis 21 establece lo siguiente: “Queda prohibida, la práctica de la eutanasia, entendida como homicidio por piedad, así como el suicidio asistido conforme lo señala el Código Penal Federal, bajo el amparo de esta ley. En tal caso se estará a lo que señalan las disposiciones penales aplicables”.¹⁰³

Por lo establecido en esta norma, está prohibida la práctica de la eutanasia y del suicidio asistido mecánicamente asistido u homicidio por piedad actualmente en México.

5. Colombia

Finalmente, y en contraste con lo anterior, encontramos que en América Latina el país que más se destaca en cuanto a la evolución jurídica de la eutanasia y la muerte digna, es Colombia, dado que desde 1997 la eutanasia está despenalizada bajo circunstancias específicas y empezó a reconocerse abiertamente el derecho a morir con dignidad.

A través de la Sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional colombiana declaró la exequibilidad del artículo 326 del Decreto 100

99 Supra nota en 12.

100 Libia Romero Castellanos, La eutanasia en Sur América y España, una perspectiva con base en la legislación comparada. Universidad de La Sabana, 13, (2019). <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/37656/LEGISLACION%20EN%20LATINOAMERICA%20SOBRE%20EUTANASIA%20Libia%20Romero.%20Versi%C3%B3n%20definitiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Chile%3A%20La%20Ley%2020584%20de,eutanasia%20ni%20acelere%20la%20muerte> (última visita el 20 de diciembre de 2022)

101 Infobae, Eutanasia y suicidio asistido: Qué tan avanzado está México en el tema de la “muerte digna”. Diario digital Infobae, (18, marzo, 2021). <https://www.infobae.com/america/mexico/2021/03/19/eutanasia-y-muerte-asistida-que-tan-avanzado-esta-mexico-en-el-tema-de-la-muerte-digna/> (última visita el 20 de diciembre de 2022)

102 Id.

103 Ley General de Salud. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Art.166 Bis 21.

de 1980 (en aquel entonces el Código Penal Colombiano), norma demandada que tipificaba el homicidio por piedad (hoy este delito se encuentra contemplado en el artículo 106 de la ley 599 de 2000, actual Código Penal Colombiano). No obstante, aclara la Corte, *“con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada.”*¹⁰⁴ Permitiendo así la práctica de la eutanasia cuando esta: I) sea realizada por un médico, II) el enfermo sea terminal y III) que el enfermo terminal haya expresado su voluntad libre para poner fin a intensos sufrimientos “provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable”.¹⁰⁵ Además, este fallo exhortó al Congreso de la República *“para que, en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna.”*¹⁰⁶

Diecisiete años más tarde, sin tener aún ninguna regulación normativa explícita sobre la eutanasia y la muerte digna, llegó a revisión de la misma Corte Constitucional la tutela a partir de la cual profirió la Sentencia T-970 de 2014, señalando que la ausencia de legislación no constituye razón suficiente para negarse garantizar la práctica de la eutanasia y a reconocer el derecho a la muerte digna; también, que no se puede obligar a una persona a vivir en condiciones que son contrarias con su dignidad. Nuevamente, exhortó al Congreso de la República a regular esta materia y, esta vez, también al Ministerio de Salud para que emitiera una directriz y disponga todo lo necesario para que todas las entidades promotoras de salud conformaran un comité interdisciplinario al momento de allegar las solicitudes para la práctica de la eutanasia en pacientes terminales.

Sin embargo, cabe resaltar que ese mismo año, el Congreso de la República profiere la Ley Consuelo Devis Saavedra, a través de la cual “se regulan los servicios de cuidados paliativos para el

manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”.¹⁰⁷ Un año después, a diferencia del legislador, el Ministerio de Salud acató la orden de la Corte y emitió la Resolución 1216 de 2015, a través de la cual dictó las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités Interdisciplinarios para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad. Luego, ese mismo ente administrativo profirió la Resolución 1051 de 2016, la cual reglamentó la Ley 1733 de 2014, y la Resolución 4006 de 2016, la cual creó el Comité Interno del Ministerio de Salud y Protección Social para controlar los procedimientos que hagan efectivo el derecho a morir con dignidad y regula su funcionamiento.

Posterior a esto, surgió un tema incluso más controversial que la misma aprobación y despenalización de la eutanasia, y fue el reconocimiento del derecho a la muerte digna a menores de edad. Este hecho lo resolvió la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-544/17, providencia en la cual, además de exhortar nuevamente al Congreso de la República a emitir la regulación del derecho fundamental a morir dignamente (esta vez tanto para mayores de edad como para Niños, Niñas y Adolescentes), y al Ministerio de Salud a presentar un proyecto de ley que proponga la regulación del derecho fundamental a la muerte digna, también invitó a demás órganos como la Defensoría del Pueblo y a la Superintendencia Nacional de Salud a vigilar y dar garantía del cumplimiento de este derecho fundamental.

Acatando la orden de la Corte, el Ministerio de Salud esta vez profirió la Resolución 825 de 2018, a través de la cual reglamentó el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de los niños, niñas y adolescentes. Un suceso hito para la línea evolutiva de la eutanasia y la muerte digna tanto con Colombia como América Latina. Así mismo, este ente administrativo estableció el procedimiento de recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las

104 C.C., Sentencia C-239/97. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

105 C.C., Sentencia C-239/97. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

106 C.C., Sentencia C-239/97. M.P. Carlos Gaviria Díaz

107 Ley 1733 de 2014.

directrices para la organización y funcionamiento del Comité para hacer Efectivo el Derecho a Morir con Dignidad a través de la Eutanasia por medio la Resolución 971 del 1 de julio de 2021.

Finalmente, el pronunciamiento más reciente sobre la eutanasia en Colombia lo hizo, una vez más, la misma Corte a través de la Sentencia C-233/21, en la cual decidió ampliar “el derecho fundamental al acceso a la eutanasia en Colombia, para los pacientes que padezcan una enfermedad o lesión grave e incurable que sea causante de un agudo sufrimiento”.¹⁰⁸ La particularidad de este fallo radica en que ya no es una condición *sine qua non* que la persona sea un enfermo en estado terminal para que la aplicación de la eutanasia sea válida y no carezca de objetividad. La norma demandada, nuevamente, es el artículo 106 de la ley 599 de 200 (Código Penal Colombiano), que actualmente tipifica el homicidio por piedad, y la corte resuelve ante esta demanda rectificando la exequibilidad de este artículo, aclarando “que no se incurre en el delito de homicidio por piedad, cuando la conducta i) sea efectuada por un médico, ii) sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico, del sujeto pasivo del acto, y siempre que (iii) el paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable”.¹⁰⁹ Una vez más, exhortó al Congreso de la República para que “avance en la protección del derecho fundamental a morir dignamente, con miras a eliminar las barreras aún existentes para el acceso efectivo a dicho derecho”.¹¹⁰

Con este fallo, afloraron casos en los que se solicita el legítimo reconocimiento del derecho a morir dignamente a través de la aplicación de la eutanasia a personas que, si bien padecen enfermedades graves, dolorosas e irreversibles, no están en etapa terminal, tal como sucedió con Martha Sepúlveda,

La colombiana que padecía de Esclerosis lateral amiotrófica (ELA) y quién, luego de encontrar negativas a su solicitud de morir con dignidad, logró acceder a la eutanasia sin ser enferma terminal en enero de 2022.¹¹¹ (BBC News Mundo, 9 enero 2022). El caso de la señora Sepúlveda fue precedido horas antes el 7 de enero del mismo año por el señor Víctor Escobar, quien se convirtió en “la primera persona en el país sudamericano en recibir la eutanasia sin padecer una enfermedad terminal, sino varias condiciones degenerativas incurables”.¹¹²

En Colombia, conforme a los numerosos pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema de la eutanasia y la muerte digna, se llegó a la siguiente conclusión: “La protección de la dignidad significa que todos deben vivir y morir, en principio y por instinto, con dignidad y decorosamente, conservando la nobleza propia del ser humano. Y es deber de los Estados ser garante de estos derechos”.¹¹³

V. Conclusiones

El presente artículo de reflexión tuvo como objetivo determinar la conexidad entre los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con el derecho a la vida respecto a la eutanasia en América Latina, en este sentido se llegó a las siguientes y sugerentes conclusiones:

En primer lugar, se estableció el contenido y el alcance de los principios de libertad, autonomía moral y dignidad en relación con la eutanasia en América Latina, puesto que son los prevalentes en la mayoría de las constituciones de dicha

108 C.C., Sentencia C 233/21. M.P. Diana Fajardo Rivera

109 C.C., Sentencia C 233/21. M.P. Diana Fajardo Rivera

110 C.C., Sentencia C 233/21. M.P. Diana Fajardo Rivera

111 BBC NEWS MUNDO, Víctor Escobar se convierte en el primer paciente no terminal en recibir la eutanasia en Colombia y América Latina. BBC NEWS MUNDO. (8, enero, 2022). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-59919429> (última visita el 20 de diciembre de 2022).

112 Piedad Lucía Bolívar Góez, La muerte digna: una mirada a su regulación en Colombia, *Ámbito Jurídico – Legis*. (18, agosto, 2021). <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/la-muerte-digna-una-mirada-su-regulacion-en-colombia> (última visita el 20 de diciembre de 2022).

113 *Id.*

región. En lo referente al principio de libertad, se entendió que su característica esencial es la no intromisión de terceros tales como el Estado en la esfera privada de las personas, siempre y cuando las decisiones tomadas dentro de ella no perjudiquen directa o indirectamente a otros. El ser humano debe estar exento de coacciones ajenas a él que limiten el ejercicio de sus fines y proyectos particulares. No obstante, en el tema de la eutanasia, este mandato de no intervención externa debe ser acatado tanto por el ente estatal como por el conglomerado social en lo que respecta a las decisiones sobre su propia vida, más aún, cuando estas van encaminadas a hacer valer su dignidad. Por lo tanto, la libertad, en cuanto a la eutanasia, es la posibilidad de disponer de la integridad física personal y de la propia vida, frente al poder coactivo del Estado. Alusivo al principio de autonomía moral, se identificó la relación que tiene con la libertad, siendo su expresión más elevada. El individuo es moralmente autónomo toda vez que es capaz de tomar decisiones por sí mismo, sin verse influenciado o constreñido por alguien ajeno a él; en ese orden de ideas, si una persona enferma que padece agudos sufrimientos inevitables decide que lo mejor para sí es poner fin a su vida mediante la aplicación de la eutanasia, debe ser respetada su voluntad. En el último sentido, el principio de dignidad proclama al ser humano como un sujeto con un valor moral, que no debe ser reducido a un instrumento a través del cual otros satisfacen sus fines; por el contrario, es un ser dotado de fines propios, siendo a la vez él un fin en sí mismo.

En segundo lugar, se estableció el contenido y el alcance del derecho a la vida en relación con la eutanasia en América Latina, inicialmente, entendiendo a la vida como un hecho biológico que; además de representar por sí mismo un derecho fundamental, es la base del ejercicio de cualquier derecho humano, cuyo despliegue se marcó en el particular contexto político y cultural del siglo XVII y ha venido resignificándose desde entonces. Está explícitamente reconocido en numerosos instrumentos internacionales, y concebido como inherente al ser humano por el simple hecho de serlo; identificando que no es absoluto porque cuenta con limitaciones explícitas

y tácitas determinadas por exigencias propias de la sociedad (tal como la eutanasia). También, que comprende el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente y el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Recordando que el mismo no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano, significando así una verdadera vida digna. Y, conforme a la eutanasia, se encontró que existen diferentes clasificaciones y terminologías relativas a ella; entendiendo incluso que representa a una de las formas en las que se puede ejercer el derecho a la muerte digna; pero, no la única. Se dedujo también que la muerte digna se relaciona con el derecho a la vida considerando a la dignidad que les reviste; si un individuo no puede ejercer su derecho a gozar una vida digna en razón a su una patología, puede ejercer legítimamente su derecho a morir con digna.

Finalmente, se determinaron los estándares jurídicos establecidos en América Latina respecto a la eutanasia, al indagar en los casos actualmente relevantes que han trascendido y aportado a la evolución jurídica de la realidad social que representa la eutanasia, descubriéndose una marcada ausencia normativa sobre este tema, evidenciando la existencia de lagunas legales que dejan entrever el desinterés por parte de los Estados latinoamericanos (en especial aquellos en los que se enfocó esta investigación) en abordar el tema, legalizar la eutanasia e ir más allá de los pronunciamientos jurisprudenciales.

Justicia y Derecho

Revista de la Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales

ISSN 2323-0533

Versión impresa



Universidad
del Cauca

E-ISSN 27112470

Versión digital

Volumen 10 Enero – Diciembre de 2022

Agradecimientos a revisores

El Comité Editorial agradece a los siguientes profesionales que evaluaron anónima y voluntariamente los artículos presentados en este volumen:

Adriana María Tobar Cerón

Álvaro Jesús Urbano Rojas

Daniela María Bonilla Mamian

Gustavo Adolfo Pozas Marquez

Hilda Terán Calvache

Juan Felipe Rosero González

Juan Manuel Tobar Manzo

Karen Soraya Martínez Muñoz

Luis Alberto Villamizar Cortes

Maicol Andrés Rodríguez Bolaños

Mariana Arias Hoyos

Mario Alberto Cajas Sarria

William Andrés Ordoñez Bastidas