



## CONSEJO DIRECTIVO Y CIENTÍFICO

### DIRECTORES:

*Cástor M. Díaz Barrado*

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.  
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

*Carlos R. Fernández Liesa*

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universidad Carlos III de Madrid

### SECRETARÍA ACADÉMICA:

*Jorge Urbaneja Cillán*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales  
Universidad de Alicante (España)

*Harold Bertot Triana*

Sociedad Cubana de Derecho Internacional

### COORDINADORAS:

*Karen Giovanna Añaños Bedriñana*

Universidad de Granada

*Deborah Presta Novello*

Universidad de Lleida

### COMITÉ CIENTÍFICO:

*Amparo Morales*

FILAC (Fondo para los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe)

*José Antonio Escudero*

Real Academia de la Historia y Real Academia De Jurisprudencia y Legislación de España

*Víctor Rodríguez Cedeño*

Venezuela

*Ana Badia Martí*

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales Universitat de Barcelona

*José Manuel Azcona Pastor*

Catedrático de Historia Contemporánea Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

*Celeste Pino Canales*

Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de La Habana (Cuba)

*Mirna Cuningham*

Presidenta del FILAC (Fondo para los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe)

*Ana Idalia Castellanos Khouri*

Embajadora Cancillería dominicana (República Dominicana)

*Fernando Dos Reis Condesso*

Catedrático de Derecho Administrativo y Ciencia Política, Universidad Técnica de Lisboa (Portugal)

## CONSEJO DIRECTIVO Y CIENTÍFICO

### COMITÉ CIENTÍFICO:

*Juan Mendoza Díaz*

Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de La Habana (Cuba)

*Natalia Armijos*

Directora General de Cultura, Organización de Estados Iberoamericanos (OEI)

*Juan Carlos Moreno Pinilla*

Director de la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste

*Romualdo Bermejo García*

Catedrático de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales, Universidad de León

*Miryam Colacrai*

Profesora titular de Teoría de las Relaciones, Investigadora del CONICET, Profesora en la Maestría en Cooperación Internacional, Universidad Nacional de San Martín y Universidad Nacional de Rosario (Argentina)

*Celestino del Arenal Moyúa*

Catedrático de Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid

*Cesáreo Gutiérrez Espada*

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Murcia

*Felipe González*

Director del Programa de derechos humanos de la Universidad Diego Portales (Chile), Profesor de la American University (EEUU). Ex Presidente de la Comisión interamericana de derechos humanos

*Marcela Chavarría*

Profesora de la Universidad de Monterrey (México)

*Carlos Molina*

Catedrático de Derecho, Director del Doctorado en Derecho, Universidad de Medellín (Colombia)

*Montserrat Huguet Santos*

Profesora Titular de Historia Contemporánea, Universidad Carlos III de Madrid

*Francesco Seatzu*

Catedrático de Derecho internacional, Universidad de Cagliari (Italia)

*Luis Alonso Rico Puerta*

Corte Suprema de Justicia (Colombia)

### CONSEJO DE REDACCIÓN:

Antonio Pastor Palomar, Vicente Garrido Rebolledo, María de los Ángeles Cano Linares, Pilar Trinidad Núñez, M<sup>a</sup> Sagrario Morán Blanco, Beatriz Barreiro Carril, Elena C. Díaz Galán, Daniel Oliva Martínez, Mercedes Guinea Llorente, Cristina Pérez Rico, Ana Manero Salvador, Diana M. Verdiales López

REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA

ISSN: 1988-0618

<https://www.uc3m.es/reib>

---

# REVISTA ELECTRÓNICA IBEROAMERICANA

# REIB

Vol. 16 No. 1

2022

Junio

La Revista Electrónica Iberoamericana REIB se encuentra indexada en LATINDEX y en las bases de datos ISOC y DICE, por sus contenidos de alta calidad científica sobre la realidad iberoamericana y en el contexto de las Ciencias Sociales y Jurídicas.

Edición y Diseño: Centro de Investigación en Estudios de Iberoamérica, Universidad Rey Juan Carlos e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid.

ISSN: 1988-0618

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN ESTUDIOS DE IBEROAMÉRICA,  
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS  
C/TULIPAN S/N, MÓSTOLES, MADRID  
INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES Y EUROPEOS FRANCISCO DE VITORIA  
DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  
C/ MADRID, 126-128, GETAFE, MADRID**

## ÍNDICE

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>8</b>
EDITORIAL .....	9
<b>TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA .....</b>	<b>11</b>
UNA ALIANZA NECESARIA.....	12
Juan Carlos Moreno Piñero Director Gerente de la Fundación Academia Europea de Yuste	
<b>ARTÍCULOS Y NOTAS .....</b>	<b>15</b>
EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS DE AMÉRICA LATINA. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS ALCANCES .....	16
Dante M. Negro Alvarado University of Notre Dame	
LA COOPERACIÓN EN EL NACIMIENTO DEL ACTUAL RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR. EL ROL DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS RIBEREÑOS .....	44
Vanesa Castello Universidad Nacional de Rosario	
LA REGULACIÓN DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y LA PLATAFORMA CONTINENTAL. BREVE REFERENCIA A CUBA .....	74
Miguel E. Torres Tesoro Universidad de la Habana	
LA CELEBRACIÓN DEL INTI RAYMI EN ESPAÑA. TINKUY E INTERCULTURALIDAD .....	96
Ana Leonilde Pinilla Pulido Universidad Carlos III de Madrid	
LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUENTES DE AGUA POTABLE EN COMUNIDADES INDÍGENAS DE LAS AMÉRICAS. ¿DERECHO FUNDAMENTAL O BIEN SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓN, EXPLOTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN?.....	149
Jonatán Cruz Ángeles Universidad de Jaén	

CURSOS DE DERECHO DE AUTOR EN UNIVERSIDADES Y FACULTADES DE  
ARTE EN AMÉRICA LATINA..... 186

Fernando Charria-García  
Universidad Libre Seccional Cali

**CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA..... 216**

EL FRENTE POLISARIO C. EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, APOYADO  
POR ESPAÑA, FRANCIA, LA COMISIÓN EUROPEA Y LAS COFRADÍAS  
PESQUERAS MARROQUÍES. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA  
UNIÓN EUROPEA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2021, AS. T-344/19 Y T-356/19  
(ECLI: EU: T: 2021: 640)..... 217

José Manuel Sánchez Patrón  
Universidad de Valencia

ESTÁNDARES INTERAMERICANOS E INDULTO POR “RAZONES  
HUMANITARIAS” EN CASOS DE VIOLACIONES GRAVES A DERECHOS  
HUMANOS. RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS  
HUMANOS DE 7 DE ABRIL DE 2022 EN EL CASO BARRIOS ALTOS Y CASO LA  
CANTUTA VS. PERÚ ..... 229

Harold Bertot Triana  
Universidad Rey Juan Carlos

EL ENFOQUE DE GÉNERO COMO UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA  
ADJUDICACIÓN TRANSFORMADORA. LA SENTENCIA SU-201 DE 2021 ..... 242

María Dolores Mino – Universidad Internacional del Ecuador  
Jorge Ernesto Roa Roa – Universidad Externado de Colombia

EL ESTADO DE ALARMA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 254

David Delgado Ramos  
Universidad Rey Juan Carlos

**RESEÑAS..... 266**

ANA M. BADIA MARTÍ Y LAURA HUICI SANCHO (DIRS.), EL BREXIT Y SUS  
CONSECUENCIAS, MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES,  
MADRID, 2022, 167 PP..... 267

Cástor Miguel Díaz Barrado  
Universidad Rey Juan Carlos

FERNÁNDEZ LIESA, C. Y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E. (DIRS.), URBANEJA CILLÁN, J. (COORD.), NUEVAS DIMENSIONES DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, ARANZADI, PAMPLONA, 2021, 569 PP. .... 271

Juan Manuel Rodríguez Barrigón  
Universidad de Extremadura

AÑAÑOS BEDRIÑANA, KAREN G. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, GRANADA, EDITORIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA (EUG)-INSTITUTO DE LA PAZ Y LOS CONFLICTOS, ESPAÑA, COLECCIÓN EIRENE, 2021 ..... 278

José Antonio Rodríguez Martín  
Universidad de Granada

TÉLLEZ NAVARRO, ROMÁN FRANCISCO & BLANCO BLANCO, JACQUELINE. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES, EDITORIAL NEOGRANADINA, BOGOTÁ, COLOMBIA, 2021 ..... 283

Andrés González Serrano  
Universidad Militar Nueva Granada, Colombia

GARRO VARGAS, ANAMARI. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS-TIRANT LO BLANCH, CIUDAD DE MÉXICO ..... 287

Alfonso Chacón Mata  
Universidad de Costa Rica

MOULY, CÉCILE. ESTUDIOS DE PAZ Y CONFLICTOS. TEORÍA Y PRÁCTICA, EDITORIAL PETER LANG, NEW YORK, ESTADOS UNIDOS, 2022..... 290

Esperanza Hernández Delgado  
Universidad de La Salle, Colombia

**DOCUMENTACIÓN..... 294**

DOCUMENTACIÓN ..... 295

Déborah Presta Novello

# EDITORIAL



## *EDITORIAL*

El continente americano encarna un espacio en continua ebullición social y política. Después de un retraimiento de partidos y movimientos de “izquierda” en los últimos años, han retomado sus fuerzas y hoy disputan un mapa geopolítico con gobiernos de signos de “derecha”. El triunfo electoral en las presidenciales de Gabriel Boric en Chile y Xiomara Castro en Honduras, junto a los gobiernos de Andrés Manuel López Obrador en México, Pedro Castillo en Perú, Alberto Fernández en Argentina y Luis Arce en Bolivia, configuran una diversidad de la “izquierda latinoamericana”, que no puede ser reconducida miméticamente a otras olas de gobiernos “progresistas” o de “izquierdas”, como las que marcaron en su momento Hugo Chávez, Lula Da Silva, Rafael Correa, Evo Morales, Fernando Lugo, entre otros. La apuesta por el fortalecimiento de la democracia, y por políticas sociales que no pierdan el rumbo democrático con prácticas autoritarias, es una respuesta de desmarque ante el ejemplo venezolano y su grave crisis institucional y de credibilidad democrática. El nuevo ciclo de izquierda apuesta, entre sus signos distintivos, por una izquierda que no siga el ejemplo venezolano.

El proceso electoral en Colombia en el año 2022 se inscribe en estos forcejeos geopolíticos. Aunque tiene componentes diferentes a otros procesos en el continente y en otras partes del mundo, tiene un denominador común con alguno de estos: un hartazgo hacia las clases o capas políticas tradicionales, que se manifiesta con una segunda vuelta electoral entre el exguerrillero Gustavo Petro y el *outsider* Rodolfo Hernández. Cualquiera que sea el resultado, será inédito en el panorama político colombiano. Es un fenómeno que tiene ejemplos en el fortalecimiento de liderazgos presidenciales en la propia región, como ocurre en El Salvador con Nayid Bukeke, cuyo gobierno ha estado marcado con acusaciones de prácticas autoritarias.

Por su parte, la política hacia América Latina de la administración del demócrata Joe Biden, sigue señalada por la incoherencia y las posiciones fallidas. Como su antecesor, no parece que esta región del mundo ocupe un lugar de privilegio entre sus preocupaciones internacionales. Una lectura incorrecta del momento político, y de los nuevos reacomodos geopolíticos con la existencia de nuevos gobiernos de izquierda, llevó a excluir hasta este momento de la Novena Cumbre de las Américas -a celebrarse entre del 6 al 10 de junio de 2022 en los Ángeles, California-, a los gobiernos de Venezuela, Nicaragua y Cuba. Esto despertó el rechazo de la mayoría de los gobiernos de izquierdas, alguno de los cuales han mostrado su desaprobación a participar con esta política de

---

exclusiones. Con ello, la Cumbre augura un fracaso estrepitoso que el ejecutivo estadounidense pudo haber evitado.

Sin embargo, a la par de estos acontecimientos, la administración democrática es impulsada por la agresión de Rusia a Ucrania, y una grave crisis migratoria en sus fronteras, a políticas pragmáticas con algunos de los gobiernos que excluye de la Cumbre de América. Hasta ahora no han dejado de reconocer expresamente a Juan Guaidó como “Presidente Encargado de Venezuela”, pero se han visto obligados a negociar con el ejecutivo de Nicolás Maduro la posible reactivación de la producción petrolera, dañada en grado extremo por una cuestionable gestión administrativa y por las duras “sanciones” económicas norteamericanas impuestas con mayor intensidad en la época de Donald Trump. En igual sentido, después de una política zigzagueante hacia Cuba, la crisis migratoria parece ser un componente decisivo para un cambio de política en materia de “sanciones”, que ha optado por eliminar alguna de las medidas tomadas por su antecesor. Es una flexibilización que retoma en alguna medida la política de Obama hacia la isla, y que constituyó una promesa de campaña electoral incumplida hasta este momento.

Los futuros escenarios en otros países como Brasil, y la pujante candidatura de Lula da Silva, es un indicador de los complejos procesos que vive el continente. Sin lugar a dudas, los efectos de la pandemia han contribuido a acelerar estos cambios vertiginosos, que tiene su origen en largas décadas de exclusión, pobreza y desigualdades estructurales. La convulsión social y política parece ser el signo característico en los años venideros, que es muy probable que tenga una traducción política y electoral de castigo para las clases políticas tradicionales, auges de *populismos*, y una correlación de fuerzas ideológicas mucho más equilibrada que en épocas pasadas.

# TRIBUNA ABIERTA IBEROAMERICANA

## ***UNA ALIANZA NECESARIA***

JUAN CARLOS MORENO PIÑERO\*

Los ciclos históricos no nacen, de suyo, en un día concreto y a una hora determinada, y por ello hemos de reconocer que la actual situación de proximidad y de cooperación existente entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe surgió, aproximadamente, a mediados de los años 80 del siglo XX, a raíz del ingreso de España y Portugal en la CEE. Hasta entonces, hablando en términos muy generales, la distancia entre ambas regiones era muy superior a la del océano que las distanciaba. A partir de mediados de aquella década, Europa empezó a girar su cuello para mirar de frente a esa tierra que en algún momento se ha denominado como el “Extremo Occidente”. El ingreso de España y Portugal en el proyecto europeo supuso un afianzamiento en sus respectivos procesos de transición desde las dictaduras que ambos países habían sufrido a unos modernos Estados democráticos y de Derecho. En aquellos mismos años América Latina vivió ilusionadamente cómo varios países transitaban desde dictaduras militares a repúblicas, a cuyas más altas magistraturas accedían presidentes elegidos democráticamente. En la efervescencia de aquellos años destacó la labor llevada a cabo por una estirpe de políticos que supieron interpretar las relaciones multilaterales en otra clave, relaciones exteriores basadas muchas veces en sintonías personales. Así, debe recordarse las muchas horas dedicadas a estrechar vínculos por estadistas como Felipe González, Raúl Alfonsín, Carlos Andrés Pérez, Óscar Arias, Belisario Betancur, Alan García, Julio María Sanguinetti o Fidel Castro. Institucionalmente, España jugó un papel primordial en la reunión del Consejo Europeo celebrado en La Haya los días 26 y 27 de junio de 1986 —la primera desde su incorporación— en la que se plasmó que la CEE replantearía sus relaciones con América Latina a raíz del ingreso de España y Portugal, comprometiéndose a reforzar las relaciones políticas, económicas y técnicas, senda iniciada con ese motivo y que continuó con las reuniones del Consejo Europeo celebradas en Bruselas (22 de junio de 1987), Hannover (27 y 28 de junio de 1988), Rodas (2 y 3 de diciembre de 1988), Madrid (26 y 27 de junio de 1989) y Estrasburgo (8 y 9 de diciembre de 1989). Ahora, en un complejo escenario internacional como el presente, España está llamada de nuevo a liderar —o a liderar conjuntamente con Portugal— las relaciones de la Unión Europea con América Latina y el Caribe.

Hablar hoy de estas dos regiones del mundo supone hablar de un conjunto de Estados que representan más de una cuarta parte del PIB mundial, la tercera

---

\*Director de la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste

parte de los miembros de la ONU y casi la mitad de los miembros del G-20, 60 países —27 de la UE y 33 de América Latina y el Caribe— que cuando actúan conjuntamente contribuyen a conseguir logros como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Agenda de Acción de Addis Abeba y el Acuerdo de París. Es todo eso pero es además bastante más que eso: es, sobre todo, hablar de una comunidad de personas que están unidas entre sí por vínculos de sangre mezclada durante cientos de años, forja de un patrimonio inmaterial basado en la cultura compartida en el que la lengua actúa de elemento vehicular. Sin lugar a dudas, la cultura nos une y nos ayuda a tener una identidad común, pero es necesario también iniciar un desarrollo socioeconómico compartido basado en gran medida en la complementariedad de las economías de ambas regiones, en la abundancia de los recursos naturales que atesora América Latina —y de los que en gran parte carece la Unión Europea—, en el flujo de migraciones de la primera a la segunda —al que debe ser receptiva— y de las inversiones de la segunda a la primera, así como en la cooperación social, educativa, académica y científica que sienta las bases de un futuro de cooperación renovado de igual a igual.

La complicada situación que vive América Latina y el Caribe es posiblemente una de las causas del amplio malestar y de las protestas sociales que atraviesan la región y de un acentuado descontento con el sistema democrático, agitada situación que tampoco es nueva. El panorama de la Unión Europea es diferente pero no por ello idílico. Es cierto que los vaivenes democráticos no existen, salvo conatos aislados, que en general goza de instituciones sólidas y solventes y que el estado del bienestar está superando aparentemente bien el test de estrés al que le ha sometido la pandemia, pero no podemos olvidar que a las puertas de la Unión Europea se libra una batalla que ha superado las líneas rojas establecidas por los convenios de Ginebra para entrar directamente en la execrable lista de los crímenes contra la Humanidad, que varios países sienten el expansionismo ruso como una constante amenaza y que los veintisiete socios sufren el drama de los parados, un 7,5%, habiéndose incrementado dramáticamente el paro femenino y el de menores de 25 años hasta alcanzar un 16,5%. Tampoco podemos olvidar el drama de los refugiados y emigrantes al que se suman las otras dos grandes crisis de los últimos años, la económica y la sanitaria. Y en ciernes se aproximan irrefrenables consecuencias derivadas de la guerra en Ucrania como son una crisis alimentaria y una dependencia energética que nos atemorizan con los espectros siniestros del hambre y del frío.

En este desequilibrio desorientado se echa en falta quien lidere una nueva forma de entender las relaciones internacionales basada en la paz, la cooperación y la solidaridad. Parece claro que en este liderazgo ni está ni se espera a los EEUU de Biden ni por supuesto a la Rusia de Putin ni tampoco al Partido Comunista chino. La Unión Europea, por su parte, es un conglomerado de Estados que aisladamente resultan irrelevantes en el concierto internacional y que

unidos carecen de la fuerza, el prestigio o la tecnología necesarios para ser líderes en el contexto internacional a pesar de que están permaneciendo unidos y convencidos ante el envite ruso. ¿No puede ser una política renovada entre América Latina, el Caribe y la Unión Europea la alternativa que necesitamos en el mundo de hoy? Esta política renovada, esta cooperación multilateral, debe llevarnos como punto de partida a mirarnos de igual a igual a través del Atlántico sin centros neurálgicos y sin periferias, a fomentar la solidaridad, a estrechar los lazos políticos, a no caer en los vicios de la vieja economía sino a invertir en una nueva economía verde y azul —¡qué gran potencial de ambas atesoramos conjuntamente!— y a pasar de ser hermanos a ser aliados leales sin por ello renegar de lo primero. Los ciclos históricos no nacen, de suyo, en un día concreto y a una hora determinada pero en algún momento tienen que nacer.

## ARTÍCULOS Y NOTAS

# ***EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS DE AMÉRICA LATINA. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS ALCANCES***

*The impact of international law in Latin America's domestic legislations. The access to public information and its scope*

DANTE M. NEGRO ALVARADO\*

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo establecer el correcto alcance del derecho de acceso a la información pública a través de la conceptualización de sus elementos fundamentales. Un aspecto importante será entender la correcta aplicación del principio de máxima publicidad (eje central sobre el que se asienta esta temática) en armonía con el régimen de excepciones tal como está definido en la Ley Modelo Interamericana 2.0. En efecto, el derecho de acceso a la información pública no es ilimitado. Existen circunstancias en las cuales pueden establecerse restricciones al mismo. Debido a que todos los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía, ante una colisión de los mismos la solución no es hacer simplemente prevalecer unos sobre otros, sino resolverla sobre la base de la técnica de la ponderación. En ese sentido, la Ley Modelo 2.0 intenta dos cosas: dar el mayor alcance posible al derecho de acceso a la información pública, garantizando la adecuada entrega de la información de tal forma que sea útil y sirva a su propósito esencial, y garantizar la efectiva concordancia en la aplicación de los diferentes intereses y derechos que pueden quedar involucrados en una situación concreta.

**Palabras claves:** Organización de los Estados Americanos; Ley Modelo Interamericana 2.0; acceso a la información pública; sujetos obligados; excepciones; principio de máxima publicidad.

**Abstract:** This paper aims to establish the correct scope of the right of access to public information through the conceptualisation of its fundamental elements. An important aspect will be to understand the correct application of the principle of maximum disclosure (central axis on which this topic is based) in harmony with the regime of exceptions as defined in the Inter-American Model Law 2.0. Indeed, the right of access to public information is not unlimited. There are circumstances in which restrictions may be placed on it. Since all fundamental rights have the same hierarchy, in the event of a collision between them, the solution is not simply to make some prevail over others, but to resolve it on the basis of the technique of weighting. In this sense, the Model Law 2.0 attempts two things: to give the widest possible scope to the right of access to public information, guaranteeing the adequate provision of information in such a way that it is useful and serves its essential purpose, and to

---

\*Director del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos y Secretario Técnico del Comité Jurídico Interamericano. Las ideas expresadas por el autor en este trabajo son de su exclusiva responsabilidad y para nada comprometen a la Organización en la que trabaja.



guarantee the effective concordance in the application of the different interests and rights that may be involved in a specific situation.

**Keywords:** Organization of American States; Inter-American Model Legislation 2.0; access to public information; subject entities; exceptions; principle of maximum disclosure.

**Sumario:** Introducción. I. La Organización de los Estados Americanos y el desarrollo del acceso a la información pública. II. Porqué es importante conocer y promover el derecho de acceso a la información pública. III. La información pública definida en función de quién detenta la información y quién es el titular de la misma. IV. Las excepciones a la entrega de la información pública. V. Entendiendo el “principio de máxima publicidad” a la luz del alcance del concepto de información pública. VI. El alcance del derecho de acceso a la información pública. Conclusiones y reflexiones finales.

## Introducción

El acceso a la información pública es un derecho fundamental que tenemos todos los ciudadanos de conseguir cierta información que nos permitirá a su vez cumplir una serie de propósitos y obtener una serie de beneficios. Pensemos por un instante: si fuésemos capaces de acceder a cualquier tipo de información, ¿Qué tipo de información nos gustaría obtener? ¿Con qué fines la utilizaríamos? ¿Qué ventajas nos podría proporcionar el conocer dicha información?

Latinoamérica es la región del mundo en la que más se ha impulsado y desarrollado una legislación relativa al derecho de acceso a la información pública. Desde hace aproximadamente dos décadas, motivados por los desarrollos llevados a cabo en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los países de la región han venido consagrando este derecho en sus Constituciones, asimismo, han adoptado o actualizado su legislación interna en la materia, y han implementado políticas públicas complementarias a dicha legislación.

En muchos casos se han establecido también entidades garantes con el propósito de asegurar la aplicación efectiva de este derecho. En efecto, hasta el año 2000 solamente cuatro países del continente habían adoptado leyes al respecto, a saber, Estados Unidos, Canadá, Chile y Belice. Entre 2001 y 2008, trece países se sumaron en la adoptaron de legislación en materia de acceso a la información pública, así tenemos: Trinidad y Tobago, Panamá, Jamaica, México, San Vicente y las Granadines, Perú, República Dominicana, Ecuador, Antigua y Barbuda, Honduras, Nicaragua, Guatemala y Uruguay. Entre 2011 y 2016, seis países más se añadieron a este proceso, es el caso de: Guyana, Brasil, El Salvador, Colombia, Paraguay y Argentina, y países como Perú y México iniciarán sus respectivos procesos de reforma. Actualmente, y sin el ánimo de ser exhaustivos, países como Chile, Ecuador y Panamá han iniciado la revisión de su normativa, y se anticipa que tanto Perú como El Salvador hagan lo mismo en

2022. En la mayoría de los casos, estos procesos han tenido como modelo los referentes adoptados en el marco de la OEA.

Esto demuestra cómo un organismo internacional puede contribuir al desarrollo y fortalecimiento de los regímenes jurídicos internos de los Estados, no necesariamente a través de normas obligatorias (como, por ejemplo, convenciones), sino a través de lo que en derecho internacional se denomina “soft law”, es decir, estándares de naturaleza no vinculante. En efecto, en las últimas décadas la OEA, ha venido apostando por el desarrollo progresivo del derecho internacional, a través de la utilización de este *soft law* y promoviendo de manera activa la adecuación de los ordenamientos jurídicos internos de la región a dichos instrumentos en diversas materias. De esta forma, la manera en que opera en la práctica la relación *softlaw*-derecho interno ha sido desarrollada por este autor en otros trabajos y, por cuestiones de espacio, no se abordará en esta ocasión<sup>1</sup>.

El objetivo de este trabajo de investigación es analizar los principales componentes de un régimen sumamente detallado y de origen muy reciente, aún poco investigado y descrito, que la OEA fue construyendo a lo largo de los años sobre el acceso a la información pública, con el propósito de que los agentes encargados de la construcción de la legislación en sus respectivos países lo realicen sobre la base de conceptos que no generen dudas u objeciones, fundamentalmente en lo que respecta a la aplicación conjunta y armónica del principio de máxima publicidad y del régimen de excepciones. Al haber impulsado, coordinado y participado directamente en el proceso de elaboración de la Ley Modelo 2.0, creemos que somos capaces de aportar elementos de primera línea para coadyuvar con dicho propósito. En este empeño, hemos empleado el análisis documental y bibliográfico como método principal, y hemos recurrido a la doctrina jurídica comparada y a la jurisprudencia interamericana. Pero, sobre todo, buscamos promover entre todos y todas los que lo lean, el interés por conocer las ventajas que nos brinda el uso del derecho de acceso a la información pública y como ejercerlo de manera efectiva.

Por último, debemos preguntarnos, cuántos de nosotros y nosotras, y cuántas veces hemos utilizado este derecho y por qué no lo hacemos más a menudo. Un régimen efectivo de transparencia se construye sobre la base de la buena disposición de brindar información por parte de aquellos que la poseen. Pero una cultura de transparencia necesita de ciudadanos que conozcan este derecho, sepan utilizarlo, lo pongan en práctica y, a su vez, promuevan su utilización.

---

<sup>1</sup>Dante Negro, “El desarrollo progresivo del derecho internacional: desafíos y posibilidades para la Organización de los Estados Americanos”, en *Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, v. XLVI, 2019), 29-78.

## **I. La Organización de los Estados Americanos y el desarrollo del acceso a la información pública**

Desde el año 2003, la OEA, a través de su órgano más importante, la Asamblea General, aprobó resoluciones anuales sobre el acceso a la información pública. Mediante estas resoluciones, que en principio no son jurídicamente vinculantes, fue edificando los estándares básicos para garantizar el ejercicio de este derecho en la región, reconociéndolo además como un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia.

Así, la Asamblea General estableció que toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir información y que los Estados deben respetar y hacer respetar el acceso de todas las personas a la información pública. En ese sentido, identificó ciertos deberes a cargo de los Estados tales como la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter para asegurar el reconocimiento y aplicación efectiva de este derecho<sup>2</sup>, y la elaboración o adecuación de los respectivos marcos jurídicos y normativos para brindar dicho acceso a los y las ciudadanos y ciudadanas de la manera más amplia posible, teniendo en cuenta criterios de excepción claros y transparentes<sup>3</sup>.

Además, la Asamblea General señaló que los Estados, a través de sus respectivas legislaciones nacionales y otros medios apropiados, debían adoptar las medidas necesarias para hacer disponible la información pública a través de medios electrónicos o de cualquier otro medio que permita su fácil acceso. Finalmente, dicho Órgano estableció que los Estados debían tener presente los principios de acceso a la información al momento de elaborar y adaptar su legislación en materia de seguridad nacional<sup>4</sup>.

Han pasado ya 20 años desde los primeros pronunciamientos de la Asamblea General, y aunque ésta no reconoció taxativamente el acceso a la información pública como un derecho, y pese a que en la actualidad varios de sus postulados pueden parecer elementales, fueron dichos estándares los que abrieron la puerta a un desarrollo progresivo y sustancial posterior no sólo a nivel del derecho internacional sino, lo que es más importante, también en el plano de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados de la región americana.

Hitos importantes a lo largo de estos 20 años lo constituyen la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes vs. Chile*

---

<sup>2</sup>Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia [OEA/Ser.P AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03)], 2003, 64-65.

<sup>3</sup>Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia [OEA/Ser.P AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04)], 2004, 370.

<sup>4</sup>Organización de los Estados Americanos. Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia, ...

de 2006<sup>5</sup>; los Principios adoptados por el Comité Jurídico Interamericano en 2008<sup>6</sup>; la Ley Modelo Interamericana y la Guía para su Implementación del año 2010<sup>7</sup>; el Programa Interamericano sobre Acceso a la Información Pública adoptado por la Asamblea General de la OEA en 2016<sup>8</sup>; y más recientemente la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública adoptada por la Asamblea General en 2020 (Ley Modelo 2.0)<sup>9</sup>. Vale la pena destacar que, a diferencia de la Ley Modelo del año 2010, la Ley Modelo 2.0 si fue aprobada por la Asamblea General mediante una resolución, hecho que puede haber pasado desapercibido para muchos y muchas personas.

La Ley Modelo 2.0 nace de una solicitud hecha al Departamento de Derecho Internacional mediante la cual le requiere que, en consulta con los puntos focales del Programa Interamericano de Acceso a la Información Pública de los Estados miembros, y tomando en cuenta las contribuciones de la sociedad civil, identifique las áreas temáticas en las que estimase necesaria la actualización o ampliación de la Ley Modelo Interamericana de 2010, y remita los resultados al Comité Jurídico Interamericano para su desarrollo<sup>10</sup>.

Tras un par de años de intensas consultas, en un proceso que tuve el honor de liderar como director de dicho Departamento, y con el apoyo de innumerables actores que participaron activamente con sus aportes y experiencias, se logró no solamente identificar las áreas a las que hacía referencia la resolución antes mencionada sino redactar un proyecto de Ley Modelo 2.0, la cual fue remitida al Comité Jurídico Interamericano, Órgano que aprobó dicho proyecto sin enmiendas. Posteriormente, la Asamblea General aprobó, también sin enmiendas, el texto final de la Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública.

Con este instrumento jurídico, la región americana se dotó de un referente internacional de vanguardia que tiene como propósito servir de pauta para los Estados. Sin embargo, como bien señala McLean, debemos tener en cuenta que una Ley Modelo no es un techo sino un piso, un nivel mínimo de estándares con los que debe contar cualquier legislación y cuyo propósito es servir de

---

<sup>5</sup>Corte IDH. Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

<sup>6</sup>Comité Jurídico Interamericano. Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información [OEA/Ser.Q/VIII.39 CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08)], 2008, 45-47.

<sup>7</sup>Organización de los Estados Americanos. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación (OEA/Ser.D/XIX.12), 2012.

<sup>8</sup>Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Programa Interamericano sobre Acceso a la información pública [OEA/Ser.P AG/RES. 2885 (XLVI-O/16)], 2016, 147-150.

<sup>9</sup>Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Fortalecimiento de la democracia [OEA/Ser.P AG/RES. 2958 (L-O/20)], 2020, 139.

<sup>10</sup>Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Fortalecimiento de la democracia [OEA/Ser.P AG/RES. 2905 (XLVII-O/17)], 2017, 52.

orientación u hoja de ruta para los países, adecuándolos a su propia realidad<sup>11</sup>. Fue esto lo que sucedió en gran medida con la ley modelo del año 2010 y es esto lo que se espera con relación a la Ley Modelo 2.0. Es precisamente a la luz de esta nueva Ley Modelo 2.0 que se analizará el alcance del derecho de acceso a la información pública.

## **II. Porqué es importante conocer y promover el derecho de acceso a la información pública**

Tradicionalmente se consideró al acceso a la información pública como el derecho que facilita el ejercicio de otros derechos políticos ya que con dicha información los ciudadanos pueden adoptar decisiones fundamentadas con relación a las personas que los gobiernan. Como sostiene Llona, el ejercicio de los derechos políticos requiere que los ciudadanos cuenten con información para poder evaluar los avances, las dificultades y los logros de las entidades públicas y, además, permite a la población conocer cuáles son sus derechos y cómo poderlos ejercer adecuadamente<sup>12</sup>.

Posteriormente, se empezó a considerar el acceso a la información pública como un derecho en sí mismo el cual garantiza la transparencia y constituye una herramienta efectiva en la lucha contra la corrupción. Evidentemente, uno de los aspectos fundamentales del acceso a la información pública se relaciona con el funcionamiento de la gestión pública. Con dicho acceso se genera transparencia y una buena gestión por parte de las entidades y funcionarios públicos, evitando abusos de poder, promoviendo la rendición de cuentas, evitando la corrupción y el autoritarismo de los gobiernos, y difundiendo los términos en que los gobiernos toman sus decisiones<sup>13</sup>.

Sin embargo, hoy en día, debemos considerar también el acceso a la información pública como una herramienta que permite la promoción y consolidación de los derechos e intereses de sectores específicos de la población, entre ellos, las mujeres, los pueblos indígenas, las personas con discapacidad, el colectivo LGBTI, los migrantes, entre muchos otros, quienes a través de dicha información podrán conocer mejor los programas y políticas públicas orientadas a su empoderamiento.

---

<sup>11</sup>Magaly McLean, “El principio de máxima publicidad, disseminación proactiva y registros”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Guatemala [los días] 27 y 28 de agosto de 2014*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2014), 94.

<sup>12</sup>Mariana Llona Rosa, “Conceptos introductorios”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Panamá [los días] 26 y 27 de junio de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2013), 42-43.

<sup>13</sup>Llona, “Conceptos introductorios”, 42.

En efecto, el acceso a la información pública abre la puerta a un diálogo donde las decisiones gubernamentales pueden modificarse o establecerse en función de las necesidades de los ciudadanos, midiendo así la gestión pública no hacia dentro sino en función a lo que el ciudadano necesita<sup>14</sup>. Por lo tanto, el acceso a la información pública legitima la función pública y genera en la ciudadanía la confianza necesaria en el ejercicio de la administración, elemento fundamental para la gobernanza democrática en nuestros países.

Ahora bien, cabe plantearse las siguientes preguntas: ¿Qué tipo de información está regulada por este régimen? ¿A qué nos referimos cuando hablamos de información pública? ¿Qué alcances tiene el derecho de los ciudadanos de acceder a este tipo de información? ¿El derecho de acceso a la información pública es ilimitado o existen restricciones al mismo?

En las siguientes páginas se responde a las preguntas planteadas, con el propósito de entender mejor el verdadero contenido de este derecho tal como está definido en la Ley Modelo 2.0, sin perjuicio del mayor o menor alcance que pueda tener en las legislaciones internas de los países<sup>15</sup>.

En este sentido, basta decir que para la Ley Modelo 2.0 el Órgano Garante es la institución central en la promoción y la garantía del derecho de acceso a la información pública otorgándole amplias funciones en las áreas de legislación, interpretación de la ley y monitoreo, estableciendo, además las características esenciales y complementarias que debería tener todo Órgano Garante en la región. En ese sentido, también hemos dejado de lado los aspectos procesales que recomienda adoptar este instrumento interamericano.

Finalmente, hemos tenido que obviar uno de los capítulos más interesantes de la Ley Modelo 2.0 referido a la transparencia activa mediante la cual se establece la obligación de transparentar información sin que medie una solicitud concreta por parte del ciudadano. Con ello, se ha querido dedicar el espacio suficiente al tratamiento de los conceptos necesarios para entender mejor el alcance y los límites de este derecho.

Antes de abordar el estudio sustancial del tema debemos definir dos cuestiones iniciales. En primer lugar, tiene que ver con el concepto de “información”. Tal como lo establece la Ley Modelo 2.0, por información se debe entender “todo tipo de dato” (artículo 1.1.g)<sup>16</sup>. Villanueva, aclara que con ello no nos referimos únicamente a los datos contenidos en documentos físicos,

---

<sup>14</sup>Llona, “Conceptos introductorios”, ...

<sup>15</sup>Por cuestiones de espacio temas tan importantes como el rol que la Ley Modelo 2.0 le asigna a los Órganos Garantes deberán quedar pendientes para un futuro trabajo.

<sup>16</sup>En adelante todas las referencias a artículos, salvo que se indique lo contrario, estarán referidas a la Ley Modelo 2.0.

sino que debe quedar comprendido también todo dato incluido en documentos digitales o, en general, en cualquier otro formato<sup>17</sup>.

Y, en segundo lugar, cada vez que se hable de acceso a la información pública, nos referimos a las dos modalidades que se establecen para acceder a la misma. La primera, es la solicitud específica que puede realizar cualquier ciudadano o ciudadana para obtener cierta información que le interese y, la segunda, está relacionada con el deber de transparencia activa que tendrán ciertos sujetos o entidades, es decir, la obligación de revelar o publicitar información sin que ésta le sea requerida (por ejemplo, a través de portales de información o páginas web).

En definitiva, en un mundo ideal no deberían ser necesarias las solicitudes de información puesto que esta debería ser socializada desde el momento en que es generada<sup>18</sup>. Pero, hasta que alcancemos ese estadio ideal se deberá seguir garantizando y fortaleciendo el procedimiento de solicitudes sugerido por la Ley Modelo 2.0 como parte importante del régimen. En efecto, los conceptos que analizaremos a continuación se aplican a ambas modalidades.

### **III. La información pública definida en función de quién detenta la información y quién es el titular de la misma**

Un primer criterio que delimita el ámbito de aplicación del régimen del acceso a la información pública es la determinación de quién detenta la información. En ese sentido, la regla general es que el derecho de acceso a la información pública es un derecho que tiene el ciudadano y la ciudadana de tener acceso a toda la información que está en posesión, custodia, o control de cualquier autoridad pública o gubernamental (artículo 2.1). Por tanto, queda así excluida del régimen, en principio, la información que está en manos de las entidades privadas, sin perjuicio de que el acceso a dicha información quede regulado por otros regímenes especiales.

La Ley Modelo 2.0 define como autoridad pública o gubernamental a cualquier ente que forma parte del aparato gubernamental en todos sus niveles, es decir, el que pertenece a cualquiera de las ramas del gobierno (ya sea el ejecutivo, el legislativo o el judicial), y en todos los niveles de la estructura gubernamental, ya sea esta central o federal, regional, provincial o municipal

---

<sup>17</sup>Ernesto Villanueva, “El principio de máxima publicidad: disseminación proactiva y registros”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Panamá [los días] 26 y 27 de junio de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2013), 61.

<sup>18</sup>Magaly McLean, “El principio de máxima publicidad: disseminación proactiva y registros”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Panamá [los días] 26 y 27 de junio de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2013), 58.

(artículo 2.3.a)<sup>19</sup>. Vemos pues que se trata de un campo de aplicación bastante amplio.

Por regla general, ninguna de estas autoridades públicas debería quedar exenta de los requerimientos que se establecen en la normativa, incluso si se trata de instituciones supervisoras, servicios de inteligencia, fuerzas armadas, policía u otros cuerpos de seguridad, extendiéndose incluso a los jefes de Estado o de gobierno y las dependencias que lo integran (artículo 3.4). De esta forma, como se verá más adelante, cualquier eventual excepción a la entrega de información pública estará definida en atención no a la naturaleza de la entidad que posee la información sino por el tipo de información que ésta tenga en su poder.

De hecho, se mencionó, que la información que está en manos de las entidades privadas queda, en principio, excluida del régimen de aplicación. Empero, la Ley Modelo 2.0 incluirá en dicho régimen la información en manos de organizaciones privadas, partidos políticos o movimientos de esa índole, gremios, sindicatos y organizaciones sin fines de lucro (incluidas las organizaciones de la sociedad civil), cuando las mismas reciban fondos o beneficios públicos (artículos 2.1; 2.3.c).

En efecto, muchas de estas entidades, así como otras personas físicas o jurídicas, reciben una cantidad considerable de recursos del Estado y, por lo tanto, estarán obligadas a brindar información, aunque limitada a aquella que esté relacionada con las funciones o servicios públicos desempeñados. Así, el ejemplo que coloca Moreno-Valle es ilustrativo a este respecto. Una empresa que presta servicios de seguridad puede ser subcontratada en la sección de control de un aeropuerto manejado por el Estado. Dicha empresa estará sujeta al régimen con relación a dicho servicio, pero no respecto de otras actividades que pueda desarrollar y que estén completamente desligadas de ese tipo de funciones<sup>20</sup>.

En estos casos, la pregunta que surge es cuál es el sujeto que deberá entregar dicha información al ciudadano. Por ejemplo, en el caso de la construcción de una obra pública por concesión, ¿Cómo puede un individuo en la práctica ejercer su derecho frente a la empresa concesionaria a que le brinde una información que eventualmente podría querer mantener en secreto, a saber, el salario que paga dicha empresa a su gerente o administrador y que proviene del erario público?

---

<sup>19</sup>También incluye a cualquier órgano, organismo o entidad independiente o autónoma de propiedad del gobierno o controlados por el mismo, ya sea actuando en virtud de facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, en buena cuenta, que estén realizando actos de autoridad (artículo 2.3.b).

<sup>20</sup>Jaime Moreno-Valle, “Sujetos obligados y retos en la implementación desde los distintos poderes del Estado”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Argentina [los días] 10-12 de marzo de 2015*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2015), 56.



En respuesta a la pregunta planteada, la Ley Modelo 2.0 establece que sus normas se aplican, en efecto, a todas estas entidades privadas, las cuales deberán responder a las solicitudes de información realizadas (artículo 2.3.1), pero posteriormente, a lo largo de su texto, la Ley Modelo sólo se referirá a las “autoridades públicas” específicamente, en la parte procesal, lo cual nos plantea un problema de interpretación. Además, en la práctica comparada es común trasladar dicha obligación a la administración, es decir, considerar que dichas entidades privadas tienen una obligación frente a la autoridad pública la cual actuará, a su vez, como repositorio de datos al cual el ciudadano y la ciudadana podrán recurrir. En otras palabras, el ciudadano o la ciudadana deberán siempre acudir al ente público en busca de dicha información<sup>21</sup>. Por ello, consideramos que este punto debe quedar librado a cada legislación la que deberá optar por la fórmula que haga más efectivo el ejercicio de este derecho.

En este marco, de la Ley Modelo 2.0 surge el concepto de “sujeto obligado” que es el que tiene a su cargo la obligación de brindar la información al ciudadano o ciudadana y que incluye a todas las entidades públicas y gubernamentales sin excepción. Así, todo sujeto obligado tendrá el deber fundamental de documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones (artículo 4), de esta manera poder satisfacer plenamente el derecho de acceso a la información pública por parte de quien lo requiera.

Igualmente, parece evidente que los actos que las autoridades públicas realizan en el ámbito de su vida privada no deberían quedar sujetos a esta obligación. No obstante, la Ley Modelo 2.0 va a considerar los datos personales de los servidores públicos como información susceptible de ser entregada en la medida en que tengan relación con el ejercicio del cargo que desempeñan o que sean inherentes al servicio público prestado. Así, por ejemplo, las hojas de vida de las y los funcionarios públicos contendrán datos personales tales como números de teléfono, domicilio, entre otros, que no podrán ser objeto de entrega, pero contendrán datos relativos a su historia profesional que sí serán relevantes para determinar qué tan aptos son para el desarrollo de la función pública.

Y, por último, como un elemento adicional, la Ley Modelo 2.0 establece que dicha esfera de privacidad habrá de medirse según el grado de responsabilidad de la autoridad, es decir, que aquellas y aquellos funcionarios públicos encargados de la toma de decisiones tendrán a la larga una esfera de privacidad más reducida. Por ende, en caso de una colisión entre la privacidad de dicha autoridad pública y el interés público, primará este último (artículo 32.1.e). Así, por ejemplo, ha habido varios casos recientes en América Latina en que se

---

<sup>21</sup>Andrei Cambroner, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Costa Rica [los días] 10 y 11 de septiembre de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2013), 95.

ha discutido si los datos personales relativos al estado de salud de un presidente o jefe de gobierno son de interés público y, por lo tanto, constituye información que debe ser revelada.

Un segundo criterio, que delimita el ámbito de aplicación del régimen del acceso a la información pública, tiene que ver ya no con quién detenta la información sino con quién es el titular de esta. Si bien la Ley Modelo 2.0 no contempla este criterio, consideramos que es igualmente importante. En efecto, a nuestro juicio, el fundamento central del que deriva el derecho de acceso a la información pública, y el que permite entender a cabalidad por qué las entidades privadas que reciben fondos o beneficios públicos tienen la obligación de brindar información, es que dicha información se crea y se gestiona o administra con base en los recursos que entregan las y los ciudadanos a la autoridad pública por vía de sus impuestos. Por lo tanto, son esos recursos los que le permiten al gobierno actuar y en el desarrollo de dicha actuación, generar información.

En ese sentido, sea quien sea el que detente dichos fondos – ya sea una autoridad pública o un ente privado –, es un derecho fundamental del ciudadano o ciudadana obtener información sobre la manera en que dichos recursos están siendo utilizados pues, en buena cuenta, se considera que es él o ella el titular o dueño de la información que se genera a partir de los mismos. Expresado de manera sencilla, dicha información es propiedad de todos. De ahí el concepto de información “pública”. En efecto, es “pública” no en el sentido de que es “conocida”, es pública en el sentido de que es “común” o “colectiva”. Es este el criterio fundamental que va a permitir explicar más adelante los otros componentes del régimen. Ahora bien, ningún derecho es absoluto y es por eso por lo que el acceso a la información pública tiene ciertos límites<sup>22</sup>, los cuales pasamos a analizar.

#### **IV. Las excepciones a la entrega de la información pública**

Habíamos indicado que las eventuales excepciones a la entrega de información pública en manos de los sujetos obligados estaban definidas no en función a la naturaleza de la entidad que posee la información sino por el tipo de información que ésta tenga en su poder. Así, dos tipos de información quedarán exceptuados del acceso, a saber, la información privada o confidencial y la información reservada. La primera, tiene como propósito proteger los intereses privados de aquellos que por algún motivo entregan información al sujeto obligado; y, la segunda (conocida en algunas jurisdicciones como información

---

<sup>22</sup>Javier Castro de León, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Argentina [los días] 10-12 de marzo de 2015*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2015), 83.

“secreta”), intenta proteger ciertos intereses públicos<sup>23</sup>. Sin embargo, antes de analizar las características particulares de estos dos tipos de información, nos vamos a referir a los requisitos generales que debe cumplir todo régimen de excepciones, no solo para ser eficiente sino también legítimo según la Ley Modelo 2.0.

En primer lugar, se considera que siendo el acceso a la información pública un derecho fundamental, toda restricción al mismo deberá estar establecida en una ley en sentido formal, es decir, emanada del poder legislativo (artículo 2.2). Con ello, por un lado, se pretende evitar la posibilidad de que el poder ejecutivo, mediante decretos, incremente las causales de no entrega superando a las establecidas en la propia ley<sup>24</sup>, o incluya conceptos que permitan considerar como excepciones cualquier actividad del Estado orientada a gobernar<sup>25</sup>, ocasionando con ello un cambio regresivo en el alcance de este derecho.

No obstante, por otro lado, hay quienes afirman que una ley en sentido estricto podría ser un vehículo muy rígido y carecer de la operatividad necesaria para prever todas las situaciones que podrían eventualmente presentarse<sup>26</sup>. En la práctica comparada se ve que algunos países han utilizado leyes de carácter general para declarar el acceso a la información pública como un derecho fundamental, dejando la parte procedimental a una reglamentación posterior. El problema, como lo advierte Banfi, es que los marcos normativos sobre el acceso a la información pública son principalmente procedimentales<sup>27</sup>.

Así, parecería poco realista intentar delegar toda la regulación sobre el acceso a la información pública al texto de una norma aprobada por el legislativo. En todo caso, a nuestro juicio, lo importante será asegurar que ninguna disposición reglamentaria vaya en contra del espíritu de la norma superior aprobada por el poder legislativo y que ésta última no deje lagunas en materias que puedan propiciar interpretaciones regresivas al contenido del derecho, como, por ejemplo, en el tema de las excepciones.

---

<sup>23</sup>Juan Carlos Morón Urbina, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Perú [los días] 9 y 10 de mayo de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2013), 81.

<sup>24</sup>Roberto Pereira, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Panamá [los días] 26 y 27 de junio de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2013), 75.

<sup>25</sup>Castro de León, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 82.

<sup>26</sup>Cambroner, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 92.

<sup>27</sup>Karina Banfi, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Argentina [los días] 10-12 de marzo de 2015*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2015), 88.

En segundo lugar, las y los expertos recomiendan evitar en el texto de la ley, cláusulas demasiado amplias que den lugar a interpretaciones extensivas, tales como el uso de las expresiones “otras semejantes o análogas”, y más bien se recomienda utilizar términos que ya tengan una aplicación o significado de cierta tradición en el ámbito jurídico<sup>28</sup>.

De hecho, una vez determinado el marco legal que cumpla con los requisitos anteriores, se debe propiciar adicionalmente un espacio ulterior en el que el sujeto obligado pueda llevar adelante un ejercicio de ponderación dentro del marco de ciertos parámetros también establecidos en la ley. En efecto, como señala McLean, las excepciones deben ser ponderables y no absolutas<sup>29</sup>. No obstante, en el transcurso de dicho ejercicio de ponderación se debe aplicar una interpretación restrictiva del marco legal en cuestión, de tal manera que se viole lo menos posible el derecho de acceso a la información pública<sup>30</sup>, evitando que dicha ponderación quede a total discreción del sujeto obligado<sup>31</sup>.

De este modo, cuando se habla de la existencia de un régimen de excepciones a la entrega de la información pública, no nos estamos refiriendo a algún tipo de censura pre determinada que el Estado pueda utilizar a su mejor parecer, sino al proceso de evaluación, en cada caso concreto, de la eventual prevalencia del interés público de obtener la información por encima de otro bien jurídico que, en este caso, debe estar claramente determinado en dicho régimen de excepciones y que, en buena cuenta, debería quedar protegido. En consecuencia, el régimen de excepciones debe ser lo suficientemente preciso como para permitir al sujeto obligado entender el análisis específico que tiene que efectuar para brindar o denegar información<sup>32</sup>.

En definitiva, la manera como opera dicho espacio ulterior de ponderación se explica claramente a través de la definición de los dos tipos de información a las que nos referimos anteriormente, a saber, la información privada o confidencial y la información reservada.

Primero, con relación a la “información privada o confidencial”, la Ley Modelo 2.0 establece que las y los sujetos obligados pueden negar el acceso a la información pública cuando su divulgación pueda causar daños a ciertos intereses privados (artículo 32.1), establecidos previamente en la ley. En esa dirección, la información confidencial comprende aquella información cuyo

---

<sup>28</sup>Pereira, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 76.

<sup>29</sup>McLean, Argentina, “El principio de máxima publicidad, disseminación proactiva y registros”, 75.

<sup>30</sup>Issa Luna Pla, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Perú [los días] 9-10 de mayo de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2013), 78.

<sup>31</sup>Castro de León, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 83.

<sup>32</sup>Banfi, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 89.

acceso se prohíbe por mandato constitucional o legal debido a un interés personal jurídicamente protegido (artículo 25.b).

En efecto, un sujeto obligado puede tener en su posesión, por diversas circunstancias, cierta información sobre una persona física (datos personales) o jurídica (propia de un giro comercial o industrial). En estos casos, como sostiene Viega, habrá dos intereses contrapuestos ya que como seres individuales tenemos interés por que nuestra privacidad esté resguardada, pero, como seres sociales, nos interesa tener acceso a cierta información que podría tener relación con la transparencia en el actuar de la administración pública<sup>33</sup>.

La lista de las categorías de información privada y confidencial es corta y taxativa en la Ley Modelo 2.0. En primer lugar, incluye la privacidad en general (relacionada a la vida, la salud o la seguridad, así como el derecho al honor y a la propia imagen de las personas), y los datos personales cuya difusión requiera el consentimiento de sus titulares (artículo 32.1.a; 32.1.b)<sup>34</sup>. De hecho, las personas poseen una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de tal forma que dichos datos íntimos que un ente o un órgano público ha recolectado, procesado y almacenado, no pueden ser objeto de acceso por ninguna persona por el simple hecho de constar en sus archivos, registros y expedientes, pues ello, supone una intromisión o injerencia externa e inconstitucional.

Entre estos datos se puede pensar por ejemplo en la información tributaria (renta bruta), la información bancaria de los sujetos (secreto bancario), las historias clínicas, los récords y expedientes académicos, la información sobre archivos criminales, entre otros<sup>35</sup>.

Y, en segundo lugar, otras categorías de información privada o confidencial que se establecen en la Ley Modelo 2.0 son los intereses comerciales y económicos legítimos, las patentes, los derechos de autor y los secretos comerciales (artículo 32.c.d). En estos casos, a pesar de estar frente a información considerada pública por estar en manos de un sujeto obligado, estamos también ante otro bien jurídico que puede estar igualmente protegido en la Constitución o la ley.

Cuando un sujeto obligado tiene que decidir sobre la entrega o no de cierta información previamente calificada en su marco normativo como información privada o confidencial, dicho sujeto obligado debe realizar un examen que la Ley Modelo 2.0 denomina “la prueba del interés público” (artículos 36.1; 39.1). Por

---

<sup>33</sup>María José Viega, “Temas introductorios”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Argentina [los días] 10-12 de marzo de 2015*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2015), 49.

<sup>34</sup>Cuando el individuo ha consentido expresamente en dicha divulgación ya no se aplica la excepción (artículo 32.2.a).

<sup>35</sup>Cambroner, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 96.

ende, no basta con que dicha información esté catalogada ya sea como información privada o confidencial en la ley respectiva. Adicionalmente, debe realizarse dicha ponderación o examen que determinará si el interés público por conocerla es mayor o menor que el interés privado de resguardarla.

En ese sentido, la Ley Modelo 2.0 sugiere que la prueba del interés público se realice sobre la base de tres criterios, a saber, los criterios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad (artículo 36.2). Según estos tres criterios, el derecho que se adopte finalmente como preferente - el derecho de acceso o el derecho a la confidencialidad -, debe ser el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente legítimo; no debe existir un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información (de existir, debe preferirse dicho medio); y, la decisión de la no entrega debe representar un beneficio mayor con relación al perjuicio que causa la no apertura de la información (artículo 36.2.a.b.c). Así pues, para la Ley Modelo 2.0, aun cuando estemos ante información privada o confidencial, la regla será siempre la entrega, y las causales de no entrega serán la excepción<sup>36</sup>.

Ahora bien, no debemos desconocer, sin embargo, el hecho de que la interpretación restrictiva de las excepciones funciona muy bien cuando se trata de un aspecto relacionado a la función administrativa, pero se complica cuando existen otros derechos fundamentales involucrados<sup>37</sup>. Así pues, esta es una tarea que presenta muchos desafíos. Debido a que todos los derechos fundamentales tienen la misma jerarquía por ser derechos constitucionales, ante una colisión de los mismos la solución no es hacer simplemente prevalecer unos sobre otros, sino resolver dicha eventual colisión sobre la base de la técnica de la ponderación y del principio de concordancia práctica<sup>38</sup>.

Asimismo, además, la posibilidad de realizar esta ponderación permite al sujeto obligado tener una oportunidad ulterior de examinar que tipo de información podrá finalmente considerarse como parte de las categorías establecidas en la ley respectiva. Verbigracia, en el caso del secreto comercial, aunque se pueda reconocer ciertos componentes básicos del mismo, resulta imposible y hasta irresponsable establecer reglas rígidas y absolutas para poder determinar lo que pretendan reemplazar a la casuística del caso concreto.

---

<sup>36</sup>La Ley Modelo 2.0 establece en distintos artículos esta “primacía” del interés público. Así, en el artículo 4.1 señala que toda persona encargada de la interpretación de la ley o de cualquier otra legislación o instrumento normativo que pueda afectar el derecho de acceso a la información, deberá adoptar la interpretación razonable que garantice la mayor efectividad de este derecho. Asimismo, el artículo 2.1 establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información basada en los principios *pro homine e in dubio pro actione*, de acuerdo a los que debe buscarse la interpretación más favorable al ejercicio de este derecho. Sin embargo, también reconoce que debe existir un equilibrio y los demás derechos protegidos en la ley. Así, el artículo 4.2 señala que cuando varias instituciones tengan competencia sobre el acceso a la información pública y la protección de datos personales, deberán procurar su cercana coordinación, a efectos de que ambos derechos sean protegidos de manera armónica.

<sup>37</sup>Pereira, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 78.

<sup>38</sup>Morón, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 84.

Cuando el sujeto obligado determina que la información privada o confidencial no debe ser entregada o publicada, se procede a lo que se denomina en la Ley Modelo 2.0 la “clasificación” de la información. Esto quiere decir que, la calificación normativa de un tipo de información como información privada o confidencial, no la convierte automáticamente en información clasificada. La clasificación es el resultado de la aplicación de la prueba del interés público. Así, la información privada o confidencial no equivaldrá a información clasificada. Pero, cuando la información privada o confidencial sea clasificada, dicha información sí habrá de mantener tal carácter de manera indefinida (artículo 32.5)<sup>39</sup>.

La Ley Modelo 2.0 considera también de manera expresa ciertas circunstancias en las cuales, no obstante, estar ante la presencia de información privada o confidencial, el sujeto obligado debe proceder a la entrega, independientemente de cualquier ejercicio de ponderación. Ello ocurre, por ejemplo, cuando existe una orden judicial que así lo solicite o que autorice la publicación de dicha información; cuando un Órgano Garante ordene su desclasificación o divulgación; o cuando existan razones de seguridad nacional y salubridad general que requieran la publicación, entre otros (artículo 32.2.e.f.g)<sup>40</sup>.

Segundo, con relación a la “información reservada”, esta es información pública en manos del sujeto obligado que, no siendo información privada o confidencial, puede ser “clasificada” debido a que su entrega supondría un riesgo claro, probable y específico de daño significativo a ciertos intereses públicos (artículos 33.1; 25.a) establecidos previamente en la ley.

Sobre el particular, la Ley Modelo 2.0 no establece un listado de categorías específicas de derechos o bienes jurídicos protegidos como en el caso de la información privada o confidencial (datos personales, secretos comerciales, derechos de autor, etc.), sino un listado de información cuya entrega podría comportar ciertos riesgos. Por ejemplo, se menciona el *menoscabo* de la conducción de las negociaciones y las relaciones internacionales (artículo 33.1.b); el *menoscabo* de la habilidad del Estado para manejar la economía en casos de emergencia económica decretada por ley (artículo 33.1.f); el eventual

---

<sup>39</sup>La Ley Modelo 2.0 considera que la excepción a esta regla es la de los datos personales. En este caso, no obstante que la información califique para una clasificación, si el titular de los datos consiente más adelante en la entrega de los mismos, o la ley lo determina expresamente, se puede producir la “desclasificación”, es decir, la entrega, la cual debe ser decidida por el Órgano Garante respectivo.

<sup>40</sup>Otros casos incluidos en la Ley Modelo 2.0 se refieren a supuestos en los que las circunstancias muestran con claridad que la información fue entregada al sujeto obligado como parte de una información que debe estar sujeta al régimen de publicidad; cuando la información consta en los registros públicos o en fuentes de acceso público; y cuando dicha información se transmite entre sujetos obligados y entre éstos y sujetos de derecho internacional según los términos de los tratados y los acuerdos interinstitucionales, siempre y cuando la información se utilice para el ejercicio de las facultades propias de los mismos (artículo 32.2.b.c y h).

*perjuicio* a las actividades de verificación, inspección, auditoría, investigación, prevención o persecución de delitos (artículo 33.1.g)<sup>41</sup>; y la *afectación* de derechos del debido proceso o la *vulneración* de la conducción de los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos (artículo 33.1.e)<sup>42</sup>.

Estos dos últimos supuestos garantizan, en lo que es necesario, la protección de la labor del poder judicial sin extraer a dicha rama del gobierno de la categoría de sujeto obligado como tantas veces se ha pretendido bajo la excusa de la sensibilidad de la información que maneja. De hecho, existe mucha otra información en manos del poder judicial que sí, es información que debería ser accesible tan evidente como, por ejemplo, la relativa a los funcionarios que trabajan en dichas entidades, la información financiera de dichos organismos o la gestión de recursos, entre otros.

Así, como en el caso de la información privada o confidencial, el sujeto obligado debe emplear la prueba del interés público, cuando estamos ante la presencia de información reservada el sujeto obligado debe utilizar la “prueba del daño” (artículos 35.1; 40.1) es decir, se debe probar en cada caso que el daño que produciría la entrega de la información sería más grave que el daño causado por denegarla<sup>43</sup>. Lo que se intenta determinar es si es más importante divulgar la información o más bien clasificarla ante el riesgo de que se genere un daño mayor a causa de dicha entrega<sup>44</sup>.

Ahora bien, como afirman algunos expertos, dicho daño tendría que afectar a toda la sociedad en su conjunto y no solo el interés de un funcionario público en particular<sup>45</sup>. En efecto, según la Ley Modelo 2.0, la prueba del daño debe demostrar que la divulgación o entrega de la información solicitada podría envolver un riesgo claro, probable y específico de generar un daño a ciertos intereses públicos (artículo 25.a) vis-a-vis el interés de los ciudadanos de obtenerla, en cuyo caso, la información puede ser “clasificada”.

La Ley Modelo 2.0 refiere que este daño debe ser real, demostrable e identificable (artículo 35.2). Esto quiere decir que un daño o perjuicio hipotético no podría ser utilizado como justificación para la clasificación: se trata pues de

---

<sup>41</sup>Esto, por ejemplo, en atención a intereses superiores como el principio de inocencia de los involucrados; o la no obstaculización del proceso a través de la destrucción o el ocultamiento de pruebas; o la protección de víctimas, denunciantes y testigos; o la protección de una orden de intervención telefónica hasta que no se lleve a cabo una diligencia

<sup>42</sup>Otros supuestos contemplados en la Ley Modelo 2.0 incluyen información cuya entrega perturbe la futura provisión libre y franca de asesoramiento dentro de y entre los sujetos obligados; ponga en riesgo la vida, la dignidad humana, la seguridad o la salud de cualquier persona; contenga opiniones o recomendaciones que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, en tanto no sea adoptada la decisión definitiva; o pueda constituir una violación a las comunicaciones oficiales restringidas, incluida la información jurídica considerada como privilegiada (artículos 33.1.a.c.d y 33.4).

<sup>43</sup>Castro de León, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 83.

<sup>44</sup>Banfi, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 89.

<sup>45</sup>Luna, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 78.



un daño real (artículo 35.3.a). Asimismo, debe probarse que la divulgación de la información generaría un perjuicio mayor a que si se restringiese su acceso: se debe tratar de un daño demostrable (artículo 35.3.c). Por último, para que proceda la clasificación debe demostrarse que su entrega supondría una afectación grave del interés que se pretende proteger: debe tratarse de un daño identificable (artículo 35.3.a).

La Ley Modelo 2.0 incluye un criterio adicional para que proceda la clasificación de la información reservada, a saber, que no exista un medio alternativo menos lesivo para el interés público de conocer la información (artículo 35.3.b). A diferencia de la información privada o confidencial, la clasificación de la información reservada sólo será efectiva por un plazo determinado (el que sea establecido por la autoridad competente), o mientras permanezcan las causas que justifiquen la clasificación (artículo 41.a.b), lo que ocurra primero. Es decir, la información reservada no puede ser clasificada de manera indefinida (artículos 40.2.f; 45.4)<sup>46</sup>.

Por ejemplo, durante el desarrollo de negociaciones internacionales conducentes a la adopción de un tratado, puede ocurrir que exista cierta información cuya sensibilidad genere un alto riesgo de daño para la buena conducción de las mismas en caso de ser revelada. Si dicha información es clasificada, podrá después ser entregada una vez adoptado el tratado en atención al interés de la ciudadanía por conocer los pormenores que llevaron a la adopción del instrumento internacional. Lo mismo sucede con los expedientes judiciales. Una vez decidido el caso y existiendo sentencia firme, los detalles pertinentes del mismo pueden ser de interés público y, por tanto, develarse la información respectiva.

Esta “desclasificación” de la información reservada puede hacerse cuando medie una nueva solicitud y las causas de la clasificación hayan desaparecido; o cuando la autoridad competente así lo ordene porque la clasificación de la información deja de cumplir con los requisitos contemplados en la ley (el riesgo de daño); o porque el Órgano Garante (artículo 31) o el poder judicial determinan que se ha originado una nueva causa de interés público distinta a la anterior - y que condujo originalmente a la clasificación - que prevalece sobre la reserva previa de la información (artículo 41.c).

Empero, existen características similares en todo proceso de clasificación sin perjuicio del tipo de información de que se trate. Así, la clasificación ha de tener relación con una solicitud de información en concreto o con el cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia activa (artículo

---

<sup>46</sup>Según Banfi, se debe establecer un plazo que determine el tiempo en el que se pueda volver a buscar esa información: Banfi, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 89.

30.1). En ambas situaciones la clasificación de la información tiene que analizarse y decidirse caso por caso. De esto se desprenden varias consecuencias.

La información pública no puede clasificarse antes que haya nacido o que haya sido generada (artículo 30.2). También, significa que no podrá haber clasificaciones genéricas o relativas a una categoría genérica de información ya sea hecha por ley, decreto o cualquier figura análoga (artículo 30.1). Una ley no podrá establecer, por ejemplo, que las negociaciones internacionales son reservadas o que los procesos deliberativos de los servidores públicos son reservados. Asimismo, el procedimiento de clasificación de la información debe concluir, de ser el caso, con la reserva de la información de que se trate, y sólo de dicha información. Finalmente, toda decisión debe ser susceptible de apelación, ya sea en el mismo canal administrativo, ante el poder judicial o ante el Órgano Garante, según lo establezca la legislación respectiva.

Es importante resaltar también que todo proceso de clasificación debe ser fundado y motivado (artículo 39.2.e.f)<sup>47</sup>, y que la carga de la prueba debe recaer en la o el funcionario que tiene en su poder la información y no en la o el solicitante de la información. Como bien señala McLean, precisamente porque se trata de un régimen de carácter excepcional, no basta con que el Estado indique que la información no puede ser provista de acuerdo con un determinado artículo legal, sino que deberá enunciar y justificar las razones que impiden la entrega de información<sup>48</sup>.

En efecto, todo lo contemplado en la Ley Modelo 2.0 con relación al régimen de excepciones permite generar un diálogo diferente entre el ciudadano y el sujeto obligado con respecto a la información que posee, abriendo una opción diferente a la de la negativa llana y simple<sup>49</sup>. Asimismo, economiza la gestión administrativa porque sin una debida aclaración de las razones por las cuales se deniega la información, la o el ciudadano eventualmente apelará ante la instancia respectiva y el trámite de hará más engorroso para ambas partes<sup>50</sup>. De esta manera, se consigue avanzar desde una lógica del procedimiento de petición por el que el sujeto obligado simplemente decide si entrega o no la información solicitada, hacia una lógica de derechos<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup>Según Banfi, es importante fundamentar la negativa y ofrecer argumentos legales cuando se niega la información. Así, por ejemplo, no se puede contestar simplemente que no se entregará la información, sino que además se debe aportar la información y el resultado del análisis de la prueba respectiva según el tipo de información: Banfi, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 89.

<sup>48</sup>McLean, “El principio de máxima publicidad, diseminación proactiva y registros”, 77.

<sup>49</sup>Banfi, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 89-90.

<sup>50</sup>Banfi, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 91.

<sup>51</sup>Moisés Sánchez, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Costa Rica [los días] 10- 11 de septiembre de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2013), 86-87.

En la misma línea de ideas, un gran aporte que hace la Ley Modelo 2.0 es el de la figura de la “clasificación parcial”. Según esta, cuando un documento contenga partes o secciones que deben clasificarse como reservadas o que, para todos los efectos, sean confidenciales, pero que a su vez contenga partes o secciones que no lo sean, el sujeto obligado deberá elaborar versiones públicas del mismo, tachando aquello que no sea pertinente proporcionar, e indicando su contenido de manera genérica (artículos 38.1; 33.5; 44; 40.2.e). Asimismo, el sujeto obligado deberá hacer constar en el documento los motivos por los que se ha suprimido cierta información (artículo 44). Como bien afirma Banfi, la clasificación parcial permite una cuestión fundamental que no es menor: el reconocimiento por parte del sujeto obligado de que la información existe - al menos parte de ella - y además está en su posesión<sup>52</sup>.

Esto es relevante con relación a otro tema considerado ampliamente por la Ley Modelo 2.0: el de las causales de “secreto no evidente”, es decir, cuando el sujeto obligado alega la inexistencia de la información (artículo 46). En estos casos, según algunos especialistas, la norma deberá establecer que cuando se alega que no existe información y la misma reviste un importante interés público (por ejemplo, si tiene relación con el área de los derechos humanos), ésta debe ser generada<sup>53</sup>.

Como refiere Sánchez, esta excusa se ha convertido en una causal extraordinaria de denegación de información, llegándose incluso a generar comportamientos estratégicos a través de los cuales las instituciones públicas deciden no generar información sobre una materia o simplemente no la hacen constar en ningún soporte o formato específico, precisamente, para no entregarla después. Por ejemplo, en el marco de las negociaciones internacionales y el procedimiento utilizado para establecer la posición de un país, puede que no haya habido ningún procedimiento *ad hoc* cuando en efecto debió haber existido, o que el contenido de dichas negociaciones nunca haya constado por escrito. De ser ello cierto, una solicitud de información puede crear la oportunidad para que dicha entidad pública se vea obligada a formalizar dicho procedimiento<sup>54</sup>.

En conclusión, un sistema de excepciones bien configurado a nivel normativo permite realizar una buena labor al momento de gestionarlo o aplicarlo. No obstante, más allá de este requisito esencial, se requiere adicionalmente ciertas condiciones específicas, como, por ejemplo, una capacitación efectiva de funcionarios que conlleve a una mayor responsabilidad y especialización; el desarrollo de directivas internas de adecuación que respondan a las distintas realidades de los sujetos obligados (por ejemplo, las empresas del Estado que actúan en el mercado tienen logísticas distintas a las que tiene la administración pública); un buen sistema de registro de clasificación que brinde

---

<sup>52</sup>Banfi, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 89.

<sup>53</sup>Sánchez, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 86.

<sup>54</sup>Sánchez, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 101-102.

al funcionario un espacio seguro en el que pueda entregar o denegar información sobre bases sólidas; entre otros<sup>55</sup>.

Asimismo, debemos tener en cuenta adicionalmente que, si un sujeto obligado quebranta la reserva o confidencialidad indebidamente, o no entrega la información cuando debe ser entregada, puede quedar sujeto a un procedimiento de responsabilidad administrativa, civil o penal, según corresponda (artículos 67 y 68). De ahí que un sistema claro de excepciones no sólo beneficia al ciudadano sino también a los que forman parte de la administración pública.

En síntesis, con todo este análisis hemos visto como la Ley Modelo 2.0 intenta dar el mayor alcance posible al contenido del derecho de acceso a la información pública. No obstante, también hemos podido ver que este derecho no es ilimitado y existen ciertas circunstancias en las cuales pueden establecerse restricciones al mismo. En este contexto, la Ley Modelo 2.0 garantiza, por un lado, que dichas circunstancias estén claramente establecidas en la ley; y, por otro, que estén sometidas a exámenes ulteriores de ponderación rigurosos. No es casual que dichos procesos estén contenidos y descritos en el capítulo referido a las excepciones y no tanto en el que se refiere al “principio de máxima publicidad” cuya enunciación se ha utilizado para defender el más amplio e irrestricto acceso a la información pública y que analiza a continuación.

## **V. Entendiendo el “principio de máxima publicidad” a la luz del alcance del concepto de información pública**

El principio de máxima publicidad es el eje central sobre el que se asienta el régimen del acceso a la información pública. Pero, nos preguntamos: ¿Qué alcance tiene este principio? ¿Significa que toda información debe ser accesible?

Como señala Villanueva<sup>56</sup>, en la doctrina no hay una definición universal del principio de máxima publicidad sino varias, una de las cuales establece que dicho principio consiste en la mayor disponibilidad de acceso a datos con la menor cantidad de restricciones posible. Empero, como hemos visto en las secciones anteriores, no toda información es accesible. Sólo es accesible, de conformidad con el régimen previsto para el acceso a la información pública, aquella información en manos de los sujetos obligados tal como están definidos en la Ley Modelo 2.0.

Dentro de ese universo de información, existe cierta información privada o confidencial y reservada, que podría quedar exceptuada de la obligación de entrega o publicación. Así pues, el alcance del principio de máxima publicidad debe entenderse a la luz de criterios distintos a los que generalmente se manejan.

---

<sup>55</sup>Pereira, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 77.

<sup>56</sup>Villanueva, “El principio de máxima publicidad: diseminación proactiva y registros”, 61.

De esta forma, la Ley Modelo 2.0 define exactamente dicho alcance y establece claramente los dos componentes de este principio: por un lado, que toda información pública en manos de los sujetos obligados debe ser completa, oportuna y accesible y, por otro lado, que ésta debe estar sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones (artículo 2.2).

Ya con anterioridad se indicó que de la calidad de sujeto obligado se deriva el deber general de documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones de tal manera de poder satisfacer plenamente el derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos. El principio de máxima publicidad es el que fundamenta este deber, pues obliga a que dicha información sea entregada de forma completa y no parcial y que además sea fidedigna y veraz.

Además, también implica que la información sea oportuna, es decir, que sea entregada en el menor tiempo posible, de preferencia de manera inmediata, evitando dilaciones indebidas y a través de procedimientos simples y expeditos. Asimismo, se indica que la información debe ser accesible, es decir, que la información no solamente debe ser entregada, sino que debe hacerse en la forma en que fue solicitada. Y, por último, debe ser comprensible (pensemos en los complejos tecnicismos con los que son elaborados los documentos relacionados con el presupuesto), y estar disponible en formatos abiertos, a través de un sistema de búsqueda simple y eficaz. En buena cuenta, lo que se busca con la utilización de estos tres criterios es que la información sea útil para quien la solicita<sup>57</sup>.

Adicionalmente, a estas pautas, la Ley Modelo 2.0 propone dos criterios sumados que son de la mayor importancia en los tiempos actuales, a saber, la interoperabilidad y la reutilización (artículo 5.2). Por un lado, la interoperabilidad de la información le exige al sujeto obligado emplear un formato de “datos abiertos”, lo que significa que dicha información debe encontrarse en un formato libre y sin restricciones con el fin de que se puedan crear servicios derivados a partir de la misma: que la información pueda ser no solamente utilizada sino reutilizada y distribuida. Así, por ejemplo, la información divulgada en los sitios web debe ser procesable y estar en formato seleccionable, es decir, que debe facilitarse la copia de datos de forma electrónica para su posterior uso (artículo 7.3).

Y, por otro lado, el criterio de la reutilización exige que la información sea identificada, generada, organizada, publicada y difundida de tal manera que

---

<sup>57</sup>En efecto, deben evitarse las “excepciones encubiertas”. Esta situación se produce cuando el sujeto obligado entrega información con un lenguaje absolutamente inaccesible, cumple con el deber de entregar la información, pero hace imposible acceder a ella, debido a su lenguaje técnico, o porque la entrega de manera desconectada. Esta sería considerada una “excepción encubierta” pues no forma parte del régimen de excepciones: Pereira, “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 77.

permita su fácil reutilización por parte de la sociedad. Este criterio tiene como objetivo fundamental que la información sea compartida entre el mayor número de personas posible utilizando todos los medios disponibles incluyendo, entre otros, la página de internet, la radiodifusión, la televisión y la imprenta.

Evidentemente todo lo anterior sólo se podrá lograr con el empleo de buenas prácticas en la gestión documental por parte del sujeto obligado, sin las cuales la información no será fácilmente identificable y no se podrá cumplir con los requerimientos de suficiencia, oportunidad y accesibilidad. En ese sentido, la Ley Modelo 2.0 viene acompañada de un anexo que contiene una Ley Modelo de Gestión Documental y una Guía de Aplicación, documentos que fueron elaborados con el propósito brindar un insumo complementario<sup>58</sup>. Como señala Juárez, una adecuada gestión archivística coadyuva con las condiciones para cumplir con el principio de máxima publicidad toda vez que sistematiza y resguarda el patrimonio documental de una institución, facilitando el acceso sin perjuicio del paso del tiempo<sup>59</sup>.

Un segundo componente del principio de máxima publicidad es que la información pública debe estar sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones, el cual *debe ser legítimo y estrictamente necesario en una sociedad democrática* (artículo 2.2). Sobre el régimen de excepciones ya hemos desarrollado suficientes elementos en el punto anterior. Sólo nos queda por resaltar que, según la Ley Modelo 2.0, el Órgano Garante deberá tener a su cargo la revisión periódica de la lista de excepciones y los criterios establecidos en la ley para así poder recomendar al poder legislativo la exclusión de aquellas materias que considera deben quedar fuera de las causales de reserva o confidencialidad (artículo 42).

En buena cuenta, el principio de máxima publicidad debe entenderse a la luz de estos dos componentes, ninguno de los cuales nos lleva a la conclusión de que toda información debe ser accesible, ni siquiera aquella considerada como información pública en manos de los sujetos obligados tal como se define en la Ley Modelo 2.0. Lo que el principio de máxima publicidad intenta garantizar es la adecuada entrega de aquella información que en efecto puede ser revelada bajo los parámetros antes revisados, sobre todo los relativos al régimen de excepciones, de tal manera que sea útil y sirva a su propósito esencial, garantizando al mismo tiempo la efectiva concordancia en la aplicación de los diferentes intereses y derechos que pueden quedar involucrados en una situación concreta.

---

<sup>58</sup>Organización de los Estados Americanos. Guía de Aplicación de la Ley Modelo Interamericana sobre Gestión Documental (OEA/Ser.D/XIX.12 add.2), 2020.

<sup>59</sup>Rosa María Juárez, "El principio de máxima publicidad, disseminación proactiva y registros", en *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Guatemala [los días] 27- 28 de agosto de 2014*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos (Washington, D.C.: OEA, 2014), 108.

## VI. El alcance del derecho de acceso a la información pública

Habiendo ya determinado el verdadero alcance del derecho de acceso a la información pública tal como lo propone la Ley Modelo 2.0 y el universo de información al cual se aplica, es importante repasar ahora los diversos elementos que componen dicho derecho.

Con el reconocimiento del derecho que tiene todo ciudadano de acceder a la información pública, la Ley Modelo 2.0 reconoce al mismo tiempo su derecho de presentar la solicitud de información ya sea por escrito, por vía electrónica, verbalmente en persona, por teléfono o por cualquier medio análogo, generándose desde dicho momento el derecho a recibir la información (artículo 11.1). También, se deriva el derecho de presentar la solicitud de información sin ningún costo, y de realizarla de forma anónima y sin tener que justificar las razones por las cuales la solicita (artículo 3.1.d.e). Es decir, el solicitante no tiene que demostrar para qué necesita esa información, por lo que, tampoco va a recaer en él la explicación de por qué se la tendrían que entregar<sup>60</sup>, con lo que se justifica la reversión de la carga de la prueba para que ésta sea asumida por el funcionario público.

Ya en lo sustancial, del derecho al acceso a la información pública se deriva el derecho del solicitante de ser informado si los documentos que contienen la información solicitada o de los que se puede derivar dicha información, obran o no en poder del sujeto obligado (artículos 3.1.a; 48); el derecho a que se le comunique la información de manera expedita en caso de tenerla el sujeto obligado (artículo 3.1.b); el derecho a obtener la información en forma gratuita o con un costo que no exceda el generado por la reproducción de los documentos (artículo 3.1.g); y el derecho a poder apelar la decisión de no entrega si dicha información le es denegada (artículos 3.1.c; 47). Finalmente, y de forma transversal, se reconoce el derecho del solicitante a no ser sujeto de discriminación con base en la naturaleza de la solicitud, así como la garantía de no ser sancionado, castigado o procesado por el ejercicio de dicho derecho (artículos 3.1.f; 3.2).

En definitiva, el derecho de acceso a la información pública, dentro de los límites que se han definido en el presente trabajo, sigue siendo un derecho amplio, garantista, y con un alcance extraordinario que debe ser utilizado siempre por las y los ciudadanos de nuestros países como una herramienta básica y efectiva para consolidar cada vez más la democracia.

---

<sup>60</sup>Luna, “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”, 78.

## **Conclusiones y reflexiones finales**

A lo largo de este trabajo hemos visto cómo el acceso a la información pública es un derecho fundamental de todas y todos los ciudadanos. Se trata de un derecho que es necesario seguir promoviendo con el objetivo de que no sea monopolio de algunos pocos, sino que más personas se beneficien del mismo como un medio efectivo para su empoderamiento. En ese sentido, los Estados deben seguir utilizándolo como un mecanismo de transmisión de conocimiento especializado y de destrezas.

Es necesario que los Estados miembros de la OEA sigan trabajando a fin de conseguir regímenes más integrales y garantistas respecto del acceso a la información pública en beneficio de todos sus ciudadanos y ciudadanas. Si bien Latinoamérica es la región del mundo en la que más se ha desarrollado este derecho y, no obstante, que desde hace ya dos décadas la Organización de los Estados Americanos ha venido impulsando estos avances, aún necesitamos conocer mejor su verdadero alcance, la manera de utilizarlo, y los beneficios concretos que puede brindar a la ciudadanía en su conjunto. En este contexto, consideramos ineludible que los países sigan trabajando en la implementación de políticas públicas que garanticen un Estado moderno, eficiente, incluyente, transparente y ético al servicio de la ciudadanía. Un problema no menor en la actualidad consiste en la desinformación y la diseminación de noticias falsas. Ante estas circunstancias, las autoridades públicas deben promover respuestas integrales que incluyan la transferencia de tecnología de tal manera que los ciudadanos accedan a información veraz, confiable y de calidad.

Hoy en día, en un mundo post pandemia, se hace necesario transparentar, principalmente, la información sobre el gasto público que está siendo empleado para afrontar el reto de la reactivación económica y la recuperación sanitaria. Todo ello, por un lado, coadyuvará en el fomento de un sentimiento de responsabilidad solidaria y compartida y en una mayor confianza en la labor de nuestros gobernantes; y, por otro lado, una debida determinación de las necesidades de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad facilitará la detección de la información de mayor interés para dichos grupos, la cual deberá ser materia de una transparencia activa focalizada.

Recordemos una vez más que un régimen efectivo de transparencia se construye sobre la base de la buena disposición de brindar información por parte de aquellos que nos gobiernan. Pero una cultura de transparencia necesita de ciudadanos que conozcan este derecho, lo sepan utilizar, lo pongan en práctica y lo difundan lo más ampliamente posible.



## Bibliografía

### *Documentos doctrinales*

Banfi, Karina. “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Argentina [los días] 10-12 de marzo de 2015*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 87-92. Washington, D.C.: OEA, 2015.

Cambronero, Andrei. “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Costa Rica [los días] 10 y 11 de septiembre de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 89-97. Washington, D.C.: OEA, 2013.

Castro de León, Javier. “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Argentina [los días] 10-12 de marzo de 2015*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 81-85. Washington, D.C.: OEA, 2015.

Juárez, Rosa María. “El principio de máxima publicidad, disseminación proactiva y registros”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Guatemala [los días] 27- 28 de agosto de 2014*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 105-108. Washington, D.C.: OEA, 2014.

Llona Rosa, Mariana. “Conceptos introductorios”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Panamá [los días] 26 y 27 de junio de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 41-47. Washington, D.C.: OEA, 2013.

Luna Pla, Issa. “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Perú [los días] 9-10 de mayo de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 77-79. Washington, D.C.: OEA, 2013.

McLean, Magaly. “El principio de máxima publicidad: disseminación proactiva y registros”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Panamá [los días] 26 y 27 de junio de 2013*,

Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 57-59. Washington, D.C.: OEA, 2013.

McLean, Magaly. “El principio de máxima publicidad, disseminación proactiva y registros”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Guatemala [los días] 27 y 28 de agosto de 2014*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 93-96. Washington, D.C.: OEA, 2014.

Moreno-Valle, Jaime. “Sujetos obligados y retos en la implementación desde los distintos poderes del Estado”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Argentina [los días] 10-12 de marzo de 2015*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 55-58. Washington, D.C.: OEA, 2015.

Morón Urbina, Juan Carlos. “El régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Perú [los días] 9 y 10 de mayo de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 81-84. Washington, D.C.: OEA, 2013.

Negro, Dante. “El desarrollo progresivo del derecho internacional: desafíos y posibilidades para la Organización de los Estados Americanos”. En *Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos, 29-78. Washington, D.C.: OEA, v. XLVI, 2019.

Pereira, Roberto. “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Panamá [los días] 26 y 27 de junio de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 75-78. Washington, D.C.: OEA, 2013.

Sánchez, Moisés. “Régimen de excepciones y su impacto en la carga de la prueba”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Costa Rica [los días] 10- 11 de septiembre de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 85-87. Washington, D.C.: OEA, 2013.

Viega, María José. “Temas introductorios”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Argentina [los días] 10-12 de marzo de 2015*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 47-51. Washington, D.C.: OEA, 2015.

Villanueva, Ernesto. “El principio de máxima publicidad: diseminación proactiva y registros”. En *Taller del Alto Nivel [sobre] Acceso a la Información Pública: [celebrado en] Panamá [los días] 26 y 27 de junio de 2013*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Organización de los Estados Americanos, 61-62. Washington, D.C.: OEA, 2013.

*Documentos de organizaciones internacionales y jurisprudencia*

Comité Jurídico Interamericano. Principio sobre el Derecho de Acceso a la Información [OEA/Ser.Q/VIII.39 CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08)], 45-47, 2008.

Corte IDH. Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia [OEA/Ser.P AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03)], 64-65, 2003.

Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia [OEA/Ser.P AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04)], 368-371, 2004.

Organización de los Estados Americanos. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación (OEA/Ser.D/XIX.12), 2012.

Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Programa Interamericano sobre Acceso a la información pública [OEA/Ser.P AG/RES. 2885 (XLVI-O/16)], 147-150, 2016.

Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Fortalecimiento de la democracia [OEA/Ser.P AG/RES. 2905 (XLVII-O/17)], 45-55, 2017.

Organización de los Estados Americanos. Asamblea General. Fortalecimiento de la democracia [OEA/Ser.P AG/RES. 2958 (L-O/20)], 125-142, 2020.

Organización de los Estados Americanos. Guía de Aplicación de la Ley Modelo Interamericana sobre Gestión Documental (OEA/Ser.D/XIX.12 add.2), 2020.

# ***LA COOPERACIÓN EN EL NACIMIENTO DEL ACTUAL RÉGIMEN INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR. EL ROL DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS RIBEREÑOS***

*Cooperation in the birth of the current international regime of the Law of the Sea. The role of Latin American coastal countries*

VANESA CASTELLO\*

**Resumen:** El Derecho del Mar ha transitado por distintas etapas hasta la sanción de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982, la cual dio origen a un régimen integral para los océanos. En este sentido, en el marco de cambios en el sistema internacional en términos de cantidad y variedad de actores relevantes, los países latinoamericanos ribereños fueron protagonistas y contribuyeron enormemente en alcanzar un acuerdo que diera nacimiento a dicho régimen. Antecedentes en el marco interno y regional de estos países, así como la posición y defensa de sus propios intereses en la negociación dentro de la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (III Conferencia), serían fundamentales para arribar a un conjunto de principios, normas, y reglas de procedimiento y toma de decisión que fueran reflejo de la configuración de la comunidad internacional. El artículo describe las acciones de cooperación llevadas adelante por los países latinoamericanos ribereños previamente y durante el proceso negociador de la III Conferencia, para el nacimiento de un nuevo régimen internacional relativamente acorde a sus intereses.

**Palabras claves:** Países Latinoamericanos Ribereños; Derecho del mar; Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; régimen internacional; cooperación

**Abstract:** The Law of the Sea has gone through different stages until the enactment of the United Nations Convention on the Law of the Sea in 1982, which gave rise to a comprehensive regime for the oceans. In this sense, within the framework of changes in the international system in terms of the number and variety of relevant actors, the Latin American coastal countries were protagonists and contributed greatly in reaching an agreement that gave birth to such a regime. Background in the internal and regional framework of these countries, as well as the position and defense of their own interests in the negotiation within the III United Nations Conference on the Law of the Sea, would be fundamental to arrive at a set of principles, norms, and rules of procedure and decision making that would reflect the configuration of the international community. This article describes the cooperative actions carried out by the Latin American riparian countries prior to and during the negotiation process of the III Conference, for the birth of a new international regime relatively in line with their interests.

---

\*Licenciada en Relaciones Internacionales (UNR). Mg. En Integración y Cooperación Internacional (CEI-CERIR-UNR). Docente de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales (UNR). Correo electrónico: [vanesa.castello@fcpolit.unr.edu.ar](mailto:vanesa.castello@fcpolit.unr.edu.ar). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1458-9867>. Artículo realizado en base a la Tesis de Maestría defendida por la autora el 15 de septiembre de 2021, titulada "La cooperación y el régimen internacional del Derecho del Mar (CONVEMAR 1982). El rol de los países latinoamericanos ribereños en materia de codificación y desarrollo progresivo de los espacios marítimos (1970-1982)".

**Keywords:** Latin American Coastal Countries; Law of the Sea; United Nations Convention on the Law of the Sea; international regime; cooperation

**Sumario:** Introducción. I. Más allá de reivindicaciones unilaterales: la cooperación entre países latinoamericanos ribereños. II. La cooperación en el eje de las discusiones. La definición del sistema de toma de decisiones y la conformación de grupos de negociación. III. La cooperación puesta a prueba. IV. El nuevo diseño del mapa de los océanos, balance y reflexión final. Bibliografía.

## Introducción

Tradicionalmente los océanos han servido a la Humanidad para diferentes propósitos, como el descubrimiento, la comunicación, el comercio, el despliegue de fuerza militar, o la protección y defensa del territorio de un Estado. La delimitación de dichos espacios se realizó de manera relativamente simple durante largo tiempo, ya que el mar se dividía entre un área de soberanía propia del Estado ribereño, y un espacio común a todos los Estados, donde regía el principio de libertad. En este marco, las grandes potencias fueron las decisoras y elaboradoras de la normativa internacional que regulaba los espacios marítimos.

Iniciando con importantes aportes desde la doctrina, continuando con declaraciones unilaterales y, fundamentalmente, con iniciativas multilaterales regionales, los países latinoamericanos ribereños comenzaron a reclamar la necesidad de revisión del marco normativo vigente cuestionando valores subyacentes del sistema internacional y preferencias políticas de las grandes potencias<sup>1</sup>. Hasta la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982, y pese a los intentos inconclusos de la Conferencia del Derecho del Mar de La Haya de 1930, los océanos estuvieron regidos por: el principio de soberanía sobre una zona de 3 millas marinas (mm) o mar territorial, y el de libertad, sobre el resto de las aguas marinas consideradas alta mar -ambos establecidos de manera consuetudinaria. Asimismo, pese a la adopción en 1958 de cuatro Convenciones en Ginebra sobre distintos aspectos del Derecho del Mar<sup>2</sup>, éstas no lograron alcanzar un consenso general sobre importantes aspectos referentes al océano y sus espacios. La importancia de aspectos económicos vinculados a la explotación del espacio marítimo puso de relieve el protagonismo de los países costeros, en particular, aquellos que por distintas circunstancias no habían sido parte en la elaboración del Derecho Internacional del Mar. De esta manera, la ausencia de un régimen internacional de aplicación universal

---

<sup>1</sup> Krasner, *Conflicto Estructural. El Tercer Mundo contra el liberalismo global*, (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Internacionales, 1985), 13.

<sup>2</sup> Se adoptaron en Ginebra, en abril de 1958, la Convención sobre el Mar Territorial y Zona Contigua; la Convención sobre la Alta Mar; la Convención sobre la Plataforma Continental; y la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar.

desencadenó en la convivencia de una multiplicidad de regímenes en torno al Derecho del Mar<sup>3</sup>.

En 1967, y ante el desarrollo en las comunicaciones, los avances tecnológicos, la evolución en los usos de los océanos y el crecimiento demográfico, entre otras cuestiones, la Asamblea General de Naciones Unidas (AG) crearía el Comité para la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos más allá de los límites de la jurisdicción nacional, el cual sería el encargado de convocar -en tanto Comisión a partir de 1968- a la III Conferencia, la cual contaría con 11 períodos de sesiones distribuidos en 9 años de negociaciones entre 1973 y 1982. Ésta se presentó como espacio negociador y oportunidad para que estos países reclamaran un cambio de régimen en la materia.

Sin embargo, ante intereses en principio divergentes que las distintas posiciones presentes en dichas negociaciones representarían, cabe preguntarse: ¿De qué manera la cooperación llevada adelante por los países latinoamericanos ribereños previamente y durante la III Conferencia aportó al nacimiento de un nuevo régimen internacional del Derecho del Mar? En este sentido, el presente artículo tiene como objetivo describir las acciones de cooperación llevadas adelante por los países latinoamericanos ribereños previamente y durante el proceso negociador de la III Conferencia para el nacimiento de un nuevo régimen internacional relativamente acorde a sus intereses, y que se plasmaría en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en lo adelante CONVEMAR).

El trabajo se enfoca principalmente en una revisión y análisis de contenido de material documental, tanto de registros oficiales como de las actas de la III Conferencia, así como de aportes de personalidades protagonistas del proceso. En cuanto su estructura, se organiza en cuatro apartados. En el primero, se presenta un recorrido por diversos antecedentes originados por los países latinoamericanos ribereños que permiten vislumbrar sus intenciones y reclamos en la defensa de sus derechos sobre mayores extensiones de los océanos; en el segundo, se exponen diversos mecanismos de cooperación que serían necesarios para abordar la negociación frente a la multiplicidad de temas y actores allí representados; en el tercero, se avanza sobre el aporte de los Estados latinoamericanos en la definición de los espacios marítimos objeto de discusiones; finalmente, el último apartado busca dar cuenta de la manera en que el actual régimen responde a las reivindicaciones de este grupo de países, permitiendo al mismo tiempo realizar un balance del presente artículo.

---

<sup>3</sup> Treves, “Fallo de 27 de enero de 2014 sobre la controversia marítima Perú c. Chile”, *Revista Tribuna Internacional*, Publicación del Departamento de Derecho Internacional, Vol. 3, N° especial, pp. 71-144. DOI: 10.5354/0719-482X.2014.30895

## I. Más allá de reivindicaciones unilaterales: la cooperación entre países latinoamericanos ribereños

Mares y océanos fueron tema de discusión y de intento de codificación en reiteradas oportunidades durante el siglo XX. La evolución de la temática debe entenderse en el contexto de los cambios que iban produciéndose en la comunidad internacional, tanto en su constitución como en el protagonismo que los actores parte del proceso de elaboración normativa llegarían a tener. Se puede afirmar que una de las ramas del Derecho Internacional que más ha cambiado durante la segunda mitad del mencionado siglo es la relativa al Derecho del Mar<sup>4</sup>.

En este cambio y evolución, es indispensable poner en valor los aportes doctrinarios que fueron realizados por juristas y personalidades latinoamericanas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Entre ellos, Andrés Bello quien, en 1832 llamó la atención sobre la agotabilidad de los recursos del mar, y justificó el derecho del Estado ribereño a aprovechar y conservar las especies oceánicas que se encontraran frente a sus costas; Luis María Drago, quien en 1910 formuló la que se conoce como la Doctrina de las Bahías Históricas, la cual es considerada como el primer aporte sustancial de la región al Derecho Internacional del Mar; en 1916, el Almirante Segundo Rosa Storni reivindicó los derechos sobre la plataforma continental (en lo adelante PC) y todos los recursos que en ella existían; y, por supuesto no agotando la riqueza de la región, el argentino José León Suárez en 1918, puso de relieve el derecho del pueblo ribereño a la riqueza ictiológica existente en sus aguas epicontinentales.

Más allá de las contribuciones recién mencionadas, la ausencia de acuerdo respecto a la definición de espacios marítimos y sus extensiones derivarían en “esfuerzos inconclusos de codificación”<sup>5</sup> y la consecuente superposición de regímenes del Derecho del Mar o de un conjunto de “(...) principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión en torno de los cuales convergen las expectativas de los actores”<sup>6</sup>. A partir de la década del '40 muchos Estados latinoamericanos tomaron medidas de “autoprotección”<sup>7</sup> en pos de regular los océanos, en cierta medida, intentando acompañar la evolución del sistema internacional y su propia mirada hacia los mares. Entre ellas<sup>8</sup>, caben mencionar a México que, en 1945, incorporó al territorio nacional su plataforma submarina hasta una distancia de 200 mm a través de la declaración del presidente Ávila

---

<sup>4</sup> García Sayán, “La Doctrina de las 200 millas y el Derecho del Mar”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Derecho PUCP, 32 (1974): 12-27.

<sup>5</sup> Treves, “Fallo de 27 de enero de 2014 sobre la controversia marítima Perú c. Chile”, *Revista Tribuna Internacional*, Publicación del Departamento de Derecho Internacional, Vol. 3, N° Especial, pp. 71-144. DOI: 10.5354/0719-482X.2014.30895

<sup>6</sup> Krasner, *Conflicto Estructural. El Tercer Mundo contra el liberalismo global*, (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Internacionales, 1985), 14.

<sup>7</sup> García Sayán, “La Doctrina de las 200 millas y el Derecho del Mar”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Derecho PUCP, 32 (1974), 12

<sup>8</sup> Es necesario mencionar que la Proclama Truman de 1945 contribuyó al impulso de estas iniciativas.

Camacho, remarcando la necesidad de establecer control y vigilancia por parte del Estado sobre los recursos en el lecho y subsuelo, así como sobre las aguas suprayacentes y sus recursos pesqueros<sup>9</sup>. En la misma línea, Argentina, a través de un decreto presidencial en 1946, declaró la soberanía nacional sobre el mar epicontinental y su zócalo continental sin que ello afectara la libre navegación de esas aguas. De igual forma Chile, por medio de una declaración del presidente González Videla, extendió la soberanía y jurisdicción nacionales sobre la PC y el mar que la cubre, hasta una distancia de 200 mm de extensión, cualquiera que sea su profundidad, en toda la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales. Poco después, Perú, estableció que se hacía indispensable proclamar el derecho a la soberanía y la jurisdicción del país sobre toda la extensión de la plataforma submarina, así como sobre las aguas epicontinentales que las cubren, en función de que la primera formaba con el continente una sola unidad morfológica y geológica, y debido a que en la misma existían riquezas naturales propias del patrimonio nacional. A continuación, Panamá hizo lo propio en 1946, Costa Rica y Nicaragua en 1948, siendo seguida por Honduras en 1950. El Salvador, Ecuador y Brasil incorporaron en su Constitución artículos en este sentido en 1950. Más tarde, Argentina en 1966 ratificaría lo decretado en 1946, así como Panamá en 1967, Uruguay en 1969 y Brasil en 1970 también confirmarían el camino.

La defensa de derechos del Estado sobre mayores extensiones del mar estaba fundamentalmente vinculada a los recursos naturales como fuente de bienestar y desarrollo de sus pueblos, y al derecho exclusivo de exploración, conservación y de explotación o aprovechamiento. Un movimiento concurrente de los países latinoamericanos ribereños<sup>10</sup> comenzó a desafiar el Derecho del Mar vigente, proponiendo una aproximación que también tuviera en cuenta sus intereses, para el cual el recurso a la vía multilateral regional se presentó como opción para aunar esfuerzos sobre los aspectos que afectaban a la delimitación de los océanos. De esta manera, en 1952, Chile, Perú y Ecuador a través de la Declaración de Zona de Soberanía Marítima proclamaron la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el mar que bañaba las costas de sus respectivos países, y sobre el suelo y subsuelo de dichas aguas para asegurar la conservación, desarrollo y aprovechamiento de las riquezas allí existentes, en beneficio de la subsistencia y la economía de sus pueblos. Esta última, conocida también como Declaración de Santiago se constituyó en el primer instrumento internacional de carácter multilateral en consagrar estos derechos.

---

<sup>9</sup> Vargas, "Significado y trascendencia para México de un mar patrimonial de 200 millas", *Comercio Exterior* (1975): 1146-1155.

<sup>10</sup> Millicay, "Argentina and the Law of the Sea". En *Liber Amicorum in Honour of a Modern Renaissance Man His Excellency Gudmundur Eiriksson*, coord.: Sainz-Borgo, Juan Carlos, Gudmundsdóttir, Helga, Gudmundsdóttir, Gudrún Amaya-Castro, Juan M., Kanade, Mihir, Saab, Yara &, Sipalla, Humphrey, 107-124. O P Jindal Global University, 2017.



Asimismo, como aporte doctrinal y en línea con iniciativas multilaterales, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1953<sup>11</sup> reconoció el derecho de los Estados ribereños a proteger y conservar las riquezas de sus plataformas continentales y mares territoriales<sup>12</sup>; en 1956 aprobó los Principios de México sobre Régimen Jurídico del Mar, en los que admitió la competencia de cada Estado para fijar su mar territorial (en lo adelante MT) hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos, geológicos y biológicos, así como a las necesidades económicas de su población y a su seguridad y defensa; y, en la Conferencia Especializada de Ciudad Trujillo, en República Dominicana, reiteró que el Estado ribereño tenía un interés especial en la productividad continua de los recursos vivos y un derecho preferente de aprovechamiento sobre los mismos<sup>13</sup>.

En paralelo, se atestiguaban avances tecnológicos, se presenciaba el reconocimiento de mayor diversidad de actores en el sistema internacional producto del proceso de descolonización, y el mar estaba siendo abordado desde una perspectiva económica y no exclusivamente por su importancia geomilitar. Es importante destacar asimismo que, si bien al finalizar la I Conferencia de 1958 pudieron sancionarse cuatro Convenciones sobre diversos aspectos relativos al mar y sus espacios, algunas cuestiones quedaron sin definir tales como la anchura del MT o el límite exterior de la PC. Por tanto, era posible -si no esperable- que el régimen vigente hasta ese momento comenzara a presentar síntomas de desgaste, y algunas de sus normas se mostraran “ineficientes”<sup>14</sup> para resolver los temas del Derecho Internacional del Mar. A los fines de tratar estos aspectos inconclusos, en 1960 se convocó a una II Conferencia sobre el Derecho del Mar, pero no pudieron alcanzarse resultados positivos respecto a sus objetivos, fundamentalmente, la delimitación de la anchura del mar territorial. Si bien los Estados latinoamericanos ribereños se perfilaban como un bloque que presentaba posición común, temas en torno a aspectos estratégicos -como la navegación por espacios en principio sometidos a soberanía nacional- predominaron en la discusión.

Es así como los países latinoamericanos ribereños, continuando con acciones conjuntas, acordaron promover una reunión entre los nueve países del

---

<sup>11</sup> En 1948, la Organización de Estados Americanos (OEA) creó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos con un representante por cada Estado miembro con funciones de consulta y de desarrollo jurídico. Más tarde, en 1967, la III Conferencia Interamericana Extraordinaria, reunida en Buenos Aires, aprobaría el Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA mediante el cual sus funciones pasaron al Comité Jurídico Interamericano, elevándolo así al nivel de órgano principal de la Organización -que hasta ese momento había funcionado como comisión permanente del mencionado Consejo.

<sup>12</sup> García Robles, “La anchura del mar territorial”. *Foro Internacional*. El Colegio de México, Publicaciones del Centro de Estudios Internacionales, Vol. II, 5 (1966), 18-44.

<sup>13</sup> Vargas, *Contribuciones de la América Latina al Derecho del Mar*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, (Universidad Nacional Autónoma de México, 1981), 3

<sup>14</sup> Armas Pffirter, “Los estados latinoamericanos y el límite exterior de la Plataforma Continental”. En Gutiérrez Castillo y Villalta Vizcarra, *América Latina y el Derecho del Mar. Liber Amicorum en Honor de Alfredo Martínez Moreno*, 121-150 (Valencia: Tirant Lo Branch, 2018), 123.

continente americano que habían incorporado en su derecho interno las reivindicaciones antes mencionadas<sup>15</sup>. A los fines de establecer posiciones consensuadas y unificadas, en la Reunión sobre el Derecho del Mar, fue aprobada en Montevideo en 1970, la Declaración de Principios Básicos, que establecía el derecho de los países ribereños a disponer de los recursos de sus mares adyacentes más allá del MT hasta un límite de 200 mm, a fijar los límites de su soberanía y jurisdicción marítimas de conformidad con sus características geográficas y con los factores que condicionan la existencia de dichos recursos, sin perjuicio de las libertades de navegación y sobrevuelo de las naves y aeronaves de cualquier pabellón<sup>16</sup>.

Previendo la inminente convocatoria a una nueva Conferencia por parte de Naciones Unidas, se realizó en Lima, en agosto de 1970, la Reunión Latinoamericana sobre Aspectos del Derecho del Mar con la participación de una veintena de países, a cuyo término aprobó la Declaración de Lima, junto a seis resoluciones sobre temas conexos. Entre estos últimos, estaba la concertación de criterios y acciones con respecto a la utilización de los fondos marinos (en lo adelante FMyO), así como la ampliación de los temas a ser considerados en los trabajos preparatorios de una posible negociación multilateral internacional.

Es de destacar que, en Montevideo y Lima, no se discutió la anchura del MT, ya que entre los Estados participantes en ambas reuniones existía acuerdo respecto a que la misma debía establecerse en 12 mm, por lo que había dejado de ser un criterio susceptible de discusión. Estos países consensuaron defender ante espacios multilaterales más amplios a sus mares adyacentes al MT, denominado mar patrimonial<sup>17</sup>, en la que existía un nexo geográfico, económico y social entre el mar, la tierra y el hombre que la habitaba, y del que resultaba una legítima prioridad en favor de las poblaciones ribereñas para el aprovechamiento de los recursos naturales que el ambiente marítimo ofrecía. A partir de este momento a estos países se los empezó a reconocer como el “Club de las 200 millas”, en clara referencia a la cooperación alcanzada en los acuerdos y acciones de cooperación hasta aquí mencionados.

Nuevamente en Lima, en 1971 se celebró la XII Reunión de la Comisión Especial de Coordinación Latinoamericana<sup>18</sup>, en la que se reafirmaron los

---

<sup>15</sup> Los nueve países convocados fueron Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay.

<sup>16</sup> García Amador, *América Latina y el Derecho del Mar*, (Santiago de Chile: Ed. Universitaria, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1976), 134.

<sup>17</sup> El mar patrimonial es una expresión que se atribuye al jurista chileno Edmundo Vargas Carreño, miembro del Comité Jurídico Interamericano, que fue empleada por primera vez en el estudio denominado "Bases para una posición latinoamericana sobre el Derecho del Mar".

<sup>18</sup> La Comisión Especial de Coordinación Latinoamericana se constituyó como un organismo permanente con carácter de foro latinoamericano para cuestiones específicas de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en asuntos relativos al comercio internacional y al desarrollo económico latinoamericano (CEPAL, División Política Comercial 1971).

acuerdos alcanzados entre Estados latinoamericanos ribereños. En dicha oportunidad, se acordó que los FMyO más allá de las jurisdicciones nacionales poseían la condición de Patrimonio Común de la Humanidad, en consonancia con la Resolución 2749(XXV) de 1970 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AG). Como lo destaca Arias-Schreiber Pezet<sup>19</sup>, el aumento de temáticas vinculadas a los océanos se hacía evidente.

Siguiendo el enfoque de ampliación en la participación de más países latinoamericanos ribereños, se rubricó la Declaración de Santo Domingo en 1972, resultante de la Conferencia Especializada de los Países del Caribe sobre los problemas del mar. En esta ocasión, se adoptó una Declaración de Principios que incluyó y recogió los puntos acordados por los países del “Club de las 200 millas”. De esta manera, las iniciativas multilaterales regionales hasta aquí mencionadas aglutinaban en conjunto a treinta y cuatro Estados del Continente Americano, los cuales ratificaron las bases económicas y científicas que justificaban la extensión de derechos del Estado ribereño sobre los océanos.

Según la perspectiva de la interdependencia compleja<sup>20</sup>, diversas *issue areas* a menudo tienen estructuras políticas diferentes que pueden o no coincidir con la estructura global -o la distribución de capacidades económicas y militares a nivel internacional. El reclamo por un cambio de régimen se produciría, de este modo, por la diferencia entre la influencia y los beneficios bajo una variedad de regímenes existentes, y las expectativas de los Estados disconformes con los efectos de dichas normas. La consolidación del proceso de descolonización modificaría las mayorías votantes al interior de organizaciones internacionales y espacios multilaterales internacionales, por lo que jugaría un rol predominante la habilidad de negociación de estos países a la hora de analizar el pasaje de las capacidades hacia los resultados<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Arias-Schreiber Pezet, “La Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar y la Participación del Perú”. *Cuaderno de Política Internacional*. Conferencia “El Perú y la nueva Convención sobre el Derecho del Mar”, 3, (1990), Lima, Perú.

<sup>20</sup> Desarrollada por Keohane y Nye se constituyó como el punto de partida e intento de superar al realismo como teoría hegemónica hasta ese momento. Particularmente, y en el contexto del presente artículo, cabe mencionar que esta perspectiva identifica que, en el caso del régimen internacional marítimo, el cambio se presenta como reflejo de modificaciones en la distribución de poder dentro de un área de cuestiones específicas y del llamado modelo de organización internacional. La naturaleza de los regímenes y las relaciones entre Estados al interior de estos estarán más vinculadas a las cuestiones y temas específicos a que se refiera dicho orden parcial, que a la distribución de capacidades materiales propia del sistema internacional. Keohane, y Nye, *Poder e Interdependencia*, (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1977).

<sup>21</sup> Asimismo, es importante mencionar que las características del contexto internacional también fomentaron la presencia de los países latinoamericanos costeros en instancias multilaterales extra regionales, favoreciendo la generación de redes de interacción política a los fines de facilitar el acuerdo sobre nuevos principios para un régimen internacional. A mediados de enero de 1971 el gobierno peruano organizó la llamada “Reunión de Expertos Legales del Grupo de Montevideo”, conformado por países integrantes del “Club de las 200 millas”, en la cual se convino emprender una vasta campaña de difusión y persuasión, y la importancia de asistir a los encuentros y/o reuniones internacionales en los que se trataran materias relacionadas con el Derecho del Mar. Entre ellos, la XII Reunión del Comité Consultivo

Finalmente, el Comité Jurídico Interamericano ratificaría en 1973 la postura latinoamericana de reconocimiento de soberanía y jurisdicción del Estado ribereño en el mar adyacente al MT, su lecho y subsuelo, hasta una distancia de 200 mm distinguiendo dentro de ese límite una zona de 12 mm, con derecho de paso inocente, y otra, de 188 mm con derecho de libre navegación y sobrevuelo pero con facultades reglamentarias del Estado ribereño en materia de exploración y explotación de recursos.

Se puede decir que, de esta manera, quedaba expresada la “conciencia jurídica del hemisferio”<sup>22</sup> que reflejaba un cuestionamiento a las normas que regían el Derecho del Mar hasta el momento.

## **II. La cooperación en el eje de las discusiones. La definición del sistema de toma de decisiones y la conformación de grupos de negociación**

Como se mencionó, el sistema internacional presentaba, entre otros, cambios a partir de avances tecnológicos y de la incorporación de nuevos Estados producto del proceso de descolonización, lo que habilitó la discusión en torno a entender al mar no sólo vinculado a cuestiones de seguridad, sino también a la defensa y disposición de los recursos naturales que de él podían obtenerse. De tal manera que el Derecho del Mar exhibía entre sus consecuencias la ampliación de su alcance material: en la medida que se reconocía en los espacios marítimos una naturaleza multifacética, el derecho debía acompañar esa evolución. En este sentido, la negociación que acompañó la III Conferencia reflejó la complejidad que el tratamiento de la temática representaba. Multiplicidad de temas y actores requerirían de iniciativas de cooperación a los efectos de adaptar las distintas posiciones en ese ámbito representadas, y que respondían asimismo a la falta de jerarquización de cuestiones. Por tanto, requerían de cooperación o adaptación mutua de acciones de los actores por medio de un proceso de negociación o coordinación de políticas<sup>23</sup>.

A diferencia de lo que sucedió con la I Conferencia de Ginebra en 1958, no fue posible alcanzar una nueva etapa de negociación con un proyecto de artículos previamente revisado por los Estados participantes, sino que el arribo a una convención quedaba en manos del éxito del proceso negociador de los que serían nueve años de debate. La etapa que comienza con la celebración de la III Conferencia en 1973 marca un proceso de revisión completo del derecho del espacio oceánico y no solo una labor codificadora. Como bien se sostiene desde

---

Legal Asiático-Africano, efectuada en Colombo y el Seminario de Yaundé de 1972, en el cual, a iniciativa de Kenia, fue adoptada por primera vez la noción de “zona económica”.

<sup>22</sup> García Sayán, “La Doctrina de las 200 millas y el Derecho del Mar”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Derecho PUCP, 32 (1974), 17

<sup>23</sup> Axelrod, & Keohane, “Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions”. *World Politics*, Vol. 38, 1 (1985), 226-254. doi: <https://doi.org/10.2307/2010357> y Keohane, *Después de la Hegemonía. Cooperación y discordia en la política económica mundial*, (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988).

la teoría de los regímenes<sup>24</sup>, son los principios y las normas los que definen intrínsecamente un régimen, por lo que un cambio en los mismos alterará su propia naturaleza.

Del análisis de las actas oficiales, puede rescatarse que los países latinoamericanos ribereños manifestaron unánimemente que la solución a alcanzar debía incluir un elemento de desarrollo económico que se reflejara adecuadamente en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y adaptase el Derecho del Mar a las realidades y aspiraciones del contexto de ese momento, superando las por ellos consideradas normas anacrónicas<sup>25</sup>. Por otro lado, la mayor cantidad de Estados presentes en las negociaciones dejaría expuestas distintas posiciones, sobre todo teniendo en cuenta que se incorporaban países de reciente independencia, aumentando la proporción de aquellos en desarrollo quienes llegaban al Primer Período de Sesiones sosteniendo que era indispensable resolver algunas lagunas e indefiniciones respecto a los espacios marítimos. Es decir que, frente a las tradicionales potencias que alegaban que el MT debía permanecer tan estrecho como fuera posible, y que el área ubicada más allá de éste formaba parte de la alta mar, los Estados latinoamericanos sostenían su derecho a la soberanía sobre los recursos naturales tanto en el lecho y subsuelo como sobre las aguas suprayacentes hasta una distancia de 200 mm desde las líneas de base.

Para poder dar cuenta de la manera en que se conducirían las negociaciones a lo largo de los períodos de sesiones, es fundamental en primer lugar hacer referencia a la manera que se determinó el sistema de toma de decisiones a aplicar tanto en los grupos de trabajo como para las reuniones plenarias. Este mecanismo se estableció a través del llamado *Gentelman's Agreement* aprobado en noviembre de 1973 por la AG e incorporado al articulado del Reglamento de la Conferencia, en el Segundo Período de Sesiones<sup>26</sup>. A través de éste, habida cuenta de que el problema del océano y sus espacios estaban interrelacionados, y ante el deseo que una convención sobre el Derecho del Mar asegurase la mayor aceptación posible de las Partes, se estableció el consenso como mecanismo de

---

<sup>24</sup> Interesan particularmente los aportes esta teoría con relación a la capacidad de los regímenes internacionales para canalizar intereses de los Estados, y las condiciones en que los mismos han sido determinantes en contextos de anarquía, así como también de interdependencia. Particularmente, esta perspectiva sostiene que los países del Tercer Mundo pueden cambiar la naturaleza de los regímenes a partir de la ventaja del uso de recursos institucionales -como el voto igualitario en organizaciones internacionales.

<sup>25</sup> General Assembly, A/AC.138/SR.77-89 (1972). Committee on the Peaceful Uses of the Seabed and the Ocean Floor beyond the Limits of National Jurisdiction: summary records of the 77th to 89th meetings held at the Palais de Nations, Geneva, from 17 to 18 August 1972. Recuperado de: <https://digitallibrary.un.org/record/769472?ln=es>

<sup>26</sup> A/CONF.62/ SR.19, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 19th plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 27 de junio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr19.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr19.pdf&lang=E)

toma de decisión, quedando el voto como alternativa subsidiaria<sup>27</sup>. Desde el punto de vista sustantivo, las propuestas que luego iban a ser elevadas al Plenario de la Conferencia a modo de texto de negociación serían elaboradas como resultado de un conjunto de consultas, negociaciones y transacciones entre las delegaciones. Esto es, serían resultado de un compromiso, de modo que, cuando se sometieran al órgano plenario, no suscitara objeciones. Como muy acertadamente lo expresa Pastor Ridruejo, “el consenso supone compromiso, y éste la negociación”<sup>28</sup>.

Si consideramos la perspectiva de la teoría de la interdependencia compleja, el poder de los Estados se mide en términos de resultados pudiendo ser conferido por capacidades tales como el poder de voto en una organización. Así, “Un régimen puede ser alterado por procesos de negociación política que disminuyan la posición de los Estados con poder implícito que [le] habían dado surgimiento”<sup>29</sup>. Sin negar que las potencias del momento contaran con recursos materiales de poder, la canalización de la negociación en el marco de una Conferencia Internacional garantizaba la participación de todos los Estados en un marco de reglas y procedimientos igualitarios. En este caso, un *package deal* consensuado intentaba garantizar que el régimen resultante reuniera el mayor grado de universalidad posible y superara su *status* meramente convencional<sup>30</sup>.

Más allá de lo recién mencionado, el replanteamiento de todo el Derecho del Mar y la necesidad de acordar en torno a “ejes de intereses” existentes<sup>31</sup> presentaría dificultades a la hora de acordar sobre los diversos aspectos que tal tarea suponía. La III Conferencia se convocó con una agenda amplia que incluía desde los temas que regularmente habían sido objeto de debate, hasta los nuevos emergentes como el principio de Patrimonio Común de la Humanidad, la expansión hacia el mar de la soberanía y jurisdicción de los Estados ribereños, la protección del medio marino y la prevención de la contaminación, la situación de los países sin litoral, y el establecimiento de un sistema de solución de controversias y de un órgano para administrar la zona de los FMYO.

<sup>27</sup> A/CONF.62/L.1, 1974, Draft rules of procedure: note by the Secretary-General. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume III. Rule 37. 3 de junio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_lo/docs/english/vol\\_3/a\\_conf62\\_11.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_lo/docs/english/vol_3/a_conf62_11.pdf&lang=E)

<sup>28</sup> Pastor Ridruejo, “Consideraciones sobre la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. *Revista Anuario de Derecho Internacional*, Vol. III, 1976, 281-296.

<sup>29</sup> Keohane, y Nye, Poder e Interdependencia, (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1977), 195

<sup>30</sup> A/CONF.62/ SR.17, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 17th plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 26 de junio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_lo/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr17.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_lo/docs/english/vol_1/a_conf62_sr17.pdf&lang=E)

<sup>31</sup> Marotta Rangel, “El Papel de las Negociaciones Informales en la Búsqueda de un Consenso sobre el Derecho del Mar”, en *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana*. Ed. Orrego Vicuña (Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982), 126.

Para asumir semejante tarea, la III Conferencia se organizó en tres Comisiones principales: la Primera tenía a cargo el tratamiento de los FMyO; la Segunda se organizaba en torno a las zonas de jurisdicción nacional y alta mar; y la Tercera se dedicaba a contaminación, investigación científica y transferencia de tecnología. Al tratarse de temáticas tan complejas, se convino en que la mejor solución sería que las Comisiones elaboraran un texto único en base a los temas de su competencia, el cual sería sometido a la discusión Plenaria cuando llegara el momento de la aprobación de una Convención<sup>32</sup>. De tal forma, los presidentes de cada una de ellas recibieron el encargo de preparar textos que reflejaran las tendencias prevalecientes, los cuales serían posteriormente combinados en un Texto Único Oficioso para Fines de Negociación, denominado más tarde “Texto Revisado” y, finalmente, “Texto Integrado”. En 1980 se convertiría en el “Proyecto de Convención”, en función de los debates y propuestas ulteriores.

Asimismo, se realizó una primera división al interior de cada Comisión por grupo de Estados: los latinoamericanos; los africanos; los asiáticos; los de Europa Oriental; y los de Europa Occidental y otros. Pero, debido a la complejidad de temas y diversidad de posiciones defendidas, comenzaron a generarse grupos de intereses informales a los fines de poder alcanzar fórmulas de compromiso sobre temas específicos considerados más controvertidos, en el marco de un ámbito más reducido. Estos intereses versaban sobre la situación geográfica como el “grupo de Estados costeros” o el “grupo de países sin litoral y geográficamente desventajosos”; otros se centraron en cuestiones de orden económico, como los “países en desarrollo con amplias costas”; o, en vinculación al Nuevo Orden Económico Internacional, el agrupamiento en torno a la posición de los países del llamado “Grupo de los 77” por un lado, y los “países industrializados”, por el otro. Ante lo que a primera vista parecía complejizar la negociación debido a la constitución tanto de grupos formales como por los informales u oficiosos, el consenso y la cooperación se instituyeron como mecanismos indispensables dada la dificultad de encontrar soluciones comunes en los órganos plenarios y la necesidad de lograr avances frente a la diversidad de temas y posiciones que los grupos presentaban<sup>33</sup>.

A pesar de la participación de Estados de tan diversas capacidades, los cambios identificados en el sistema internacional provocaron la aparición de valores e intereses comunes y/o complementarios entre éstos. Partiendo de la perspectiva del institucionalismo liberal, que sostiene que quien da forma a los resultados es quien puede afectar las decisiones de acuerdo con sus propios

---

<sup>32</sup> A/CONF.62/SR.55, 1975. 55th Plenary Meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IV (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Third Session) 18 abril. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_4/a\\_conf62\\_sr55.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_4/a_conf62_sr55.pdf&lang=E)

<sup>33</sup> Treves, “United Nations Convention on the Law of the Seas”. United Nations Audiovisual Library of International Law, (2008), 1-6. Recuperado de: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncls/uncls\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncls/uncls_e.pdf)

deseos<sup>34</sup>, los países latinoamericanos costeros buscaron un cambio de régimen que les permitiera alterar el control y distribución de recursos en este tema determinado. Por lo tanto, reforzar las acciones de cooperación entre los países con los que ya se habían establecido acuerdos previos, así como valerse de los recursos institucionales que la nueva Conferencia brindaba para generar consensos con las potencias, resultaba necesario para alcanzar un resultado aceptable para todas las partes.

A lo largo de las actas de las Sesiones de la III Conferencia, puede distinguirse el rol de América Latina en la elaboración de las bases del nuevo Derecho del Mar, cuyo alcance intentaba reflejar muchas de las premisas que estos Estados consideraban derecho positivo en sus propios ámbitos geográficos nacionales y regionales, situación incluso acompañada por países asiáticos y africanos<sup>35</sup>. Se intentaba evitar la inseguridad jurídica que derivaba tanto de la convivencia de varias y -a veces- contradictorias figuras normativas, así como por las lagunas jurídicas que se presentaban. En concordancia con las diversas acciones de cooperación en el ámbito regional latinoamericano, dicho espacio constituía una valiosa ocasión para establecer un marco jurídico con arreglo al cual se pudieran utilizar los recursos del mar como un vehículo para la cooperación y el desarrollo económico, la transmisión de tecnología y la eliminación del desequilibrio económico<sup>36</sup>. Fue en particular en los dos primeros Períodos de Sesiones en donde se llevó adelante el debate y exposición con relación a las bases económicas de los fundamentos para el cambio de régimen en áreas sometidas a soberanía y jurisdicción del Estado ribereño<sup>37</sup>. Las potencias del momento insistían que era menester mantener los principios básicos de libertad de tránsito que garantizaban la conciliación de todos los intereses para preservar el equilibrio<sup>38</sup>. Vale decir, se hacía imperioso consensuar y acordar

---

<sup>34</sup> Keohane, "The Study of Political Influence in the General Assembly". *International Organization*, Vol. 21, 2, 1967, 221-237, doi: <https://doi.org/10.1017/S00208183000132171967>

<sup>35</sup> Diversos países asiáticos y africanos habían proclamado derechos de soberanía y jurisdicción más allá de las 12 mm, al margen de variación en límites y naturaleza jurídica: India en 1956, la actual Sri Lanka en 1957, Ghana en 1963, Guinea en 1964, Pakistán en 1966, Camerún en 1967, Senegal en 1968, Gabón y Sierra Leona en 1970, Kenia en 1972 y Marruecos en 1973.

<sup>36</sup> A/CONF.62/ SR.31, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 31st plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 8 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr31.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr31.pdf&lang=E)

<sup>37</sup> A/CONF.62/ SR.21, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 21st plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 28 de junio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr21.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr21.pdf&lang=E)

<sup>38</sup> A/CONF.62/ SR.33, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 33rd plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 9 de julio. Recuperado de:



alrededor de diversas temáticas que iban a traspasar la aparentemente simple definición de espacios marítimos.

### III. La cooperación puesta a prueba

Es importante destacar que, del análisis documental realizado, pueden identificarse algunos espacios sobre los que fue posible alcanzar un acuerdo de manera menos controvertida, y otros, en los que se presentaron mayores dificultades. Dentro de los primeros, se encuentran las negociaciones en torno al MT y la zona contigua (ZC); y, dentro de aquellos temas que generaron mayores divergencias, se señalan principalmente la zona económica exclusiva (ZEE), la PC y los FMyO.

Respecto al MT, pese a estar codificados los derechos y deberes del Estado ribereño en la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958, no había logrado acordarse en dicha ocasión su anchura. Asimismo, la incorporación de la ZC como una zona de alta mar adyacente al MT, a los fines de garantizar la aplicación de medidas de fiscalización por parte del Estado costero, no trajo luz respecto al tema, ya que se limitó a establecer que la misma no podía extenderse más allá de las 12 mm contadas desde la línea de base desde donde se medía la anchura del primero. El sistema de toma de decisión por mayoría adoptado en dichas negociaciones permitió que primara la postura de los países que se oponían a una ampliación de la soberanía del Estado costero.

En la III Conferencia el panorama era otro. A raíz de los cambios mencionados en el sistema internacional, se hacía necesario recurrir a la cooperación entre las Partes para alcanzar una solución óptima para todos. Algunos Estados latinoamericanos pertenecían al grupo de países costeros, pero al mismo tiempo, habían estado trabajando con el Grupo de los 77, otorgándole un soporte socioeconómico a sus posiciones<sup>39</sup>. En este sentido, fijaron claramente su postura de establecer 12 mm como anchura del MT, tal cual lo venían sosteniendo en el ámbito regional. El grupo de los Estados de Europa Occidental y otros, así como aquellos con costas reducidas o sin litoral, aceptaron la codificación de tal extensión, pero a condición de que se mantuviese la garantía

---

[https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_lo/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr33.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_lo/docs/english/vol_1/a_conf62_sr33.pdf&lang=E)

<sup>39</sup>Según Pastor Ridruejo (1976), la evolución del Derecho del Mar ha estado signada por tres movimientos de gran relevancia a nivel internacional: uno de orden comercial, colonial y militar; un segundo de orden económico, y un tercero, de tipo tecnológico y de aumento de Estados. A partir de mitad década del '60 del siglo XX, se generó en un contexto internacional de descolonización, creación del Movimiento de Países No Alineados, constitución del G77, establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional, la Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados, entre otros. Los países latinoamericanos ribereños, reforzando estas acciones de cooperación, firmaron en el marco del Movimiento de Países No Alineados -en su reunión de Lusaka, Zambia en 1970- la "Declaración sobre desarrollo económico y no alineamiento".

del derecho de paso inocente<sup>40</sup>, asegurando la libertad de navegación y sobrevuelo. Paralelamente, en materias de jurisdicción aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria, fue modificada la naturaleza jurídica de la ZC: ya no sería parte de la alta mar, sino que, ratificada en sus fines y objetivos iniciales, lograba precisión con relación a su extensión -24 mm- y se configura como una zona contigua al mar territorial<sup>41</sup>.

Sin embargo, a medida que se avanzaba en la posibilidad de que los países costeros alcanzasen prerrogativas sobre mayores espacios del océano en detrimento de una libertad irrestricta para las potencias navales y pesqueras, las negociaciones comenzaron a dificultarse y la necesidad de alcanzar consensos más amplios se hizo evidente. Los debates respecto del área inicialmente conocida como mar patrimonial en el marco regional latinoamericanos -aunque finalmente denominada zona económica- incluía, entre otras cuestiones, discutir en torno a que ya no era posible sostener que las especies marítimas fueran un recurso inagotable. El avance de la tecnología había hecho posible para los grandes países pesqueros capturar enormes cantidades de recursos, poniendo en peligro el abastecimiento para los países ribereños en desarrollo. Teniendo en cuenta que esta zona cubría el 36% de los océanos y proporcionaba el 94% de las pesquerías en explotación<sup>42</sup>, dos elementos ordenaron la negociación: la extensión de dicha zona, y los derechos y obligaciones del Estado costero sobre la misma.

En este marco, se presenciaron divergentes posturas sobre las que fue necesario acordar: por un lado, los países latinoamericanos, africanos y asiáticos costeros, y por otro, los de Europa Occidental y otros, acompañados por los países de Europa Oriental<sup>43</sup>. Los latinoamericanos destacaban que, en este espacio, el Estado ribereño debía ejercer soberanía respecto a la exploración,

---

<sup>40</sup> A/CONF.62/ SR.21, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 21st plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 28 de junio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr21.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr21.pdf&lang=E)

<sup>41</sup> A/CONF.62/ SR.29, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 29th plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 4 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr29.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr29.pdf&lang=E)

<sup>42</sup> Galindo Pohl, "La Zona Económica Exclusiva a la Luz de las Negociaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", en *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana*. Ed. Orrego Vicuña (Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982), 36-51

<sup>43</sup> Asimismo, lograron incluir -y ante el eventual avance de prerrogativas del Estado ribereño sobre mayores extensiones de agua- a disímiles países como aquellos sin litoral y geográficamente desventajosos.

explotación y conservación de sus recursos marinos<sup>44</sup>. Paralelamente, fundamentaban científicamente este criterio en la llamada Corriente de Humboldt<sup>45</sup>, la cual reconoce la existencia de una corriente fría sobre el Pacífico que contiene y empuja a la superficie el plancton necesario que favorece la riqueza ictiológica presente en las costas de los países del Pacífico Sur. Los materiales de acarreo llevados por los ríos que descienden desde los Andes o llevados por los vientos desde las montañas hacia las costas del mar, contribuyen en forma decisiva a la formación de la sustancia alimenticia de los peces, existiendo una verdadera unidad biológica entre el litoral y las aguas marinas. Por lo tanto, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1958, eran consideradas testimonio de un período de transición, entre un momento de mera reglamentación del uso de los mares como ruta de navegación, a otro en que se exploraran y explotaran las riquezas del suelo y subsuelo a los fines de proveer a sus pueblos de los recursos necesarios para el crecimiento económico, satisfacer necesidades fundamentales y mejorar el nivel de vida material y espiritual<sup>46</sup>.

El mayor inconveniente a la hora de consensuar la naturaleza jurídica de este espacio consistía en las diversas formas de entender la soberanía según lo planteaba cada grupo en la negociación. Los latinoamericanos ribereños, sostenían que el límite del MT sólo era aceptable siempre que se reconociera al Estado ribereño una zona de mar adyacente de 188 mm, con ejercicio de derechos soberanos a los efectos de la exploración y explotación de los recursos, la investigación científica y la protección del medio marino<sup>47</sup>. En el pensamiento jurídico liderado por los países de Europa Occidental y otros, se entendía que el concepto de soberanía tal cual lo exponían los países latinoamericanos costeros expresaba derechos absolutos. Interesadas las tradicionales potencias navales y pesqueras en gozar con el máximo alcance posible de la libertad de navegación y de sobrevuelo, pretendían que la zona económica fuera considerada parte de la

---

<sup>44</sup> A/CONF.62/ SR.31, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 31st plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 8 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr31.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr31.pdf&lang=E)

<sup>45</sup> Ferrero Rebagliati, "El Dominio Marítimo". *Derecho XXI*, PUCP, 21 (1962), 28-43. Recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.196201.004>.

<sup>46</sup> A/CONF.62/SR.28, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 28th plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 3 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr28.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr28.pdf).

<sup>47</sup> A/CONF.62/ SR.23, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 23rd plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 1º de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr23.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr23.pdf&lang=E).

alta mar<sup>48</sup>, buscando asegurarse de que no se produjera una “*creeping jurisdiction*”, término utilizado para graficar la tendencia a ir extendiendo gradualmente la jurisdicción de los Estados ribereños sobre mayores porciones del océano<sup>49</sup>.

En el proceso negociador, los latinoamericanos ribereños enfatizaban en distinguir entre la soberanía entendida como naturaleza del poder estatal y la soberanía como conjunto de competencias jurídicas determinadas a ciertos fines<sup>50</sup>: descomponiéndola en sus elementos, la mención global de competencia equivalía a la enumeración de competencias específicas o jurisdicciones especiales y, por consiguiente, ninguna razón de principio se oponía a que la soberanía se calificara por los objetos y los fines, desde la posición latinoamericana. Frente a esta posición, el grupo de Europa Occidental y otros estaría dispuesto a aceptar un límite exterior de 200 mm para la zona económica, pero siempre que incluyera también un régimen de libre tránsito por los estrechos utilizados en la navegación internacional. Si bien hubiesen preferido repetir la fórmula de un océano dividido en dos áreas, el impulso de la práctica de los Estados latinoamericanos ribereños claramente hacía irreversible la necesidad de un cambio de régimen<sup>51</sup>.

Sin embargo, en el Segundo y Tercer Período de Sesiones, las negociaciones se desarrollaban a ritmo lento y proliferaban textos que

---

<sup>48</sup> A/CONF.62/ SR.33, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 33rd plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 9 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_loos/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr33.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_loos/docs/english/vol_1/a_conf62_sr33.pdf&lang=E)

<sup>49</sup> Lupinacci, “Naturaleza jurídica de la Zona Económica Exclusiva”, *Anuario de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, 1983, 19-36 Córdoba.

<sup>50</sup> A/CONF.62/ SR.21, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 21st plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 28 de junio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_loos/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr21.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_loos/docs/english/vol_1/a_conf62_sr21.pdf&lang=E)

<sup>51</sup> Por su parte, el grupo de los países sin litoral, así como el de los países en situación desventajosa y de acceso a mares poco profundos y de escasa anchura, secundaron a las potencias del momento en la pretensión de efectuar libremente la investigación científica en las zonas económicas que correspondieran a cada Estado costero, deseando participar en la pesca y en la explotación de minerales en condiciones de igualdad con los países ribereños. Ferrero Rebagliati, “La Soberanía Marítima Hoy”, *Derecho XXI*, PUCP, 32 (1974), 28-37, [doi: org/10.18800/derechopucp.197401.0031974](https://doi.org/10.18800/derechopucp.197401.0031974) y A/CONF.62/ SR.38, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 38th plenary meeting, Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 11 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_loos/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr38.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_loos/docs/english/vol_1/a_conf62_sr38.pdf&lang=E)

expresaban posiciones no coincidentes que impedían los progresos<sup>52</sup>. Para superar las objeciones, fue importante el rol de los llamados grupos officiosos Evensen y Castañeda, constituidos por representantes de las delegaciones claves en el tratamiento de la temática, o por su relevancia como persona constructiva o conciliadora. El presidente de cada grupo tomaba la iniciativa de presentar un texto que, sometido a las discusiones del grupo, recogía propuestas de enmienda que circulaban sin fecha y sin identificación del autor respectivo. Luego, el texto era nuevamente revisado por el presidente del grupo que lo sometía, necesariamente, al examen de los participantes hasta llegar a una propuesta que podría ser finalmente aceptada por consenso y enviada al presidente de la Segunda Comisión, como Texto Único de Negociación. Como lo señala García Amador<sup>53</sup>, fue a través de estos grupos officiosos que se aceptó la primera excepción al principio de libertad de los mares en lo concerniente al derecho de pesca en una zona hasta el momento de alta mar. Sin embargo, la negociación sobre la ZEE tenía posibilidad de afirmación a cambio de un “precio”: “El precio real fue la participación de otros Estados bajo ciertas condiciones, en la explotación de los recursos vivos; el precio colateral -más bien la línea de repliegue conocida de antemano- fue la adopción de algunas de las libertades de la alta mar; y el precio inventado fue la navegación por los estrechos internacionales”<sup>54</sup>.

Se puede afirmar que, en la ZEE, se reflejaban las temáticas de la agenda de las relaciones internacionales del momento. La incorporación de problemáticas socioeconómicas, la participación de nuevos Estados en el sistema internacional, pero sin abandonar enteramente los temas estratégicos o el juego de las superpotencias del momento y los usos militares del mar, constituyeron las medidas y criterios para que dicha zona atravesara serias discusiones y filtros hasta convertirse en una institución aceptable para todas las Partes. Al término del Sexto Período de Sesiones en 1977, se convino el Texto de Negociación que contendría aquellos preceptos acordados para su tratamiento al momento de la firma de la Convención<sup>55</sup>. Como en la mayoría de los momentos de la III Conferencia en los que se ponían en juego las posiciones no coincidentes, fue

---

<sup>52</sup> Zegers, “Chile y la negociación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR)”, en *Chile actor del sistema multilateral. Una tradición nacional*. Ed. Somavía, y Oyarce, (Academia Diplomática de Chile “Andrés Bello”, Ministerio de Relaciones Exteriores, y SEGIB, 2018, 537-584

<sup>53</sup> García Amador, *América Latina y el Derecho del Mar*, (Santiago de Chile: Ed. Universitaria, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1976), 14.

<sup>54</sup> Galindo Pohl, “La Zona Económica Exclusiva a la Luz de las Negociaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, en *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana*. Ed. Orrego Vicuña (Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982), 39

<sup>55</sup> A/CONF.62/WP.10/Rev3, 1977. Informal composite negotiating text. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume VIII (Informal Composite Negotiating Text, Sixth Session), 15 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_8/a\\_conf62\\_wp10.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_8/a_conf62_wp10.pdf&lang=E)

indispensable recurrir a la cooperación ya que se presentaban intereses conflictivos y complementarios. Como sostiene la teoría de la cooperación, los regímenes surgen sobre la base de intentos de cooperación previos<sup>56</sup>.

Siguiendo la premisa según la cual los temas del mar y los océanos estaban entrelazados, una cuestión que había sido fundamental a la hora de considerar agotado el régimen de 1958 eran algunas indefiniciones respecto a la PC. Para los países latinoamericanos ribereños, era necesario considerar, por un lado, a aquella en sentido geológico, es decir, hasta el borde exterior del margen continental; por otro, debía determinarse un régimen especial ante los casos de plataforma reducida<sup>57</sup>. Para los países de Europa Occidental y otros, era necesario garantizar los derechos establecidos en la Convención al respecto de 1958<sup>58</sup>, haciendo necesario preservar la libertad de investigación científica y el derecho a tender cables y tuberías en la plataforma<sup>59</sup>. Esta postura, entendía que la extensión de la PC en base a un criterio geológico absoluto, propio de los “marginalistas” latinoamericanos, despojaba a la comunidad internacional de los recursos de los FMyO<sup>60</sup>. El punto de negociación giraría, entonces, en torno a la consideración de la PC en sentido geológico y en sentido jurídico, y sobre las implicancias con relación a la precisión de los límites a establecerse. De tal forma que, entre el Octavo y el Décimo Período de Sesiones se logró un acuerdo respecto a incorporar ambos criterios, contemplando todas las posiciones presentes<sup>61</sup>. La fórmula finalmente aplicada, resultaría de las Sugerencias de

---

<sup>56</sup> Esta teoría se pregunta en qué condiciones puede darse la cooperación en un mundo sin una autoridad central. La presencia de intereses comunes o complementarios puede no ser suficiente, por lo cual la existencia de instituciones colaborará a reducir la incertidumbre y limitar las asimetrías de información. De esta manera los regímenes surgen sobre la base de intentos de cooperación previos. Keohane op. cit., 1988.

<sup>57</sup> Tal el caso de los países del Pacífico Sur. A/CONF.62/ SR.30, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 30th plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 4 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr30.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr30.pdf&lang=E)

<sup>58</sup> A/CONF.62/ SR.37, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 37th plenary meeting, Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 11 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr37.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr37.pdf&lang=E)

<sup>59</sup> A/CONF.62/SR.25, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 25th plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 2 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr25.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr25.pdf&lang=E)

<sup>60</sup> Las tradicionales potencias creían indispensable establecer un sistema de pagos o contribuciones que los Estados debían efectuar en caso de que se explotaran recursos más allá de las 200 mm, sin establecer algún criterio de diferenciación entre países desarrollados y en desarrollo. Rebagliati, *La Plataforma Continental y su límite exterior*, (Colección ISEN, Eudeba, 1985).

<sup>61</sup> A/CONF.62/L.78, 1981. Draft convention on the law of the sea. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XV (Summary Records, Plenary,

Transacción del presidente del grupo de negociación sobre el límite exterior de la PC de la Segunda Comisión, el delegado de Venezuela Sr. Aguilar<sup>62</sup>.

Respecto al régimen para los FMyO, los países latinoamericanos costeros, sosteniendo que su delimitación no debía afectar al establecimiento del límite exterior de la PC<sup>63</sup>, apoyaban y promovían el establecimiento de una Autoridad Internacional fuerte, que gobernase y controlase la Zona, y que, por sí misma o asociada con otros, explorara y explotara sus recursos en provecho de toda la comunidad internacional. Al mismo tiempo, debía ser la encargada de la comercialización de los recursos naturales obtenidos, a los efectos de impedir la baja de los precios de los minerales de origen terrestre.

Sin embargo, el grupo de países de Europa Occidental y otros, manifestaba que, si bien se debían estudiar cuidadosamente los efectos de la explotación de los recursos de los FMyO sobre los ingresos de exportación de algunos países en desarrollo, no era tarea de la III Conferencia interrumpir el progreso de la explotación de la riqueza mineral, sino más bien asegurar que se organizara y distribuyera eficazmente en interés de la Humanidad. Por tal motivo, era indispensable concebir un sistema de condominio que permitiera explotar los recursos en bien de todos, sin dificultar el desarrollo ni crear un mecanismo administrativo que ellos consideraban engorroso<sup>64</sup>.

Algunas delegaciones no estaban dispuestas a modificar el *statu quo*, contribuyendo a la falta de progreso en las negociaciones, por lo que, para

---

General Committee and First Committee, as well as Documents of the Conference, Tenth and Resumed Tenth Sessions), 28 de agosto. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_15/a\\_conf62\\_178.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_15/a_conf62_178.pdf&lang=E)

<sup>62</sup> A/CONF.62/L.37, 1979. Compromise suggestions by the Chairman of negotiating group 6. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XI (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Eighth Session), 26 de abril. Recuperado de: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_11/a\\_conf62\\_137.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_11/a_conf62_137.pdf) y

A/CONF.62/L.38, 1979. Report of the Chairman of the Second Committee. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XI (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Eighth Session), 27 de abril. Recuperado de: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_11/a\\_conf62\\_138.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_11/a_conf62_138.pdf)

<sup>63</sup> A/CONF.62/ SR.23, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 23rd plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 1º de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr23.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr23.pdf&lang=E).

<sup>64</sup> A/CONF.62/ SR.38, 1974. Summary Records of Plenary Meetings 38th plenary meeting, Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume I (Summary Records of Plenary Meetings of the First and Second Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session), 11 de julio. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_1/a\\_conf62\\_sr38.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_1/a_conf62_sr38.pdf&lang=E)

avanzar sobre lo que se consideraba un punto muerto, para finales de 1976, hubo de crearse un Grupo de Trabajo oficioso y luego un Taller con igual representación de países industrializados y en desarrollo para establecer un nuevo mecanismo de cooperación y acuerdo entre ambas posturas que destrabara las discusiones antes de poder arribar a un texto de negociación para presentar al Plenario<sup>65</sup>. En tanto grupo de contacto constituido por representantes nombrados por los grupos regionales -fundamentalmente entre países industrializados y el Grupo de los 77-, estimuló el desarrollo de las negociaciones y las acciones de cooperación.

Cabe destacar que el principio de Patrimonio Común de la Humanidad era nuevo en el Derecho del del Mar y establecía un tercer tipo de régimen, diferente tanto al de soberanía aplicable al MT, como al de libertad, correspondiente al alta mar. Si bien los representantes de ambas posiciones estaban de acuerdo en que el régimen de los FMyO no debía afectar en absoluto la condición jurídica de las aguas suprayacentes que eran parte de la alta mar, los arduos debates respecto al mecanismo a implementar recién encontraron un punto en común en el Décimo Período de Sesiones<sup>66</sup>, cuando se alcanzó un acuerdo respecto al proceso de toma de decisiones dentro de la Autoridad y el establecimiento de un sistema paralelo de explotación. Sin embargo, la posición de algunos países en el momento de la adopción de la CONVEMAR haría necesaria la revisión del articulado para la Zona<sup>67</sup> (A/CONF.62/WP.8/Part I 1975).

#### **IV. El nuevo diseño del mapa de los océanos, balance y reflexión final**

La CONVEMAR fue adoptada el 30 de abril de 1982, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1994, más de diez años después de su adopción y cuenta actualmente con ciento sesenta y ocho Estados parte. Esta Convención ha generado un impacto sustancial en el Derecho Internacional: el alto nivel de ratificaciones alcanzado permite afirmar que muchas de sus disposiciones son

---

<sup>65</sup> A/CONF.62/C.1/WR.1, 1976. Weekly report by the Co-Chairmen on the activities of the workshop. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume VI (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Fifth Session), 12 de agosto. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_6/a\\_conf62\\_c1\\_wr1.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_6/a_conf62_c1_wr1.pdf&lang=E)

<sup>66</sup> A/CONF.62/L.78, 1981. Draft convention on the law of the sea. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XV (Summary Records, Plenary, General Committee and First Committee, as well as Documents of the Conference, Tenth and Resumed Tenth Sessions), 28 de agosto. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_15/a\\_conf62\\_l78.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_15/a_conf62_l78.pdf&lang=E)

<sup>67</sup> A/CONF.62/WP.8/Part I, 1975. Informal single negotiating text, part I. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IV (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Third Session), 7 de mayo. Recuperado de: [https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_4/a\\_conf62\\_wp8\\_part1.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_4/a_conf62_wp8_part1.pdf&lang=E)



parte del Derecho Internacional General, y por tanto obligatorias para todos los Estados, posición que encuentra sustento en fallos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>68</sup>. Es indudable que el nuevo régimen vino a dar vida a nuevos espacios, y precisión a otros en favor del reconocimiento de las prerrogativas del Estado ribereño, limitadas hasta ese momento a la clásica división de los mares en dos grandes espacios, el MT y la alta mar. Para los países latinoamericanos costeros la entrada en vigor de la CONVEMAR supuso formar parte de un régimen autoritativo en el cual la distribución directa de los recursos, derechos y limitaciones quedaban asignados de manera estable y predecible. Con este objetivo, las acciones de cooperación previamente desplegadas por ellos en ámbitos regionales crearon las bases para alterar las instituciones hasta el momento vigentes, dando nacimiento a unas nuevas y congruentes con sus expectativas. La canalización de las demandas a través de un marco institucional igualitario, la presentación de un conjunto coherente de fundamentos y, fundamentalmente, la disposición a cooperar en el alcance de sus intereses - articulando propios y ajenos-, facilitaría que el reclamo por un cambio de las reglas aplicadas a los océanos pudiera reflejarse en los principios y normas contenidas en el nuevo régimen.

La situación que se presentaba al momento de iniciar la III Conferencia era polarizada y compleja por lo que se cree importante rescatar y reparar sobre los procesos políticos que produjeron el nacimiento del nuevo régimen: a pesar de las diferencias relativas en cuanto capacidades materiales de los Estados presentes en la negociación, el uso de la cooperación para alcanzar la adaptación de intereses en principio contrapuestos en el marco de una organización internacional igualitaria, el consenso como mecanismo de toma de decisión y la articulación de la negociación a través tanto de grupos formales como oficiosos, permitieron a los países latinoamericanos ribereños vislumbrar la posibilidad de ver sus demandas efectivamente realizadas.

Es indiscutible el avance de las prerrogativas del Estado costero sobre los océanos: el MT es hoy 4 veces más extenso que a principios del Siglo XX (que de manera consuetudinaria determinaba su anchura en 3 mm), en el que la soberanía más allá del territorio y aguas interiores a una franja de mar adyacente es, como tal, exclusiva y plena, con las limitaciones que establece el Derecho Internacional con relación a otros Estados y obligaciones *erga omnes*. Asimismo, se puede decir que los Estados latinoamericanos promovieron acciones de cooperación que derivaron en un contenido más preciso y detallado a los efectos de alcanzar un régimen más transparente, predecible y equitativo reflejado en el

---

<sup>68</sup> Pueden mencionarse casos en los que la CIJ reconoce tal carácter a varias de sus normas, y en los que incluso han sido parte países latinoamericanos ribereños que a la fecha no han firmado y/o ratificado la Convención. Véase, Caso relativo a la controversia sobre fronteras terrestres, insulares y marítimas (El Salvador c. Honduras) de septiembre 1992; Cuestión de la delimitación de la PC entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 mm contadas desde la costa de Nicaragua (Nicaragua c. Colombia) de noviembre 2012; o Controversia marítima (Perú c. Chile) de enero de 2014.

nuevo articulado: la ZC vio su naturaleza jurídica modificada, quedando solapada con una parte de la ZEE. En este sentido, este espacio deja de ser *res communis* para integrarse a un nuevo esquema que avanzaba sobre la garantía de los derechos del Estado ribereño sobre mayores áreas del mar.

Respecto a la actual ZEE, cuyo nacimiento puede rastrearse en diversas declaraciones y acciones de cooperación regionales latinoamericanas, obtuvo su coronación como norma de Derecho Internacional a partir de la sanción del nuevo régimen en 1982. El concepto acordado, y su naturaleza jurídica *sui generis*, logró superar la objeción que las grandes potencias oponían en nombre de la libertad de comunicación. En este espacio, se puede afirmar, conjugando la mayor parte de las reivindicaciones latinoamericanas previas y durante la III Conferencia, concurren los siguientes elementos: en cuanto a su objeto, incluye el reconocimiento del derecho de los Estados costeros a la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos; en cuanto a su naturaleza, considera derechos exclusivos a tales fines; y en cuanto a la extensión, se extenderá hasta las 200 mm contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. Asimismo, como contribución latinoamericana<sup>69</sup>, se dispone que el Estado ribereño no estará obligado a aceptar que se someta a los procedimientos de solución jurisdiccionales o arbitrales establecidos ninguna controversia relativa a sus derechos soberanos con respecto a los recursos vivos en la ZEE o al ejercicio de esos derechos, incluidas sus facultades discrecionales para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación de excedentes a otros Estados y las modalidades y condiciones establecidas en sus leyes y reglamentos de conservación y administración.

El rol de los países latinoamericanos ribereños propició que se avanzara sobre la clásica y ya insuficiente división del mar en dos espacios, superando el “dualismo estricto”<sup>70</sup> que se manifestaba contrario a la práctica de gran cantidad de Estados. “(...) obviamente, la reivindicación se [refería] a determinados recursos y no a una zona marítima (...) [N]o deja de ser significativo el hecho de que fuese una reivindicación de recursos vivos la que mereció, antes que ninguna otra, la aquiescencia o el consenso de la comunidad internacional”<sup>71</sup>. Vale decir, las libertades de navegación y comunicación que son reconocidas en este espacio

---

<sup>69</sup> A/CONF.62/SR.59, 1976. 59th Plenary meeting. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume V (Summary Records, Plenary, General Committee, First, Second and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Fourth Session), 5 de abril. Recuperado de: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_5/a\\_conf62\\_sr59.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_5/a_conf62_sr59.pdf)

<sup>70</sup> Galindo Pohl, “La Zona Económica Exclusiva a la Luz de las Negociaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”, en *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana*. Ed. Orrego Vicuña (Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982), 55.

<sup>71</sup> Orrego Vicuña, “La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana”. Ed. Orrego Vicuña (Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982), 13

no sustraen a la ZEE de contar con un estatuto internacional propio: los países latinoamericanos costeros creían indispensable remarcar que ésta se debía constituir como un área situada más allá del MT, pero adyacente a éste, al tiempo que se garantizara tanto su límite exterior, como su naturaleza residual. A esta solución, y aporte latinoamericano, se la conoce como la “fórmula Castañeda”.

Por otro lado, el tratamiento de la PC estuvo ligado estrechamente con la convocatoria de la III Conferencia ya que el “(...) interés de regular y consolidar el régimen de los fondos marinos y oceánicos (...) se vinculaba con la necesidad de determinar claramente hasta qué distancia podían los Estados ribereños extender su plataforma continental”<sup>72</sup>. Al respecto, los latinoamericanos ribereños reafirmaban que los derechos de soberanía, control y jurisdicción sobre aquella no se limitaban solo a sus recursos, sino que se extendían a la plataforma propiamente dicha. Los avances y desarrollos tecnológicos habían dejado desactualizados los criterios de profundidad y explotabilidad de 1958, de modo que fueron sus propuestas las que se plasmaron en el articulado de la CONVEMAR en referencia a incorporar en la definición de dicho espacio un criterio tanto geológico como jurídico, considerando así las realidades físicas y económicas de los diversos países. Vale decir, se consolida el concepto de la PC como prolongación natural del territorio y los derechos exclusivos del Estado sobre sus recursos<sup>73</sup> así como el camino que había comenzado en el ámbito latinoamericano y que reconocía a la PC y a su columna de agua en términos de unidad, al menos hasta las 200 mm. A partir de esta distancia, las aguas suprayacentes se rigen por el régimen de alta mar.

Finalmente, la cuestión de los FMyO fue marcada por la división Norte-Sur. Al momento de la firma de la Convención algunos reparos por parte de los países industrializados, principalmente respecto al sistema de explotación previsto y al mecanismo de toma de decisiones pensado para cada uno de los órganos de la Autoridad, condujeron a lo que había buscado evitarse: la declaración de agotamiento de los esfuerzos para el consenso y la posterior votación del proyecto de Convención en abril de 1982, en lo que Zegers denomina un “consenso imperfecto”<sup>74</sup>. En 1989, el Grupo de los 77 manifestó su disposición a conversar para asegurar la aplicación universal de la Convención.

---

<sup>72</sup> Armas Pfirter, “Los estados latinoamericanos y el límite exterior de la Plataforma Continental”. En Gutiérrez Castillo y Villalta Vizcarra, *América Latina y el Derecho del Mar. Liber Amicorum en Honor de Alfredo Martínez Moreno*, 121-150 (Valencia: Tirant Lo Branch, 2018), 123

<sup>73</sup> En consonancia con la sentencia de la CIJ en el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte de 1969, en la que afirma que los derechos del Estado ribereño existen *ipso facto* y *ab initio*, en virtud de su soberanía sobre la tierra firme (Naciones Unidas 1992).

<sup>74</sup> Zegers, “Chile y la negociación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR)”, en Chile actor del sistema multilateral. Una tradición nacional. Ed. Somavía, y Oyarce, (Academia Diplomática de Chile “Andrés Bello”, Ministerio de Relaciones Exteriores, y SEGIB, 2018, 567.

De esta manera, en 1990, se inició un proceso de consultas informales sobre las materias que habían impedido el consenso, creándose un año más tarde el llamado “*Boat Group*”, a cargo de proponer soluciones concretas mediante una fórmula aceptable para los países que ya habían ratificado el texto original de la Convención, pero evitando convocar a una Conferencia *ad-hoc* que abriera la posibilidad de una IV Conferencia sobre el Derecho del Mar. Es decir, se acordó que, cualquiera fuera el enfoque que se adoptara, debía tener carácter jurídicamente vinculante y debía evitarse la dualidad de regímenes. Estas enmiendas, entendiéndose que su análisis excede al presente trabajo, se plasmaron en el Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la CONVEMAR de 10 de diciembre de 1982, de 1994. De esta manera, con respecto al régimen de explotación de la Zona, las potencias industrializadas lograron imponer su punto de vista.

Sin embargo, América Latina acompañó y sostuvo a lo largo de la III Conferencia la promoción de un articulado que reflejara y defendiera la naturaleza jurídica de la Zona como Patrimonio Común de la Humanidad, en concordancia con la Resolución 2749(XXV), instando a que se la reconozca como una norma imperativa de derecho internacional general<sup>75</sup>. Pese a ser un tema aún en discusión por parte de la doctrina y en el seno de la propia Comisión de Derecho Internacional, se entiende que el mencionado principio fue incorporado a la CONVEMAR con el carácter de norma de *ius cogens*. Esta posición se refleja en: art. 311, inc. 6: “Los Estados Parte convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al Patrimonio Común de la Humanidad (...) y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario a ese principio”; art.155. inc. 2: “La Conferencia de Revisión velará por que se mantengan el principio (...)”; y la Secc. 4 del Acuerdo de Aplicación de la Parte XI: “las enmiendas relativas a este Acuerdo y a la Parte XI [solo serán posibles] a condición de que se mantengan los principios, el régimen y las demás disposiciones mencionadas en el pár. 2 del art. 155”.

Es válido entonces preguntarse si esto realmente implica un desmedro hacia los intereses de los países latinoamericanos costeros, teniendo en cuenta que la explotación de los FMyO se mantiene aún como una opción onerosa incluso para los países industrializados. La evolución tanto del sistema internacional, del Derecho Internacional y del Derecho del Mar en particular, favoreció la generación de una conciencia entre los países latinoamericanos ribereños

---

<sup>75</sup> A/CONF.62/101, 1980, Carta, de fecha 28 de julio de 1980, dirigida al Presidente de la Conferencia por los representantes de Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Recuperado de: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_14/a\\_conf62\\_101.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_14/a_conf62_101.pdf) y [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_14/a\\_conf62\\_106.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_14/a_conf62_106.pdf), 1980, Letter dated 29 August 1980 from the Chairman of the Group of 77 to the President of the Conference. Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIV (Summary Records, Plenary, General Committee, First and Third Committees, as well as Documents of the Conference, Resumed Ninth Session. Recuperado de: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/docs/english/vol\\_14/a\\_conf62\\_106.pdf](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/docs/english/vol_14/a_conf62_106.pdf).

respecto a la necesidad de que un nuevo régimen debía acompañarse de un conjunto normativo de aceptación más amplia que reflejara dicha evolución.

En este sentido, a través de estas páginas se pudo determinar que los países latinoamericanos ribereños generaron una serie de antecedentes fundamentales para arribar a un régimen internacional para los océanos. En primer lugar, actos unilaterales en pos del reclamo de derechos sobre espacios y recursos del mar, pero que, con el avance y la conciencia sobre la defensa de derechos sobre mayores extensiones del océano, pudieron encauzarse en acciones de cooperación en ámbitos regionales e internacionales ampliados. En segundo lugar, frente a la presencia de intereses divergentes de las partes presentes en la negociación de la III Conferencia, estos países recurrieron a la cooperación para la consecución de un nuevo régimen internacional del Derecho del Mar. Las posiciones de este grupo de países en el mismo proceso negociador se fundamentaron en los diversos antecedentes y acciones mencionados en el primer apartado, resultando finalmente en un régimen internacional del Derecho del Mar relativamente acorde sus intereses.

Los once Períodos de Sesiones en los que se desarrolló la negociación se constituyeron en testigos no sólo de la habilidad de la comunidad internacional de darse reglas de carácter universal capaces de enfrentar las temáticas de un mundo unido por el progreso tecnológico, sino de hacerlo gracias al impulso de la cooperación. La CONVEMAR regula efectivamente no solo los espacios oceánicos, sino derechos de pesca, explotación de recursos vivos y no vivos del océano, navegación, uso pacífico de las aguas y subsuelo, exploración e investigación científica. Los países encontraron en las materias señaladas una comunidad de propósitos e intereses que, aunque a veces divergentes, se presentaron como necesarios de atención jurídica y política.

## Referencias bibliográficas

Arias Schreiber Pezet, Alfonso. “La Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar y la Participación del Perú”. *Cuaderno de Política Internacional*. Conferencia “El Perú y la nueva Convención sobre el Derecho del Mar”, 3 (1990), Lima, Perú.

Armas Pfirter, Frida. (2018). “Los estados latinoamericanos y el límite exterior de la plataforma continental”. En *América Latina y el Derecho del Mar*, ed. Gutiérrez Castillo, Víctor Luis y Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth, 121-150. Valencia: Tirant Lo Branch, 2018.

Axelrod, Robert & Keohane, Robert. “Achieving Cooperation under Anarchy: Strategies and Institutions”. *World Politics*, Vol. 38, 1 (1985), 226-254, DOI: <https://doi.org/10.2307/2010357>

Ferrero Rebagliati, Raúl. “El Dominio Marítimo”. *Derecho XXI*, PUCP, 21 (1962), 28-43. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.196201.004>

Ferrero Rebagliati, Raúl. (1974). “La Soberanía Marítima Hoy”. *Derecho XXI*, PUCP, 32 (1974), 28-37. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197401.003>

Galindo Pohl, Reynaldo. “La Zona Económica Exclusiva a la Luz de las Negociaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. En *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana*, Ed. Orrego Vicuña, Francisco, 36-51, Instituto de Santiago: Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982.

García Amador, Francisco. *América Latina y el Derecho del Mar*. (Ed. Universitaria Santiago de Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1976)

García Amador, Francisco. “Génesis de la Zona Económica Exclusiva”. En *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana*. Ed. Orrego Vicuña, Francisco. Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Santiago, 1982.

García Robles, Alfonso. “La anchura del mar territorial”. *Foro Internacional*. El Colegio de México, Publicaciones del Centro de Estudios Internacionales, Vol. II, 5 (1961), 18-44.

García Sayán, Enrique. “La Doctrina de las 200 millas y el Derecho del Mar”. *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho, 32 (1974), 12-27.

Gutierrez Castillo, Víctor Luis y Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth. *América Latina y el Derecho del Mar. Liber Amicorum en Honor de Alfredo Martínez Moreno*, (Valencia: Tirant Lo Branch, 2018).

Keohane, Robert. "The Study of Political Influence in the General Assembly". *International Organization*, Vol. 21, 2 (1967), 221-237. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0020818300013217>

Keohane, Robert y Nye, Joseph. *Poder e Interdependencia* (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1977).

Keohane, Robert. *Después de la Hegemonía. Cooperación y discordia en la política económica mundial*. (Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1988).

Krasner, Stephen. (1985). *Conflicto Estructural. El Tercer Mundo contra el liberalismo global*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Internacionales.

Lupinacci, Julio César. "Naturaleza jurídica de la Zona Económica Exclusiva". *Anuario de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1983, 19-36.

Marotta Rangel, Vicente. "El Papel de las Negociaciones Informales en la Búsqueda de un Consenso sobre el Derecho del Mar". En *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana*. Ed. Orrego Vicuña, Francisco, 118-130, Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982.

Millicay, Fernanda. "Argentina and the Law of the Sea". En Sainz-Borgo, Juan Carlos, Gudmundsdóttir, Helga, Gudmundsdóttir, Gudrún Amaya-Castro, Juan M., Kanade, Mihir, Saab, Yara &, Sipalla, Humphrey, *Liber Amicorum in Honour of a Modern Renaissance Man His Excellency Gudmundur Eiriksson*, 107-124, O P Jindal Global University, 2017.

Orrego Vicuña, Francisco. *La Zona Económica Exclusiva. Una perspectiva latinoamericana*. (Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982).

Pastor Ridruejo, José Antonio. "Consideraciones sobre la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar". *Revista Anuario de Derecho Internacional*, Vol. III (1976), 281-296.

Treves, Tulio. “United Nations Convention on the Law of the Seas”. *United Nations Audiovisual Library of International Law*, (2008), 1-6. Recuperado de: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncls/uncls\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncls/uncls_e.pdf)

Treves, Tulio. “Fallo de 27 de enero de 2014 sobre la controversia marítima Perú c. Chile”, *Revista Tribuna Internacional*, Publicación del Departamento de Derecho Internacional, Vol. 3, N° especial, pp. 71-144. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-482X.2014.30895>

Vargas, Jorge. “Significado y trascendencia para México de un mar patrimonial de 200 millas”. *Comercio Exterior*, (1975), 1146-1155.

Vargas, Jorge. *Contribuciones de la América Latina al Derecho del Mar*. Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México, 1981).

Zegers, Fernando. “Chile y la negociación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR)”. En *Chile actor del sistema multilateral. Una tradición nacional*, Ed. Somavía, Juan y Oyarce, Pedro, Academia Diplomática de Chile “Andrés Bello”, 537-584, Ministerio de Relaciones Exteriores, y SEGIB, 2018

### **Actas y documentos oficiales**

CEPAL División Política Comercial (1971). Documento Informativo. Comisión especial de Coordinación Latinoamericana (CECLA), Constitución, resoluciones, declaraciones adoptadas hasta enero 1971. Recuperado de: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/34028/S7100940\\_es.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/34028/S7100940_es.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

Committee on the Peaceful Uses of the Seabed and the Ocean Floor Beyond the Limits of National Jurisdiction. Summary records of the 77th to 89th meetings held at the Palais de Nations, Geneva, from 17 to 18 August 1972. Recuperado de: <https://digitallibrary.un.org/record/769472?ln=es>

Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y Zona Contigua (1958).  
Convención de Ginebra sobre la Alta Mar (1958).

Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental (1958).

Convención de Ginebra sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar (1958).

Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar - CONVEMAR, Montego Bay, diciembre 1982. Recuperado de:



[https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf)

Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Official Records. Summary Records of Plenary and General Committee; 1st, 2nd and 3rd Committee; Documents. Recuperado de: [https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973\\_los/](https://legal.un.org/diplomaticconferences/1973_los/)

# ***LA REGULACIÓN DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y LA PLATAFORMA CONTINENTAL. BREVE REFERENCIA A CUBA***

*The regulation of safety zones in the exclusive economic zone and the continental shelf. Brief reference to cuba*

MIGUEL E. TORRES TESORO\*

**Resumen:** Según el derecho internacional, el Estado ribereño podrá establecer, alrededor de islas artificiales, instalaciones y estructuras, zonas de seguridad en la Zona Económica Exclusiva (ZEE) y la Plataforma Continental. En dichas Zonas se podrán tomar medidas apropiadas para garantizar la seguridad de la navegación y de las islas artificiales, instalaciones y estructuras. Dichas zonas tienen una extensión consensuada de hasta 500 metros alrededor de las infraestructuras mencionadas, aunque la propia Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar permite que la organización internacional pertinente pueda ampliarlo, en este caso la Organización Marítima Internacional (OMI). La CONVEMAR obliga a declarar la Zona, pero no regula la prohibición de entrada y otras situaciones que pudieran ocurrir dentro de dicha Zona, ni la competencia para detener y reprimir a los infractores de los reglamentos establecidos para las Zonas de Seguridad (en casos que lo Estados ribereños decidan establecerlos). A través de estudios comparados y los instrumentos internacionales en vigor, pretendemos encontrar aquellas regulaciones que le permiten al Estado extender parte de su jurisdicción a las Zonas de Seguridad en ZEE y Plataforma Continental. Eso sí, limitado a la naturaleza de las operaciones de las islas artificiales, instalaciones y estructuras.

**Palabras clave:** Zonas de Seguridad; Convención de Derecho del Mar; Zona Económica Exclusiva; Plataforma Continental; jurisdicción.

**Abstract:** According to international law, the coastal State may establish, around artificial islands, installations and structures, safety zones in the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf. Appropriate measures may be taken in said Zones, to guarantee both the safety of navigation and that of the artificial islands, installations and structures. These zones have an extension of up to 500 meters around the aforementioned infrastructures, although the United Nations Convention on the Law of the Sea allows the relevant international organization to extend it. In this case is the International Maritime Organization. UNCLOS obliges to declare the Zone, however, it does not regulate the prohibition of entry and other situations that could occur within said Zone, nor the competence to detain and punish offenders of the regulations established for the Safety Zones (when the coastal States decide to establish them). Through comparative studies and the international instruments in force today, we

---

\*Especialista de Derecho Internacional de la Dirección de Derecho Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba. Profesor a tiempo parcial de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

intend to find those regulations that allows States to extend its jurisdiction to the Safety Zones in EEZ and Continental Shelf. Of course, limited to the nature of the operations of the artificial islands, installations and structures.

**Keywords:** Safety Zones; Law of the Sea Convention; Exclusive Economic Zone; Continental Shelf; jurisdiction.

**Sumario:** Introducción. I. Regulación de las Zonas de Seguridad en el Derecho Internacional. II. Referencia a la experiencia cubana. Conclusiones.

## **Introducción**

El aumento del desarrollo económico visto desde la Segunda Guerra Mundial y los fenómenos socio-económicos relacionados con esta expansión, dieron gran impulso a la búsqueda y desarrollo de nuevas técnicas y tecnologías para poder lograr una mejor explotación de los recursos que pudieran impulsar esta expansión. Este impulso ha dado lugar a la explotación de otros recursos marinos, principalmente minerales y energía, que eran inaccesibles, si no desconocido, para las generaciones anteriores.

Desde la clásica distinción entre “Mare clausum” y “Mare Liberum”, el mundo ha avanzado a un equilibrio entre los espacios marítimos bajo distintos niveles de soberanía estatal y los espacios de alta mar o común de la humanidad. Es así que con el impulso principal de la independencia de los Estados latinoamericanos comienza un movimiento a favor de establecer una franja de defensa costera el “mar territorial”. Luego de la Segunda Guerra Mundial, los avances en la ciencia y la tecnología permitió que los Estados “descubrieran” la existencia de la Plataforma Continental y todos los recursos que en ella se acumulaban.

La primera definición uniforme en el derecho internacional de los espacios marítimos y sus grados de soberanía fue en 1958. La Asamblea General de Naciones Unidas realizó la Primera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Se adoptaron cuatro convenciones, mar territorial y la zona contigua; plataforma continental; alta mar y pesca y conservación de los recursos vivos.

Luego de sucesivos intentos para acordar un régimen unificado y mejor estructurado, se adoptó el 10 de diciembre de 1982 la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR). Dicha Convención marcó un hito en cuanto a regulación de todo lo relacionado con la vida en el mar, desde la protección a la soberanía del Estado ribereño, hasta el cuidado del medio ambiente, pasando por la libertad de navegación y los derechos de los Estados de pabellón.

La Convención reguló cuatro espacios marítimos, de los cuales los concernientes a esta investigación son: la Zona Económica Exclusiva (ZEE) y la Plataforma Continental. La primera no tiene basamento geográfico, es una ficción jurídica creado por la CONVEMAR. No se extenderá más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base. Comprende las aguas suprayacentes y los recursos vivos y no vivos existentes en ellas. Su existencia está condicionada a que el Estado la proclame. En este espacio la soberanía se cambia por “derechos soberanos” a los efectos de explorar, explotar, conservar y ordenar los recursos naturales (vivos o no vivos) y con respecto a otras actividades económicas, por ejemplo: la producción de energía a partir del agua, las corrientes o los vientos; jurisdicción, con respecto al establecimiento y uso de islas artificiales, instalaciones y estructuras, la investigación científica marina y la protección y preservación del medio marino; y otros derechos y deberes previstos en los artículos 55, 56, 57 y 58 de CONVEMAR.

En cuanto a la Plataforma Continental, sí responde a un criterio geológico, el Estado ribereño no necesita declararla ya que todos tienen. Comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en el caso en que el borde exterior del margen continental no sobrepase esas 200 millas náuticas. La soberanía del Estado en este espacio es idéntica que en la ZEE: “derechos soberanos” para los fines de exploración y explotación de sus recursos naturales vivos y no vivos que se encuentren en el lecho y el subsuelo. Asimismo, el Estado tiene jurisdicción, con respecto al establecimiento y uso de islas artificiales, instalaciones y estructuras, perforaciones en la plataforma continental, cables y tuberías, en relación con su exploración y explotación o con las operaciones de islas artificiales, instalaciones y estructuras, e investigación científica marina y protección y preservación del medio marino (art. 76. 77 y 78 de CONVEMAR).

Como podemos observar, la ZEE y la Plataforma Continental pueden ocupar el mismo espacio físico. Solo que, al ser dos espacios jurídicamente distintos, los recursos que se explotan/protegen no son los mismos, al igual que existen diferencias entre el régimen de protección al medio ambiente marino y la navegación. Adicionalmente, si una Plataforma Continental excediera las 200 millas náuticas, la columna de agua suprayacente no coincidiría con la de la ZEE sino con la Alta Mar, lo que confiere complejidades adicionales como veremos más adelante.

Por otro lado, las Zonas de Seguridad tienen un origen diferente, surgen al incrementarse el número de instalaciones artificiales en el mar. Según el derecho

internacional<sup>1</sup> el Estado ribereño podrá establecer, alrededor de islas artificiales, instalaciones y estructuras, zonas de seguridad en las cuales podrá tomar medidas apropiadas para garantizar tanto la seguridad de la navegación como la de las islas artificiales, instalaciones y estructuras (art. 60.4 de CONVEMAR). Dichas zonas tienen una extensión consensuada de hasta 500 metros alrededor de las infraestructuras mencionadas, aunque la propia CONVEMAR permite que la organización internacional pertinente pudiera ampliarlo<sup>2</sup>.

Las Zonas de Seguridad vieron la luz por primera vez en la Convención de Ginebra de la Plataforma Continental de 1958, igualmente con el objetivo de proteger la seguridad de las instalaciones y con la excepción de no interferir en las rutas internacionales de navegación.

Las Zonas de Seguridad no constituyen de ninguna manera otro espacio marítimo. No generan mar territorial porque estas instalaciones son artificiales y por tanto no pueden ser consideradas como “islas” en el sentido jurídico y por ende son incapaces de generar espacios marítimos.

La diferencia entre las Zonas en ZEE y Plataforma Continental se refiere a la exploración/explotación del recurso que sea. Es cierto que las instalaciones y, por ende, las Zonas siempre estarán ubicadas físicamente en las aguas suprayacentes pertenecientes a la ZEE o Alta Mar<sup>3</sup>, sin embargo, su régimen jurídico y características de funcionamiento, como hemos visto, no son las mismas. Por tanto, debe aclararse su diferenciación.

## **I. Regulación de las zonas de seguridad en el derecho internacional**

El alcance de la jurisdicción del Estado ribereño dentro de las Zonas en ZEE y Plataforma Continental es, cuando menos, difuso. La CONVEMAR, como vimos anteriormente, solo dispone que el Estado ribereño pueda tomar medidas apropiadas para garantizar tanto la seguridad de la navegación como la de las islas artificiales, instalaciones y estructuras (art. 80)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Las principales normas que definen las Zonas de Seguridad son la CONVEMAR, la Convención de la Plataforma Continental de 1958 y la Resolución 671(16) de la OMI.

<sup>2</sup> Existe un consenso en la doctrina de que la Organización Marítima Internacional es la organización pertinente. Ver Pesch, Sebastian tho. “Coastal State Jurisdiction around Installations: Safety Zones in the Law of the Sea”. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 30 (2015): pp. 512-532. doi 10.1163/15718085-1234136; Prölss, Alexander. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*. (Munich: Beck/Oxford, Hart Publishing/Baden-Baden, Nomos, 2015); Tanaka, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

<sup>3</sup> Más adelante veremos los casos de Plataformas Continentales que se extienden más allá de las 200 millas náuticas y cuyas aguas suprayacentes ya no pertenecen a la ZEE por superar las 200 millas. Pertenecen entonces al régimen de Alta Mar.

<sup>4</sup> El artículo 60 se aplica, *mutatis mutandis*, a las islas artificiales, instalaciones y estructuras sobre la Plataforma Continental.

La definición de cuáles son las medidas apropiadas y su alcance no ha sido objeto de estudios profundos<sup>5</sup>. El fenómeno se complejiza al considerar que las islas artificiales, instalaciones y estructuras, cada vez abarcan mayor espacio<sup>6</sup> y por ende sus respectivas zonas de seguridad. Cada metro protegido por dichas zonas, es un metro restringido a la libertad de navegación y en algunos casos hasta la libertad de sobrevuelo<sup>7</sup>.

Los profesores Robin Churchill y Vaughan Lowe reconocen que “existe controversia sobre (...) el poder exacto que (el Estado ribereño) puede ejercer sobre buques extranjeros dentro de las zonas de seguridad”<sup>8</sup>. El profesor alemán Alexander Prölss, arriba a una conclusión similar: “No está completamente claro, sin embargo (...) si el Estado tiene el derecho de aplicar su jurisdicción totalmente a las islas artificiales, instalaciones, estructuras y las zonas de seguridad, independientemente si la seguridad de la navegación o alguna de dichas infraestructuras son afectadas”<sup>9</sup>. Asimismo, la experta australiana Natalie Klein al referirse a la capacidad de los estados ribereños de proteger las zonas de seguridad en la plataforma continental expresó: “mientras que el poder legislativo del estado ribereño está claro, el poder para hacer cumplir la ley del propio estado ribereño es menos claro”<sup>10</sup>.

La jurisprudencia tampoco ha aportado mucha luz. Solo en el caso del Arbitraje entre Rusia y Holanda de 2015, la Corte Internacional de Arbitraje se refirió, de soslayo, al régimen jurídico en las zonas de seguridad: “En la opinión del tribunal, esta provisión permite al Estado ribereño tomar, en la zona de seguridad, medidas apropiadas en la forma de promulgación de leyes y regulaciones, y el cumplimiento de dichas regulaciones y leyes, siempre y cuando dichas medidas estén dirigidas tanto a la seguridad de la navegación como de las islas artificiales, instalaciones o estructuras. Estos derechos van más allá de los derechos del Estado ribereño en la ZEE en general”<sup>11</sup>.

Según la teoría del Derecho, una de las funciones del Estado es la capacidad de asegurar el acatamiento del orden jurídico, poniendo en juego sus órganos coactivos, o sea, hacer cumplir la ley. En el contexto de nuestra investigación

---

<sup>5</sup> Pesch, Sebastian tho. *op. cit.*, p. 513.

<sup>6</sup> Construcciones de este tipo pueden llegar a medir hasta 320 metros y sumados las instalaciones auxiliares puede abarcar un radio de hasta 1 400 metros, más del doble del área de 500 metros.

<sup>7</sup> *The Air Navigation Order* del año 2016 del Reino Unido permite restringir el espacio aéreo sobre las Zonas de Seguridad. Aunque no especifica altura. La *Maritime Powers Act* del 2013 de Australia, restringe de manera similar el espacio aéreo sobre las Zonas de Seguridad, al considerar esta última como parte del territorio nacional australiano para la aplicación de determinadas leyes.

<sup>8</sup> Churchill, Robin y Lowe, Vaughan. *The Law of the Sea*. 3rd ed. (Great Britain: Manchester University. 1999), p. 154. Traducción realizada por el autor.

<sup>9</sup> Prölss, Alexander. *op. cit.* p. 477. Traducción realizada por el autor.

<sup>10</sup> Klein, Natalie. *Maritime Security and the Law of the Sea*. (New York: Oxford University Press, 2011), p. 102. Traducción realizada por el autor.

<sup>11</sup> Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea. Arbitration “The Kingdom of the Netherlands vs. The Russian Federation” in the matter of the Arctic Sunrise arbitration, award of 14 August 2015. Permanent Court of Arbitration, The Hague, 2015. Paragraph 211. <https://pca-cpa.org/en/cases/>. Traducción realizada por el autor.

esto se traduce en empoderar a los agentes de la ley para arrestar buques/personas y someterlos a los órganos jurisdiccionales estatales. La CONVEMAR de hecho establece esta posibilidad para determinadas violaciones, algunas asociadas a la ZEE<sup>12</sup>. Las reglas para tomar acciones coactivas en el caso de la presente investigación, como ya vimos, no están claras.

Siguiendo la lógica anterior y usando como referencia el texto: *Maritime Crime: A Manual for Criminal Justice Practitioners*<sup>13</sup>, de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC); podemos resumir que la aplicación del derecho internacional en el mar cuenta con dos niveles. El primero es la unión del Estado al acuerdo internacional y el segundo la aplicación de dicho acuerdo en su norma nacional. El Manual proporciona una sistematicidad muy instructiva para que un Estado pueda hacer valer sus derechos en la ZEE. Existen tres pasos: 1- Declarar la ZEE y su alcance. 2- Crear normas en su régimen jurídico nacional que establezcan prohibiciones, por ejemplo la pesca ilegal. 3- Investir a sus agentes de la ley marítima, el poder para aprehender personas/investigar conductas y a sus tribunales la jurisdicción para procesar casos relativos a la pesca ilegal en la ZEE.<sup>14</sup>

Utilizando el método de analogía jurídica podríamos aplicar los mismos pasos a las Zonas de Seguridad. CONVEMAR obliga a declararla (artículo 60.5), de ahí se deriva la prohibición de entrada y otras normas acordes con el fin y propósito de las instalaciones y la exploración y explotación de los recursos naturales (artículos 60.4, 60.5 y 60.6). Por último, las autoridades deberían tener competencia para detener y reprimir a los infractores de los reglamentos establecidos para las Zonas de Seguridad (artículos 60.4, 60.5, 60.6, 73.1, 77, 111.2 y 260).

Entonces ¿Las facultades legislativas y de hacer cumplir la ley se podrían trasladar a las Zonas de Seguridad o no? Al parecer una de las claves estaría en la razón de ser de las Zonas, según el artículo 60.4 de CONVEMAR<sup>15</sup>. El profesor Prölss advierte, empero, que el lenguaje utilizado es ambiguo: “En particular, se pudiera cuestionar si el Estado ribereño puede extender las medidas adoptadas sobre la base de la jurisdicción exclusiva del art. 60 (2) a las Zonas de Seguridad, o si por el contrario solo puede tomar medidas que están directas relacionadas a la protección de la libertad de navegación y de las islas artificiales, instalaciones

<sup>12</sup> El artículo 73 prevé medidas de retención y arresto de embarcaciones en la ZEE por violaciones de las normas del Estado ribereño referidas a los recursos vivos del área. El artículo 111 se dedica el derecho de persecución bajo ciertos principios; y los artículos 216, 218, 220 y 226 describen las medidas que podrá tomar el Estado ribereño contra buques de pabellón extranjero que cometan violaciones de las normas de protección de su medio ambiente.

<sup>13</sup> United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Maritime Crime: A Manual for Criminal Justice Practitioners*. (New York: United Nations, 2019). <https://www.unodc.org>.

<sup>14</sup> *Idem*. pp. 5 y 6.

<sup>15</sup> Artículo 60.4 de CONVEMAR: Cuando sea necesario, el Estado ribereño podrá establecer, alrededor de dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras, Zonas de Seguridad razonables en las cuales podrá tomar medidas apropiadas **para garantizar tanto la seguridad de la navegación como de las islas artificiales, instalaciones y estructuras**. Negritas del autor.

y estructuras”<sup>16</sup>. La referencia al artículo 60.2 es la facultad que se le otorga al Estado ribereño para regular diversas materias en las instalaciones, islas y estructuras ubicadas en su ZEE y Plataforma Continental<sup>17</sup>.

Una pista de la razón de ser de las Zonas de Seguridad la encontramos en la Resolución 671 de la 16 Asamblea de la OMI, adoptada el 19 de octubre de 1989: “Zonas de Seguridad y Seguridad de la Navegación alrededor de instalaciones y estructuras costa afuera”<sup>18</sup>. Dicha Resolución emite recomendaciones para la seguridad de la navegación y para las Zonas de Seguridad alrededor de instalaciones, islas y estructuras.

En esencia, dicha Resolución otorga dos soluciones<sup>19</sup> en caso de violaciones de las Zonas: la primera es una acción del Estado ribereño acorde con el derecho internacional (art. 3.1 del Anexo a la Resolución) y la segunda la denuncia al Estado de pabellón con la entrega de un reporte detallado y otras cuestiones. Esta última se asemeja<sup>20</sup> a lo que establece el artículo 94 de CONVEMAR para garantizar la seguridad de la navegación por los Estados de pabellón. O sea, lidiaría principalmente con violaciones a la seguridad de la navegación que ponen en peligro las instalaciones, islas y estructuras; ya sea por colisión u otro incidente relacionado con la navegación. La protección propiamente dicha de la seguridad de estas instalaciones, islas y estructuras contra hechos como la contaminación, hechos vandálicos, terrorismo u otros delitos; no se detalla. Consideramos que el artículo 3.1 de la Resolución pudiera ser la solución.

La OMI incluso tiene otros instrumentos jurídicos en la que amplía sobre la jurisdicción de los Estados en las Zonas de Seguridad. El Comité de Seguridad de la Navegación de la OMI, emitió en 2010 la Circular de Seguridad de la Navegación No. 295: Guía para la Seguridad de la Navegación y Zonas de Seguridad. Aquí se le solicita a los Estados de abanderamiento que exijan a sus buques respetar las condiciones de entrada y navegación normadas por los Estados ribereños en sus Zonas de Seguridad<sup>21</sup>.

Autores como Sebastian tho Pesch<sup>22</sup> o Alexander Prölss<sup>23</sup> se cuestionan el alcance de la jurisdicción de los Estados en las zonas de seguridad, en especial en

<sup>16</sup> Prölss, Aelxander. *op. cit.* p. 476. Traducción realizada por el autor.

<sup>17</sup> “El Estado ribereño tendrá jurisdicción exclusiva sobre dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras, incluida la jurisdicción en materia de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración.” (art. 60.2 de CONVEMAR).

<sup>18</sup> Resolución 671 de la 16 Asamblea de la OMI, de 19 de octubre de 1989, relativa a Zonas de Seguridad y Seguridad de la Navegación alrededor de instalaciones y estructuras costa afuera. <https://www.imo.org/>

<sup>19</sup> Debe recordarse que las Resoluciones de la OMI son vistas como recomendaciones, no como obligaciones desde el derecho internacional. No obstante, la gran mayoría de sus miembros las cumplen como si de una obligación se tratase. Se pudiera hablar de *opinio juris*.

<sup>20</sup> Pesch, Sebastian tho, *op. cit.*, p. 520.

<sup>21</sup> International Maritime Organization. *Guidelines for Safety Zones and Safety of Navigation Around Offshore Installations and Structures*. (IMO Doc. SN.1/Circ.295. 2010). <http://www.imo.org>

<sup>22</sup> Pesch, Sebastian tho, *op. cit.*, p. 526.

<sup>23</sup> Prölss, Alexander. *op. cit.* p. 477.



materias como derecho penal. Es cierto que la línea entre “mantener la seguridad de las instalaciones, islas y estructuras” y “modificar el status de las aguas suprayacentes” es muy delgada. Sin embargo, el intensivo uso del mar hoy nos demuestra una serie de amenazas y peligros<sup>24</sup> que requieren respuestas expeditas, claras y proporcionales al riesgo creado. Otros versados autores como Klein y Kaye<sup>25</sup> resaltan el hecho de que el concepto de seguridad, específicamente seguridad marítima, ha sobrepasado el mero hecho de interés militar. Hoy, amenazas al medio ambiente marino, infraestructuras marinas, intereses/recursos económicos, crímenes transnacionales y similares sugieren otras maneras de enfrentar los riesgos. Las agencias gubernamentales de cumplimiento de la ley cobran mayor importancia y para ello deben tener la cobertura y poder suficiente para proteger la seguridad nacional en este nuevo contexto.<sup>26</sup>

Adicionalmente, las Zonas pueden sufrir de riesgos indirectos. Por ejemplo, la persecución y abordaje de una embarcación cometiendo tráfico ilícito de estupefacientes, por parte de una embarcación oficial del propio Estado ribereño u otro Estado. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, establece en su artículo 17 apartado 11 la no interferencia con los derechos, obligaciones y la jurisdicción de los Estados ribereños de acuerdo con el derecho internacional del mar, mientras se realizan acciones de interdicción<sup>27</sup>.

Una evidencia de que los riesgos actuales, comentados anteriormente, son ya una realidad, lo encontramos en el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988<sup>28</sup>. En este caso el Estado ribereño tendrá el derecho de

---

<sup>24</sup> Por ejemplo: el uso de medios navales muy pequeños y de una gran velocidad que ponen a prueba la capacidad de reacción de las fuerzas de seguridad; aparatos submarinos no tripulados utilizados para espionaje o sabotajes; pulsos electromagnéticos; entre otras operaciones.

<sup>25</sup> Klein, Natalie, *op. cit.*, p. 9. Traducción realizada por el autor.

<sup>26</sup> Ídem. pp. 9-11.

<sup>27</sup> “Toda medida adoptada de conformidad con el presente artículo tendrá debidamente en cuenta la necesidad de no interferir en los derechos y obligaciones de los Estados ribereños o en el ejercicio de su competencia, que sean conformes con el derecho internacional del mar, ni de menoscabar esos derechos, obligaciones o competencias.” (art. 17 Tráfico Ilícito por Mar, apartado 11, en Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. [www.unodc.org](http://www.unodc.org))

<sup>28</sup> En el Caso del Protocolo es necesaria una aclaración. De acuerdo a la CONVEMAR, las disposiciones de instalaciones, islas y estructuras en la ZEE se aplican *mutatis mutandis* a las emplazadas en la Plataforma Continental. Sin embargo, el artículo 3 del Protocolo limita la jurisdicción a instalaciones fijadas al fondo marino y emplazadas en la Plataforma Continental. Una limitación que, en principio, dejaría fuera de su ámbito de aplicación instalaciones, islas y estructuras utilizadas exclusivamente para explotar recursos de la ZEE (recursos vivos y de la columna de agua). La concentración de la atención del Protocolo a las plataformas petroleras/gasíferas responde a la mayor cantidad y complejidad de este tipo de obras. Asimismo, el requisito de fijación al fondo marino y el ámbito espacial de Plataforma Continental, responde primero a la limitación tecnológica de que la gran mayoría de estas obras se fijan al fondo marino. La segunda responde a la ventaja de que la Plataforma Continental no necesita declararse (como sí se exige para la ZEE). De todas formas, el debate continúa ya que nuevas tecnologías han dejado atrás estos instrumentos jurídicos. Por ejemplo, los parques eólicos costa fuera, están fijados al fondo marino y se dedican a explotar recursos económicos, pero de acuerdo a la CONVEMAR no estarían ubicados en la Plataforma Continental porque no explotan recursos de este espacio.

“tomar medidas de cumplimiento de la ley en relación a posibles hechos terroristas cometidas dentro de la zona de 500 metros (...) Estas pueden incluir medidas dentro de la zona (500 metros), incluidas el abordaje, confiscación y detención de una embarcación”<sup>29</sup>.

Toca analizar entonces el otro elemento que CONVEMAR condiciona para establecer Zonas de Seguridad: “(...) **Dichas zonas guardarán una relación razonable con la naturaleza y funciones de las islas artificiales, instalaciones o estructuras (...)**” (art. 60.5 de CONVEMAR. Negritas del autor). Este enunciado sirve de guía para una correcta imbricación entre las amplias facultades otorgadas en el artículo 60.2 y los límites establecidos en el 60.4.

Debe recordarse que en ZEE y Plataforma Continental los derechos soberanos y la jurisdicción del Estado ribereño no provienen de un sentido territorial, sino de su potencial económico (*ratione materiae*). En palabras del Juez Oda en su Opinión Disidente en el Caso ante la CIJ entre Libia y Tunes: “(...) en lo que concierne al desarrollo de los recursos marinos, la competencia en la Zona Económica Exclusiva de los Estados es equivalente a la que disfruta (El Estado) en el mar territorial”<sup>30</sup>.

La importancia de la visión económica es tal, que existe en la doctrina un consenso<sup>31</sup> que al activarse el artículo 59<sup>32</sup> de CONVEMAR, si se tratase de derechos vinculados a la exploración/explotación de recursos, la balanza siempre deberá inclinarse a favor del Estado ribereño.

En este sentido, consideramos en la presente investigación que la frase: “... **guardarán una relación razonable con la naturaleza y funciones...**”; significa que la función protectora de las Zonas de Seguridad debe ser lo suficientemente amplia y suficiente para permitir una correcta exploración/explotación de los recursos naturales tanto en ZEE como en Plataforma Continental<sup>33</sup>.

Aunque la semántica es obvia, la cantidad de actividades que se conectan o tributan a la exploración/explotación no es despreciable. Por ejemplo, los profesores Robin Churchill y Vaughan Lowe relacionan una serie de actividades de jurisdicción exclusiva para el Estado ribereño y que nos sirven de referencia,

---

<sup>29</sup> Arbitration “The Kingdom of the Netherlands vs. The Russian Federation”, paragraph 278. Traducción realizada por el autor.

<sup>30</sup> Prölss Alexander. *op. cit.* p. 424. Traducción realizada por el autor.

<sup>31</sup> Ver Prölss, Alexander. *Idem.*; Rothwell, Donald y Stephens, Tim. *The International Law of the Sea*. (Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 87) y Goodman, Camille. “Rights, Obligations, Prohibitions: A Practical Guide to Understanding Judicial Decisions on Coastal State Jurisdiction over Living Resources in the Exclusive Economic Zone”. *International Journal of Marine and Coastal Law* 32 (2017): 558-584, doi 10.1163/15718085-12323082.

<sup>32</sup> El artículo 59 establece los principios para dirimir un conflicto surgido por los intereses de un Estado ribereño en su ZEE y los de otro Estado, en relación con derechos no señalados expresamente en la Convención.

<sup>33</sup> Recuérdese que CONVEMAR aplica *mutatis mutandis* todo lo relacionado al artículo 60 en el régimen de Plataforma Continental.

ilustrativa no exhaustiva: producción de energía a partir del agua, corrientes y viento; construcción de islas artificiales, estructuras e instalaciones; investigación científica marítima; protección y conservación del medio marino y derecho de persecución<sup>34</sup>. Incluso, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM a partir de ahora) ha incluido actividades no declaradas en la CONVEMAR, por ejemplo, el abastecimiento de combustible a embarcaciones pesqueras en la ZEE<sup>35</sup>. La *ratio* detrás de cada fallo fue la conexión entre esa actividad y el derecho soberano del Estado ribereño para la exploración y explotación, conservación y administración de sus recursos naturales.

Si bien existe un debate internacional interesante sobre el control del Estado sobre instalaciones, islas artificiales y otro tipo de estructuras en la ZEE con un fin distinto al económico<sup>36</sup>; su tratamiento excede el presente estudio.

Otra arista de la ausencia de reglas claras sobre la regulación jurídica de las Zonas de Seguridad está relacionada con el sobrevuelo. Los artículos 58.1 y el 78.1 de CONVEMAR mencionan la libertad de sobrevuelo por la ZEE y la Plataforma Continental. En 1987, un reporte de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) respecto a las implicaciones de CONVEMAR en la Convención sobre Aviación Civil Internacional de 1944 (Convención de Chicago), concluyó que el régimen de la ZEE establecido por CONVEMAR no se podía interpretar como fuente de restricciones de sobrevuelos en Zonas de Seguridad<sup>37</sup>. No obstante, en sus párrafos introductorios se refiere a que este es el primer estudio (párrafos de 1 a 3)<sup>38</sup>.

Sebastian tho Pesch propone que la columna aérea tenga el mismo límite que la columna de agua, o sea 500 metros, para proteger integralmente las islas artificiales, instalaciones y estructuras<sup>39</sup>. Esta conclusión, según nuestro criterio, sería acertada y cumplible. La altura de 500 metros dejaría fuera al tráfico aéreo comercial, intacto por ende la libertad de sobrevuelo protegida tanto por CONVEMAR como por el Convenio de Chicago de 1944. A la vez, limitaría el sobrevuelo a baja altura que por demás son los que realmente pueden ocasionar

<sup>34</sup> Churchill, Robin y Lowe, Vaughan. *op. cit.* pp. 166-175.

<sup>35</sup> Se trata de los casos M/V Virginia G (Panamá vs Guinea Bissau) de 2014 y M/V 'Norstar' Case (Panamá vs Italia) de 2019. Ver Tanaka, Yoshifumi. *op. cit.* pp. 157-158.

<sup>36</sup> Desde la entrada en vigor de la CONVEMAR, varios Estados incluidos Brasil, Cabo Verde y Uruguay enviaron declaraciones en relación al control y jurisdicción en su ZEE de toda instalación o isla artificial, sin importar su fin económico o no. Otros lo tienen regulado en sus leyes como por ejemplo Argentina, India, Sri Lanka y Vanuatu. Varios tratadistas se han referido a este debate y la importancia del artículo 59 de CONVEMAR para resolver sobre un criterio caso a caso. Ver Prölss, Alexander. *op. cit.* pp. 4271-47; Tanaka, Yoshifumi. *Ibidem.*; Nordquist, Myron H., Koh, Tommy T.B. y Norton Moore, John. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*. (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009) pp. 237-243; Kraska, James y Pedrozo, Raúl. *International Maritime Security Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. 77.

<sup>37</sup> International Civil Aviation Organization. *Consideration of the Report of the Rapporteur on United Nations Convention on the Law of the Sea—Implications, if any, for the Application of the Chicago Convention, its Annexes and other International Air Law Instruments*. (Montreal: ICAO, 1987).

<sup>38</sup> Se desconoce si posteriormente la OACI ha vuelto sobre estos temas y variado su posición.

<sup>39</sup> Pesch, Sebastian tho. *op. cit.* p. 522.

daños. Asimismo, muchas de estas infraestructuras poseen helipuertos y hasta aeropuertos, lo que obliga al Estado ribereño a establecer medidas especiales para proteger el tráfico aéreo de entrada y salida a esos espacios.

El Anexo 2 de la Convención de Chicago se refiere a zonas prohibidas, restringidas y peligrosas. Si bien la interpretación general ha sido que se establecen para uso militar, accidentes o incidentes extraordinarios dentro del mar territorial; lo cierto es que el Anexo define que las zonas se despliegan sobre las “aguas jurisdiccionales de un Estado” (Capítulo 1, Definiciones. Anexo 2. Convención de Chicago. ¿Sería probable entonces asimilar este régimen a las zonas de seguridad? De hecho, como ya se ha visto<sup>40</sup>, hay Estados que restringen el espacio aéreo sobre las zonas de seguridad.

Otro aspecto a tratar en la presente investigación es la soberanía del Estado de abanderamiento en ZEE y Plataforma Continental y su impacto en los regímenes de las Zonas de Seguridad. Cualquier medida que un Estado ribereño pretenda tomar contra un buque de registro/bandera extranjera deberá informarlo al Estado de registro/bandera. La CONVEMAR (art. 94) y la OMI<sup>41</sup> son bien claras en cuanto a la autoridad plena del capitán y su subordinación exclusiva al Estado de bandera. Otros instrumentos jurídicos internacionales como el Protocolo al Convenio para la Represión de los Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, reconocen el derecho del capitán a emitir su consentimiento al abordaje, previa consulta con su Estado de bandera<sup>42</sup>.

Sin embargo, de un estudio detallado de la CONVEMAR y la costumbre internacional<sup>43</sup> podemos concluir que el Estado ribereño no necesita permiso del Estado de pabellón para abordar e investigar un buque en determinadas circunstancias. La razón es que el Estado ribereño tiene el derecho soberano y exclusivo de promulgar normas en relación con los derechos que se le otorgan en la ZEE. No importa nacionalidad de personas o embarcaciones. El artículo 56, 73 y 111 de CONVEMAR añaden luz a este punto.

La Guía de Seguridad Marítima elaborada por la OMI<sup>44</sup> reconoce que el Estado ribereño puede en determinadas circunstancias “sobrepasar” el derecho

---

<sup>40</sup> Véase nota 7.

<sup>41</sup> La Resolución 671 menciona la notificación al Estado de pabellón como requisito antes de tomar medidas.

<sup>42</sup> Kraska, James y Pedrozo. *op. cit.* p. 495.

<sup>43</sup> La Corte Internacional de Justicia ha reconocido en al menos tres ocasiones que el régimen y extensión de la ZEE forman parte de la costumbre internacional. Véase *Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe de Libia vs Malta)*, fallo de 3 de junio de 1985. Párrafo 34; *Delimitación marítima de la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca vs Noruega)*, fallo de 14 de junio de 1993. Párrafo 47; y la *Delimitación Marítima entre Colombia y Nicaragua en (Case related to Territorial and Maritime Dispute)*. Párrafo 114.

<sup>44</sup> International Maritime Organization. *Guide to Maritime Security and the ISPS Code*. (Londres: IMO, 2012), <http://www.portalcip-org>. La Guía contiene un resumen de las normas de seguridad para embarcaciones, en buena parte las establecidas por el Convenio SOLAS y el Código de Seguridad Portuaria, pero también recoge lo pactado en otras convenciones relacionadas a la seguridad en el mar

exclusivo del Estado de abanderamiento. Debe recordarse, como fue previamente detallado, que el carácter económico de una actividad específica es suficiente argumento para defender la preeminencia del derecho soberano del Estado ribereño.

No queremos culminar el presente ejercicio sin considerar otro aspecto importante al abordar la regulación de las Zonas de Seguridad: definir cuales instalaciones y estructuras clasificarían para este tipo de protección. Robin Churchill y Vaughan Lowe en 1999 concluían que, si bien era elemental la aplicación en instalaciones fijas, plataformas petroleras fijas y similares; en el caso de instalaciones móviles (por ejemplo las MODUs)<sup>45</sup> no era así. Parten del principio que las MODUs constantemente están en movimiento y navegan con su propio impulso<sup>46</sup>, convirtiéndose por tanto en un verdadero reto regulaciones como las Zonas de Seguridad<sup>47</sup>. Este aspecto simple al parecer, ha provocado ríos de tinta en la doctrina buscando una definición para estas estructuras. La posición mayoritaria es que, si los MODUs “deben cruzar el agua y por ende ser navegable, y su propósito es realizar su trabajo en el mar, aunque sea en un lugar fijo a la vez, debería estar incluido en la definición (de buque)”<sup>48</sup>.

Sin embargo, una vez sujeto al fondo del mar dejaría de ser un buque<sup>49</sup> debido a su casi nula conexión con la navegación, característica principal del buque<sup>50</sup>. Convenciones de la OMI relativas a la responsabilidad civil, indemnización y salvamento marítimo dejan fuera expresamente a las plataformas tanto fijas como móviles (una vez estén fijas en una posición realizando actividades de exploración o explotación)<sup>51</sup>. Incluso aquellas que incluyen a las MODUs, lo hacen diferenciando entre “embarcación” y “buque”<sup>52</sup>.

---

como el Convenio de Represión de Actos Ilícitos en el Mar, Convenios contra el terrorismo, etc. En la página 44 se pueden encontrar algunas de estas “excepciones”, como pueden ser actividades terroristas o resoluciones del Consejo de Seguridad.

<sup>45</sup> MODUs del inglés *Mobile Offshore Drilling Units*, son hoy el ejemplo más común de plataformas móviles.

<sup>46</sup> Churchill, Robin y Lowe, Vaughan. *op. cit.* p. 154.

<sup>47</sup> El requisito de la debida publicidad a la zona de seguridad y su correcta delimitación en cartas náuticas y avisos de navegación es prácticamente imposible si la instalación está en movimiento.

<sup>48</sup> Mandaraka-Sheppard, Aleka. *Modern Maritime Law: Volume 1: Jurisdiction and Risks*. 3rd ed. (New York: Informa Law from Routledge, 2013), p. 21. También se puede encontrar un resumen del debate en torno a la definición de buque en Walker, George K. *Definitions for the law of the sea: terms not defined by the 1982 Convention*. (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012). pp. 55-61.

<sup>49</sup> Mandaraka-Sheppard, Aleka. *op. cit.* p. 21.

<sup>50</sup> Attard, David. *The IMLI manual on International Maritime Law. Volume III: Marine Environmental Law and Maritime Security Law*. (Oxford: Oxford University Press, 2016). pp. 116-117.

<sup>51</sup> Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1969; Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo de 1976; Convenio Internacional sobre salvamento marítimo de 1989.

<sup>52</sup> Convenio Internacional para la Seguridad de la vida humana en el mar de 1974. Aunque es interesante como la propia Convención exige a estas “embarcaciones” cumplir con requisitos de seguridad como sistemas de identificación AIS y LRIT. Un aparte tiene el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988 y su Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental, ya que aunque se aplican a las plataformas fijas, dejan fuera de su alcance las MODUs y otros dispositivos móviles.

Nuevamente la CONVEMAR nos provee información valiosa: el artículo 60 se refiere al fin económico de las instalaciones. Por ende, basta que las MODUs u otras estructuras móviles estén llevando a cabo actividades vinculadas a la exploración/explotación de recursos. No importa que sea trasladada a otra posición con el fin de continuar su labor<sup>53</sup>. Enfoque similar se emplea en la Resolución 671 (16); al considerar las MODUs como buques cuando estén en tránsito e instalaciones o estructuras cuando realizan actividades de perforación de exploración/explotación. Incluso el Manual de Seguridad Marítima reconoce que las MODUs se rigen por los requisitos y medidas de seguridad del Estado ribereño, cuando estén fijadas en la plataforma continental<sup>54</sup>. La práctica de los Estados sigue este mismo enfoque<sup>55</sup>.

La Parte XII de CONVEMAR, dedicada a la protección del medio ambiente, aporta luz a una probable regulación especial de las Zonas de Seguridad. El artículo 208.1 obliga al Estado ribereño dictar normas para prevenir y controlar la contaminación proveniente de actividades de islas artificiales, instalaciones y estructuras: “de conformidad con los artículos 60 y 80”. O sea, en nuestra opinión, constituye una autorización para emitir normas medioambientales en los 500 metros de la Zona de Seguridad.

Los artículos 214, 216, 218 y 220 se encargan de cerrar procesos, al autorizar a los Estados la ejecución de las normas que hayan sido establecidas para la protección del medio ambiente, tanto por ellos o por organizaciones internacionales. Dicha ejecución puede llegar a la detención del buque (art. 220.6). En todos los casos la protección se extiende hasta la ZEE y Plataforma Continental, incluida las instalaciones terminales costa fuera (art. 216.2 y 220).

Una norma que amplió la capacidad legislativa y de ejecución del Estado ribereño, aunque en materia de seguridad, es el Código de Protección de Buques e Instalaciones Portuarias (Código PBIP). Este instrumento surge como respuesta a los atentados del 11 de septiembre de 2001 y refuerza la seguridad y la prevención en las embarcaciones e instalaciones portuarias.

Aunque el límite del Código PBIP es el mar territorial<sup>56</sup>, la OMI promueve que los Estado extiendan estos estándares de seguridad hacia las actividades

---

<sup>53</sup> Prölss, Alexander. *op. cit.* p. 470.

<sup>54</sup> International Maritime Organization. *Guide to Maritime...op. cit.*

<sup>55</sup> La Ocean Act de 1996 de Canadá define que las instalaciones o estructuras serán aquellas que están atadas al fondo marino con el propósito de la exploración o explotación de los recursos marinos no vivos que se encuentran en la Plataforma Continental. Ver Churchill, Robin y Lowe, Vaughan, *op. cit.* p. 154. En el caso del Reino Unido la Petroleum Act 1987 define embarcaciones incluyendo instalaciones mientras están en tránsito. Ver Section 23.8, Part III Petroleum Act 1987 en [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk). Petroleum Act, 1987. <http://www.legislation.gov.uk>.

<sup>56</sup> International Maritime Organization. *Maritime Security Manual – Guidance for port facilities, ports and ships.* (IMO Doc. MSC 89/INF.13. 2011) <http://www.imo.org>.

costa afuera en Plataforma Continental y ZEE<sup>57</sup>. Esto sucede porque en estas actividades participan e interactúan buques y embarcaciones que deben cumplir con las normas del Código. Por ende, para un actuar coherente es necesario establecer estándares en estas actividades que tengan en cuenta, no solo a los actores que participan en ella, sino a aquellos que directa o indirectamente puedan vincularse.

Por último, cuando acudimos al método de estudio comparado, nos percatamos que varios países de tradición petrolera (específicamente costa afuera) establecen regulaciones para las Zonas de Seguridad más allá de la simple prohibición de ingreso. Tenemos el caso por ejemplo de la legislación estadounidense y la rusa con reglamentos en sus zonas de seguridad que van más allá de la seguridad de la navegación e incluyen otras actividades (aunque no define cuales) y medidas de protección a los recursos vivos<sup>58</sup>. Por su parte Reino Unido aplica su Código Penal en las zonas de seguridad<sup>59</sup>; mientras Canadá va mucho más allá y aplica su Código de Regulaciones Federal<sup>60</sup> y Australia considera a las Zonas de Seguridad como parte del territorio nacional para normas específicas<sup>61</sup>.

## II. Referencia a la experiencia cubana

En el caso de nuestro país, ni las normas jurídicas, ni la doctrina nacional, ni los mecanismos de solución de conflictos, hacen mención alguna a la regulación de las Zonas de Seguridad alrededor de instalaciones, islas y estructuras. La excepción, como veremos más adelante, son las regulaciones de licencias ambientales.

Nada de lo anterior es extraño a los ojos de los especialistas cubanos en la materia, los espacios marítimos de Cuba más allá del mar territorial han tenido escaso reconocimiento y ordenación. Similar atención ha tenido en la doctrina, en pocas ocasiones se han tratado los asuntos relativos al Derecho del Mar, y ha sido principalmente para describir lo dispuesto por la CONVEMAR, sobre todo en materia de espacios marítimos. Solo en años recientes una Tesis Doctoral fue dedicada a la regulación de la ZEE en Cuba<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> *Idem.* párrafos 2, 18 y 26.

<sup>58</sup> “Los reglamentos adoptados para las Zonas de Seguridad pueden extenderse a la prevención o control de actividades específicas y el acceso de embarcaciones o personas, e incluyen medidas para proteger los recursos vivos del mar de agentes nocivos” (Title 33 Ch. I Section 147.1 Code of Federal Regulations). Traducción realizada por el autor. Las leyes de la Federación rusa autorizan también a medidas de protección más allá de la seguridad de la navegación. Ver *Arbitration “The Kingdom of the Netherlands vs. The Russian Federation”*. Párrafos 218-220.

<sup>59</sup> Sección 10(1) de la UK Petroleum Act (1998), disponible en <http://www.legislation.gov.uk/>

<sup>60</sup> Pesch, Sebastian tho. *op. cit.* p. 526.

<sup>61</sup> Section 8 Definitions de La Maritime Powers Act (2013), disponible en [http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/mpa2013191/](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/mpa2013191/)

<sup>62</sup> Ripoll Salcines, Rodolfo. “Bases teóricas de la jurisdicción y los derechos del Estado cubano en la Zona Económica Exclusiva”. (Tesis doctoral inédita, Universidad de la Habana, 2015).

La Constitución y el Decreto Ley No. 2 de 1977 reivindican la existencia de la Zona Económica Exclusiva, aunque sin profundizar en su régimen; similar a la Zona Contigua y el Decreto Ley No. 158 de 1995; pero en el caso de la Plataforma Continental solo existe la mención en la Constitución y en los acuerdos de delimitación de espacios marítimos firmados por Cuba con sus estados limítrofes.

La única mención específica a la exploración de los recursos de la plataforma continental se ha hecho en las regulaciones promulgadas para las ocasiones que han existido campañas de exploración petrolera. Esta falencia es un reflejo indirecto de la escasa promoción y estudio del Derecho del Mar en Cuba, algo inconcebible para un Estado rodeado de mar. Es producto también de un ineficiente marco legal para la exploración/explotación de recursos marinos más allá del mar territorial<sup>63</sup>.

Si bien Cuba fue uno de los primeros Estados en ratificar CONVEMAR (15/08/1984) y ha sido uno de sus mayores defensores en los foros internacionales, el ordenamiento jurídico cubano no refleja este esfuerzo. Afortunadamente en los últimos 20 años se nota un mejoramiento de esta realidad con la promulgación de la Ley 115 “De la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre” y su Reglamento, la mencionada Ley 129 y su Reglamento; y la mención a los espacios marítimos en normas especializadas de derecho civil y ambiental y penal.

Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2021-2026 no incluyen la exploración/explotación de recursos marinos ni en Zona Económica Exclusiva, ni en Plataforma Continental. No obstante, las versiones anteriores de los Lineamientos desde el 2011 sí lo incluían. Consideramos que su no inclusión actual responde a una coyuntura compleja para la industria de los hidrocarburos (principal fuente de instalaciones en el mar), aunque sí continúa siendo prioridad en la Cartera de Oportunidades de Negocios con Inversión Extranjera del país.

El Decreto Ley 2 se limita a disponer la jurisdicción exclusiva sobre las islas artificiales, instalaciones y estructuras y sobre la exploración y explotación de los recursos vivos y no vivos en ZEE<sup>64</sup>. No menciona las Zonas de Seguridad, a pesar de estar presentes ya en la Convención de la Plataforma Continental de 1958, de la cual Cuba fue signataria.

---

<sup>63</sup> No existen normas específicas para la explotación de recursos no vivos fuera de las 12 millas náuticas de mar territorial. En cuanto a los recursos vivos, recién en 2020 se promulgó la Ley 129 “Ley de Pesca” que regula esta actividad tanto en la ZEE como en Plataforma Continental. Sin embargo, ni la Ley ni su reglamento hacen mención alguna a instalaciones, islas artificiales o Zonas de Seguridad.

<sup>64</sup> Art. 2, Decreto-Ley No. 2 de 24 de febrero de 1977, De Zona Económica en Gaceta Oficial de la República, Ordinaria N° 6, de 26 de febrero de 1977.



La legislación referida a la aplicación de los tratados en Cuba, encabezada por la Constitución y el Decreto Ley 191 de 1999, carecen de claridad en cuanto a la incorporación al ordenamiento local. En otras palabras, lo dispuesto por CONVEMAR para el objeto de estudio de esta investigación, no ha sido de aplicación en territorio cubano por carecer de regulaciones nacionales específicas. La Ley 115 ha sido la más abarcadora, aunque centrada en la Navegación y el Estado Rector del Puerto.

En dicha Ley se define que las plataformas fijas y flotantes son “artefactos navales” y no “buques” ni “embarcaciones”. No se hace referencia en ningún momento a las MODUs y el concepto de buque deja fuera también a este tipo de instalación<sup>65</sup>. El criterio que sigue el legislador es el utilitario o económico<sup>66</sup>, haciendo una interpretación, a nuestro criterio correcta, del artículo 60 de CONVEMAR, a pesar del “gazapo” de dejar fuera las plataformas móviles. Lo descrito acá es la única referencia concreta en la legislación cubana a las islas artificiales, estructuras e instalaciones.

La Ley adolece de otros errores conceptuales que imposibilitan una coherencia en la legislación marítima nacional. Por ejemplo, el artículo 40.3 dispone: “La Capitanía de Puerto inspecciona los buques, embarcaciones y artefactos navales nacionales y los extranjeros en las **aguas jurisdiccionales** de la República de Cuba...” (art. 40.3 Ley 115. Negritas del autor). Es opinión de este autor que el artículo es consecuencia de una mala redacción y no de una real voluntad estatal. El término aguas jurisdiccionales se utiliza indistintamente en la Ley sin tener, paradójicamente, un lugar en el apartado de definiciones. Tampoco es un término utilizado en CONVEMAR. La interpretación lógica es que se refiere a todos los espacios marítimos en los que Cuba ejerce jurisdicción.

En el auxilio de esta interpretación nos sirven el artículo 3, apartados q y t de la Ley; el primero define el espacio acuático de Cuba como las aguas marítimas fluviales y lacustres sometidas a la jurisdicción cubana, mientras que el último define como navegación marítima, fluvial y lacustre aquella: “que realizan (...) en el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, las aguas interiores, los ríos, lagunas y embalses” (art. 3 (t)).

Por otro lado, la Ley al hacer referencia a la seguridad de la navegación establece que el Ministerio de Transporte (MITRANS) es el responsable de establecer las normas para la seguridad de la navegación y dictar cuantas

---

<sup>65</sup> Artículo 3 Definiciones

E) Buque: Toda construcción flotante, **empleada en la navegación marítima**, fluvial y lacustre de arqueo bruto igual o superior a quinientos (500). En Ley 115 “De la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre” de 6 de julio de 2013. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 34 de 4 de noviembre de 2013. Negritas del autor.

<sup>66</sup> Artículo 3 Definiciones

C) Artefacto Naval: Toda construcción flotante que **cumple funciones de complemento o apoyo a las actividades que se realizan en las aguas**, tales como los diques flotantes, grúas flotantes, patanas, pontones y otros similares, incluidas las plataformas flotantes o fijas. En Ley 115. Negritas del autor.

medidas de seguridad resulten necesarias para la prevención de los siniestros (art. 5 (j) y (k)). Adicionalmente, el artículo 71.1 dispone que el MITRANS, de conjunto con la Capitanía de Puerto “por razones de seguridad de la navegación o cuando así lo exige el interés público, pueden restringir o prohibir la navegación, (...) la permanencia de buques, embarcaciones y artefactos navales en determinadas zonas de las aguas jurisdiccionales”. Estas disposiciones es muy probable que no hayan sido construidas pensando en el artículo 60 de la CONVEMAR, sino en otro tipo de zonas con propósitos más de seguridad nacional y un espacio temporal más reducido. Sin embargo, nos proporciona un punto de partida probable en donde están inmiscuidas las máximas autoridades nacionales en materia de navegación. Por último, en cuanto a la protección de las zonas de seguridad en Cuba, de acuerdo con el régimen de la Ley 115 y su reglamento, sería el Ministerio del Interior y no la Marina de Guerra Revolucionaria<sup>67</sup>, el órgano responsable<sup>68</sup>.

En materia penal, el Código Penal y la Ley Contra Actos de Terrorismo refieren a la protección de los bienes de los recursos naturales marinos, así como la seguridad marítima. Solo en el Código Penal se hace referencia a la protección de estos bienes más allá del mar territorial. Sin embargo, la Ley 93 “Ley Contra Actos de Terrorismo” es a su vez un compendio de una serie de Convenciones internacionales (de las que Cuba es parte) dedicadas a reprimir y perseguir varias formas de terrorismo. Dichas Convenciones son todas de aplicación en casi todos los espacios marítimos, incluidos la Alta Mar.

Todo sea dicho, ninguna de estas normas hace referencia específica a las Zonas de Seguridad. A pesar de lo anterior, la Ley 93, por la propia naturaleza de los hechos, expresa que podrán ser reprimidos incluso los actos preparatorios del delito donde quiera que estos se efectúen. Es de suponer entonces que, en las Zonas de Seguridad, el Estado cubano tendrá poderes suficientes para hacer cumplir su legislación penal, al menos en materia especial de la Ley contra el Terrorismo.

La Resolución 31 de 2010 de la Oficina de Regulación Ambiental y Seguridad Nuclear (ORASEN) del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) puso en vigor la Guía Reguladora para la preparación de informes de seguridad para instalaciones de perforación de pozos de petróleo y gas costa afuera. Basados en dicha Guía, se prepararon los Informes de

---

<sup>67</sup> Por lo general, las Marinas de Guerra son las encargadas de proteger las Zonas de Seguridad en ZEE y Plataforma Continental. Tal es el caso de Australia, Rusia, Inglaterra y Nueva Zelanda. Mientras que en EE.UU. corre a cargo del Cuerpo de Guardacostas.

<sup>68</sup> Ley 115. Artículo 6: Es competencia del Ministerio del Interior las funciones siguientes:

- a) Salvaguardar el orden interior en el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, las aguas interiores, los ríos, lagunas y embalses de la República de Cuba y en el recinto portuario.
- b) Prevenir, y de resultar necesario enfrentar, los actos ilícitos que atentan contra la seguridad de la navegación y el medio ambiente marino, y disponer y hacer efectivas las medidas de detención y retención de personas o buques, embarcaciones y artefactos navales dispuestas por las autoridades competentes.

Seguridad de la última campaña de exploración de hidrocarburos en Cuba. Dichos informes eran obligatorios para acompañar la solicitud de Licencia Ambiental. Se trata de la campaña de 2012 en la que se perforaron tres pozos exploratorios con la plataforma semisumergible SCARABEO 9.

En la Licencia Ambiental otorgada a la SCARABEO 9 se mencionaba un perímetro de seguridad/exclusión en torno a la plataforma y se advertía que sería señalizada debidamente de acuerdo a la normativa internacional. La normativa internacional a la que se refiere sería la mencionada Resolución 671(16) de la OMI; su anexo dispone que las Zonas de Seguridad deban ser notificadas en los Avisos de los Navegantes (art. 1.1).

Lamentablemente, esta decisión no fue cumplida y los Avisos de los Navegantes emitidos por la Oficina Nacional de Hidrografía y Geodesia de esa época no mencionan Zona de Seguridad/Exclusión alrededor de la SCARABEO 9; solo reseña el cuidado para la navegación en un radio de una milla náutica del punto geográfico en la que se ubicaba la Plataforma.<sup>69</sup>

## **Conclusiones**

De acuerdo a la CONVEMAR, la Resolución A.671 (16) de la OMI y otros Convenios de aplicación a la ZEE y la Plataforma Continental, la función protectora de las Zonas de Seguridad debe ser lo bastante amplia y suficiente para permitir una correcta exploración/explotación de los recursos naturales en dichos espacios marítimos. Por ende, los Estados ribereños deberán tener un margen de actuación suficiente para legislar el acceso a las Zonas y su capacidad de hacer cumplir estas leyes.

En varios de los temas regulados por la CONVEMAR, podemos encontrar indicios que sustenten la anterior teoría. En el Arbitraje entre Rusia y Países Bajos derivado del incidente con el Artic Sunrise, la Corte reconoció que el Estado ribereño puede tomar, en la zona de seguridad, medidas apropiadas en la forma de promulgación de leyes y regulaciones, y el cumplimiento de dichas regulaciones y leyes, siempre y cuando dichas medidas estén dirigidas tanto a la seguridad de la navegación como de las islas artificiales. El Derecho Internacional ha debido aumentar la protección de las instalaciones en ZEE, a la luz del incremento de actividades delictivas en el mar y las vulnerabilidades naturales que tienen este tipo de estructuras. Tenemos como ejemplos de dichos instrumentos al Código de Seguridad Portuaria, el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental y el Convenio de Represión de Actos Ilícitos en el Mar.

---

<sup>69</sup> Consultado en <http://www.iderc.cu/iderc1/web/iderc/inicio>. También en físico en la Agencia de Cartografía Náutica de la Empresa GEOCUBA-Estudios Marinos.

Asimismo, el debate internacional en torno al alcance de la protección en las Zonas de Seguridad, se extiende a la naturaleza jurídica de las instalaciones y estructuras. No existe un consenso en la doctrina en cuanto a que tipo de estructuras flotantes, se le puede dar tratamiento jurídico como embarcación o como instalación. Los escasos convenios internacionales que se refieren al asunto, tampoco brindan uniformidad al tratamiento. Podemos observar como ejemplo de tratamientos diferentes: el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos de 1969; Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo de 1976 y el Convenio Internacional sobre salvamento marítimo de 1989.

Cuba, a pesar de tener una legislación reciente sobre temas vinculados al mar, no regula lo concerniente al establecimiento y control de las Zonas de Seguridad. Las Zonas de Seguridad en la Plataforma Continental de Cuba, se hicieron en la última ocasión (2012) a partir de regulaciones ambientales. Lo anterior demuestra una relación más con el impacto ambiental de la actividad a desarrollar que con una visión más integral de la Zona.

## Referencias bibliográficas

Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea. Arbitration “The Kingdom of the Netherlands vs. The Russian Federation” in the matter of the Arctic Sunrise arbitration, award of 14 August 2015. Permanent Court of Arbitration, The Hague, 2015. <https://pca-cpa.org/en/cases/>.

Attard, David. *The IMLI manual on International Maritime Law. Volume III: Marine Environmental Law and Maritime Security Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Australia Maritime Powers Act, 2013. [http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/mpa2013191/](http://classic.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/mpa2013191/)

Camille Goodman “Rights, Obligations, Prohibitions: A Practical Guide to Understanding Judicial Decisions on Coastal State Jurisdiction over Living Resources in the Exclusive Economic Zone.” *International Journal of Marine and Coastal Law* 32 (2017): 558-584. doi 10.1163/15718085-12323082.

Churchill, Robin y Lowe, Vaughan, *The Law of the Sea*. 3rd ed. Great Britain: Manchester University, 1999.

Case of North Sea Continental Shelf (Germany/Denmark and Germany/Holland). <http://www.icj-cij.org/homepage/>

Case related to Continental Shelf (Libya/Malta). <http://www.icj-cij.org/homepage/>

Case related to Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua/Colombia). <http://www.icj-cij.org/homepage/>

Constitución de la República de Cuba. 10 de abril de 2019. <https://www.parlamentocubano.cu>

Decreto-Ley No. 1 de 24 de febrero de 1977, De Aguas Interiores y Mar Territorial. Gaceta Oficial de la República, Ordinaria N° 6, de 26 de febrero de 1977.

Decreto-Ley No. 2 de 24 de febrero de 1977, De Zona Económica. Gaceta Oficial de la República, Ordinaria N° 6, de 26 de febrero de 1977.

Decreto-Ley No. 158 de 12 de abril de 1995, De Zona Contigua. Gaceta Oficial de la República, Ordinaria N° 14, de 11 de mayo de 1995.

Decreto-Ley No. 266 de 8 de mayo de 2009, Del Limite Exterior de la Zona Económica Exclusiva de la República de Cuba en el Golfo de México. Gaceta Oficial de la República, Extraordinaria N° 17, de 16 de mayo de 2009.

Donald Rothwell y Tim Stephens. *The International Law of the Sea*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

International Civil Aviation Organization. *Consideration of the Report of the Rapporteur on United Nations Convention on the Law of the Sea—Implications, if any, for the Application of the Chicago Convention, its Annexes and other International Air Law Instruments*. Montreal: ICAO, 1987.

International Maritime Organization. *Guidelines for Safety Zones and Safety of Navigation Around Offshore Installations and Structures*. IMO Doc. SN.1/Circ.295, 2010.

International Maritime Organization. 2011. *Maritime Security Manual – Guidance for port facilities, ports and ships*. IMO Doc. MSC 89/INF.13, 2011.

International Maritime Organization. 2012. *Guide to Maritime Security and the ISPS Code*. Londres: IMO, 2012.

Klein, Natalie. *Maritime Security and the Law of the Sea*. New York: Oxford University Press, 2011.

Kraska, James y Pedrozo, Raul. *International Maritime Security Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Ley 115 de 6 de julio de 2013, relativo a De la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria No. 34 de 4 de noviembre de 2013.

Mandaraka-Sheppard, Aleka. *Modern Maritime Law: Volume 1: Jurisdiction and Risks*. 3rd ed. New York: Informa Law from Routledge, 2013.

Nordquist, Myron H., Koh, Tommy T.B. y Norton Moore, John. *Freedom of Seas, Passage Rights and the 1982 Law of the Sea Convention*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Pesch, Sebastian tho. “Coastal State Jurisdiction around Installations: Safety Zones in the Law of the Sea.” *International Journal of Marine and Coastal Law* 30 (2015): 512-532. doi 10.1163/15718085-1234136.

Prölss, Alexander. *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*. Munich: Beck/Oxford, Hart Publishing/Baden-Baden, Nomos, 2015.

Pino Canales, Celeste. et. al. *Temas de Derecho Internacional Público*. La Habana: Félix Varela, 2006.

Resolución 671 de la 16 Asamblea de la OMI, de 19 de octubre de 1989, relativa a Zonas de Seguridad y Seguridad de la Navegación alrededor de instalaciones y estructuras costa afuera. <https://www.imo.org/>.

Ripoll Salcines, Rodolfo. “Bases teóricas de la jurisdicción y los derechos del Estado cubano en la Zona Económica Exclusiva”. Tesis doctoral inédita, Universidad de la Habana, 2015.

Tanaka, Yoshifumi. *The International Law of the Sea*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

United Kingdom Petroleum Act, 1987. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/12>

United Kingdom Petroleum Act, 1998. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/17/contents>

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Maritime Crime: A Manual for Criminal Justice Practitioners*. New York: United Nations, 2019.

United States Code of Federal Regulations, 2021. <http://www.govinfo.gov/app/collection/cfr/2021/title33>

Walker, George K. *Definitions for the law of the sea: terms not defined by the 1982 Convention*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

# ***LA CELEBRACIÓN DEL INTI RAYMI EN ESPAÑA. TINKUY E INTERCULTURALIDAD***

*The celebration of Inti Raymi in Spain. Tinkuy and interculturality*

ANA LEONILDE PINILLA PULIDO\*

**Resumen:** El Inti Raymi es una de las celebraciones más importantes para la población andina y latinoamericana, y particularmente para sus naciones y pueblos indígenas. Celebra la renovación del tiempo y de las relaciones de los humanos y la naturaleza. Procedente del mundo andino se realiza hoy en todo el mundo. En este artículo realizo un acercamiento a esta ceremonia celebrada hoy en el parque del Retiro de Madrid. Analizo la celebración como una festividad que conecta el tiempo presente y su localización en Europa con el espacio del mundo andino, con una temporalidad de más de 500 años. La celebración del Inti Raymi en Madrid constituye un encuentro donde las personas migrantes andinas se reivindican como ciudadanos. A su vez, la naturaleza ritual andina de la ceremonia consagra el espacio que al volverse sagrado desestabiliza el orden que la modernidad ha impuesto en el parque y la ciudad. Se crea la oportunidad, entonces, para un encuentro basado en el reconocimiento mutuo y en la voluntad compartida de co-construir y co-habitar el mundo. Ese proceso se denomina “tinkuy” en la lengua Kichwa. Desde ahí, discuto los modelos de gestión de la diversidad cultural, pluralismo e interculturalidad, poniéndolos en diálogo con una perspectiva que se amplía para abarcar las relaciones con lo no humano.

**Palabras claves:** Inti Raymi; Tinkuy; interculturalidad; migrantes andinos; ontología relacional; Madrid

**Abstract:** Inti Raymi is one of the most important celebrations for the Andean and Latin American populations, and particularly for their Indigenous nations and peoples. It celebrates the renewal of time and the relationship between humans and nature. Coming from the Andean culture, it is performed today all over the world. In this article I approach this ceremony held today in the Retiro park in Madrid. I analyze the celebration as a festivity that connects the present time and its location in Europe, with the space of the Andean world, with a temporality of more than five hundred years. The celebration of Inti Raymi in Madrid is a meeting where Andean migrants claim their local citizenship. In turn, the Andean ritual nature of the ceremony consecrates the space that, by becoming sacred, destabilizes the order that modernity has imprinted on the park and the city. The opportunity is created, then, for a meeting based on mutual recognition and the shared will to co-build and co-inhabit the world. This process is called “tinkuy” in the Kichwa language. From there, I discuss the management models of cultural diversity, pluralism and interculturality, putting them in dialogue with a perspective that broadens to encompass relationships with beyond even the human.

---

\*Doctora en el Programa en Ciencias Humanas: Geografía, Antropología y Estudios de África y Asia en la UAM. En la actualidad es investigadora y coordinadora académica del título de Experto en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional de la Universidad Carlos III de Madrid. [apinilla@inst.uc3m.es](mailto:apinilla@inst.uc3m.es) / [analeonildepinillapulido@gmail.com](mailto:analeonildepinillapulido@gmail.com)



**Keywords:** Inti Raymi; Tinkuy; interculturalidad; Andean migrants; relational ontology; Madrid

**Sumario:** Introducción. 1. Acercamiento a la ceremonia del Inti Raymi en el Parque del Retiro de Madrid. 1.1. La celebración del Inti Raymi institucional como un “acto de ciudadanía”. 2. Buscando claves para mejor entender el significado de la celebración del Inti Raimi: de viaje por los andes. 2.1. Del Inti Raymi Prehispánico al Inti Raymi Trasnacional. 2.2. La Reinención de los Inti Raymi populares de las comunidades andinas del Ecuador. La lucha por la plurinacionalidad. 3. La toma de la plaza, último acto en la celebración del Inti Raymi, su significado. 3.1. La toma de la plaza de Galicia en el parque del Retiro de Madrid. 3.2. Descodificando el ritual del Inti Raymi. 3.3. Del código secular de la modernidad al código de la sacralidad de la ontología relacional. 3.4. El Inti Raymi y la desestabilización del orden. 4. El Inti Raymi como Tinkuy: confrontación, convergencia para el encuentro (Yanantín). 4.1. Tinkuy, la gestión kichwa de la diversidad. 5. Modelos de gestión de la diversidad cultural en Madrid. 5.1. El pluralismo. 5.2. La interculturalidad, modelo alternativo al pluralismo como gestión de la diversidad cultural. 5.3. Repensando la interculturalidad a partir de la experiencia del Inti Raymi en el parque del retiro. Hacia una interculturalidad de lo no humano.

## Introducción

Cada solsticio de verano la población andina en Madrid celebra la fiesta de Inti Raymi (fiesta del sol) en un espacio público. Desde 2012 y hasta el presente se ha celebrado en el Parque del Buen Retiro en el centro de la ciudad<sup>1</sup>. La celebración se realiza el domingo más cercano al 21 de junio. En los años 2020 y 2021 la celebración no se ha llevado a cabo por efecto de la COVID -19<sup>2</sup>.

El Inti Raymi es una de las celebraciones más importantes para la población andina y latinoamericana, y particularmente para las naciones y pueblos indígenas del continente latinoamericano. Su celebración en Madrid, como en otros puntos de la geografía española y mundial, se debe a la emigración de la población andina a finales del siglo XX. La fiesta del Inti Raymi trascendió las fronteras del mundo andino: Chicago, New York, Toronto, Navarra, Barcelona, Murcia y Madrid, son sólo algunos de los lugares del mundo donde se festeja<sup>3</sup>. Si la celebración de la fiesta del sol está relacionada con el desplazamiento de la población andina por el mundo, debe ser entendida con relación a la permanencia y los cambios que ha sufrido a lo largo de la historia del mundo andino. Las personas y familias andinas migrantes con sus desplazamientos son los responsables de la globalización del Inti Raymi, pero en la gestión de la fiesta participan hoy las embajadas de los países andinos que se apropian de ella presentándola como parte de una nueva cultura nacional que integra lo indígena.

---

<sup>1</sup>En el año 2013 se realizó en el parque Madrid Río, recién inaugurado por el entonces alcalde, Alberto Ruíz Gallardón, como parte de su propuesta de una transformación monumental de la ciudad.

<sup>2</sup>Se ha realizado, en cambio, en los hogares, dado que la celebración corresponde al agradecimiento a la Naturaleza por la vida que nos otorga, junto a todo lo vivo, y por los alimentos que nos da.

<sup>3</sup>Luis Alberto Tuaza, “La fiesta del Inti Raymi en la construcción del Estado plurinacional en el Ecuador”, *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM* [Online], 33 (2017): s/n. doi: <https://doi.org/10.4000/alhim.5703>.

Ecuador y Bolivia promulgaron nuevas constituciones reconociendo su composición plurinacional<sup>4</sup>.

En clave migratoria, las fiestas que las poblaciones migrantes celebran nos recuerdan que es importante considerar que su desplazamiento no se reduce a su movimiento como sujetos migrantes económicos (y en ocasiones en su condición de refugiadas o asiladas) sino de personas socioculturales, seres complejos y completos, que actúan donde se encuentran como embajadores de sus naciones, y en muchos casos, de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas a las que se sienten pertenecer. En nuestro caso, se trata de embajadores culturales andinos<sup>5</sup>. Las ciencias sociales ubican las migraciones como fuerzas productoras de una nueva diversidad cultural en el mundo que ha desplazado el criterio de la diferencia. Históricamente fue el espacio el criterio principal de la diversidad cultural, las sociedades o culturas habitaban territorio separados, cada cultura tenía su lugar. Hoy en un mundo global las culturas convergen y se mezclan como resultado de los flujos migratorios, de personas, empresas y capitales. Como mantiene el antropólogo Hannerz<sup>6</sup>, el mundo nunca ha sido tan diverso como en el presente. Esto lleva a preguntarnos por las formas contemporáneas de cohabitación del mundo, por los modelos de gestión de la diversidad cultural, tanto al interior de los países de los que proceden las personas que celebran el *Inti Raymi* en Madrid, como en el mundo global resultado de los desplazamientos migratorios.

En mi investigación sobre la celebración del *Inti Raymi*<sup>7</sup> he considerado la diversidad cultural también como diversidad ontológica. La población andina en España, me refiero en particular a personas y familias que provienen de comunidades que se adscriben a las nacionalidades indígenas y a los pueblos originarios, al practicar una determinada forma de estar en el mundo ligada a cosmovisiones específicas (o filosofía de vida<sup>8</sup>) participan de la habitación del

---

<sup>4</sup>En el área andina se han promulgado nuevas constituciones que han tratado de responder a este desafío: en Colombia (1991), en el Ecuador (2008) y en Bolivia (2009), incluyendo los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes, reconociendo la plurinacionalidad (en Bolivia y el Ecuador) y en el caso del último país, también el derecho de la Naturaleza.

<sup>5</sup> El concepto "mundo andino" es polisémico, Su significación ha cambiado en el tiempo. Podemos delimitar lo andino a un espacio geográfico ubicado en América del Sur y caracterizado por ser una región montañosa (Cordillera de los Andes) con una altitud promedio de 4000 metros. Dicha región se extiende desde Venezuela, atraviesa Colombia, Perú, Bolivia, llega hasta el norte de Chile y Argentina. Por extensión, el término andino se utiliza para delimitar el espacio político de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, que constituyen la Comunidad andina. En ellos, lo andino hace referencia a quienes se consideran pertenecientes a nacionalidades indígenas: kichwas, saraguros, quechuas, aymaras, etc.

<sup>6</sup>Ulf Hannerz., *Conexiones transnacionales. Cultura, gente, lugares* (Madrid: Ediciones Cátedra. 1998).

<sup>7</sup>Pinilla Pulido, Ana Leonilde. *La Celebración del Inti Raymi en España. Tinkuy e Interculturalidad*. (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. 2021). Tesis de doctorado dirigida por Juan Carlos Gimeno Martín.

<sup>8</sup>Filosóficamente, Josef Estermann caracteriza el mundo andino en la interrelación de un espacio geográfico concreto y el desarrollo de un pensamiento filosófico propio, así como las formas de habitar el mundo que produce: "El espacio geográfico y topográfico de los Andes es determinante en parte para la elaboración de un pensamiento filosófico propio, tal como lo eran también –mutatis mutandis– el paisaje costeño en Jonia para la filosofía griega o la región fluvial del Ganges para la filosofía india. Por ejemplo, no impactan como categorías primordiales (como en Jonia) la reflexión sobre la inmensidad del

mundo a su manera<sup>9</sup>, aun cuando residan en lugares bien lejanos del contexto donde histórica y geográficamente sus ontologías tienen sentido propio. Aunque cultura y ontología son categorías que tienden a intercambiarse, la aproximación desde el giro ontológico sostiene que ontología no es otra palabra para decir cultura, y esta es una consideración que tendrá suma importancia en el desarrollo de mi trabajo.

## I. Acercamiento a la ceremonia del Inti Raymi en el Parque del Retiro de Madrid

En mi investigación de tesis he abordado la presentación, descripción y análisis del Inti Raymi en el parque del Retiro, entre 2012, el primer año que se realizó y 2019, desde la conciencia de ser una celebración inserta en un tiempo de larga duración: como el encuentro contemporáneo de mundos, que entrelazaron sus historias hace 500 años. La historia del parque del Buen Retiro es paralela a esta historia: refleja en su configuración los cambios en la historia de España y de la ciudad de Madrid, siempre connotada por su condición de capital (de un imperio primero, y de un estado con vocación de modernidad después). La plaza de Galicia, donde se realiza la ceremonia del Inti Raymi, que se creó en 1963, formó parte de la zona del parque que constituyó el “reservado” del rey.

El reflejo del imaginario imperial y monárquico está inscrito en los monumentos y esculturas del parque, en los nombres de las puertas de entrada y en sus calles. La conformación del Retiro como la plasmación de una geografía de la ciudad que tiene a la vez una escala nacional e imperial queda reflejada en

---

mar, la dialéctica entre tierra firme (constancia) y aguas movibles (mutabilidad), ni (como en la India) la periodicidad de los monzones [...] sí juegan un rol importante la precariedad de la tierra y del agua, la dialéctica entre arriba y abajo (por la topografía) [...]. Josef Estermann, *Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo* (La Paz: Bolivia, 2006), 60.

Interpretado en relación con las formas colectivas de vivir de una determinada población, lo andino, sería entendido como “cultura” y en el sentido filosófico, es decir en la comprensión del “ser humano andino” o del “pueblo andino”, es decir, como una categoría étnica (Estermann, *Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 61).

El autor sostiene, que superando cualquier “purismo” antropológico y/o omantización etnológica, así como todo abordaje posmoderno de los estudios culturales, lo andino está presente en muchos elementos de la tradición inca, pero no se reduce a la misma. Lo incaico sería una de sus expresiones, por lo que no podemos hacer una escisión entre lo propiamente andino y lo inca, sin caer en errores hermenéuticos. Lo andino debe ser comprendido, en consecuencia, como un fenómeno multicultural –también multiétnico–, no limitado meramente, aunque sí siendo más evidente en las poblaciones indígenas de América Latina.

Para Estermann, lo andino debe ser visto como “un pensamiento vivo y vigente en la actualidad, con raíces históricas muy hondas, inclusive y ante todo en el periodo de la cultura incaica” (Estermann, *Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 73).

<sup>9</sup> En los estudios andinos, el trabajo de Marisol de la Cadena (2015) ha introducido en la antropología andina el denominado giro ontológico, que aportaron entre otros, Eduardo Viveiros de Castro, Eduardo. *Metafísicas caníbales* (Buenos Aires: Katz, 2012) y . Descola, Phillipe. *Más allá de naturaleza y cultura*, (Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2012) Se trata de tomar en cuenta epistemologías en las que los seres telúricos, así como los seres no humanos tengan un papel manifiesto, además de, y en relación con los seres humanos. El giro ontológico llama a tomar en serio el mundo indígena en sus propias categorías.

la información que ofrece el ayuntamiento<sup>10</sup> animando a los visitantes a visitarlo, detallando la ubicación de las puertas de entrada, que fueron abriéndose a medida que se fueron tumbando los muros, por la presión popular, convirtiéndose el Parque en un espacio público para los madrileños. Ahora también para quienes visitan la ciudad, así como para las personas migrantes.

Desde las calles que rodean la plaza de Galicia, con sus nombres que evocan los países latinoamericanos, recordatorio de las relaciones de los lugares de procedencia de los migrantes andinos con la madre patria con la que están vinculados por la historia común del pasado imperial-colonial, llegan los grupos de baile (del Ecuador, de Bolivia y del Perú), momento final de la celebración del Inti Raymi. Sobre la plataforma en el centro de la plaza, que tiene forma de vieira, se ha instalado una mesa ceremonial, con los productos de la tierra y los particulares objetos litúrgicos andinos, donde están presentes los elementos, agua, aire, fuego, y los productos de la tierra, cuya función es "abrir el espacio" para conectar con la Naturaleza, con la Pachamama, con la Madre Tierra. La "toma de la plaza" por parte de los grupos de baile que llegan danzando por los senderos tiene un hondo significado simbólico e histórico, al que me referiré más adelante.

La ceremonia se desarrolla en tres tiempos. En cada uno toman protagonismo distintos actores, con diferentes objetivos y cumpliendo distintas funciones, ante una audiencia donde se mezclan familias andinas y latinoamericanas usuarios del parque que asisten los domingos y turistas. El Inti Raymi institucional, constituye el primer momento, con la participación de los representantes de las embajadas que organizan el acto. Los representantes de la Comunidad y del Ayuntamiento de Madrid, cuando están presentes actúan como anfitriones; el segundo momento, el Inti Raymi ritual, es oficiado por parejas de maestros de ceremonia indígenas y tiene un contenido trascendente: se celebra la renovación de las relaciones de los seres humanos entre sí y con todo lo vivo. El tercer momento es el Inti Raymi popular con la participación de grupos de baile, a los que al final de la fiesta, tras la toma de la plaza se suma lúdicamente el público.

Participando en esta celebración ritual en el parque del Retiro en el centro de la ciudad, las familias andinas migrantes reunidas refuerzan su sentido de

---

<sup>10</sup>“En el lateral que da a la Avenida de Menéndez Pelayo a lo largo de sus poco más de 1.700 metros, encontraremos nueve puertas, dos de ellas recuerdan la presencia de España en América: La América Española, Reina Mercedes, Sainz de Baranda, Doce de Octubre, Herrero Palacios, Granada, Niño Jesús, Dante y Mariano de Cavia...Al llegar hasta la Puerta de la América Española, situada a unos 200 metros de la anterior de “O’Donnell”, veremos en su parte superior el escudo republicano y la inscripción “Al Ayuntamiento de 1932 que acordó su apertura, los vecinos del barrio”. Una vez que la crucemos, estaremos en el Paseo de Colombia y, desde él, entre otros recorridos, podremos visitar la ruina de la Ermita de San Pelayo y de San Isidoro. Seguimos caminando otros 200 metros hacia el Sur y llegamos a la Puerta de la Reina Mercedes. Situada frente a la Calle de Ibiza, por ella entramos al Paseo de Panamá, que podemos recorrer hasta la Plaza de Guatemala; allí, continuamos por el Paseo de Chile y llegaremos al Monumento a Alfonso XII, tras el que tenemos el Estanque del Retiro. (VdM - una Ventana desde Madrid /miércoles, 21 de octubre de 2009).

pertenencia común a un colectivo, visibilizándose en el espacio público por medio de sus marcadores identitarios (vestidos, músicas, danzas), reafirmando su diferencia cultural, y reclamando su reconocimiento. Reivindican de manera festiva y performativa sus derechos como ciudadanos y de esta manera nos recuerdan que existir, es existir políticamente.

La celebración del ritual tiene una dimensión no sólo cultural, sino también espiritual (o numinosa<sup>11</sup>) cuyo objetivo es renovar la energía física, espiritual de las personas y de la Madre Tierra (la Allpamama, la Pachamama), celebrar su vitalidad y fecundidad, así como armonizar las relaciones de lo humano, con lo no-humano y con el Cosmos. A este nivel, el conjunto de actores que participan de la celebración se amplía para incluir, más allá de los miembros de las diversas culturas que se encuentran, a todos los seres vivos, como corresponde a la dimensión relacional de la ontología andina<sup>12</sup>.

La toma de la plaza por los grupos de baile es el momento en el que la dimensión institucional de la ceremonia y su dimensión ritual se entrelazan. Lo político y lo trascendente. Esta es relación que no es fácil considerar desde nuestras categorías académicas dominantes. Para entenderlo tuve que abordar en mi investigación una estrategia desestabilizadora, de abordaje plural y multisituada, dado que las claves (culturales y ontológicas) de la celebración se localizan en otro lugar (el mundo andino), en otro tiempo (la continuidad desde el tiempo precolombino hasta el presente, pasando por el periodo colonial y el de las nuevas repúblicas latinoamericanas) y en otras temporalidades (una ontología no dualista, donde lo trascendente está en lo inmanente).

### 1.1. La celebración del Inti Raymi institucional como un “acto de ciudadanía”.

Constituye un lugar común el argumento de que no es posible comprender las migraciones sin entender la situación de los países de origen. En mi caso, no podía entender la migración andina a España en las últimas décadas sin

---

<sup>11</sup>Para Colombes, Adolfo. *El resplandor de lo maravilloso, o, el reencantamiento del mundo*. (Buenos Aires: Colihue, 2018), 12, lo numinoso se refiere a lo maravilloso, la brujería, también lo sublime, lo trascendente. Para evitar la reacción que produce esta categoría para el sentido común fenomenológico de la razón moderna, el autor nos recuerda que los mitos con los que confrontó el iluminismo no solo legitimaban la opresión (como superstición o religión); había otros que potenciaban la liberación. Por otra parte, hoy es evidente que la razón, lejos de ser siempre emancipadora, produce sus propios monstruos.

<sup>12</sup>Ontología basada en la relacionalidad. En ella, lo trascendente se da en lo inmanente, y no como creencia, Arturo Escobar. “Desde abajo, por la izquierda, y con la Tierra: La diferencia de Abya Yala/Afro/Latino-América”, *Revista Intervenciones en Estudios Culturales* (2016):131, señala que considerar estas ontologías se vuelve una tarea complicada: "Para nosotros los urbano-modernos, que vivimos en los espacios más marcados por el modelo liberal de vida (ontología del individuo, propiedad privada, racionalidad instrumental y el mercado), la relacionalidad constituye un gran desafío, dado que se requiere un profundo trabajo interior personal y colectivo para desaprender la civilización de la desconexión, del economismo, la ciencia y el individuo. Quizás implica abandonar la idea individual que tenemos de práctica política radical. ¿Cómo tomamos en serio la inspiración de la relacionalidad? ¿Cómo re-aprendemos a inter-existir con todos los humanos y no-humanos? ¿Debemos recuperar cierta intimidad con la Tierra para re-aprender el arte de sentipensar con ella? ¿Cómo hacerlo en contextos urbanos y descomunalizados?" (Escobar, “Desde abajo, por la izquierda, y con la Tierra”, 131).

considerar la crisis económica que afectó a la región andina al final del siglo XX. El objeto de mi investigación se centró particularmente en la migración ecuatoriana durante este periodo.

En la literatura sobre las migraciones se da menos importancia a otros elementos. La prioridad en el énfasis económico se deriva de la consideración de las migraciones principalmente en su función económica, donde las poblaciones migrantes se movilizan en busca de los trabajos que faltan en sus países de origen. En el caso de las migraciones andinas a España, y en particular la migración ecuatoriana debe ser entendidas considerando también las transformaciones sociopolíticas que acontecieron en la región andina a finales del siglo XX. En el Ecuador, en Bolivia, y en menor medida en Perú, fueron claves las luchas políticas y movilizaciones indígenas que llegaron a desestabilizar los gobiernos. En el Ecuador y Bolivia estas luchas contribuyeron a la promulgación de las nuevas constituciones, en las presidencias de Rafael Correa y Evo Morales, respectivamente. Los migrantes andinos conocían estas luchas; muchos de ellos participaron en ellas. La significación de estas luchas se hunde en una larga historia de dominación colonial y resistencia.

Cuando las mujeres y hombres indígenas ecuatorianos con los que traté en mi investigación llegaron a España, traían consigo la experiencia reciente en las luchas por sus derechos a ser ciudadanos en sus países, y una larga memoria de los procesos históricos de exclusión que habían sufrido en su condición de indígenas<sup>13</sup>. Los gobiernos que surgieron tras estas luchas en Bolivia y el Ecuador, intensificaron la construcción de una sociedad cívica incluyente, además de reconocer la plurinacionalidad de sus países. con las migraciones (creciendo exponencialmente entre el año 2000 y hasta la crisis económica en España de 2008), la gestión de los ciudadanos andinos en el extranjero se había convertido en un ámbito más de la política exterior, lo que conllevaba asumir responsabilidades sobre la situación de los colectivos migrantes, colectivo que se había revelado un actor clave en la economía y política nacional de los países de origen<sup>14</sup>. De ahí, el interés institucional de las embajadas en organizar una fiesta como el *Inti Raymi*, que contribuía a la visibilización de los colectivos migrantes andinos en España, enfatizando su aportación al país de acogida desde una doble diferencia: cultural, como ciudadanos de países latinoamericanos, y como representantes de una cultura milenaria.

Desde su primera edición en 2012 el lema escogido para la celebración fue: “Todos juntos”, que respondía a los intereses comunes de los países organizadores del evento: Ecuador, Bolivia y Perú. Respondía a la voluntad de

---

<sup>13</sup>Para el caso del Ecuador, ver: Carlos de la Torre Espinosa. *El racismo en Ecuador: Experiencias de los indios de clase medias*, Buenos Aires, CLACSO, Colección CAAP EC Ecuador. 1996.

<sup>14</sup>Desde la llegada al gobierno, con la Revolución Ciudadana, el presidente Correa trató de cambiar los parámetros y las dinámicas que caracterizaban las relaciones internacionales del Ecuador con los países de la región y del mundo, con el objetivo de participar en los procesos de construcción del mundo global, en una época de reconfiguración geopolítica y cambios en la integración regional y continental.

sus gobiernos para coordinarse y tener una mayor incidencia en el exterior. La participación de países latinoamericanos invitados en las distintas ediciones, Venezuela, Cuba y Nicaragua revela un interés en promover relaciones horizontales frente a la madre patria común.

Al comienzo del trabajo de campo que realicé para la investigación conversé con personas migrantes andinas (hombres, mujeres, niños, jóvenes...) en los parques de Madrid, donde estaban muy presentes, lo que me llevó a conocer de su propia voz las necesidades que tenían: Compartían con emoción conmigo su sentir de su vida como migrantes, en compañía de los suyos. La mayor parte de estas personas procedían del Ecuador. Me expresaban sentimientos de nostalgia, que muchos de ellos, tanto hombres, como mujeres, enfrentaban por medio del consumo de importantes cantidades de alcohol en compañía de otras personas también migrantes. Me confesaban que se sentían discriminados, tratados no como personas, sino como fuerza de trabajo (muchos hombres se empleaban en la construcción; las mujeres, como trabajadoras domésticas). Tuve la oportunidad de conocer su música, compartir su pasión por el deporte, sus danzas y su gastronomía. En nuestras conversaciones me trasladaban tanto su riqueza cultural, como su pasión por la vida, lo que para mí contrastaba con la imagen problemática con la que eran construidos por una parte de la sociedad autóctona y por los medios de comunicación, que juzgaban su comportamiento en los espacios públicos como poco adecuado, cuando no incívico. Se me hizo evidente que como trabajadores migrantes permanecían invisibles, y cuando se hacían presentes, precisamente al practicar su propia cultura, eran visibilizados negativamente, como si fueran seres problemáticos. La conciencia de esta situación me llevó a interesarme por los esfuerzos de las asociaciones migrantes por alcanzar visibilidad y sus luchas por acceder a sus derechos.

La población andina migrante ha vivido en las últimas décadas al menos dos momentos donde la lucha por sus derechos ha alcanzado cierta visibilidad: la lucha por los papeles (sobre todo en los procesos de regulación en los años 2001 y 2002, ver Suárez<sup>15</sup>) y la lucha contra los desahucios (en el año 2009 y siguientes)<sup>16</sup> En ambas situaciones la población migrante, y dentro de ella, la población andina, ha conseguido un alto grado de movilización social y un fuerte protagonismo. La Coordinadora Nacional de ecuatorianos en España, CONADEE, consiguió frenar los desahucios y trabajó para proponer un cambio de la ley inmobiliaria denunciando “la estafa del sistema bancario”. En cuanto a lo primero, reclamaba una ley retroactiva de “dación en pago”, que anulara la

---

<sup>15</sup>Liliana Suárez Navaz. “Introducción. La lucha de los sin papeles. Anomalías democráticas y la (imparable) extensión de la ciudadanía”. En *Las luchas de los sin papeles y la extensión de la ciudadanía. Perspectivas críticas desde Europa y Estados Unidos*, editado por Liliana Suárez-Navaz, Raquel Macià Pareja y Ángela Moreno García, Ángela (2007): 15-34.

<sup>16</sup>Cuando se puso en marcha en noviembre del 2009 el Desahucio Express, una modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley de Enjuiciamiento Civil que creaba mecanismos para los desahucios más rápidos y efectivos en caso de morosidad o impago del alquiler del inmueble.

deuda contraída previamente al momento en que el banco confiscaba la vivienda. En relación con el segundo, exigía respuestas en el plano jurídico y en el plano político. Concretamente, se constituyó como parte civil en demandas por estafa.

Estas dos luchas pueden entenderse como actos de ciudadanía<sup>17</sup> de las poblaciones migrantes, por medio de los cuales se desestabilizan las fronteras entre inmigrantes y los otros autóctonos, y se reajustan, al menos por un tiempo, (ética e ideológicamente) las líneas que establecen las fronteras y los criterios de pertenencia. Mediante estas luchas las personas migrantes, a pesar de su posición de estar "fuera de lugar", en determinados momentos históricos desafían las fronteras en las que son colocadas volviéndose sujetos políticos (con su voz propia y con sus acciones en defensa de sus intereses y reivindicación de derechos) que ponen en cuestión estas fronteras. Desestabilizan así los términos del sentido común y del debate público, encontrando eco en otros colectivos y ámbitos, al demandar respuestas abiertas y posibilitadoras a la pregunta que se da en la sociedad de quiénes tienen el derecho a tener derechos. Como señala Arribas: "Confrontando las lógicas y mecanismos de subordinación/subalternización, las luchas desplegadas por los y las migrantes problematizan las categorías normativas de pertenencia y no pertenencia a través de "actos de ciudadanía" informales o sólo parcialmente formalizados".<sup>18</sup>

En mi investigación amplí el uso de la categoría "actos de ciudadanía" para aplicarla a la celebración del Inti Raymi en el parque del Retiro, entendiendo la fiesta como una oportunidad para la autoafirmación de las personas andinas visibilizándose en un espacio público, con sus trajes, sus músicas y sus bailes, cantando y lanzando gritos en aymara, quechua y kichwa. Desde su cultura e identidades propias, enfrentan los procesos de invisibilización (como trabajadores en sectores productivos mal considerados y remunerados, y como habitantes de la periferia de la ciudad), y su visibilización negativa (cuando con estereotipos, se les presenta como una especie de "okupas" haciendo un uso inadecuado de los espacios públicos).

Esta consideración exige referirse a estas personas como parte de grupos culturales, desde la categoría de "ciudadanía diferenciada", y tomar en cuenta la dimensión colectiva, cultural y/o comunitaria, más allá de, y complementando, la correspondencia entre ciudadano e individuo<sup>19</sup>. También es preciso tomar en consideración la dimensión histórica de las relaciones que constituyen la diferencia de esta ciudadanía diferenciada, como puso de manifiesto un hombre ecuatoriano de unos cuarenta años, cuando al finalizar la

---

<sup>17</sup>Alberto Arribas Lozano. "Migraciones, acción colectiva y colonialidad del saber en el campo académico español: los y las migrantes como sujetos políticos invisibles/invisibilizados", *Tabula rasa* 29 (2017): 367-385.

<sup>18</sup>Arribas Lozano. "Migraciones, acción colectiva y colonialidad del saber en el campo académico español: los y las migrantes como sujetos políticos invisibles/invisibilizados", 371.

<sup>19</sup>Las luchas a las que me he referido antes, la lucha por los papeles y contra los desahucios, se inscriben como actos de ciudadanía que buscan el reconocimiento de las personas migrantes como sujetos políticos.



celebración del Inti Raymi de 2012 me compartió esta reflexión: “¡Esta es la verdadera descolonización, porque en el centro de España hemos hecho nuestra ceremonia! ¡Esto es descolonización! ¿Me entiendes? Me quedo con eso. Más de 500 años y aquí hemos hecho lo que hemos querido y ya está. Y en presencia de ellos, y además sus representantes (del Ayuntamiento y de la Comunidad de Madrid) estaban. Es mi cultura también, Yo también formo parte de eso. Antes no teníamos claro el asunto porque teníamos una mentalidad colonizada, pensábamos de otra manera, pensábamos no sé qué, no sé qué cuentos. Hemos roto esquemas”.

Las relaciones que he entablado en trabajo de campo, que se han ido estrechando, con mujeres y hombres indígenas ecuatorianos migrantes me llevaron a considerar a estas personas a partir de categorías que desbordan el reduccionismo de la clasificación social migratoria, mediante la cual quedan confinadas al espacio “natural” de los migrantes: en el ámbito de lo laboral, como agentes económicos y trabajadores; en el ámbito de la coexistencia social, construidos como unos “otros” estigmatizados y, en último término, potencialmente problemáticos: el acceso a los derechos de las personas migrantes se da de forma incompleta, cuando no le es sencillamente negado. Como consecuencia, al no ser su humanidad considerada de manera completa son tomados como infra ciudadanos. Sufren lo que podemos calificar un déficit ontológico, al no ser considerados suficientemente como sujetos políticos.<sup>20</sup>

Para contrarrestar esta tendencia en mi investigación realicé la historia de vida de Enrique Pulupa Simbaña, lo que me permitió construir una narrativa alternativa a la que tiende a considerar que la historia de las personas migrantes (y su condición de sujetos) nace con el proceso migratorio, como si fuera irrelevante su historia anterior.

---

<sup>20</sup> A diferencia de las migraciones de las décadas de 1960 a 1980, donde se daba una correspondencia entre la demanda de trabajo de los países europeos y la llegada de migrantes, uno de los rasgos de las actuales migraciones es la disociación con la demanda de trabajo en los países receptores. Como apunta Kitty Calavita, Kitty. “Immigration, Law and Marginalization in a Global Economy: Notes from Spain”, *Law & Society Review*, 32, 3 (1998): 529-566, las políticas migratorias definen los parámetros diferenciales de inclusión y exclusión de la población extranjera en la comunidad nacional y las correspondientes limitaciones a sus derechos y libertades. Así, la Ley de Extranjería española recrea y perpetúa la condición de "outsider" de los trabajadores provenientes de países periféricos, como es el caso de América Latina, que se instalan en el territorio de los países centrales. En consecuencia, según la brecha entre las dos partes involucradas se agranda, también la imagen social del emigrante se torna más negativa y amenazadora y su llegada se vincula a un sinnúmero de problemas. El rechazo social y político se vive en términos de invasión y de amenaza y los que llegan son etiquetados como aquellos “que no son de los nuestros” como signo y símbolo de los “pobres y no occidentales”, y que precisamente por estas carencias, envidian y anhelan el sistema occidental. En el imaginario colectivo de la sociedad autóctona que se va construyendo, el inmigrante se asocia a la alarma que genera por su supuesta competencia laboral y social y su imagen negativa -son ilegales, penetran furtivamente, quitan puestos de trabajo, compiten por las ayudas sociales - es magnificada por los medios de masas. La figura del emigrante aparece, así, unida a las nociones de ilegalidad e infracción, pobreza, arcaísmos, miseria, etc. Atributos claramente sesgados y nocivos que potencian los temores y dan pábulo a las actitudes negativas de la población.

Tío Enrique Pulupa es uno de los protagonistas de la celebración del *Inti Raymi* en el parque del Retiro: ha oficiado como maestro kichwa la ceremonia ritual cada año, de 2013 a 2019. En uno de los fragmentos de su vida que presenté en la tesis, describía su surgimiento de su concienciación política como miembro del pueblo *kitu kara* y de nacionalidad kichwa del Ecuador, en las décadas de 1980 y 1990 como el resultado de su participación en la campaña de resistencia a la celebración del Quinto centenario de la llegada de Colón a América. La concienciación de Tío Enrique era parte de una concienciación mucho más amplia en el Ecuador: el levantamiento indígena de 1990 en el Ecuador conocido como el levantamiento del *Inti Raymi*, por las fechas en que se produjo, en junio de aquel año, fue una expresión de las luchas indígenas por sus derechos en aquel contexto<sup>21</sup>.

A pesar de la concepción formal de ciudadanía, donde todos los ciudadanos serían iguales ante la ley, la población indígena del Ecuador históricamente ha seguido siendo tratada como menor de edad y legalmente incompetente y en la vida cotidiana seguía padeciendo los efectos de la continuidad de la jerarquía étnica de origen colonial. La nueva legislación republicana no transformó la estructura colonial ni sus estrategias de dominación. En este contexto de desarrollo de los derechos de ciudadanía respecto a la población indígena, la igualdad ciudadana no afloró en la imaginación colectiva blanca-mestiza ecuatoriana. Los indígenas seguían siendo “percibidos bajo la categoría de incivilizados, animalizados, apenas humanos”<sup>22</sup>. De esta manera, bajo las nuevas constituciones modernas que surgieron en el Ecuador y en los países latinoamericanos durante el siglo XIX se inscribió en las leyes una imagen de los indios que los poderes públicos debían tutelar y cuya misión era civilizarles. Los indios eran considerados como ciudadanos en el Ecuador sólo desde el plano de la tributación, siendo excluidos de los demás ámbitos.

Frente a esta concepción y práctica del ejercicio de los derechos ciudadanos del Ecuador que negaba al indio su condición de sujeto (ciudadano) se levantaron los indios durante el siglo XX en una serie de oleadas de protesta y reivindicación que culminaron en el levantamiento de 1990. Tío Enrique Pulupa había vivido en su propia piel las consecuencias de dicha política, debatiéndose en su condición de indio con las imposiciones de una política de la diferencia cultural que en el siglo XX presentaba al “indio como problema” y trataba de redimirlo ascendéndole de su condición primitiva a la condición de ciudadano, si bien haciéndole renunciar a su lengua, el kichwa, a su indumentaria y a su trenza (tres de los indicadores de la indianidad en el Ecuador).

---

<sup>21</sup>CONAIE. *El Levantamiento Indígena del Inti Raymi de 1990*, 2014.

<sup>22</sup>Andrés Guerrero, “Ciudadanía, Frontera Étnica y Compulsión Binaria”. *ICONOS* 4 (1997):112-122.

La consideración de las personas migrantes andinas como sujetos que realizan actos de ciudadanía como respuesta a su discriminación no surgió en España, sino que dio continuidad en un nuevo territorio a luchas por el derecho a la ciudadanía que venían de atrás en el tiempo. Muchas de las personas migrantes formaron parte de colectivos que se movilizaron contra la discriminación histórica y contra las políticas neoliberales, consiguiendo desestabilizar gobiernos e impulsar la promulgación de nuevas constituciones (Bolivia, 2009 y el Ecuador, 2008) que han reconocido la plurinacionalidad de estos países. Esas luchas forman parte de la memoria, personal, familiar y colectiva en el mundo andino. Sin embargo, la consideración de los migrantes como sujetos políticos, portadores de experiencias con capacidad de incidencia, casi no es tenida en cuenta en los estudios sobre las migraciones.

Por otra parte, la propuesta de participación de Tío Enrique Pulupa como maestro indígena en la celebración del Inti Raymi proviene del reconocimiento de su trabajo, realizado desde que llegó a España a finales de la década de 1990 en la promoción de la cultura andina ecuatoriana como presidente de la asociación cultural Puriccuna (“caminantes” en kichwa) que creó en 2003. En el marco de las actividades culturales, Tío Enrique ha promovido la celebración de un Inti Raymi de participación popular en el río Alberche desde 2001, siendo un referente de la celebración de la fiesta del sol para la población andina del centro de España<sup>23</sup>. Esta fiesta se asemeja a la que celebran las comunidades andinas del Ecuador, especialmente en Otavalo, provincia de Imbabura.<sup>24</sup>

La ceremonia del parque del Retiro es oficiada en cada fase por parejas de cada país, para respetar la dualidad complementaria (hombre-mujer/ chachawarmi) el mundo andino, que actúan coordinadamente. En la primera parte, institucional, las parejas son parte de las embajadas o consulados de los países organizadores: explican, estructuran y dinamizan la ceremonia. En la segunda parte, la fase de la ofrenda al sol y agradecimiento a la tierra (el ayni) las parejas de maestros son indígenas de cada país: dirigen la parte espiritual de la fiesta, las relaciones de lo humano con la Pacha Mama. Desde 2013, la pareja de maestros indígenas por parte del Ecuador ha sido el matrimonio compuesto por los taitas Tío Enrique Pulupa Simbaña y Tía Mary Changoluisa Aguas<sup>25</sup>. Es la condición reconocida socialmente de taita o de yachak, la que habilita para officiar como maestro de ceremonias en el Inti Raymi, “Taita”, significa “padre” en lengua

---

<sup>23</sup>Desde el año 2011 he participado y acompañado esta celebración que tiene una dimensión popular y familiar en el río Alberche, que toma como referencia la celebración de la fiesta del Inti Raymi en Otavalo. Allí se realiza, en la cascada de Peguche, el Armay Tuta, ritual de renovación. La realización del ritual en el río Alberche posibilita el ritual de limpieza y renovación.

<sup>24</sup>La celebración del Inti Raymi a nivel popular se ha difundido en los distintos lugares de España donde ha habido migrantes andinos, caracterizándose por la particularidad de la composición de la población. Así en el caso del Inti Raymi celebrado en Barcelona o Torrejón de Ardoz, por kichwa otavaleños, o en Murcia, por kichwa cañaris, ambos del Ecuador.

<sup>25</sup>Tío Enrique Pulupa pertenece al pueblo kichwa kitu kara; Tía Mary Changoluisa es kichwa panzaleo. En el año 2012, Tío Enrique Pulupa no participó como maestro de ceremonias por el Ecuador; si, Tía Mary.

kichwa, y se usa para denominar a las personas a quienes se debe respeto, y la palabra yachak, significa “sabio”. Con estos términos se reconocen y valoran los conocimientos y prácticas culturales que vinculan lo humano y la Madre Tierra. Aquí las personas lo son, como individuos particulares, pero también y a la vez como parte de una comunidad cultural y como parte de la Naturaleza. Las mismas personas que como inmigrantes son construidos como ciudadanos de segunda clase, aparecen aquí, saturadas de una manera afirmativa de ser, en kichwa, runakuna. Runakuna no se caracteriza por un déficit ontológico, sino por lo contrario, por un exceso, puesto que ser-runakuna es siempre ser-en-relación. Los runas sería personas, pero no "solo", dado que sólo pueden serlo con relación con su familia, con su ayllu, con la Pachamama, en suma, con la vida. Los taitas tienen una especial consideración aquí: como seres conscientes de ser un ser-en-relación su labor es contribuir al equilibrio de las relaciones que constituyen la red de vida que comparten humanos, con no humanos, con la naturaleza, con el cosmos; una red de vida a la que hay que contribuir a cuidar y mantener sana y en equilibrio armónico. Este es el significado profundo de la celebración del Inti Raymi, un ritual de agradecimiento a la Madre Tierra, a la naturaleza.

## **2. Buscando claves para mejor entender el significado de la celebración del Inti Raimi: de viaje por los Andes**

Para la comprensión del Inti Raymi consideré necesario un acercamiento a través de la literatura histórica y antropológica, poniendo un especial énfasis en la producción de autores indígenas. También me pareció necesario visitar la región, realizar un acercamiento fenomenológico al mundo andino: caminarlo, observarlo, escucharlo, sentirlo... Me desplazé<sup>26</sup> en 2013 a Cuzco (Cusco, o el Cosco, para sus pobladores), corazón del mundo incaico en el que los cronistas de Indias describieron la celebración del Inti Raymi. Visité después diversos emplazamientos de los Andes peruanos, bolivianos, ecuatorianos y colombianos en 2013, 2014 y 2015, participando de una variedad de rituales realizados siguiendo la cosmovisión andina.<sup>27</sup> Una aproximación etnográfica multisituada, complementada con las múltiples lecturas sobre la historia y antropología andina, así como de los procesos migratorios, me permitió formular mejor las preguntas que habían surgido en mi investigación en España: sobre el racismo y los estereotipos y su percepción por el mundo indígena; sobre el concepto de sincretismo, y sus límites para designar procesos de hibridación que no consideran suficientemente las estrategias de apropiación de los grupos subalternos, y la continuidad a través del tiempo de las prácticas culturales andinas; sobre la espiritualidad asociada a una manera de habitar el mundo ontológicamente distintiva de las comunidades andinas (y amazónicas). La relación con la familia de Tío Enrique Pulupa y de Tía María Changoluisa, así

---

<sup>26</sup>Estancia de investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú. En el departamento de ciencias Sociales en los meses de junio, julio y agosto de 2013.

<sup>27</sup>En 2014 y 2015 visité las tierras bajas del Oriente del Ecuador.

como con otras personas durante los años de mi investigación<sup>28</sup>, fueron claves para la comprensión, no solo racional, también emotiva, de la significación de la fiesta del sol.

En las siguientes páginas comparto claves históricas del Inti Raymi, así como su significación en comunidades del Ecuador, especialmente Otavalo, celebración que sirve de referencia a la realización del Inti Raymi en otras partes del mundo.

## 2.1. Del Inti Raymi Prehispánico al Inti Raymi Transnacional

Conocemos la existencia de la fiesta del sol por los relatos de los distintos cronistas, como el Inca Garcilaso de la Vega en sus *Comentarios reales*, José de Acosta, en la *Historia natural y moral de las indias*. Publicada en Sevilla en 1590, Pedro Sarmiento de Gamboa, en su obra *Historia de los Incas* escrita en 1572. y Guamán Poma de Ayala en su *Nueva Corónica* de 1615. Se ha discutido la dimensión “inventada” del relato del Inca Garcilaso sobre el Inti Raymi, puesto que realizó su descripción años después de que la ceremonia se hubiera prohibido, y utilizó en ella referencias de la festividad cristiana del Corpus Christi que se celebraba en las mismas fechas del año<sup>29</sup>. Los relatos de estos autores, especialmente el del Inca Garcilaso<sup>30</sup>, fueron la base desde donde posteriormente se escribieron los sucesivos guiones del Inti Raymi: cuando se reinventó en 1944 en el Cusco. Perú: El guion oficial se reescribió para la representación en 1952, para dotarle de un mayor rigor histórico, con la participación y aval del reputado escritor y antropólogo andinista, José María Arguedas. El guion se ha mantenido casi igual hasta hoy (con algunas modificaciones introducidas por Daniel Estrada Pérez, alcalde de la ciudad en las décadas de 1980 y 1990).

<sup>28</sup> Quiero mencionar especialmente a Ricardo Awananch Taish, uwishin shuar, y a su familia en España y en el Ecuador, a Isaías Muñoz Macanilla, taita del Putumayo colombiano y a Hernando Chindoy Chindoy, del pueblo inga, presidente del cabildo indígena en Nariño, Colombia, por sus aportaciones y hermandad.

<sup>29</sup> Carolyn Dean. *Los Cuerpos de los Incas y el Cuerpo de Cristo. El Corpus Christi en el Cuzco Colonial*. (Lima: Universidad de San Marcos y Banco Santander, 2002).

<sup>30</sup> Garcilaso de la Vega, Cristóbal de Molina —El Cusqueño— y Cieza de León, fueron las referencias utilizadas para la reinención del Inti Raymi, principalmente Garcilaso, de quien se tomó el argumento principal del ritual. Cristóbal de Molina proporcionó a la comisión referencias litúrgicas cristianas. Además de la oración central del Inca, que había continuado siendo expresada a través de los años, siguieron el texto de Molina para introducir una “comunión”, que obviamente recuerda la liturgia católica. De acuerdo con el guion de 1952, durante tal comunión —que, como en la misa católica, es ubicada al final del ritual—, el Inca debía beber chicha de maíz y comer cancu, un tipo especial de pan. Finalmente, Cieza de León proporcionó a los autores oficiales contemporáneos del Inti Raymi los títulos de algunos de los nobles incas que participaban de la ceremonia. Marisol de la Cadena, Marisol. *Indígenas: raza y cultura en el Cusco*. (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2004, 191).

El acercamiento a la verdad histórica es siempre parcial. Carol Ann Fiedler (1985) señala que la rescincificación de la ceremonia requirió un trabajo considerable de invención, siendo “el 5% documental, 95%, fantasía.” (citado en Dean. *Los Cuerpos de los Incas y el Cuerpo de Cristo. El Corpus Christi en el Cuzco Colonial*, 182). Cabe recordar que el 5% se basaba en los documentos de los cronistas (que a su vez no eran ajenos a su propia fantasía).

El Inti Raymi, según los cronistas e historiadores era para los incas una de las cuatro fiestas principales incaicas (Raymi)<sup>31</sup> correspondientes a los solsticios y equinoccios que marcaban el comienzo, desarrollo y fin de ciclos naturales. Los cronistas cuentan que la celebración estaba marcada por el ayuno y penitencia del Inca, su corte y demás súbditos. El sacrificio de llamas (la llama negra), el brindis y la fiesta darían comienzo a un nuevo ciclo, la renovación del tiempo. Tanto Guamán Poma de Ayala como Garcilaso de la Vega coinciden en la importancia que tenía para los incas la figura del sol, no como la abstracción de una entidad divina, sino como un astro vinculado al acontecer telúrico de la vida humana<sup>32</sup>.

Era tanta la importancia de la fiesta del sol en el mundo andino que fue utilizada por los españoles para impulsar la asimilación de la doctrina católica entre la población, solapándola con las fiestas del solsticio de junio de gran significación también en el mundo cristiano (como fiestas de San Juan, San Pedro, y la festividad del Corpus Christi, con sus precedentes paganos (Caro Baroja, 1979), a la vez que la suprimieron en su versión incaica. La última celebración del Inti Raymi con la presencia del emperador inca fue realizada en 1535. En 1572 el virrey Francisco Álvarez de Toledo (1515-1582), prohibió la ceremonia por considerarla una ceremonia pagana y contraria a la fe católica.

Mi viaje al Cusco para abordar la realización del Inti Raymi en 2013 me introdujo de lleno en la historia, en el pasado y en el presente del mundo andino. El Cusco es una ciudad donde su composición y trazado urbanístico te retrotraen a muchos momentos de su historia. Del centro de la ciudad salían los caminos que conectaban con las cuatro regiones del Tawantinsuyu<sup>33</sup>. Las iglesias se construyeron con las piedras de los templos incas. Tanta era la perfección de los muros de la ciudad, que muchos permanecen hoy, tal como fueron construidos. El alcalde Daniel Pérez Estrada en los años noventa del siglo pasado, quiso devolver a la ciudad su rostro inca, devolviendo al centro de la ciudad su trazado antiguo e intervino en la reformulación del guion de la representación del Inti Raymi haciendo dialogar el pasado inca con el presente<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup>Los Raymi se siguen celebrando hoy por las poblaciones andinas en las comunidades, y, como analizo en mi investigación, allá donde las personas andinas residen.

<sup>32</sup>Tom Zuidema, distinguía un sol mayor en el solsticio de verano (el mes de diciembre en el hemisferio sur), con la celebración del Qhapaq Raymi, de un sol menor en el solsticio de invierno (en el mes de junio en el hemisferio sur), con la celebración del Inti Raymi, lo que animó un debate sobre cuál de los dos solsticios era más importante como festividad en el periodo inca.

<sup>33</sup>El Imperio incaico fue el mayor imperio en la América precolombina. A este territorio se le denominó Tawantinsuyu o Tahuantinsuyu y al período de su dominio se le conoce como incanato y/o incario. La historiadora peruana, María Rostworowski en su historia de Tahuantinsuyu realiza la genealogía del Estado inca, que tuvo un tardío desenvolvimiento en el concierto de las altas culturas prehispánicas: miles de años separan el Estado inca de los inicios de la civilización en la región. María Rostworowski, *Historia del Tahuantinsuyu* (Lima: Instituto de Estudios Peruanos y Ministerio de la Presidencia. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología CONCYTEC, 1988).

<sup>34</sup>Daniel Pérez Estrada, introdujo la escena del “Encuentro de los tiempos”, en la Plaza de Hawqaypata del Cusco, donde se producía el encuentro del Inca con el alcalde, para decirle: “Gobernante que hoy conduces a mi pueblo. Me aparezo ante ti, trasponiendo la frontera de los tiempos, para recordarte los

Un folleto distribuido por las calles en el Cusco el 24 de junio 2013, momento en que yo asistía a la representación, registraba la memoria de la desaparición y reaparición histórica del Inti Raymi, remarcando su reinención en 1944; esta información puede encontrarse repetida en muchas páginas que promueven el turismo internacional al Cusco: “Después de la conquista española, la ceremonia fue suprimida por la Iglesia Católica y la sociedad andina que celebraba la fiesta del sol fue desmembrada. El Inti Raymi fue entonces olvidado, hasta mediados del siglo XX cuando, como expresión de un gran movimiento de revaloración de la cultura nativa en el Perú, fue vuelto a la escena. En 1944 un grupo de intelectuales y artistas cusqueños encabezados por Humberto Vidal U., decidieron recuperar el Inti Raymi de la Historia y presentarlo como espectáculo de tipo teatral, destinado a toda la población del Cusco (Qosqo). Desde entonces, con muy pocas excepciones, ha sido representado cada año”.

La información del documento hace resaltar la reinención del ritual, remontándose a su pasado incaico más que atender a su permanencia a lo largo del periodo colonial y hasta la actualidad, aspecto que desconoce el tríptico. Con ello se trasmite la idea de una conexión entre la iniciativa del gobierno de la ciudad y de la región de Cuzco, en connivencia con las instituciones del Estado peruano en el reconocimiento de su papel en la construcción nacional del Perú, y la grandeza del Imperio Inca. No se da importancia aquí al culto al sol, una práctica común en el mundo andino preinca, ni a su práctica durante la colonia en las celebraciones cristianas del Corpus Christi, San Juan y San Pedro, que han ayudado a explicar, como un sincretismo, su permanencia en el tiempo.

Ariruma Kowii, intelectual y poeta kichwa otavaleño destaca, en cambio, la continuidad de la práctica de la espiritualidad andina en la celebración del Inti Raymi y las estrategias de apropiación cultural de sus antepasados indios: “En esta época, los líderes espirituales y de conocimiento (hombres y mujeres) del mundo andino, al constatar que los niveles de violencia se incrementaban, optaron por la estrategia de camuflar los símbolos, los nombres de las celebraciones andinas, con nombres y símbolos cristianos. Así, la fiesta del Inti Raymi comenzaron a llamarla San Juan, y aceptaron cumplir con las ceremonias religiosas cristianas y en el día del Hatun pucha, celebraban la misa, pero en las imágenes del Santo ..., ubicaban los símbolos andinos del Inti Raymi y el festejo en sí mismo conservaba los símbolos, las sonoridades de la fe andina. Esta estrategia de simulacro, de sincretismo, permitió que se siga celebrando el Inti Raymi cada Solsticio, rememorando con ello la vigencia de los rituales ancestrales”<sup>35</sup>.

---

principios del buen gobierno (...)” Jaques Galinier y Antoinette Molinié, *Los neo-indios: Una religión del tercer milenio* (Quito, Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2013), 302.

<sup>35</sup>Kowii, Ariruma. “Inti Raymi. La Fiesta Sagrada de los Kichwa Runa”, *Boletín Informativo Spondylus*, (Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (2019): 10-11. <https://www.uasb.edu.ec/web/spondylus/contenido?inti-raymi-la-fiesta-sagrada-de-los-kichwa-run>).

La referencia del Inti Raymi de Kowii es su comunidad de procedencia, Otavalo, y otras comunidades kichwa del Ecuador. El autor destaca que la majestuosidad y el nivel espiritual de la celebración son fundamentales, si bien “(s)u brillo, lamentablemente, fue disminuido con las políticas de extirpación de idolatrías, con las acciones de represión que implementó el sistema colonial y republicano, sin que hayan logrado cumplir con su objetivo de anularlo, de eliminarlo. Afortunadamente se ha mantenido, no con su misma espiritualidad, pero se ha mantenido hasta la actualidad”.<sup>36</sup>

Las reflexiones de Kowii sobre la celebración del Inti Raymi, me plantearon algunas cuestiones sobre la persistencia en el tiempo de la fiesta del sol en los Andes que han sido relevantes al relacionar su celebración contemporánea con su dimensión extemporánea (más allá de su contexto de origen), cuestiones que tienen que ver con las respuestas a preguntas sobre la continuidad y cambio, la autenticidad y simulacro.

Primero, la importancia de la celebración del Inti Raymi en el mundo andino, vinculada a una determinada cosmología, una manera de concebir y habitar el mundo (donde se practica una cosmoexistencia<sup>37</sup>, o cosmopraxis<sup>38</sup>, con el papel del Inca como autoridad de un estado, el Tawantinsuyu; en segundo lugar, la desaparición de la celebración del Inti Raymi por la imposición colonial y de la iglesia católica en la supresión de la cosmovisión de la sociedad andina, especialmente mediante las campañas de extirpación de idolatrías; en tercer lugar, y a pesar de la fuerza de la imposición, la persistencia del culto al sol, con sus significados vernáculos, ahora bajo la cobertura de la celebración de ritos y fiestas cristianas, como el Corpus Christi, y las festividades de San Juan y San Pedro, que se daban en las mismas fechas en el calendario católico gregoriano; y en cuarto lugar, Ariruma Kowii señala la continuidad de una práctica espiritual que tiene sentido para los habitantes andinos a través del tiempo, desde antes del encuentro colonial hasta ahora en el mundo contemporáneo, si bien el autor constata la amenaza que se cierne sobre ella. Para enfrentar esta amenaza surge para los pobladores andinos el deber de la memoria y la recuperación de la ceremonia, exigiendo volver a llamarla por su nombre y retomando su simbolismo y significación. Este esfuerzo constituye en su dimensión creativa, la (re)invención en el presente del Inti Raymi en las comunidades andinas y también su reproducción con el desplazamiento de los migrantes andinos en el mundo global.

---

<sup>36</sup> Kowii, Ariruma. “Inti Raymi. La Fiesta Sagrada de los Kichwa Runa”, 4.

<sup>37</sup> De la Cadena. *Earth Beings: Ecologies of Practice Across Andean Worlds*.

<sup>38</sup> En términos amplios podía haber utilizado aquí también el término cosmovisión, pero me alinee con aquellos autores que critican la asociación de este último término con la prioridad que se da al pensamiento y al sentido de la vista.



## **2.2. La Reinención de los Inti Raymi populares de las comunidades andinas del Ecuador. La lucha por la plurinacionalidad**

El Inti Raymi celebrado en las comunidades y aldeas andinas nos permite acceder a una historia complementaria a la que cuenta la reinención del Inti Raymi en Cusco, con la participación de la población rural e indígena, las clases populares y las élites indígenas concienciadas y movilizadas en las luchas por el reconocimiento y la transformación del Estado. Aquí mi punto de referencia en mi investigación fueron las comunidades andinas del Ecuador.

Si con anterioridad a 1990 se celebraba el Inti Raymi en las comunidades andinas como una fiesta indígena, esta se realizaba en la clandestinidad. A partir de 1990 se dieron cambios que facilitaron la recuperación indígena de la celebración de la fiesta. Las poblaciones indígenas de los Andes mantenían la tradición de celebrarla; en el mes de junio, acudían a las montañas, bailaban y compartían la comida, pero estas festividades no eran conocidas como Inti Raymi. Como he comentado, la fiesta indígena había sido invisibilizada desde la Conquista por la imposición de las prácticas religiosas de la Iglesia Católica, que durante el mes de junio celebra las festividades de los apóstoles Pedro y Pablo, de San Juan y la fiesta del Corpus Christi.

Este era el caso de las comunidades andinas del Ecuador. Como señala Luis Alberto Tuaza<sup>39</sup>, en Cañar se celebraba el Corpus, y en la zona de Cayambe se celebraba la fiesta de San Pedro. En Otavalo y en Cotacachi se celebraba la fiesta de San Juan con los baños rituales en la cascada de Peguche, con los cánticos y los bailes y con la toma de la plaza. La toma de la plaza constituía una imagen de victoria en la lucha contra el dominio colonial. Históricamente los criollos y mestizos vivían en el centro de la localidad y la población indígena en las aldeas y parajes en la periferia. La toma de la plaza recordaba cada año, no solo el dominio racial, sino también la posibilidad de revertirlo al tomar el centro del poder y equilibrar el mundo. Todas estas fiestas tenían y tienen un carácter “danzante” y jubiloso. De hecho, cuando se acerca el tiempo de la celebración, el eslogan para anunciar el programa es “a bailar, a bailar, a bailar”, repetido obsesivamente también durante la fiesta. Bailar y beber tienen de hecho un carácter ceremonial y de esa manera puede verse como una sinécdoque para toda la celebración.

El simbolismo de la toma de la plaza que se lleva a cabo en el Inti Raymi entre la población indígena<sup>40</sup> del Ecuador está tan extendido que la movilización indígena que en 1990 hizo tambalear el gobierno del presidente Rodrigo Borja Cevallos, se denominó el Levantamiento indígena del Inti Raymi<sup>41</sup>, por apoyarse

---

<sup>39</sup>Tuaza, “La fiesta del Inti Raymi en la construcción del Estado plurinacional en el Ecuador”.

<sup>40</sup>En algunos lugares hoy se suma la población mestiza y criolla.

<sup>41</sup>La CONAIE, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, se refiere a él así: “El levantamiento Indígena ecuatoriano en vísperas del Inti Raymi de 1990, Fue el desafío del movimiento

en su significación para alimentar la movilización que buscaba desestabilizar el poder, tomarlo. El levantamiento de 1990 dio comienzo a un ciclo de movilizaciones que tumbó varios gobiernos y consolidó el movimiento indígena como un actor político fundamental en el Ecuador, “con plena conciencia de su identidad cultural, política e histórica y consecuente con un proyecto político nacional que busca cambiar las estructuras del poder, a través del tiempo, en las diversas luchas ha promovido y logrado reivindicaciones al sistema social y económico en beneficio de los pueblos y nacionalidades indígenas y de todos los explotados, como la tenencia y defensa de la tierra, territorios indígenas y recursos naturales, los derechos colectivos, la Educación Intercultural Bilingüe, la Salud Intercultural, el reconocimiento del carácter plurinacional de nuestra sociedad y del Estado”<sup>42</sup>. Sin estos levantamientos no puede entenderse el proceso instituyente que dio lugar a la Constitución de 2008, que consagra la plurinacionalidad del país<sup>43</sup>, dando reconocimiento a la diversidad de nacionalidades del Ecuador.

En 1990, mucha gente no sabía de la fiesta del Inti Raymi, pero esto cambió. En palabras del intelectual kichwa César Pilataxi al que entrevistó Tuaza<sup>44</sup>: "En estos años estamos recuperando nuestras fiestas ancestrales que durante mucho tiempo veníamos celebrando ocultamente. Ya no hay recelo ni miedo de celebrar al sol, a la luna y a la madre naturaleza. Antes celebrábamos a San Pedro, al Corpus. Hoy es el Inti Raymi festividad nuestra, la celebración de los indios y de quienes sienten ser parte de esta familia". La recuperación de la fiesta del Inti Raymi en las comunidades andinas se ha dado por varias razones.

Primero, por las movilizaciones indígenas, factor de concienciación indígena, que ha conducido a la reestructuración de la identidad indígena. Durante las décadas de los ochenta y noventa en América Latina, los pueblos indígenas pusieron en el centro de la lucha reivindicativa el tema de la identidad, en contraste con la globalización que provocaría la “homogeneidad sociocultural”. En el Ecuador, la globalización por el contrario provocó, un notable renacimiento de las identidades. “En las reuniones de la CONAIE<sup>45</sup> nos dimos cuenta de que teníamos que luchar por nuestra identidad, la recuperación de nuestras raíces espirituales. Reflexionando en estos aspectos nos dimos cuenta de que había que hacer algo”, señala César Pilataxi. “Hacer algo” implicó, entre otras acciones, la promoción de la fiesta del Inti Raymi en lugar de la celebración

---

Indígena por buscar la vinculación de sus mitos, sueños y luchas sociales en un encuentro de la dimensión utópica entre el pasado y el futuro.” CONAIE. *El Levantamiento Indígena del Inti Raymi de 1990*.

<sup>42</sup>CONAIE. *El Levantamiento Indígena del Inti Raymi de 1990*.

<sup>43</sup>Con los derechos colectivos indígenas al territorio y autodeterminación, así como el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza.

<sup>44</sup>Tuaza, “La fiesta del Inti Raymi en la construcción del Estado plurinacional en el Ecuador”.

<sup>45</sup>La estructura de la CONAIE facilita la articulación en la diferencia de las organizaciones indígenas, introduciendo en la agenda las cuestiones regionales y locales. De ahí que la intelectualidad de cada localidad y región encuentre un espacio de acción común con las de otras, entrelazando las cuestiones de las localidades, con las regiones y con el país (en términos de niveles de significación indígena: comunas, pueblos y nacionalidades).

de San Pedro, de San Juan y del Corpus. Esta recuperación de las fiestas andinas explora la memoria indígena de las comunidades y retoma las prácticas y el simbolismo de lo ancestral. En Otavalo, la celebración del Inti Raymi, todavía conocida por buena parte de la población como fiesta de San Juan<sup>46</sup>, retoma y revaloriza de significación indígena de la fiesta, como ritual con un sentido propio, de la importancia del agua, de la celebración del ritual de limpieza, renovación y armonización del armay tuta en la cascada de Peguche. A través de la memoria se busca rescatar la significación que tuvo y que se ha mantenido oculta y al margen de las prácticas rituales católicas.

Segundo, por los cambios introducidos en el nuevo enfoque de evangelización de la Iglesia Católica en América Latina<sup>47</sup> propulsado por el discurso de (una parte de) la Iglesia Católica y que se expresó en una revisión crítica de los “Quinientos años de Evangelización”. Se relajó el control de la iglesia local de la celebración de las fiestas indígenas y se facilitó su recuperación y revalorización, entre ellas, del Inti Raymi. La realización de cursos de formación, y una nueva atención a la cosmovisión andina animó a recuperar un sentido propio (indígena) a las fiestas. Aun celebrando la fiesta de Corpus, de San Juan y de San Pedro las gentes de las comunidades comenzaron a decir que estas festividades para ellos era el “Inti Raymi”.<sup>48</sup>

Ambos espacios de concienciación (el movimiento indígena y los nuevos planteamientos en la evangelización) se activaron con ocasión de la polémica celebración de los quinientos años de Conquista, del encuentro de las dos culturas o del descubrimiento de América para Europa, vistos como quinientos años de resistencia para los pueblos indígenas<sup>49</sup>. Fue un tiempo de concienciación de mucha gente en el mundo andino, de su identidad indígena, como nacionalidades y como pueblos<sup>50</sup>.

Las comunidades indígenas ecuatorianas otorgaron un sentido andino (kichwa runa) a la recuperación del Inti Raymi (junto a, o frente a, su sentido católico). Las organizaciones indígenas ecuatorianas le otorgaron un sentido secular, frente al monopolio de la Iglesia, encontrando un aliado en el Estado y sus políticas interculturales promovidas desde la nueva Constitución de 2008.

---

<sup>46</sup>David Atienza. “Identidades Indígenas Transnacionales: Kichwa-otavaleños en la Diáspora” (2011). [https://www.academia.edu/29144107/Identidades\\_Indigenas\\_Transnacionales](https://www.academia.edu/29144107/Identidades_Indigenas_Transnacionales).

<sup>47</sup>También las iglesias protestantes se vieron influenciadas por esta conciencia.

<sup>48</sup>Tuaza, “La fiesta del Inti Raymi en la construcción del Estado plurinacional en el Ecuador”.

Estas iniciativas tuvieron que enfrentar a los sacerdotes católicos, quienes denunciaban que se estaba volviendo a las prácticas paganas, construyendo una religión paralela. Los dirigentes indígenas tuvieron que enfrentar los ataques y la difamación. En el pasado se dependía de la iglesia y sus clérigos, en la celebración de las fiestas dado que el sistema de prestigio y cargos en la comunidad estaban relacionados con la institución del priestazgo en San Pedro, en San Juan y el Corpus Christi.

<sup>49</sup>CONAIE. *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador*, 1989. [https://www.fes-ecuador.org/fileadmin/user\\_upload/pdf/0121%20NACIND986\\_0121.pdf](https://www.fes-ecuador.org/fileadmin/user_upload/pdf/0121%20NACIND986_0121.pdf)

<sup>50</sup>Este fue el caso de Enrique Pulupa Simbaña que participó en estas movilizaciones indígenas en la preparación del V centenario de 1992. Viajó por América Latina apoyado por el Consejo Latinoamericano de Iglesias CLAI, Pastoral Indígena Evangélica.

Las instituciones estatales, especialmente el Ministerio de Cultura, así como los Gobiernos Descentralizados cantonales y parroquiales promueven hoy la celebración de las festividades del Inti Raymi tanto en las comunidades, como en las ciudades. Las universidades ecuatorianas también la realizan.

De acuerdo con las instituciones que patrocinan y organizan la festividad, “celebrar esta fiesta es la manera de valorar al pueblo indígena, recuperar la tradición de los antepasados, vivir la interculturalidad y hacer posible la construcción de un Estado plurinacional”<sup>51</sup>.

En la fiesta del Inti Raymi en Ecuador, como también en el Pawkar Raymi<sup>52</sup>, participan indígenas y mestizos, comparten bailes, comida y bebida; los mestizos se visten de poncho, de bayeta, beben la chicha. Al menos durante los días festivos, como ocurre como los carnavales, desaparecen, o se resignifican, los marcadores identitarios que reflejan rivalidades estructurales e históricas y relaciones asimétricas y se comparte la fiesta en condiciones de cierta horizontalidad. Por ello, estas fiestas son presentadas por las instituciones del Estado como manifestaciones de un nuevo espíritu plurinacional en el país, fiestas que son vividas interculturalmente. El interés del Estado crea un espacio de tensión, siendo vista su intervención por los intelectuales indígenas como un intento de politización de la fiesta, como en otro tiempo hiciera la folclorización de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, que despoja a la fiesta de un sentido cultural propio: la significación espiritual que posee para los pueblos indígenas.

Tanto en el Perú, como en el Ecuador, el proceso de recuperación, valoración y puesta en escena de la fiesta del Inti Raymi ha significado el tránsito desde su negación, invisibilización u ocultamiento, durante la colonia y el periodo republicano, a la celebración en las comunidades, y su celebración en el ámbito público, nacional (con la participación de la población mestiza e indígena) e internacional (con la participación migrante andina y la presencia del turismo<sup>53</sup>). La turistización de las fiestas indígenas, como ocurre con el Inti Raymi del Cusco, junto al turismo chamánico o místico atraído por las prácticas indígenas (como en el uso de plantas maestras o de poder) ha contribuido a un

<sup>51</sup>Ministerio de Cultura y Patrimonio de Ecuador: *Inti Raymi, Fiesta del Sol y la Cosecha, en Ingapirca*, 2016. <https://www.culturaypatrimonio.gob.ec/inti-raymi-fiesta-del-sol-y-la-cosecha-en-ingapirca/>

<sup>52</sup>En la época de los Incas, el Pawkar Raymi —junto al Inti Raymi, Quya Raymi Killa y Cápac Raymi— era una de las cuatro festividades celebradas en el Cusco incaico. Se celebra durante el equinoccio de marzo.

<sup>53</sup>Además de la participación masiva del turismo en el Inti Raymi del Cusco se da la presencia de extranjeros, curiosos, o buscadores de lo exótico o místico, vinculados a un flujo mundial de ideas, sentimientos y prácticas que se asocian con el New Age, conformando lo que Galinier y Molinié, *Los neo-indios: Una religión del tercer milenio*:126, consideran un neochamanismo. Este proceso también en documentado en ciertas comunidades en el Ecuador, como en Shuracpamba, entre los saraguros (Andrea Elizabeth Bravo Díaz, *Cuando los saberes se hacen audibles: la transmisión del conocimiento en el Ecuador del siglo XXI* (Quito: FLACSO, 2013) y Alberto Del Campo Tejedor. “El éxito de los nuevos chamanes: Turismo místico en los Andes ecuatorianos”. *Latin American Research Review* 54, 1 (2019): 89–102. doi: <https://doi.org/10.25222/larr.151>

proceso de revitalización de la cultura andina, que es denominado la emergencia de lo neindio, (neoinca en el Perú<sup>54</sup>).

Las reivindicaciones de identidad del movimiento indígena ecuatoriano en los años 90 del siglo pasado y muy especialmente a raíz de la celebración de los “500 años de resistencia” el 12 de octubre de 1992, fue gestándose un movimiento indigenista, con el uso político del imaginario prehispánico. Dicho uso constituye un proceso de invención (o etnogénesis, Pajuelo, 2015) que se ha dado en toda América latina. En el Ecuador la revitalización de lo indígena vivió una singular explosión cuando la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador y otras organizaciones indígenas lograron con sus movilizaciones introducir en la agenda política demandas en torno a las cuestiones de la identidad, la interculturalidad y el Estado plurinacional. Los yachak, chamanes y curanderos empezaron a tener reconocimiento público y a ejercer alguna influencia en los planteamientos políticos de las organizaciones indígenas. El reconocimiento del carácter pluriétnico y multicultural acabó llevando en la Constitución ecuatoriana de 2008 al reconocimiento de la plurinacionalidad y el impulso de políticas públicas interculturales, contribuyendo a la valoración pública e institucional de los yachak. Con el reconocimiento de los derechos indígenas, se demandó el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena y se promocionaron formas de “medicina ancestral” de los pueblos originarios, como parte de un proceso general de revalorización de las costumbres indígenas, lo que el antropólogo de la Universidad Pablo Olavide, Alberto del Campo Tejedor, denomina “reindigenización”<sup>55</sup>. Yo he considerado este proceso con el término “reinención”, en el sentido de poner en valor, hoy, prácticas cuyas referencias son ancestrales y se expresan en un lenguaje y mediante actos que son apropiados en el contexto contemporáneo. Es así como se realiza la ceremonia del Inti Raymi, tanto en los contextos de origen como en las ciudades donde habitan los migrantes andinos, como ceremonias propias y a la vez reinventadas. En un mundo de flujos de personas, e ideas, la celebración de las fiestas indígenas se ha entrelazado en los contextos indios vernáculos con prácticas de turismo místico (andino y amazónico). Y en un sentido inverso, el desplazamiento de los yachak y chamanes a países modernos ha propiciado la creación de nuevos lugares de encuentro, de prácticas diversas místicas y espirituales ligadas al New Age<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Galinier y Molinié., *Los neo-indios: Una religión del tercer milenio*, 126.

<sup>55</sup> Del Campo Tejedor, “El éxito de los nuevos chamanes: Turismo místico en los Andes ecuatorianos”, 91.

<sup>56</sup> Las ceremonias rituales con plantas de poder, o plantas maestras como la ayahuasca, el peyote, san pedrito etc. producen espacios para dichos encuentros En el proceso de investigación de la tesis realicé un acercamiento crítico al fenómeno del New Age, donde se dan lecturas enfrentadas. Por un lado, se romantiza los indígenas y se mantiene una concepción prístina de la naturaleza donde flujos energéticos conectan el mundo de la realidad ordinaria con otro mundo elevado, que posibilita la realización de limpias y sanaciones; otras perspectivas, enfatizan el proceso de mercantilización de lo espiritual.

### 3. La toma de la plaza, último acto en la celebración del Inti Raymi, su significado

En la comunidad ecuatoriana de Otavalo, la fiesta del Inti Raymi se inscribe en el periodo que incluye las fiestas de San Juan, los días siguientes, 25-26 y 27 de junio, para terminar el día San Pedro, 29 de junio. En los días de San Juan los grupos de distintas comunidades, grupos de 30 a 100 danzantes, bailan por las calles de la ciudad de Otavalo, para terminar en la Plaza de San Juan Capilla, en donde se concentran y bailando en círculos alrededor de ella, toman “la plaza”. En el caso de Cotacachi las comunidades se concentran y toman el parque principal de la Ciudad.

Wibbelsman<sup>57</sup> anota que la resignificación del espacio que se produce en la celebración es un elemento central de la fiesta, con la misma connotación propia de otras celebraciones, como los carnavales, de invertir un orden. Como señalan De la Torre, L.M. y Sandoval, C.<sup>58</sup>: “es la oportunidad para poner el mundo al revés”. El medio es la conquista de la plaza. "Un objetivo importante de las danzas del Inti Raymi es conquistar la plaza y reclamar el poder político que esta representa [...] La mera presencia de los sanjuaneros y de su público acompañante en la ciudad constituye una inversión del orden establecido en el contexto del festival”<sup>59</sup>.

Al tomar la plaza se resemantiza el espacio, usurpándolo a los propietarios habituales, al volverlo de los danzantes. Kowii Alta<sup>60</sup>, se refiere una resignificación polisémica del orden establecido que se produce con la toma de la plaza, que no se agota en el contexto de la política. Según este autor y siguiendo a Deleuze y Guattari<sup>61</sup>, el ritual en el tiempo en que se da en la ciudad revierte el estriaje colonial correspondiente a una cultura blanco-mestiza:

En este momento el espacio es re-creado en medio del ritual, se vuelve al cosmos andino. Y además se reemplaza el estriaje colonial del espacio, por el orden de la racionalidad andina. El momento que la plaza es ocupada por el ritual, es consagrada, y por lo tanto el orden primordial andino (previo a la acción colonizadora y de la Iglesia católica) es impuesto de nuevo. Lo sagrado católico es reemplazado por la sacralidad andina. El estriaje impuesto es subvertido por los danzantes; literalmente el “mundo” andino es creado de nuevo y superpuesto

<sup>57</sup>Wibbelsman, Michelle. *Encuentros Rituales. la Comunidad Mítica y Moderna de los Otavalos* ALTER/NATIVAS (2015): 21. <https://alternativas.osu.edu/assets/files/ebooks/WIBBELSMAN2-Encuentros-rituales-FINALreduced.pdf>.

<sup>58</sup>De la Torre, Luz Marina, y Sandoval Peralta, Carlos. *La Reciprocidad en el mundo Andino. El caso del pueblo de Otavalo*, Quito: Ediciones Abya-Yala, 2004.

<sup>59</sup>Wibbelsman. *Encuentros Rituales. la Comunidad Mítica y Moderna de los Otavalos*.

<sup>60</sup>Kowii Alta, Inkari, *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*. Tesis de Maestría en Estudios de la Cultura. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Letras y Estudios Culturales (2017). <http://hdl.handle.net/10644/5883>

<sup>61</sup>Gilles Deleuze y Felix Guattari, *Mil Mesetas. Capitalismo y esquizofrenia* (Valencia: Pre-Textos, 2000).

al mundo blancomestizo, y de esta manera los indios kichwas se apropiaron de este espacio, se lo toman.<sup>62</sup>

Este era el caso de las comunidades andinas del Ecuador, la toma de la plaza recordaba cada año, no solo el dominio racial, sino también la necesidad de luchar contra él y la posibilidad de revertirlo al tomar el centro del poder y equilibrar el mundo<sup>63</sup>.

Todas estas fiestas tienen un carácter “danzante” y jubiloso. De hecho, cuando se acerca el tiempo de la celebración, el eslogan para anunciar el programa es “a bailar, a bailar, a bailar”, repetido durante la fiesta. Bailar y beber tienen un carácter ceremonial y de esa manera puede verse como una sinécdoque para toda la celebración.

### 3.1. La toma de la plaza de Galicia en el parque del Retiro de Madrid

En Otavalo, los grupos de danza que provienen de distintas comunidades se colocan en un sector reservado por fuera de la plaza; se dividen en los tres espacios en los que se divide el mundo: el Hanan pacha (el mundo de arriba), el Kay pacha (y el mundo del aquí), y el Uku pacha (el mundo de abajo). Esta es la lógica que divide al espacio<sup>64</sup>.

Un proceso análogo se da en la celebración del Inti Raymi en el parque del Retiro: “Están ingresando por norte y por el oriente, pueblos y nacionalidades de Ecuador, están ingresando por el sur los hermanos del Perú, están ingresando por

<sup>62</sup> Kowii Alta, Inkari, *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*, 41.

<sup>63</sup> El simbolismo de la toma de la plaza que se lleva a cabo en el Inti Raymi entre la población indígena (mestiza y criolla) del Ecuador está tan extendido que la movilización indígena de 1990, que hizo tambalear el gobierno ecuatoriano, se denominó el Levantamiento indígena del Inti Raymi, por apoyarse en su significación para alimentar la movilización que buscaba desestabilizar el poder, tomarlo.

<sup>64</sup> Hurin pacha como Uku pacha son dos vocablos que se confunden en las crónicas y viablemente opinamos podrían haber existido otro tipo de denominaciones que se han olvidado con el transcurso del tiempo y las campañas de evangelización. Posiblemente, eran dos vocablos que designaban partes del mundo intraterreno, pero los datos son muy confusos. (García Escudero, M.<sup>a</sup> del Carmen, “El mundo de los muertos en la cosmovisión centroandina”, *Gazeta de Antropología*, 25, 2, artículo 51 (2009). <http://hdl.handle.net/10481/6893>).

Hanan Pacha era el mundo superior y el reino de los dioses incas como Inti (el dios del sol inca) y su hermana Mama Quilla (la diosa de la Luna); Kay Pacha es el mundo medio. Es el reino físico lleno de nacimiento, muerte y decadencia. Este mundo ha sido testigo de un ciclo de destrucción y renacimiento. Uku Pacha es el inframundo. Uku Pacha (variadamente Ukhu Pacha, Urin Pacha, Ucu Pacha) puede verse como el inframundo inca, aunque el «mundo interior» o el «mundo inferior» son quizás más apropiados. Está debajo del reino humano donde los individuos no aptos son enviados después de la muerte. De hecho, Uku Pacha era el dominio de Supay, el dios inca de la muerte, gobernante del mundo subterráneo y líder de una raza de demonios.

El sentido de Uku Pacha como un inframundo, como un lugar de dolor y sufrimiento, fue mencionado por el cronista y escritor Garcilaso de la Vega (1539-1616) en los Comentarios Reales de los Incas.

En el Inti Raymi de Otavalo hoy “(L)as comunidades del hanan se ubican en la parte oeste de la plaza, hacia atrás de la iglesia. Las comunidades del urin se ubican al este de la plaza, detrás del municipio. Existe una división de la ciudad, la lógica espacial andina se instala en la ciudad, una línea imaginaria divide entre el hanan y ukupacha. La plaza queda como un punto en el medio que sirve para el encuentro” (Kowii Alta, Inkari, *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*, 42).

el occidente pueblos y hermanos de Bolivia”. Con estas palabras la presentadora de la celebración del Inti Raymi de 2012 anunciaba la irrupción de las comparsas en la plaza de Galicia, Por los senderos que confluyen en ella, desde los cuatro puntos cardinales, desde los cuatro suyos del Tawantinsuyu, llegaron decenas de grupos musicales de los tres países<sup>65</sup>, mujeres y hombres de todas las generaciones entran bailando en la plaza. Cada comparsa de baile va acompañada de su grupo musical, tocando cada uno su música, con instrumentos tradicionales, y otros no tanto. Músicos y danzantes, visten con sus ropas indígenas, propias de cada una de las comunidades y regiones andinas presentes. Los grupos de baile, evocando las danzas tradicionales propias de los rituales que se realizaban antaño y han vuelto a realizarse en las comunidades indígenas para festejar el solsticio de junio, se fusionan componiendo una colorida estela serpenteante alrededor de la rotonda en el centro de la plaza. El resultado compone una wiphala viva, que expresa la diversidad de pueblos, al juntarse los grupos en su baile circular alrededor de la plaza.

En las comunidades de Ecuador, Luis Enrique Cachiguango<sup>66</sup> recuerda la estrecha relación de estas danzas con el ciclo agrícola y su significación profunda al intercomunicar los espacios de “este mundo”<sup>67</sup> (el Kay Pacha) con los otros mundos, el de arriba y los de abajo: (...) el baile en círculo representa al ciclo agrícola anual. En el sentido espiritual representa la noción circular de la pacha o tiempo-espacio andino en donde el Hanan pacha o el mundo de arriba (cielo para los cristianos), se interrelaciona con el Kay pacha o este mundo, como también con el Uku pacha o el mundo de abajo y el Chayshuk-pacha o el mundo de los muertos. Estos “mundos” se intercomunican unos con otros constantemente y se necesitan el uno del otro para mantener el equilibrio universal. El baile en círculo es la representación del diálogo, la conversación y la comunión continua y permanente de Atsill-Pachakamak, Pachamama, el runa, los aya y los espíritus de los antepasados.

Anunciada su llegada por los presentadores del acto, lejos de entrar en la plaza como en un desfile unos detrás de otros, de una manera ordenada, los cientos de danzantes, organizados en sus grupos de baile ingresan por los cuatro senderos a la vez, con mucha algarabía y compitiendo. Cada grupo sigue a un capitán del grupo o un aya uma<sup>68</sup>. Este es un personaje que nunca falta en la

---

<sup>65</sup>Ha habido hasta quinientos danzantes en algunas ediciones de la celebración en los años 2012-2014, Después se han reducido a la mitad por los efectos de la crisis y el retorno de familias andinas a su país de origen, sobre todo al Ecuador.

<sup>66</sup>Luis Enrique Cachiguango. *La sabiduría andina en la fiesta y el trabajo*, Cuadernos de Investigación en Cultura y Tecnología Andina, 23 IECTA-Chile (2006): 26. <https://www.yumpu.com/es/document/view/14398432/la-sabiduria-andina-en-la-fiesta-y-el-trabajo-iecta>

<sup>67</sup> Desde la ontología moderna occidental, el único que existe como realidad.

<sup>68</sup> El origen de este ser mítico se ha transmitido a través de la historia oral/testimonial: "Cuando yo era niño, mi papá contaba que antiguamente, en tiempos de celebración del Inti Raymi, un hombre dormía profundamente agotado por el esfuerzo de varios días y noches de baile. Allí tuvo un sueño: se le apareció un extraño personaje que tenía una cara por delante y otra por detrás. Su cabeza de doble cara era de muchos colores, tenía una especie de cuernos, ramas de árboles, plantas y espinas. Durante el sueño la aparición, con voz fuerte, le pidió que, desde ese momento, año tras año bailara vistiéndose de ese modo



celebración en la que participe la comunidad Kichwa del Ecuador. Es el personaje más importante de las festividades del Inti Raymi, considerado su líder mitológico, protector de la madre naturaleza y poseedor de las energías espirituales de las montañas<sup>69</sup>. Su presencia no deja indiferente a los asistentes despertando la curiosidad, admiración, miedo y respeto. Debajo de la “máscara” puede haber un hombre joven, mayor o incluso un niño, la edad no importa para encarnar a ese ser mítico. Este personaje también representa dos de los principios fundamentales en la cosmovisión andina: la dualidad y la complementariedad. Está vestido con máscara/rostro doble (igual delante y atrás) de colores, zamarro (una prenda de vestir que asemeja un pantalón de cuero); en su caminar se escucha las campanillas que lleva como espuelas y porta en sus manos un látigo. Aya uma es el guía, orientador, y un sabio, en el caso de la comunidad de Otavalo en el Ecuador. En la comunidad vecina de Cotacachi este rol lo asume el llamado “capitán”.

Las mujeres y los hombres danzantes y los músicos que asisten al parque del Retiro visten los trajes de sus comunidades de origen componiendo una wiphala policromada que llega hasta el centro de la plaza: con el movimiento centrípeta se impulsa y se proyecta hacia el exterior barriendo el espacio con su impulso centrífugo (y de esta manera se mueve en espiral). Es la forma en que se despliega en el tiempo en mundo andino, donde el espacio-tiempo se enrolla para desenrollarse inmediatamente en una sucesión que crea la eterna sucesión de la alternancia repetida. A la policromía, que se expresa en la viveza de los mil colores de los trajes y abalorios, se suma la atonía musical que causa una especie de estruendo en la competencia de las músicas, todas suenan a la vez. Cada grupo baila su propia danza, siguiendo su propia música al ritmo que marca su banda. Las bandas tocan sus danzas en contrapunto unas de las otras; es la expresión de la diversidad del mundo, una diversidad irreductible que se contrapone a la homogeneidad de cualquier conjunto que se componga un solo color y que siga una sola melodía. No hay aquí ningún término medio. La explosión de colores y sonidos fusionados, sin ningún orden, toma la plaza en la que se sitúa en el centro la mesa ritual, separando a los que están en ésta del público que desde los márgenes observa el baile. Dentro de él, si bien en primera fila, quedan ahora las autoridades y las personas que representan a las instituciones organizadoras. No es este el momento de las palabras, ni tampoco de los silencios, como si lo fue en la fase anterior de la ceremonia, sólo hay gritos que animan al baile y lo

---

en homenaje a los granos cosechados. (...) Estos dos testimonios de las provincias de Imbabura y Pichincha, relatados a través de los tiempos de padres a hijos de generación en generación, nos permiten comprender la ritualidad del AYA UMA, cuyo significado simbólico está expresado en su propio nombre que es un término compuesto kichwa: /aya/ /uma/”. (Testimonio de Segundo Elías Cualchi, en Cachiguango. *La sabiduría andina en la fiesta y el trabajo*, 31).

<sup>69</sup>La visión de la iglesia católica sobre este personaje cambió su significado al identificarlo como un ser diabólico, hasta el punto de que, hasta hoy, es traducido como cabeza de diablo. En esta equivocada interpretación de los significados, la espiritualidad y valores sagrados de deidades y símbolos andinos fueron conceptualizados como seres demoníacos. (Kowii, “Inti Raymi. La Fiesta Sagrada de los Kichwa Runa”, .... En cambio, para las comunidades andinas el Aya Uma "(...) es la representación del espíritu, de la fuerza energética de la Pacha-Mama y representa nuestros orígenes culturales y religiosos". (Cachiguango. *La sabiduría andina en la fiesta y el trabajo*, 29).

conducen, gritos que piden pisar la tierra con fuerza para que la tierra devuelva con la misma fuerza, la pisada. Las pisadas son expresión de la reciprocidad: yo te doy y tú me das, con las que los hombres hablan con la tierra y la escuchan.

El mundo abierto y purificado que se volvió presente tras el saludo al sol<sup>70</sup> da cabida ahora a la diversidad irreductible de la diferencia expresada en colores, músicas, gritos, pisadas, contoneos. Difícilmente podríamos calificar este cuadro bajo el término armonía. La diversidad en el mundo andina es relacional, complementaria, recíproca, cíclica, pero nunca armoniosa, sino llena de tensiones provocadas por la fricción. El serpenteo<sup>71</sup> espiral de la diversidad de los grupos en danza mantiene dentro de los grupos su propio contrapunto en la figura del aya uma. Claramente visible, habitualmente es más alto que el resto de los danzantes está llamativamente vestido y blande un látigo, baila hacia adelante y hacia atrás contrapunteando el baile de los danzantes y dirigiéndoles.<sup>72</sup> Los capitanes y los aya uma son responsables de la seguridad de los danzantes. Deben intentar controlar la fuerza del grupo<sup>73</sup>. Cada grupo contiene en sí su propio motor y con su potencia avanza como una fuerza energética colectiva al ritmo de su propia música a la que siguen<sup>74</sup>. Los aya uma y los capitanes deben intentar que las fricciones de los grupos no se conviertan en roces que lleguen a generar conflicto entre ellos, ya que compiten bailando, por ocupar el mismo espacio, impulsado cada grupo por su propia música, con independencia de la de los demás grupos.

El momento de ingreso a la plaza es uno de los de mayor éxtasis popular del ritual. Se ingresa a gran velocidad, zapateando más fuerte, los gritos suben de tono, se hace más ruido, con la intención de hacer sentir la fuerza de la presencia de los grupos que van entrando en la plaza. Como entran todos juntos de manera compacta se siente la fuerza de una masa, y no de los grupos por separado, como se haría en un desfile ordenado. La diversidad se hace evidente a la vista y al oído. La composición de los diversos grupos de personas que llegan bailando, pero todo empuja hacia el mismo objetivo. La competencia de los grupos, ruidosa y alegre, compone una sola unidad, una comunidad con una voluntad: ocupar la plaza, ocupar su centro, tomar el poder.

---

<sup>70</sup> En palabras de Tío Enrique Pulupa en la celebración del Inti Raymi en 2018: "Nosotros no somos ni más ni menos que la Madre Tierra, nosotros mismos somos la tierra. Nosotros no somos ni más ni menos que la madre agua nosotros mismos somos agua. Nosotros no somos ni más ni menos que el aire, nosotros mismos somos aire (...) No hay ninguna distancia ontológica entre la Pachamama, los humanos y los demás seres de la tierra. La Pachamama, ni el sol (la luz) son entes trascendentes a los humanos.

<sup>71</sup> Amaru, la serpiente, para los kichwa y varios otros pueblos originarios, representa la sabiduría.

<sup>72</sup> Su presencia no deja indiferente a los asistentes despertando la curiosidad, admiración, respeto y hasta miedo. Tío Enrique apuntó sobre esta figura que encarna un ser mítico: "Un personaje del Inti Raymi es el Aya Uma, no tiene nada de fuerza negativa, al contrario es un concentrador y poseedor de las energías de la Pachamama o Madre Tierra y por ello, responsable del orden que debe regir en el cosmos," *Apu Wasi*, 22 de junio de 2017.

<sup>73</sup> Kowii Alta, *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*.

<sup>74</sup> En la celebración del Inti Raymi en las comunidades andinas se produce la misma situación. La competencia de los grupos de danzantes llevaba a peleas donde con frecuencia se derrama sangre sobre la tierra, lo que se considera una ofrenda a la misma.

El público que durante los actos anteriores de la celebración miraba con respeto el espectáculo de los grupos de baile, se une en este momento al baile y conforma una en muchedumbre abigarrada, alegre, danzante.

### 3.2. Descodificando<sup>75</sup> el ritual del Inti Raymi

La plaza de Galicia en el parque del Retiro forma parte del espacio público de una ciudad conformada en un desarrollo histórico que convirtió la capital de un imperio en la capital de un país moderno apostando en las tres últimas décadas, en el marco de la globalización, por un desarrollo urbano neoliberal. La larga historia de las relaciones de las poblaciones andinas, sus naciones y pueblos, con España se ha caracterizado por el insuficiente reconocimiento y su negación, y así aparece inscrita en el paisaje del Parque; éste reconoce a las antiguas colonias que se emanciparon, dando nombre a sus calles y recoletas con los nombres de las nuevas republicas, pero no hay rastro alguno de reconocimiento de los pueblos originarios; de hecho los niega dos veces: como pueblos antes del encuentro colonial, y como pueblos que luchan por su autonomía en sus propios países, por una liberación que la emancipación del siglo XIX dejó pendiente hasta hoy.

Las políticas de desarrollo urbano en las últimos década en Madrid en el marco de la globalización están trazadas por la apuesta por un urbanismo que se pliega al desarrollo capitalista neoliberal. En este proyecto el uso del Parque está asociado a las prácticas de ocio de una población principalmente blanca, autóctona de clase media y alta, y de una población extranjera con recursos (inversionistas y asistentes a ferias y congresos, turistas y estudiantes de intercambio), mientras las personas y familias inmigrantes se encuentran en las afueras, viviendo en la periferia de la ciudad y haciendo, como las clases menos favorecidos, un uso marginal, con frecuencia considerado molesto e inadecuado, del parque. Este paisaje está ordenado bajo un código moderno, que decide los usos adecuados e inadecuados del parque.

En este paisaje irrumpe la celebración del Inti Raymi mediante un doble contrapunto que desestabiliza ritualmente este orden: con el ritual del "saludo al sol" y con la "toma de la plaza". El saludo al Sol trae de la mano al aquí y el ahora del Retiro, la naturaleza; reescribe la existencia, el presente (nuestro presente) y el futuro (nuestro futuro lineal y abierto) en la Pacha (otro espacio-tiempo, no moderno y cíclico)<sup>76</sup>. El Inti Raymi, reordena el espacio y el tiempo

---

<sup>75</sup> Para Kowii Alta: *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*, la plaza de Otavalo es un espacio ordenado culturalmente bajo el código blanco-mestizo colonial primero y republicano después, como la plaza de Galicia en el Retiro sería un espacio ordenado históricamente: primero bajo el código del proyecto imperial y de la capitalidad de un estado centralista, y ahora por el código de un capitalismo neoliberal.

<sup>76</sup>En kichwa no existe la diferencia entre espacio como una realidad estática y el tiempo como una realidad dinámica. *PACHA* se concretiza en la vida real con términos relacionados con el espacio temporal

de acuerdo con el código de la racionalidad andina, y mediante la ruptura de la cotidianidad, provoca la emergencia de un nuevo tiempo y de una espacialidad distinta: el de la Pachamama: la vida compartida relacionamente de los seres humanos con los otros seres no humanos: animales, árboles, montañas y ríos, vientos que son aire, nubes que son agua, astros del universo. Tierra, agua, aire y luz son convocados en el ritual, se les ofrenda, se les pide permiso y agradece. Esta nueva codificación hace de la plaza un lugar sacralizado, espiritualmente connotado, como expresan los discursos y las acciones performativas de los maestros indígenas y las personas que se sitúan alrededor de la mesa ritual.

Por otro lado, en la toma de la plaza y a través de la danza ritual los distintos grupos ingresan y hacen suyo un espacio del cual estaban excluidos o en que su inclusión siempre era vista como problemática. Hay aquí una línea de continuidad en la experiencia histórica de las poblaciones andinas en sus comunidades (articuladas a un orden colonial y postcolonial, en el que son subalternados) y su actual experiencia como migrantes. Los danzantes toman la plaza, y esta toma tiene una connotación política. Lo que Wibbelsman<sup>77</sup> anota para el Inti Raymi en Otavalo, “un objetivo importante de las danzas del Inti Raymi es conquistar la plaza y reclamar el poder político que esta representa”, sirve por analogía en nuestro caso. También en el parque del Retiro la toma de la plaza por los grupos de baile que terminan fusionados con el público significa su conquista, la inscripción en ella del código andino.

El Inti Raymi, celebrado cada año, constituiría una manera de hacer presente, una y otra vez el mundo de las interrelaciones, de la Pachamama. La explicación profunda de los rituales se difundiría durante su realización y repetición. La información que contiene se abre al mundo y es en ese momento que podemos acceder a la concepción y ordenamiento de mundo que estos rituales resguardan<sup>78</sup>.

### 3.3. Del código secular de la modernidad al código de la sacralidad de la ontología relacional

¿Cómo explicar que después de siglos de destrucción del conocimiento y las prácticas culturales de los pueblos indígenas algunas de éstas se mantengan como es el caso de la celebración del Inti Raymi, un ritual que se sigue celebrando? Ariruma Kowii<sup>79</sup>, habla del esfuerzo de los activistas culturales kichwa para recuperar estos rituales, un esfuerzo solo posible porque estos conocimientos forman parte de la memoria colectiva de los pueblos. La transmisión, señala el autor, sólo en parte se produjo a través de la palabra,

---

o físico para expresar fenómenos de la naturaleza y acciones humanas, como mareas, eclipses, fases lunares, trayecto del sol, sequías, inundaciones, épocas de siembra y de cosecha.

<sup>77</sup> Wibbelsman. *Encuentros Rituales. la Comunidad Mítica y Moderna de los Otavalos*: 121.

<sup>78</sup> Kowii Alta.: *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*, 20.

<sup>79</sup> Ariruma Kowii, “Cultura Kichwa, interculturalidad y gobernabilidad”. *Revista Aportes Andinos* 13, Gobernabilidad, democracia y derechos humanos, marzo, (2005). <http://www.uasb.edu.ec/padh>

pasando de generación en generación. La memoria encontró otras formas de persistir en el tiempo, a través de rituales, prácticas, danzas, sonidos, etc. Kowii ha propuesto la categoría kichwa de “achikyachik”<sup>80</sup>, que constituiría un dispositivo de la memoria. Las danzas que llevan a la toma de la plaza, los movimientos de los cuerpos, las acciones de los maestros indígenas realizadas en la mesa ritual durante la ceremonia, alrededor del fuego y del humo, moviéndose circularmente, soplando el pututo, limpiando el espacio, abriéndose así a los cuatro puntos cardinales, las ofrendas de fruta y flores a la Madre Tierra, la acción de asperjar colonia y difundir el aliento vital, tanto como las palabras rituales pronunciadas, serían parte de estos dispositivos de la memoria.

Estermann<sup>81</sup> señala que la manera de aprehensión del mundo en los Andes no se realiza mediante una representación, sino que se manifiesta a través de una presencia simbólica<sup>82</sup>. En el paso del símbolo al ritual, la información contenida en el primero, ejecuta una “acción preestablecida”. En el caso del Inti Raymi, dice Kowii I<sup>83</sup>, la danza sería esta acción: convierte en presencia los conceptos e ideas contenidos en el ritual, referidos a la conciencia de la relacionalidad de todo lo vivo. En palabras de Ariruma Kowii, iluminando el sentido de la fiesta: “Estas prácticas, rituales, palabras, o espacios debían poseer un fundamento y tal fundamento debía ser conocido por los miembros del colectivo, debían además saber de su riqueza simbólica. Por ejemplo, la fiesta del Inti Raymi se convierte en achikyachik porque en su recreación se encripta el fundamento de dicha fiesta y los conocimientos que están simbolizados, en este caso sería el conocimiento de los ciclos ecológicos y el espacio”<sup>84</sup>.

Inkarri Kowii señala que la plaza de Otavalo es un espacio ordenado históricamente bajo el código blanco-mestizo. Mediante la toma de la plaza, no sólo se produciría la ocupación del espacio por los danzantes, como un ejercicio folclórico, sino la entrada en escena de un código diferente. Tomarse este espacio con la danza del Inti Raymi se hace a través de elementos de su sociabilidad

---

<sup>80</sup>“(…) el equivalente a lo que sería un sensor, un detector, una especie de interruptor que activa y rememora un acontecimiento del pasado, del presente o del futuro”. (Kowii, Ariruma. *Visión cultural del mundo andino: el caso del pueblo kichwa*, 8).

<sup>81</sup> Josef Estermann, *Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*.

<sup>82</sup>Estermann, en su *Filosofía andina*, afirma que: “Para la filosofía andina, la ‘realidad’ está presente (o se presenta) en forma simbólica, y no tanto representativa o conceptual. El primer afán del runa/ jaqui andino no es la adquisición de un ‘conocimiento’ teórico y abstractivo del mundo que le rodea, sino la ‘inserción mítica y la (re-)presentación cültica y ceremonial-simbólica de la misma. La realidad se ‘revela’ en la celebración de esta, que es más una reproducción que una re-presentación, más un ‘re-crear’ que un ‘re-pensar’ (...) En cambio, esta forma de ‘presentación’ de la realidad en Occidente “es tomada como actitud ‘mágica’, ‘mitológica’ y hasta ‘preconceptual’. En el caso andino, el principio –arjé– de la realidad no es propiamente una sustancia, sino la relación misma, de tal suerte que “la relación es –para hablar en forma paradójica– la verdadera ‘sustancia’ Andina”. Estermann, *Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*, 105.

Es tal la naturaleza de esta relacionalidad “primordial” que todas las cosas son, en sí mismas, entendidas como relación; no solo están en relación –como un accidente a la sustancia–, sino que son relación.

<sup>83</sup>Kowii Alta, *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*, 19.

<sup>84</sup>Ariruma Kowii, *Visión cultural del mundo andino: el caso del pueblo kichwa* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 11.

andina. Su música, su danza, su vestimenta, su comida y su bebida, la sociabilidad kichwa se impone en el espacio el mundo andino chocando con el código blanco-mestizo que da forma cotidianamente a la ciudad separando históricamente el mundo del poder criollo primero y mestizo después de los andinos de las comunidades<sup>85</sup>. El momento en que la plaza es ocupada por el ritual, es consagrada, y el orden primordial andino, impuesto. Lo secular-católico de la modernidad es reemplazado por la sacralidad andina. El estriado impuesto a la ciudad por el código blanco-mestizo <sup>86</sup> es subvertido por los danzantes y de esta manera el “mundo” andino es creado de nuevo. Se reemplaza el orden colonial inscrito en el espacio, por el orden de la racionalidad andina. El Inti Raymi transforma la plaza, su codificación y significación. La plaza es re-creada por medio de una práctica ritual-sagrada quedando consagrada por el tiempo que dura el ritual<sup>87</sup>.

De manera análoga, el Inti Raymi realizado en la plaza de Galicia del Retiro, transforma la plaza inscribiendo el orden sagrado andino sobre el trazado moderno del parque, expresión de poder del imperio y del estado español, del que penden ahora las vidas de las personas y familias migrantes andinas. Los urbanistas transformaron el parque a lo largo de los tiempos. Se encargaron de que la historia de poder estuviera presente a través de los monumentos y de los nombres dados a las plazas y las calles<sup>88</sup>.

Al comienzo de la celebración de cada Inti Raymi en el Retiro se hace evidente la fricción, vestida de diplomacia, que acompaña los procesos migratorios, entre los representantes de las embajadas de los países andinos y los representantes de las instituciones del gobierno de la ciudad. Los migrantes andinos constituyen un terreno donde se libra una confrontación entre las instituciones españolas que dicen dar la bienvenida a los inmigrantes, y las instituciones de sus países que dicen protegerles.

<sup>85</sup>En la actualidad esta diferencia ya no se da, siendo el centro de Otavalo un lugar cotidianamente vivido por las personas kichwa-otavaleñas.

<sup>86</sup>Inkarri Kowii en su análisis del Inti Raymi en Otavalo, hace uso de los términos de Deleuze en Mil Mesetas, sobre la existencia de dos tipos de espacios, lisos y estriados, que existen en varias combinaciones, "el espacio liso no cesa de ser traducido, transvasado a un espacio estriado; y el espacio estriado es constantemente restituído, devuelto a un espacio liso" (Deleuze, Gilles y Guattari, Félix. *Mil Mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, 484), Según estos autores: "Lo liso es un nomos mientras que lo estriado siempre tiene un logos" (Deleuze, Gilles y Guattari, Félix, *Mil Mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, 486). Este logos hace referencia de las reglas bajo el cual el espacio es dividido. El logos del espacio de la plaza sería el derivado del orden colonial, centralista, neoliberal, que crea un espacio homogéneo, moderno, donde se elimina la diversidad (la alteridad radical) domesticándola. El ritual del Inti Raymi rompería esa homogeneidad, irrumpiendo la alteridad andina (con su orden propio), dotando el espacio de cualidades distintas. El estriado anterior "del estado blanco mestizo queda en suspenso, y se abre la posibilidad de un nuevo orden, quizás de otro estriaje, pero sí el ordenamiento del espacio bajo la racionalidad andina, que es además momentáneo a la duración de la fiesta ritual". Kowii Alta, Inkarrí, *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*, 39-40.

<sup>87</sup>Kowii Alta, Inkarrí.: *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*, 39.

<sup>88</sup>Al comienzo de la celebración de cada Inti Raymi se hace evidente la fricción, vestida de diplomacia, entre los representantes de las embajadas de los países andinos y los representantes del gobierno de la ciudad. En torno a los migrantes andinos se libra una confrontación entre las instituciones españolas que dicen dar la bienvenida y acoger a los inmigrantes, y las instituciones de sus países que dicen protegerles.

Pero hay un drama más profundo que se realiza a otro nivel. La dimensión ritual de la ceremonia, al inscribir una huella sagrada en ella, hace presente un orden primigenio, la relacionalidad de la vida. Por medio del ritual del agradecimiento (ayni) y del saludo al sol se vuelve a crear y recrear el espacio, renovando el tiempo. La plaza se transforma: no es el mismo espacio que el resto del año, cambia la lógica de su orden. El espacio-tiempo queda durante la fiesta regido por la racionalidad relacional andina.

El ritual va rompiendo la homogeneidad moderna del espacio del parque, le dota de cualidades distintas. La mesa ceremonial en el centro, las puertas de los cuatro suyos del Tawantinsuyu, son abiertas a través del pututo. El ritual de agradecimiento y la ofrenda a la Madre Tierra y el saludo al Sol sacralizan el espacio. Las comparsas llegando desde los cuatro senderos que convergen en la plaza de Galicia (analogía de los cuatro suyos), las músicas y gritos irreconocibles, los tejidos y colores vivos de los trajes de las personas danzantes, el aya una mediante el baile el espacio se va volviendo cualitativamente distinto a lo que era antes de la irrupción de las danzas; los grupos de baile avanzan compitiendo unos con otros, como una serpiente policromada, ondulante, va adueñándose del espacio, friccionando unos y otros entre sí y todos juntos empujando hacia la plaza, hasta tomarla. Mediante, el ofrecimiento de la chicha y las hojas de coca que se comparten, de las comidas y bebidas que se ofrecen, con sus sabores propios, es decir, mediante los elementos de la sociabilidad andina, las personas que asisten a la celebración y se mantenían en los alrededores se unen a la toma de la plaza. Han llegado hasta aquí, están aquí e invitan a todos a su mesa<sup>89</sup>, rompen con el uso habitual dominical de un espacio público orientado por el orden neoliberal postmoderno de la ciudad (deportistas, turistas, familias españolas y otras de paseo, etc.) y toman, sin restricciones el espacio para sí. En ese momento el espacio, re-creado por medio del ritual, se vuelve el cosmos andino: un orden relacional donde todo lo vivo y sus conexiones se hace presente, bajo el imperativo de cuidar y curar, equilibrar y armonizar. Se reemplaza así un espacio ordenado por la lógica secular colonial-moderna, por el orden de la racionalidad/espiritualidad andina.

### 3.4. El Inti Raymi y la desestabilización del orden

Mi argumento en las páginas anteriores ha sido que la toma de la plaza de Galicia en el parque del Retiro en las fiestas del solsticio de junio opera de manera análoga a la toma de la plaza que se realiza en las comunidades andinas en el Ecuador; desestabilizando el orden existente. Allí, el orden derivado de la jerarquización racializada del poder criollo colonial primero, y más tarde del poder mestizo republicano. Los indios habitaban entonces las afueras, los criollos el centro. En el parque del Retiro, son los migrantes andinos, que habitan la

---

<sup>89</sup>El convite es comunitario para todos los presentes, sean o no andinos; es también con todo lo vivo, los humanos, y los no humanos, y todo lo que tierra, aire, agua y luz (o fuego), con la naturaleza, con el cosmos.

periferia del sistema económico, político y social de la ciudad, los que danzando toman la plaza. En ambos casos, se trata de un proceso de irrupción de lo que ocupa cotidianamente una posición subalterna, de lo que es mantenido abajo en el orden existente, que lo desestabiliza al reclamar los danzantes su derecho a ser ellos mismos y tener su lugar en el mundo. En ambos casos, se da un proceso de apropiación contrahegemónica de carácter simbólico, que tiene el efecto de hacer visible lo históricamente invisibilizado (las poblaciones indígenas y las poblaciones inmigrantes), que al realizar este acto se reafirman como sujetos políticos.

Esta reclamación no constituye, sin embargo, un intento de invertir el orden existente. Esta última opción, sugiere la acción de poner abajo lo que está arriba por parte de los resentidos, de los subalternos, mediante una acción de violencia simbólica que responde a la violencia estructural que padecen. La inversión haría que la opresión y el miedo cambiaran de bando. Esta amenaza se ha esgrimido en muchos lugares y momentos de la historia, llevando a anticipar medidas violentas, justificadas como acciones y hasta guerras preventivas: “antes de que los sometidos se levanten y nos sometan deben ser contenidos y sometidos”. Este argumento presupone una concepción de poder, la que ha ejercido las fuerzas dominantes, que se ejerce siempre de arriba abajo y justificada por la “natural” superioridad de los de arriba, situación que con la toma del poder se invertiría.

Mi argumento es que la toma de la plaza se realiza como una acción de autoafirmación positiva de los danzantes reclamando su reconocimiento, desde su ser propio y sin negar al otro. El derecho a reconocer el ser de uno no se realiza mediante la negación de este mismo derecho al otro, por mucho que este otro haya negado históricamente ese derecho para uno.<sup>90</sup> El desafío es dialogar para entenderse, reconociéndose como diferentes, no como superiores e inferiores<sup>91</sup>. Justamente, el reconocimiento del otro en su diferencia radical, aceptándole como tal en su diferencia, es el que no ha realizado la modernidad. Al considerarse una totalidad resultado de un proceso de progreso evolutivo protagonizado por una clase (las élites), un color (el blanco) y un territorio (occidente), sólo reconoce a los otros como subordinados y aspirantes a formar parte de esa misma totalidad negando así lo que marca la diferencia. Al proceder así reubica la diferencia en un espacio extraño, fuera del espacio de la modernidad, que ocupa el centro del espacio y el ahora del tiempo, y en un tiempo pasado.

En suma, la subversión del orden que resulta de la acción de la toma de la plaza en el Inti Raymi no consiste en poner abajo lo que estaba arriba, sino en

---

<sup>90</sup>De ahí que los autores anticoloniales, como Gandhi, plantearan la descolonización como el proceso que involucra tanto al colonizado como al colonizador. Este era también el horizonte desde el que pensaban Aimé Césaire y Frantz Fanon: un horizonte para la humanidad donde no hubiera perdedores ni ganadores.

<sup>91</sup> Ese reconocimiento no conlleva un olvido de la historia de la discriminación y violencias sufridas; todo lo contrario, constituyen parte del presente en la memoria. El perdón para Tío Enrique Pulupa era el mecanismo para superar la discriminación y violencia sufridas; el perdón, que no el olvido.



proponer un nuevo orden el que no se niega al que es diferente, sino que se basa precisamente en el reconocimiento de la diferencia. Si bien, se trata de un orden que emerge como posibilidad en acontecimiento que se da un solo día del año, el día de la renovación del tiempo, el solo hecho de apuntarse tal posibilidad permite pensar en la existencia de un tipo de orden otro (entre distintos y antagonistas, no entre desiguales y enemigos), y, en consecuencia, la posibilidad de considerar, repensar y proponer fórmulas distintas para la gestión dicha diversidad sociocultural.<sup>92</sup>

#### **4. El Inti Raymi como Tinkuy: confrontación, convergencia para el encuentro (Yanantin)**

La irrupción bulliciosa en la plaza de los grupos de baile desde las cuatro direcciones, donde, recordemos, cada grupo contienda con los otros en una pugna que les conduce unidos y serpenteando a tomar posesión de la plaza, constituye un ejemplo de una dinámica andina más general: la combinación de confrontación y convergencia, que en kichwa se denomina tinkuy. La toma de la plaza es el resultado de un tinkuy, porque la competencia de los grupos tiene ese objetivo compartido, no importa qué grupo la tome. La fricción que produce la competencia funciona como una dinamo que crea la energía necesaria para lograr con éxito el objetivo, al que todos aspiran.

El tinkuy tiene, en coherencia con la lógica dualista andina, su opuesto y complementario que es el encuentro; en kichwa: “yanantin”<sup>93</sup>. El encuentro se produce en la plaza tomada, que, recordemos, mediante el ritual, ha sido consagrada y conformada en un orden, ahora bajo la lógica ontológica de la sociabilidad andina. La comunidad que ocupa la plaza no está compuesta sólo de los seres humanos, en sus diversas variantes culturales, que fueron convocados a la realización del acto o se sumaron a él, sino una comunidad de vida: la constituida en la relación de los seres humanos con seres no humanos: animales, plantas, el agua y las montañas, la naturaleza; también con seres que habitan otros planos de existencia que exceden nuestra realidad sensorial, los espíritus y los ancestros, y los que habitan los sueños,<sup>94</sup> Es esta comunidad de vida la que es convocada al tomar la plaza en el Inti Raymi para renovar sus relaciones y empezar de nuevo en un equilibrio armónico. Se trata, pues, de una toma de la plaza que excede la acción política tal como habitualmente entendemos.

---

<sup>92</sup>Distintos modelos de gestión de la diversidad cultural son: el pluralismo, la multiculturalidad y la interculturalidad.

<sup>93</sup>“El tinkuy (el desencuentro, la disputa, el disenso, los desacuerdos, el enfrentamiento) tiene su opuesto: el yanantin (el encuentro, la concordia, el entendimiento, los acuerdos, las alianzas, la paz)”. De la Torre, Luz Marina, Inuca, Benjamín y Prieto, Mercedes, “Yachay tinkuy y kuyana: dos tropos del conocer y del hacer entre kichwa de la sierra norte del Ecuador”, en *Pensamiento Indígena en Nuestramérica. Debates y Propuestas en la mesa de hoy*, 77 (Santiago de Chile: ARIADNA Editores, 2018).

<sup>94</sup>En la lengua kichwa, Cachiguango (2011) denomina “Llaktayay” a esta comunidad.

#### 4.1. Tinkuy, la gestión kichwa de la diversidad

El tinkuy, como confrontación y convergencia que propicia un encuentro, “yanantin”, se aplica en muchos ámbitos en la vida cotidiana e institucional andina, donde se da una diversidad de intereses de distintos grupos, que no siempre relacionados asimétricamente. Lo que es central es el reconocimiento mutuo de los grupos o personas. De la Torre, Inuca, y Prieto<sup>95</sup> hacen uso del tinkuy para referirse a las relaciones dentro del ayllu, donde se desarrollan vínculos entre familias de iguales a partir de las prácticas de la reciprocidad, solidaridad, trabajo comunitario etc.<sup>96</sup> Dentro de la comunalidad kichwa se desarrollaría el “ayllupura” entre familias de iguales, lo que denota la riqueza de las relaciones y las redes socioeconómicas, políticas y culturales de las familias y grupos a partir de prácticas como el “ranti ranti” (reciprocidad), la “makipurana” (solidaridad), la “minka” (o “minga”, trabajo comunitario), la “waykarina” (ayuda de emergencia o urgencia).

Siguiendo a estos autores, al igual que en las comunidades y en los ayllus, el tinkuy se practica al interior de las organizaciones indígenas representativas de los pueblos y nacionalidades en el Ecuador, en distintas escalas territoriales y en su relación con la sociedad mayor. Se da una interrelación “entre nosotros” (el “ñukanchikpura”) que constituye la oportunidad para un intercambio de conocimientos y saberes, en una franca confrontación de saberes con el poder dominante.

Tenemos aquí la posibilidad de revisar a partir del tinkuy las relaciones de dominación sobre las comunidades y pueblos andinos, en la historia y en el presente.

Según el Inca Garcilaso<sup>97</sup>, el último Inti Raymi incaico se celebró el 21 de junio de 1534, después de lo cual la iglesia impulsó su política de destrucción de ídolos y “extirpación de idolatrías” con el fin de imponer la fe cristiana. A pesar de los éxitos alcanzados, las comunidades andinas siguieron desarrollando sus prácticas rituales insertas en los rituales católicos, lo que se ha visto bajo la fórmula del sincretismo, y así se ha entendido el solapamiento del agradecimiento al sol andino con las fiestas del solsticio de junio, San Juan y San Pedro y el Corpus Christi<sup>98</sup>. Ariruma Kowii<sup>99</sup>, como he mencionado antes, utiliza

<sup>95</sup>De la Torre, Luz Marina, Inuca, Benjamín y Prieto, Mercedes. “Yachay tinkuy y kuyana: dos tropos del conocer y del hacer entre kichwa de la sierra norte del Ecuador”, 77.

<sup>96</sup>Relaciones con las que nos hemos familiarizado con la historia de Tío Enrique Pulupa y Tía Mary Changoluisa, las relaciones en su familia y comuna y el proceso de reinención de estas en los últimos años.

<sup>97</sup>Inca Garcilaso de la Vega, Inca, *Comentarios reales* (Lima, Perú: Editorial Mercurio, Biblioteca Leo, 1971, original 1609).

<sup>98</sup>Ha sido el caso del Corpus Christi celebrado en Cuzco desde mitad del siglo XVI (entre otros, Dean, 2002), así como la peregrinación al señor de Quyllurit'i celebrado desde 1780 (entre otros, Antoinette Molinié, “La transfiguración eucarística de un glaciar: una construcción andina del Corpus Christi”, *Etnografías de Cuzco*, editado por Antoinette Molinié (2005): 47-59).

<sup>99</sup>Kowii, “Inti Raymi. La Fiesta Sagrada de los Kichwa Runa”.

el término sincretismo<sup>100</sup> para explicar la persistencia de unas prácticas rituales realizadas bajo la forma católica que han permitido la recuperación del Inti Raymi en las comunidades de Ecuador, como Otavalo. Por sincretismo Ariruma Kowii se refiere a la coexistencia de los mundos de significación, en donde el mundo negado de la cosmovisión kichwa sobrevive bajo la institucionalización de las festividades cristinas. Aunque se denuncia la imposición se acepta la coexistencia; se toma en serio el mundo cristiano sin abandonar el mundo propio andino. Si revisamos el encuentro colonial, con su violencia, tomándolo en cuenta desde la perspectiva indígena en sus contranarrativas que trataron ubicar lo nuevo en términos de su propio mundo, el término sincretismo se convierte en un tinkuy de saberes, esto es una confrontación entre las formas de conocimiento (y sus correspondientes formas de estar en el mundo) precolombinas y los nuevos saberes europeos y cristianos (aportados por los conquistadores y colonizadores) que buscaron imponerse. Tomar esto en cuenta obliga a repensar el de sincretismo, y otros que se relacionan con él, como mestizaje, para señalar, como hace Silvia Rivera Cusicanqui señala la ambigüedad de significados del mestizaje. La autora distingue dos significaciones encontradas. El “mestizaje colonial andino”<sup>101</sup> con fuertes relaciones con el mundo colonial que generó un modelo de sociedad basada en la subjetividad del ciudadano monocultural, categoría que los activistas indios ponen en cuestión. La segunda significación se refiere al mestizaje descolonizado y orgulloso de sus raíces.<sup>102</sup> El primero niega la raíz india del mestizaje, el segundo, la reivindica, sin disolverla en ninguna nueva subjetividad.

El tinkuy se extiende a las relaciones entre las distintas organizaciones indígenas, y entre los pueblos y nacionalidades que conviven en el país; también entre ellos se visibiliza el “llaktapura” (pensamiento entre pueblos) y el “kawsaypura”, (pensamiento entre culturas). Conforme se fueron reconstituyendo los pueblos y nacionalidades indígenas, sobre todo tras la emergencia indígena de la década de 1990, se reforzaron también instancias organizativas representativas a nivel regional y nacional<sup>103</sup> aprovechando los espacios creados por las nuevas constituciones ecuatorianas de 1998 y de 2008.

---

<sup>100</sup>Los conceptos de sincretismo y mestizaje son problemáticos. Son términos polisémicos que encubren en su seno una diversidad de situaciones de las que no se puede hacer una síntesis.

<sup>101</sup>Rivera Cusicanqui, Silvia, “Mestizaje colonial andino: Una hipótesis de trabajo” y “En defensa de mi hipótesis sobre el mestizaje colonial andino”, en *Violencias (re)cubiertas en Bolivia* (La Paz: La mirada salvaje y Editorial Piedra Rota. 2010), 64-135.

<sup>102</sup>En los últimos años Silvia Rivera Cusicanqui en *Un mundo ch'ixi es posible. Ensayos desde un presente en crisis* (Buenos Aires, Tinta y Limón, 2018) ha propuesto la noción aymara de ch'ixi.

<sup>103</sup>Como un antecedente se considera importante rescatar en el proceso organizativo de las nacionalidades es el establecimiento de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana (CONFENIAE) creada en 1980 y de Ecuador Runacunapac Riccharimui (ECUARUNARI) o el despertar de los indios ecuatorianos establecida en 1972. Cevallos, Jorge y Mullo, Mario. *Quichua runacunapac huiñai causai / historia de la nacionalidad y los pueblos quichuas del Ecuador* (Quito: ECUARUNARI, 1998), 33.

Desde los pueblos indígenas y en confrontación con los poderes dominantes se genera el sentimiento de “ñukanchikpura” o de convivencia<sup>104</sup> que atempera el desprecio exterior por el idioma y la cultura y las formas de existencia propias facilitando la generación de un proyecto político de las nacionalidades y la puesta en marcha de proyectos e intervenciones en los campos de educación, de salud y de justicia, entre otros.

El “yachay tinkuy”, la confrontación de saberes, también se produce entre las organizaciones indígenas y las instituciones estatales y las ONG que intervienen en los distintos ámbitos en que convergen, como los proyectos de desarrollo con participación comunitaria, en el sistema de educación intercultural, que valoriza las lenguas originarias y los conocimientos locales; la salud intercultural en busca de armonizar la medicina kichwa con la biomedicina<sup>105</sup>; y la administración de justicia que, a pesar de las muchas dificultades<sup>106</sup>, coordinan la justicia indígena y la justicia ordinaria<sup>107</sup>. En todas estas iniciativas surge y se reformula el pensamiento kichwa a la luz del intercambio entre pueblos, “llaktapura”, para una convivencia hermosa (“sumak kawsay”). Todo ello, el tinkuy, la confrontación y convergencia con las aportaciones de organizaciones en apoyo a los indígenas y de parte de la sociedad mestiza que valora el idioma, la cultura y los saberes kichwa. La mayor parte de estas personas mestizas y asociaciones operan en el ámbito urbano, donde el espacio facilita la interacción entre personas kichwa que han migrado a las ciudades y otros colectivos.

Buena parte de los argumentos recogidos en los anteriores párrafos provienen de la investigación de Benjamín Inuca<sup>108</sup> sobre los asuntos del “yachay tinkuy” andino, en particular en los ámbitos de la escuela y de la organización política de los pueblos y nacionalidades del Ecuador. En estos dos ámbitos la confrontación de saberes se da en el terreno de relaciones asimétricas entre los saberes de los pueblos y los saberes dominantes, y donde históricamente se ha ejercido la inhabilitación de los primeros por parte de los segundos. Inuca

---

<sup>104</sup> Según De la Torre, Luz Marina, Inuca, Benjamín y Prieto, Mercedes (“Yachay tinkuy y kuyana: dos tropos del conocer y del hacer entre kichwa de la sierra norte del Ecuador”, 85): “en ‘llaktapura’ hay una relación peculiar denominada ‘ñukanchikpura’, aludiendo a quienes comparten el espacio de vida y sus formas de existencia, así como las semejanzas de las diversas condiciones humanas de existencia. En estos espacios no se juegan ni las ideologías ni los dogmas, sino una forma de pensar y de sentir basada en la relación pragmática filial con la realidad de la vida. En este sentido se puede conectar el pensamiento y el sentimiento de la vida: allí kawsay o sumak kawsay.”

<sup>105</sup>Inuca Lechón, José Benjamín. *Yachay tinkuy o encuentro y confrontación de saberes: Genealogía de la interculturalidad y del buen vivir en la educación de los pueblos kichwas del Ecuador desde mediados del siglo XX*. Tesis para obtener título de doctorado Historia de los Andes, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito: FLACSO Ecuador, 2017.

<sup>106</sup> Derivadas del racismo institucional y en la sociedad, y la ausencia completa de la consideración de los sistemas jurídicos indígenas en las facultades de Derecho.

<sup>107</sup>Boaventura de Sousa Santos, y Agustín Grijalva Jiménez, (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: Abya Yala, 2012).

<sup>108</sup> Inuca Lechón, José Benjamín. *Yachay tinkuy o encuentro y confrontación de saberes: Genealogía de la interculturalidad y del buen vivir en la educación de los pueblos kichwas del Ecuador desde mediados del siglo XX*.

muestra como en ambos campos el tinkuy ha facilitado el aprendizaje de las personas y de las organizaciones kichwa en su encuentro con el sistema dominante, lo que le ha permitido un proceso de articulación entre organizaciones indígenas (con su propia confrontación y convergencia), la creación de coordinadoras indígenas, como la CONAIE, que se convirtieron en la base para un auge del pensamiento kichwa en el Ecuador, cuya emergencia se ubica tras el levantamiento del Inti Raymi de 1990<sup>109</sup>. El “yachay tinkuy” nos proporciona así una manera de abordar la emergencia de las luchas políticas y culturales gestadas por los pueblos y nacionalidades del Ecuador desde mediados del siglo XX no como algo que surge desde dentro del movimiento sino desde una exterioridad (derivada de lucha contra su negación como sujetos políticos) en su confrontación con el otro dominante. Esta no es una estrategia basada en ninguna esencia cultural ligada al pasado, sino una que se apropia de lo de afuera para un proyecto propio que dialoga en el presente con sus raíces.

Al utilizar la noción de “yachay tinkuy” no sólo deben subrayarse las tensiones, desencuentros, disputas, disensos, desacuerdos y enfrentamientos que se dan entre aquellos que confrontan (desde sus diferentes lugares, historias, perspectivas, intereses y aspiraciones), sino también destacar los procesos de intercambio y conocimiento mutuo que la confrontación produce; cada cual ha tenido un protagonismo en el encuentro, a la vez que ha aprendido en el camino<sup>110</sup>. Categorías nucleares en las demandas indígenas como la autonomía, la autodeterminación, la reconstitución de pueblos y nacionalidades en los países andinos, surgen de estas confrontaciones entre las organizaciones indias y los activistas culturales indígenas, con las instituciones del estado, organizaciones no gubernamentales, expertos e intelectuales<sup>111</sup>. Desde ahí se ha impulsado la propuesta el estado plurinacional en abierta contraposición con el estado

---

<sup>109</sup>El contexto histórico y geográfico fue movilización de las organizaciones indígenas en todo América Latina frente a la celebración del Quinto Centenario de la conquista de América. Se dieron encuentros en todo el continente que podemos considerar un tinkuy indígena continental. En los encuentros en busca de posiciones comunes compartiendo experiencias propias, participó Tío Enrique. El proceso le llevó al (re) nacimiento de su conciencia como kichwa, que desde entonces mantuvo con orgullo.

Además, los debates producidos por la celebración de la conferencia de Río de Janeiro de 1992 propulsaron entre las organizaciones indígenas el lanzamiento de una propuesta planetaria, alrededor de la celebración de la vida, que dio lugar a la carta de la Tierra. Dicha propuesta puede considerarse resultado de un tinkuy de las organizaciones indígenas con otros movimientos críticos con las consecuencias negativas de la civilización moderna occidental capitalista. Como resultado, se complejizó el debate sobre una conciencia global sobre el planeta dándole cabida a la crisis ambiental, etc. El concepto de minga epistémica sería aquí una traducción del tinkuy (Santos, *El fin del imperio cognitivo*, 212)

<sup>110</sup>El tinkuy se suma al énfasis decolonial, “pienso desde donde soy” (Walter Dignolo, *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo* (Madrid: Akal, 2003) frente al “pienso, luego soy”, en la que se basa la racionalidad moderna, reclamando un pensamiento propio del lugar, como con la idea de aprender a partir de las relaciones con quien uno se acompaña, huyendo de la tentación de un esencialismo epistemológico.

<sup>111</sup>Se comprende la importancia del conocimiento y apropiación del derecho internacional por parte del mundo indígena, como ha sido el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales. Este convenio se convirtió en el principal instrumento internacional sobre derechos de los pueblos indígenas convirtiéndose en un precedente para la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007. Juan Daniel Oliva, *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos* (Madrid: BOE. Universidad Carlos III de Madrid, 2005).

uninacional y una sociedad monocultural, Se trataría de procesos que Santos calificaría como apropiaciones contrahegemónicas, es decir: “filosofías, conceptos y prácticas desarrolladas por los grupos sociales dominantes para reproducir la dominación, pero que son apropiadas por los grupos sociales oprimidos y, acto seguido, resignificadas, reconfiguradas, refundadas, subvertidas y transformadas selectiva y creativamente para luego convertirlas en herramientas para las luchas contra la dominación”<sup>112</sup>.

Mediante estos procesos en la región andina del Ecuador se reconstituyeron los pueblos kichwa –Cayambe, Otavalo, Natabuela, Karanki— generando propuestas que subvierten la comprensión dominante de la vida. El surgimiento de categorías conceptuales en la propia lengua configura un pensamiento kichwa que rige y orienta la toma de conciencia comunitaria y colectiva (“rikcharimuy”), la movilización y levantamientos indígenas (“hatarishun”), la convergencia entre pueblos (“llaktapura”) por una vida digna y plena de convivencia (“sumak kawsay”<sup>113</sup>). Los saberes de los pueblos kichwa confrontan la sociedad blanca y mestiza, castellanohablante, confrontan al estado uninacional y al extractivismo y el extractivismo epistémico y, con el tiempo, se hace explícita la lucha contra el sistema económico y político imperante que históricamente los subordina. Es a través de sus propias categorías de conocimiento, puestas en valor en el proceso de confrontación y convergencia en los encuentros entre organizaciones indígenas y otras aliadas que emergen las propuestas del estado plurinacional, para reemplazar el estado uninacional; la educación intercultural bilingüe, en lugar de la educación asimilacionista y castellanizante; del bilingüismo a contrapelo del monolingüismo para la comunicación y la educación; de la conservación de la naturaleza, en lugar de su explotación y destrucción sistemática. Autodeterminación, autonomía de los pueblos, sociedad intercultural, plurinacionalidad y sumak kawsay son conceptos que surgieron de las confrontaciones para designar nuevos paradigmas de la vida, que confrontan y luchan contra el colonialismo y neocolonialismo, el racismo y la xenofobia, el desarrollismo y la explotación irracional de la naturaleza. El sumak kawsay propugnado desde el pensamiento de los pueblos kichwa retoma y recrea el sentimiento ecológico de la plenitud de la vida, introduciendo la espiritualidad en el proyecto de construcción compartida del mundo futuro como horizonte común de humanidad y naturaleza, en contraposición al proyecto de muerte, de destrucción de la Madre Tierra y de la vida del neoliberalismo y de la civilización capitalista.

---

<sup>112</sup>Boaventura de Sousa Santos. *El fin del imperio cognitivo* (Madrid: Trotta, 2019).

<sup>113</sup>Los autores quieren enfatizar que la noción de sumak kawsay no tiene relación con el vivir bien implementado hoy como política del estado ecuatoriano, impulsada por el ministro Freddy Ehlers durante el gobierno de Rafael Correa (De la Torre, Inuca, y Prieto, De la Torre, Luz Marina, Inuca, Benjamín y Prieto, Mercedes. “Yachay tinkuy y kuyana: dos tropos del conocer y del hacer entre kichwa de la sierra norte del Ecuador”, 77).

## 5. Modelos de gestión de la diversidad cultural en Madrid

Es el momento para volver al parque del Retiro y la ciudad de Madrid para explorar el mundo de posibilidades que surgen cuando consideramos el tinkuy como un modo de producción de lo común y un modelo de la gestión intercultural y lo ponemos en relación con la producción del espacio público de la ciudad. Gobernada desde 1989<sup>114</sup> por el Partido Popular, la construcción de Madrid se ha plegado a un programa de desarrollo neoliberal conectando con la larga historia de una ciudad que ha sido capital de un imperio y capital de un Estado, hoy integrado en la Unión Europea. Ha sido construida como un espacio abierto por la habitación de una gran diversidad de personas que procedieron de una diversidad de culturas. El carácter abierto de la ciudad es presentado por los gestores públicos como una característica de esta. La progresiva apertura del parque del Retiro para uso público resultaría coherente con ese carácter abierto. En los últimos años, el parque del Retiro, como espacio público, protegido por sus condiciones ambientales y como un elemento valioso que forma parte del centro de Madrid, es imaginado, una vez más, y bajo una orientación neoliberal, como un espacio de privilegio: un recurso valioso de un proyecto de ciudad orientado por el valor del mercado del espacio urbano para uso de sectores como el turismo y por las clases económicas privilegiadas. El permiso para realizar la festividad del Inti Raymi en el Retiro forma parte de una estrategia de la representación institucional de Madrid como un espacio abierto y atractivo, al que contribuirían las políticas de la Comunidad de Madrid y del Ayuntamiento orientadas a la integración de las poblaciones migrantes, políticas expresadas bajo el término de pluralismo.

El pluralismo promovido por la Comunidad de Madrid ha encontrado su contrapunto en otros modelos de gestión de la diversidad alternativos, que son el multiculturalismo y la interculturalidad. El debate sobre estos modelos y su aplicación ha formado parte en las últimas décadas de la problematización de la gestión de las migraciones. El tinkuy andino proporciona un contrapunto a estos modelos de gestión.

### 5.1. El pluralismo

Esperanza Aguirre, política del Partido Popular, como presidenta de la Comunidad de Madrid en los años de mi investigación, opinaba sobre la integración de las personas migrantes: “Los españoles sabemos por nuestra propia historia que la decisión de partir, dejando atrás buena parte de lo que más se quiere –la familia, los amigos y la patria– no es fácil. Pero se emigra para lograr un futuro mejor y esa elección demuestra la capacidad de sacrificio, gran decisión y coraje. Y por todo ello, estamos orgullosos de que los inmigrantes hayan elegido a Madrid, como el lugar al que venir a vivir y trabajar. En Madrid

---

<sup>114</sup>El ayuntamiento de Madrid ha sido gobernado por el Partido Popular de 1989 a 2015, y de nuevo de 2019 hasta la actualidad. La Comunidad de Madrid, después del gobierno del PSOE entre 1983 y 1995 ha sido gobernada desde entonces, ininterrumpidamente, por presidentes del Partido Popular.

estamos muy orgullosos de tener entre nosotros a personas valientes, que quieren compartir su esfuerzo, su trabajo y sus ilusiones con el resto de los madrileños”<sup>115</sup>.

En esta visión liberal del mundo, los inmigrantes serían héroes de nuestro tiempo, como lo fueron los migrantes europeos que hicieron lo que son hoy los EE. UU; una narración sobre la creación de una sociedad a partir de la iniciativa de individuos creativos, valientes e innovadores. El año 2012, bajo la presidencia de la Comunidad de Madrid de Esperanza Aguirre y con Ana Botella como alcaldesa de la ciudad, se promovió el “Modelo Madrid”, sistematizado por Mauricio Rojas, base del Plan de Convivencia 2011-2014 que puso las bases para la política de gestión de las migraciones en la región hasta hoy.

En el Plan se consideraba que “el principal agente y protagonista de su integración es él mismo (inmigrante)”, y no por intermediarios que pudieran representarle en términos de su adscripción a cualquier tipo de grupo (por nacionalidad, etnia, religión, etc.). Desde la visión liberal, el actor prioritario de la vida social no es el Estado sino la sociedad, entendida como una agrupación de individuos y las formas asociativas propias de la sociedad civil. La visión liberal de la sociedad pluralista da sentido al Modelo Madrid: el tipo de sociedad que podemos y debemos formar conjuntamente es una sociedad de individuos y de derechos universales (individuales), no de grupos con derechos particulares y colectivos: “El inmigrante es una persona libre, no un miembro de una colectividad o grupo étnico”<sup>116</sup>. Según la visión liberal, una sociedad que contiene grupos étnicos y colectividades separadas ve cortado el flujo que caracteriza toda sociedad abierta, organizada a partir de las elecciones de los individuos. Sobre esto, el plan es muy explícito: “Los grupos en ningún caso deben monopolizar o coaccionar las relaciones que los actores sociales individuales establecen entre sí.”<sup>117</sup>

En esta visión liberal una sociedad civil fuerte es incompatible con la existencia de cualquier grupo social en el espacio público cuya pertenencia se deba a relaciones de adscripción no libremente elegidas, o ganadas. La igualdad

---

<sup>115</sup>Mauricio Rojas es un político liberal de procedencia chilena, parlamentario en Suecia. Rojas, nombrado en diciembre de 2009 director del Observatorio para la Inmigración y la Cooperación al Desarrollo de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, desempeñó el cargo hasta 2012. En ese periodo también dirigió la Escuela de Profesionales de Inmigración y Cooperación, EPIC (Diversidad y excelencia), gestionada por Cruz Roja y contando con el respaldo de la Universidad Rey Juan Carlos.

<sup>116</sup>Esta toma de posición liberal es beligerante con el ideal de construcción de una sociedad multicultural (una sociedad de colectivos agrupados en torno a su etnicidad o cultura que cuentan con sus propios representantes ante la sociedad mayoritaria). Una sociedad multicultural exige leyes e instituciones diferenciadas, en función de las especificidades de los grupos. Los inmigrantes son aquí considerados como “minorías” (en el sentido que el derecho internacional le da a esta categoría que lleva asociado el derecho a un grado de autonomía colectiva)

<sup>117</sup>En este modelo, el racismo, la marginación, la segregación o la inadaptación tienen su origen en el trato al individuo en función de una pertenencia y en la primacía de una pertenencia sobre el comportamiento del individuo en sociedad. Se ignora por completo el racismo institucional, sus causas y sus raíces históricas.



de oportunidades de la filosofía liberal requiere movilidad<sup>118</sup>, y por ello, relaciones abiertas y dinámicas entre todas las personas y grupos que componen una sociedad<sup>119</sup>. El Modelo Madrid propuesto se basa en el pluralismo que surge del vivir mismo de los individuos, que no se encasilla en meta-identidades predeterminadas ni está controlada por caudillos étnicos o religiosos, sino que va haciendo y deshaciendo la diversidad día a día, eligiendo una y muchas identidades y campos asociativos, y circulando libremente por el tejido social, sin ataduras tribales a culturas, etnias u orígenes. En suma, “Madrid” piensa a sus nuevos habitantes como se piensa a sí misma: abierta, futurista, cosmopolita.

El pluralismo, como propuesta para la gestión de una sociedad, enfrenta la cuestión de cuál sería el fundamento común para la convivencia, el terreno de juego compartido en el que todos los individuos que componen la sociedad pudieran desplegar su existencia al compartir ciertas reglas comunes y, aún más importante, ciertos valores esenciales acerca de qué es y cómo debe llevarse a cabo la convivencia en la diversidad. Por sorprendente que parezca, en una sociedad pluralista el derecho a la diferencia presupone el deber de la semejanza, del compartir un sustrato común para sobre él poder diferenciarse sin por ello romper la base de comunidad o cohesión. Esto exige unos valores de la sociedad liberal y democrática, que se consideran incompatibles con los valores fundamentales de las sociedades que se consideran jerárquicas y estamentales, basadas en el criterio de desigualdad esencial entre los seres humanos o entre las clases, los pueblos, las etnias o las “razas”. Se considera en consecuencia que el límite de la diversidad aceptable en una sociedad pluralista sería toda expresión cultural que pretenda plasmar en la vida social una concepción que niegue la igualdad básica de los seres humanos en cuanto a su valor, dignidad, libertad y posibilidades. Como un corolario de este enfoque, se trataría de impedir cualquier expresión social e institucional de ideas que violasen la igualdad y libertad esenciales de los seres humanos, y que atentasen por ello contra el fundamento mismo de la sociedad, esto es la igualdad en la libertad que vale para todos y está por encima de toda consideración cultural, religiosa, política o ideológica. La conciencia de la incompatibilidad entre los valores de la sociedad abierta y aquellos otros valores de sociedades y expresiones culturales que niegan la igualdad y la libertad básicas de los seres humanos es muy importante para el enfoque pluralista. Es por ello por lo que el Modelo Madrid propuesto bajo las ideas liberales rechaza las ideas multiculturalistas<sup>120</sup>.

La Escuela de Profesionales de Inmigración y Cooperación, EPIC, dirigida por Mauricio Rojas, fue el nuevo espacio que la Comunidad de Madrid creó para

---

<sup>118</sup>Mauricio Rojas, Mauricio. *Madrid Ciudad para Compartir, Una investigación sobre el Modelo Madrid de integración de los inmigrantes* (Madrid: SEPHA, 2012), 132.

<sup>119</sup> Mauricio Rojas, Mauricio. *Madrid Ciudad para Compartir, Una investigación sobre el Modelo Madrid de integración de los inmigrantes*, 18-19.

<sup>120</sup> Mauricio Rojas, Mauricio. *Madrid Ciudad para Compartir, Una investigación sobre el Modelo Madrid de integración de los inmigrantes*, 135-136.

la formación, la sensibilización y el debate de ideas y propuestas en los ámbitos de la Inmigración y la Cooperación al Desarrollo<sup>121</sup>.

## 5.2. La interculturalidad, modelo alternativo al pluralismo como gestión de la diversidad cultural

Frente a los argumentos esgrimidos por el pluralismo, la interculturalidad ha sido propuesta, por distintas fuerzas políticas e intelectuales, como la base de los planes de convivencia, tanto en la Comunidad de Madrid como en el Estado español.

La EPIC, el nuevo espacio que la Comunidad de Madrid se creó en 2009 para la formación, la sensibilización y el debate de ideas y propuestas en los ámbitos de la Inmigración y la Cooperación al Desarrollo, desplazando a la Escuela de Mediadores Sociales Interculturales (EMSI), que la había precedido. La EMSI había surgido en 1996, dirigida por el antropólogo Carlos Giménez Romero, como un servicio público promovido por la Consejería de Servicios Sociales de la Comunidad, a través de la Dirección General de Inmigración, Cooperación al Desarrollo y Voluntariado de la Comunidad de Madrid y gestionado por el Programa Migración y Multiculturalidad de la UAM. La categoría clave de la EMSI era la interculturalidad como proyecto de convivencia, y se proponía la mediación intercultural como mecanismo para la prevención y gestión de dicha convivencia. La EMSI fue cerrada por la Comunidad de Madrid el 31 de diciembre de 2008.

En la EMSI se trabajaba por la integración de los inmigrantes como ciudadanos, y en un marco de convivencia intercultural, en la línea en que bajo el gobierno del entonces presidente Rodríguez Zapatero (PSOE) se iba formulando en El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014. Este modelo de integración se caracterizaba, entre otros elementos por el reconocimiento de los principios de Igualdad y No Discriminación, Ciudadanía, Interculturalidad e Inclusión. El Plan Estratégico tomaba en cuenta las experiencias de los planes anteriores, pero nunca se llevó a cabo por el cambio al gobierno de Mariano Rajoy (PP). Buscaba potenciar una política migratoria basada en la integración y la normalización de la convivencia entre autóctonos y extranjeros en una sociedad pluralista (cultural, lingüística, religiosa, etc.) recogiendo las medidas necesarias para dar respuesta a los retos del futuro, como la gestión de la diversidad, el fortalecimiento del capital humano, la consecución de la igualdad de oportunidades, la mejora de la convivencia frente a la mera coexistencia. Las categorías clave aquí son interculturalidad y convivencia. La propuesta de

---

<sup>121</sup> Tuve la oportunidad de participar en una acción formativa en la Cruz Roja dirigida por Mauricio Rojas donde planteó su modelo de convivencia como analogía a una pizza, donde los distintos elementos que se colocan sobre la masa corresponderían a las distintas expresiones culturales, siendo la masa de la pizza el basamento de todo el sistema. Las culturas darían color y sabor a la pizza, pero no tendrían participación en la base que la constituye. Los inmigrantes nunca formarían parte de la masa con la que se confecciona la pizza; en el modelo de convivencia liberal de Mauricio Rojas, sólo le aportarían color y sabor.

convivencia no se limitaba a las relaciones entre las personas como ciudadanos, como sostiene el pluralismo, reconociendo el valor añadido de la pertenencia cultural. En la interculturalidad la convivencia se extiende a las relaciones entre culturas. Frente al multiculturalismo que se basa en la tolerancia y coexistencia entre las culturas, la convivencia propone un enfoque más exigente y complejo para la gestión de la diversidad cultural: la interculturalidad, centrado en la convivencia entre culturas.

Carlos Giménez<sup>122</sup> distingue la coexistencia de la convivencia como base de dos modelos de gestión de la diversidad cultural: “Entendemos la convivencia como una relación bastante exigente, que va mucho más allá de la mera coexistencia. En esta, las personas, grupos, instituciones o comunidades comparten un determinado espacio en un momento dado, o (mejor sería decir) cohabitan en dicho espacio y tiempo. Esa conceptualización exigente de convivencia adquiere toda su relevancia como ideal y programa de acción orientada cuando se la contrapone a coexistencia. Si la convivencia constituye una relación positiva de respeto activo, en la coexistencia apenas hay relación, o no la hay en ningún sentido; y si hay respeto, lo es pasivo. Si la convivencia aborda el conflicto de forma dialogada, pacífica y positiva; en la coexistencia el conflicto permanece latente, larvado, sin ser abordado las más de las veces. Si la convivencia es profundamente dinámica, la coexistencia es más bien estática”.<sup>123</sup>

Giménez plantea la interculturalidad sobre tres principios que combinan lo personal, lo colectivo y lo nacional<sup>124</sup>: 1) el principio de ciudadanía, que implica el reconocimiento pleno y la búsqueda constante de igualdad real y efectiva de derechos, responsabilidades, oportunidades, así como la lucha permanente contra el racismo y la discriminación; 2) el principio del derecho a la diferencia, que conlleva el respeto a la identidad y derechos de cada uno de los pueblos, grupos étnicos y expresiones socioculturales; y 3) el principio de unidad en la diversidad, concretado en la unidad nacional, construida por todos y asumida voluntariamente.

El interculturalismo que enfatiza los procesos de comprender, cuidar, promocionar y regular adecuadamente la interacción sociocultural positiva y lo que ello conlleva (acercamiento, comunicación, aprendizaje, convergencias, nuevas síntesis, resolución de conflictos, etc.) ha sido valorado de manera muy

---

<sup>122</sup>Carlos Giménez. “Promoviendo la convivencia ciudadana intercultural en barrios de alta diversidad: Ideas y experiencias para una praxia comunitaria”. *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad* 4 (2015): 52- 53.

<sup>123</sup>Giménez, “Promoviendo la convivencia ciudadana intercultural en barrios de alta diversidad: Ideas y experiencia para una praxia comunitaria”, 52-53.

<sup>124</sup>Para Carlos Giménez, la propuesta intercultural es válida desde posiciones progresistas, cuando se basa en la extensión y adecuación de las categorías y fundamentos del desarrollo social y humano, la ciudadanía común y diferenciada y el poder compartido, superando así el culturalismo. (Carlos Giménez, Planteamiento multifactorial para la mediación e intervención en contextos multiculturales: una propuesta metodológica de superación del culturalismo”, *Volumen II del III Congreso sobre la Inmigración en España* (Granada, Laboratorio de Estudios Interculturales, 2000), 134-135.

positiva por las asociaciones migrantes. Muchos de los estudiantes de la EMSI procedían de asociaciones, y muchos de los mediadores culturales también eran inmigrantes<sup>125</sup>

### 5.3. Repensando la interculturalidad a partir de la experiencia del Inti Raymi en el parque del Retiro. Hacia una interculturalidad de lo no humano

La celebración del Inti Raymi en el parque del Retiro que he descrito en las páginas anteriores proporciona la oportunidad para revisar la complejidad de la naturaleza de las relaciones entre culturas en el contexto contemporáneo, y los modelos de gestión de la diversidad. Las relaciones entre culturas a las que me he referido aquí (el mundo andino y el mundo español) tienen una larga historia que se reactiva con los desplazamientos contemporáneos de las personas migrantes que participan en la producción social del espacio público de Madrid, ciudad que se despliega en la era de la globalización siguiendo una lógica neoliberal.

Las personas andinas que llegan a la plaza Galicia danzando en los grupos de baile dirigidos por el aya uma, así como las que asisten a la fiesta, son sin duda personas, individuos y ciudadanos, que luchan por sus derechos mediante la realización de actos de ciudadanía. Sin embargo, en mi argumentación, surgen como algo más, algo que excede esta caracterización. Son, según la cosmopraxis andina, seres caracterizados por su relacionalidad. Seres que no pueden entenderse aislados unos de otros, sino en relación con los demás seres del entramado de la vida<sup>126</sup>. La comunidad convocada en la fiesta del Inti Raymi no se limita a lo humano, en kichwa se alude a ella con el término "Llaktayay". No es una comunidad política, en el sentido común dado a este término, sino que constituye una comunidad de vida: la constituida en la relación de los seres humanos, con seres no humanos: animales, agua, montañas, la naturaleza; también con seres que habitan otros planos de existencia que exceden la realidad sensorial y los que habitan los sueños. El ritual del Inti Raymi ordenó el espacio-tiempo según la lógica andina celebrando en el proceso de dar y tomar, recibir y agradecer, las relaciones entre todo lo que está vivo, contribuyendo a su armonización y equilibrio.

La red de vida que anuda todos los seres diversos que componen esta comunidad no puede ser abordada por el pluralismo (el sistema que surge en la unión de los individuos), tampoco cabe en el interculturalismo que describimos; precisa ampliar la interculturalidad para que no quede limitada a lo humano. La ampliación de su significación se da en dos direcciones o planos<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup>Tanto Tío Enrique Pulupa como sus tres hijos, estudiaron mediación sociocultural en la EMSI.

<sup>126</sup>Este algo más, que son como personas, contrasta con su caracterización a través de estereotipos que los presentan como algo menos y no alcanzan derechos de ciudadanía.

<sup>127</sup>La relación entre ciencia y verdad en ciencias ha establecido una diferencia radical entre las sociedades modernas occidentales y el resto del mundo. Se da, como señala Bruno Latour, *Nunca Fuimos Modernos. Ensayo de antropología simétrica* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2007), una diferenciación básica entre una sociedad que posee la verdad -el control de la naturaleza- y otras que no lo tienen. En los ojos de los occidentales, el Occidente no es sólo una cultura. ¿Por qué se ve el Occidente a sí mismo de esta manera?

Primero, la interculturalidad necesita abordar la asimetría de un encuentro entre los mundos, andino y europeo, vinculados históricamente por relaciones de dominio y subordinación, relaciones cargadas de violencia (imperio/colonia), que se reeditan en el momento presente en el par: sociedad de acogida/sociedad migrante pendiente de integración. El tinkuy andino proporciona la posibilidad de construir esta relación, no desde la ira y buscando la inversión del orden, sino como la oportunidad de un encuentro que producirá un orden nuevo basado en el reconocimiento mutuo y en la voluntad compartida de co-construir y co-habitar el mundo; como un encuentro del cóndor y el águila que vuelan juntos en el mismo cielo.

Por otro lado, el desafío de la interculturalidad que precisa el encuentro entre estos dos mundos debe reconocer que lo que se encuentran no son dos culturas que comparten un solo mundo, sino propiamente dos mundos, dos ontologías, dos distintos modos de ser en el mundo, dos sistemas de vida, conocimientos y prácticas, orientados de manera diferente en la defensa de la dignidad de la vida y de la convivencia de los hombres (y las mujeres) entre sí, y con la naturaleza. Lo que argumentado con el tinkuy andino, hace ver que en ningún caso se trata de prescindir del mundo moderno, alter cultural del mundo andino: por el contrario, en la confrontación y convergencia se da un proceso de aprendizaje a partir del reconocimiento del otro, que no se puede producir sin él. El reconocimiento en igualdad de estos dos mundos, en su diferencia, posibilitaría al mundo occidental moderno aprender de la ontología andina que la naturaleza es el principio vital que sostiene la vida humana y no humana en el planeta<sup>128</sup>, que nada es posible sin ella, que los humanos formamos parte de ella, que no nos pertenece, y en cambio los humanos le pertenecemos a ella. Reconocer la existencia de una diversidad de mundos ontológicamente diferentes que interaccionan en la construcción del mundo exige considerar la existencia de un mundo donde quepan muchos mundos, un pluriverso<sup>129</sup>.

El tinkuy, como confrontación entre antagonistas que son complementarios, constituye un modelo apropiado para la gestión de la diversidad en el pluriverso. Reconociendo los mundos de la diferencia y aprendiendo de ella, sin renunciar a lo propio, se encuentra la clave para cohabitar el mundo, construirlo en interacción, crear mutuo respeto entre mundos diversos. El mundo andino tiene

---

¿Por qué debería ser Occidente y sólo Occidente no una cultura? Para comprender la Gran División entre nosotros y ellos (los occidentales y los otros) hay que tener en cuenta la otra Gran División, aquella que se da entre humanos y no-humanos, a través de la cual los modernos se han puesto a sí mismos en un plano diferente de los premodernos.

<sup>128</sup>El caso andino es único. Es posible una argumentación paralela con los conocimientos ancestrales de otros pueblos indígenas en el mundo, así como con el concepto Ubuntu, africano, o la concepción gandhiana de Swadeshi y Swaraj. Boaventura de Sousa Santos, *El futuro comienza ahora, De la pandemia a la utopía*, Madrid: Akal, 2021), 348) nos recuerda que en la cultura occidental han existido corrientes de conocimiento en las ciencias y en la filosofía convergentes a estos conocimientos, en particular la hipótesis Gaia de James Lovelock, *Gaia, una nueva visión de la vida sobre la Tierra* (Madrid: Ediciones Orbis, 1985).

<sup>129</sup>Escobar, Arturo. "Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso". *Revista de Antropología Social* 21 (2012): 23-62.

una propuesta para la convivencia que se ha popularizado en los últimos años, el “buen vivir” o “buen convivir”.

Simón Yampara, sociólogo aymara, bien consciente de la existencia de la tensión entre el exceso ontológico del mundo andino y el déficit ontológico con el que éste es representado en el mundo dominante, escribe: “Queremos convivir con mundos diferentes, incluidos los mundos de personas que son diferentes a nosotros, incluido el capitalismo. Pero también queremos que respeten nuestro propio mundo, nuestra organización, nuestra economía y nuestra forma de ser. En este sentido, como señala Simón Yampara<sup>130</sup>, queremos crear mutuo respeto entre mundos diversos”<sup>131</sup>. En esta interpretación, el buen convivir, *suma qamaña*, no sólo sería una alternativa económica y ecológica al desarrollo moderno, también incluiría la propuesta de abrir la vida a un cosmos de mundos que están intraconectados “a través del respeto”.

La antropóloga peruana, Marisol de la Cadena, anota que la comprensión del término “respeto” utilizado por Yampara no puede entenderse como “diferencia cultural”, ni subordinación de uno de los mundos al otro, categorías del pensamiento dualista dominante desde las que se define el bien común, sino que propone “una política del desacuerdo ontológico a través de una ecología de mundos cuyo interés común son sus formas de vida divergentes”<sup>132</sup>.

Yampara nos propone una ecuación y hace una pregunta que nos interpela: “Conocimiento ancestral milenario + conocimiento occidental centenario = conocimiento profundo y renovado. ¿Por qué no podemos hacer esa ecuación?”. Marisol de la Cadena, en busca de una respuesta, sostiene que *cosmovivir* podría ser una propuesta para un bien común parcialmente conectado, logrado al producir un mundo sin cancelar las diferencias irreconciliables entre los mundos, reconociendo que su existencia como diversidad es la condición de posibilidad de su propia producción. Se trataría de la producción de un mundo hecho de muchos

<sup>130</sup> Simón Yampara Huarachi, “Cosmovivencia Andina. Vivir y convivir en armonía integral – Suma Qamaña”. *Bolivian Studies Journal/Revista de Estudios Bolivianos* 16, 18 (2001). doi: 10.5195/bsj.2011.42.

<sup>131</sup> Esto es lo que he considerado como *tinkuy* a lo largo de mi investigación. En el argumento de Yampara: sobre la sobrevivencia de la cultura andina tras los embates de cinco siglos: “La única respuesta es que ha sabido sobrevivir porque sabe convivir con los diversos, o sea, no sólo con la diversidad, sino con los diversos mundos. Y aquí hay algo importante, porque no se preocupa sólo del mundo de la gente, egoístamente, como occidente parece preocuparse sólo del mundo de la gente y hasta nos han hecho creer que el único ser racional e inteligente es el ser humano, y por ahí viene todo el paquete del “desarrollo humano”. Entonces, ¿qué pasa con los otros mundos? Resulta que los aymaras vivimos y convivimos con el mundo animal, con el mundo vegetal, con el mundo de las deidades y con el mundo de la tierra. Si esos mundos están bien, el mundo de la gente también estará bien. Pero no a la inversa, que primero el mundo de la gente esté bien sin importar cómo estén los otros. (...) Pensar en los otros mundos tiene que ver con la cultura de la convivencia, o sea la convivialidad, la cosmo-“convivencia, que es diferente al concepto occidental de “cosmovisión” (...) Ha sido esa capacidad de convivialidad lo que, estratégicamente, ha hecho que en los Andes pueda sobrevivir esto que llamamos el mundo indígena. Claro que, para sobrevivir, muchas veces se ha tenido que camuflar”. (Yampara Huarachi, “Cosmovivencia Andina. Vivir y convivir en armonía integral – Suma Qamaña”, 6-7).

<sup>132</sup> De la Cadena, *Earth Beings: Ecologies of Practice Across Andean Worlds*, 286.

mundos, donde el desafío sería alcanzar un bien común entre todos los mundos, mundos cuyos intereses en común serían poco comunes entre sí. “Una cosmovida: esta puede ser, una propuesta para una política que, en lugar de exigir la igualdad, estaría respaldada por divergencia.”<sup>133</sup>

---

<sup>133</sup> De la Cadena. *Earth Beings: Ecologies of Practice Across Andean Worlds*, 286

## Bibliografía

Atienza, David. “Identidades Indígenas Transnacionales: Kichwa-otavaleños en la Diáspora”. Comunicación preparada para la mesa: “les projects populistes et l’indigénisme politique en Amérique Latine/los proyectos populistas y el indigenismo político en Latinoamérica” dentro de la XVII Semana de ética y filosofía política en San Sebastián del 1 al 3 de junio de (2011): [https://www.academia.edu/29144107/Identidades\\_Indigenas\\_Transnacionales](https://www.academia.edu/29144107/Identidades_Indigenas_Transnacionales).

Arribas Lozano, Alberto. “Migraciones, acción colectiva y colonialidad del saber en el campo académico español: los y las migrantes como sujetos políticos invisibles/invisibilizados”, *Tabula rasa* 29 (2017): 367–385.

Bravo Díaz, Andrea Elizabeth. *Cuando los saberes se hacen audibles: la transmisión del conocimiento en el Ecuador del siglo XXI*. Tesis de maestría. Quito: FLACSO, 2013.

Latour, Bruno. *Nunca Fuimos Modernos. Ensayo de antropología simétrica*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

Caro Baroja, Julio. *La estación de amor*, Madrid: Taurus, 1979.

Calavita, Kitty. “Immigration, Law and Marginalization in a Global Economy: Notes from Spain,” *Law & Society Review*, 32, 3 (1998): 529-566.

Cevallos, Jorge y Mullo, Mario. *Quichua runacunapac huiñai causai/ historia de la nacionalidad y los pueblos quichuas del Ecuador*, Quito: ECUARUNARI, 1998.

Cachiguango, Luis Enrique. *Módulo Sabiduría en el mundo andino*, Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe – DINEIB, 2011.

Cachiguango, Luis Enrique. *La sabiduría andina en la fiesta y el trabajo*, Cuadernos de Investigación en Cultura y Tecnología Andina, 23, IECTA – Chile (2006). <https://www.yumpu.com/es/document/view/14398432/la-sabiduria-andina-en-la-fiesta-y-el-trabajo-iecta>.

CONAIE. *Las nacionalidades indígenas en el Ecuador* (1989). [https://www.fes-ecuador.org/fileadmin/user\\_upload/pdf/0121%20NACIND986\\_0121.pdf](https://www.fes-ecuador.org/fileadmin/user_upload/pdf/0121%20NACIND986_0121.pdf).

CONAIE. *El Levantamiento Indígena del Inti Raymi de 1990* – CONAIE, 2014.

Colombres, Adolfo. *El resplandor de lo maravilloso, o, el reencantamiento del mundo*. Buenos Aires: Colihue, 2018.

Deleuze, Gilles y Guattari, Félix. *Mil Mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Valencia: Pre-Textos, 2000.

Dean, Carolyn. *Los Cuerpos de los Incas y el Cuerpo de Cristo. El Corpus Christi en el Cuzco Colonial*. Lima: Universidad de San Marcos y Banco Santander, 2002.

De la Cadena, Marisol. *Indígenas: raza y cultura en el Cusco*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2004.



De la Cadena, Marisol. *Earth Beings: Ecologies of Practice Across Andean Worlds*, Durham and London: Duke University Press, 2015.

Descola, Phillipe. *Más allá de naturaleza y cultura*, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2012.

Del Campo Tejedor, Alberto. “El éxito de los nuevos chamanes: Turismo místico en los Andes ecuatorianos”. *Latin American Research Review* 54(1), (2019), 89–102. DOI: <https://doi.org/10.25222/larr.151>.

De la Torre, Luz Marina (Achiq Pacha Saqil), Sandoval Peralta, Carlos. *La Reciprocidad en el mundo Andino. El caso del pueblo de Otavalo*, Quito: Ediciones Abya-Yala, 2004.

De la Torre, Luz Marina, Inuca, Benjamín y Prieto, Mercedes. “Yachay tinkuy y kuyana: dos tropos del conocer y del hacer entre kichwa de la sierra norte del Ecuador”, en *Pensamiento Indígena en Nuestramérica. Debates y Propuestas en la mesa de hoy*, editado por Pedro Canales Tapia y Sebastião Vargas, 71-100. Santiago de Chile: ARIADNA Editores, 2018.

De la Torre Espinosa, Carlos. *El racismo en Ecuador: Experiencias de los indios de clase medias*, Buenos Aires, CLACSO, Colección CAAP EC Ecuador. (1996): recuperada de: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Ecuador/caap/20120928023907/torre.pdf>.

De Acosta, José. *Libro Cuatro*. Capítulo XXIII. “Del magüey, del tunal, de la grana, del añil y algodón. El árbol de las maravillas es el magüey, en historia natural y moral de las Indias. En que se tratan de las cosas notables del cielo, elementos, metales, plantas y animales dellas y de los ritos y ceremonias y leyes y gobierno de los indios,” Sevilla, Juan (1590) de León [http://bibliotecadigital.aecid.es/bibliodig/i18n/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?pat\\_h=1004565&presentacion=pagina&registrardownload=0&posicion=3](http://bibliotecadigital.aecid.es/bibliodig/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?pat_h=1004565&presentacion=pagina&registrardownload=0&posicion=3).

Escobar, Arturo. “Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso,” *Revista de Antropología Social*, Madrid: UCM, 21 (2012): 23-62.

Escobar, Arturo. “Desde abajo, por la izquierda, y con la Tierra: La diferencia de Abya Yala/Afro/Latino-América”, *Revista Intervenciones en Estudios Culturales* 3 (2016): 117-134.

Estermann, Josef. *Filosofía Andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo*. La Paz, Bolivia: Segunda Edición, ISEAT. 2006.

García Escudero, M.<sup>a</sup>. del Carmen. “El mundo de los muertos en la cosmovisión centroandina”, *Gazeta de Antropología*, 25, 2, artículo 51, (2009). <http://hdl.handle.net/10481/6893>.

Garcilaso de la Vega, Inca: *Comentarios reales*, Lima, Perú: Editorial Mercurio, Biblioteca Leo, 1971 (original 1609).

Galinier, Jacques y Molinié, Antoinette. *Los neo-indios: Una religión del tercer milenio*, Quito, Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2013.

Giménez, Carlos, “Planteamiento multifactorial para la mediación e intervención en contextos multiculturales: una propuesta metodológica de superación del culturalismo”. En *Volumen II del III Congreso sobre la*

*Inmigración en España*, editado por F.J. Castaño y C. Muriel. 2000: 627-643. Granada, Laboratorio de Estudios Interculturales.

Giménez, Carlos. “Promoviendo la convivencia ciudadana intercultural en barrios de alta diversidad: Ideas y experiencias para una praxia comunitaria”, *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*. (2015): 48-68, N.º Extra-4, (Ejemplar dedicado a: Migración y Diversidad: Una Realidad Transnacional),

Giménez, Carlos. *Teoría y práctica de la mediación intercultural. Diversidad, Conflicto y Comunidad*, Madrid: REUS, S.A. 2019.

Guerrero, Andrés. “Ciudadanía, Frontera Étnica y Compulsión Binaria”. *ICONOS*, N.º 4, Quito: FLACSO-Ecuador, 1997:112-122.

Hannerz, Ulf. *Conexiones transnacionales. Cultura, gente, lugares*. Madrid. Ediciones Cátedra. 1998.

Inuca Lechón, José Benjamín. *Yachay tinkuy o encuentro y confrontación de saberes: Genealogía de la interculturalidad y del buen vivir en la educación de los pueblos kichwas del Ecuador desde mediados del siglo XX*. Tesis para obtener título de doctorado Historia de los Andes, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito: FLACSO Ecuador, 2017.

Kowii, Ariruma. “Cultura Kichwa, interculturalidad y gobernabilidad”. *Revista Aportes Andinos* 13. Gobernabilidad, democracia y derechos humanos, marzo, (2005): <http://www.uasb.edu.ec/padh>

Kowii, Ariruma. *Visión cultural del mundo andino: el caso del pueblo kichwa*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2014.

Kowii, Ariruma. “Inti Raymi. La Fiesta Sagrada de los Kichwa Runa”, *Boletín Informativo Spondylus*, Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (2019): <https://www.uasb.edu.ec/web/spondylus/contenido?inti-raymi-la-fiesta-sagrada-de-los-kichwa-run>.

Kowii Alta, Inkarri.: *El Tinkuy kichwa: violencia ritual y mecanismo cultural*. Tesis de Maestría en Estudios de la Cultura. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Área de Letras y Estudios Culturales, (2017): <http://hdl.handle.net/10644/5883>.

Lovelock, James: *Gaia, una nueva visión de la vida sobre la Tierra*. Madrid: Ediciones Orbis, 1985.

López-Pavillard, Santiago. *La vida como proceso de sanación: prácticas chamánicas del alto Amazonas en torno a la ayahuasca en España*, Tesis de doctorado, Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 2015.

Mignolo, Walter. *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo*. Madrid: Akal, 2003.

Ministerio de Cultura y Patrimonio de Ecuador: Inti Raymi, Fiesta del Sol y la Cosecha, en Ingapirca (2016): <https://www.culturaypatrimonio.gob.ec/inti-raymi-fiesta-del-sol-y-la-cosecha-en-ingapirca/>

Molinié, Antoinette. “La transfiguración eucarística de un glaciar: una construcción andina del Corpus Christi”, *Etnografías de Cuzco*, editado por Antoinette Molinié (2005): 47-59. Cuzco: Centro de Estudios Regionales

Andinos Bartolomé de Las Casas-CBC, Laboratoire d'ethnologie et de sociologie comparative.

Oliva Martínez, J. Daniel. *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos*. BOE. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid. 2005.

Pajuelo Teves, Ramón: *Reinventando comunidades imaginadas. Movimientos indígenas, nación y procesos sociopolíticos en los países centroandinos*, Institut français d'études andines, Instituto de Estudios Peruanos, (2015): DOI: 10.4000/books.ifea.4783.

Pinilla Pulido, Ana Leonilde. *La Celebración del Inti Raymi en España. Tinkuy e Interculturalidad*. Tesis presentada en la Universidad Autónoma de Madrid. 2021.

Pratt, Mary Louise. *Ojos imperiales, Literatura de viajes y transculturación*, México DF: FCE. 2010.

Prat, Joan: *La nostalgia de los orígenes, Chamanes, gnósticos, monjes y místicos*. Barcelona: Kairós. 2017.

Rivera Cusicanqui, Silvia. "Mestizaje colonial andino: Una hipótesis de trabajo" y "En defensa de mi hipótesis sobre el mestizaje colonial andino" en *Violencias (re)cubiertas en Bolivia*, 64-135, La Paz: La mirada salvaje y Editorial Piedra Rota. 2010.

Rivera Cusicanqui, Silvia. *Un mundo ch'ixi es posible. Ensayos desde un presente en crisis*, Buenos Aires; Tinta y Limón. 2018.

Rostworowski, María, *Historia del Tahuantinsuyo*, Lima: Instituto de Estudios Peruanos y Ministerio de la Presidencia. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología CONCYTEC. 1988.

Rojas, Mauricio. *Madrid Ciudad para Compartir, Una investigación sobre el Modelo Madrid de integración de los inmigrantes*, Madrid: SEPHA. 2012.

Santos, Boaventura de Sousa. *El fin del imperio cognitivo*, Madrid: Trotta. 2019.

Santos, Boaventura de Sousa: *El futuro comienza ahora, De la pandemia a la utopía*, Madrid: Akal. 2021.

Santos, Boaventura de Sousa y Grijalva Jiménez, Agustín (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Quito: Abya Yala. 2012.

Suárez Navaz, Liliana. "Introducción. La lucha de los sin papeles. Anomalías democráticas y la (imparable) extensión de la ciudadanía". En *Las luchas de los sin papeles y la extensión de la ciudadanía. Perspectivas críticas desde Europa y Estados Unidos*, editado por Liliana Suárez-Navaz, Raquel Macià Pareja y Ángela Moreno García, Ángela: 15-34, Madrid: Traficantes de Sueños, 2007.

Tuaza, Luis Alberto, "La fiesta del Inti Raymi en la construcción del Estado plurinacional en el Ecuador", *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM* [Online], 33 | 2017, Online since 16 June 2017, connection on 17

November 2020. URL: <http://journals.openedition.org/alhim/5703>; (2017) DOI: <https://doi.org/10.4000/alhim.5703>.

Vargas, Jaime / CONAIE. 30 Años del Primer Gran Levantamiento Indígena, CONAIE (2020, 5 junio): <https://conaie.org/2020/06/05/1990-30-anos-del-primer-gran-levantamiento-indigena/> (1990)

Viveiros de Castro, Eduardo. *Metafísicas caníbales*, Buenos Aires: Katz. 2012.

VdM - una Ventana desde Madrid. Parques y Jardines de Madrid. (2009): <https://www.unaventanadesdemadrid.com/retiro-puertas-y-entradas.html>.

Wibbelsman, Michelle. *Encuentros Rituales. la Comunidad Mítica y Moderna de los Otavalos Alter/Nativas* (2015): <https://alternativas.osu.edu/assets/files/ebooks/WIBBELSMAN2-Encuentros-rituales-FINALreduced.pdf>.

Yampara Huarachi, Simón. “Cosmovivencia Andina. Vivir y convivir en armonía integral – Suma Qamaña”, *Bolivian Studies Journal /Revista de Estudios Bolivianos* 18 (2011). doi: 10.5195/bsj.2011.42.

# ***LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUENTES DE AGUA POTABLE EN COMUNIDADES INDÍGENAS DE LAS AMÉRICAS. ¿DERECHO FUNDAMENTAL O BIEN SUSCEPTIBLE DE APROPIACIÓN, EXPLOTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN?***

*The legal status of drinking water sources in indigenous communities in the Americas. Human rights or assets that can be expropriated, exploited, and commercialized?*

JONATÁN CRUZ ÁNGELES\*

**Resumen:** En el sistema interamericano, podemos advertir cómo la falta de acceso a fuentes de agua limpia y salubre afecta, especialmente, a personas y colectividades históricamente discriminadas, entre las que se encuentran las comunidades y pueblos indígenas, tribales o autóctonos. El acceso al agua se encuentra estrechamente vinculado al respeto y garantía de varios derechos humanos, tales como, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud de las poblaciones locales. Así las cosas, a través de este estudio pretendemos analizar si el régimen jurídico de las fuentes de agua potable situadas en territorios y tierras que tradicionalmente han pertenecido a comunidades indígenas deben tener un régimen jurídico especial, es decir, si éstas constituyen un derecho fundamental (ya sea individual o colectivo) de dichas comunidades o si, por el contrario, el agua puede ser considerada como un bien susceptible de apropiación, explotación y comercialización por parte de organismos públicos y empresas privadas.

**Palabras claves:** pueblos indígenas; Américas; agua potable; recursos hídricos; apropiación; explotación; comercialización

**Abstract:** In the Inter-American system, we could notice how the lack of access to drinking water affects people and communities, historically discriminated against, including indigenous, native, or tribal communities. Access to drinking water is closely related to respect and guarantee of several human rights such as the right to life, bodily autonomy, and local people's health. Therefore, this paper reviews if we should consider the legal status of drinking water sources located in lands that traditionally belonged to indigenous communities as individual or community human rights or as assets that can be expropriated, exploited, and commercialized by public institutions or private companies.

**Keywords:** indigenous peoples; Americas; drinking water; water resources; appropriation; exploitation; commercialization

---

\*Profesor Ayudante Doctor en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén. Correo electrónico profesional: [jangeles@ujaen.es](mailto:jangeles@ujaen.es)

**Sumario:** I. El estatuto jurídico de los recursos hídricos en el sistema universal de protección de derechos humanos; 1.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1.2. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1.3. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; 1.4. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales; 1.5. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; 1.6. La Resolución 64/92 y otras normas de *soft law*; 1.7. La consolidación del “derecho al agua y saneamiento” como un Objetivo del Desarrollo Sostenible; II. El acceso al agua potable en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA); 2.1. El establecimiento de medidas cautelares; 2.2. La interpretación del “derecho al agua” en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; 2.2.1. La garantía del derecho universal de acceso al agua; 2.2.2. La obligación estatal de proveer agua potable; 2.2.3. La obligación estatal de proveer agua salubre; 2.2.4. La propiedad efectiva sobre las fuentes de agua; III. Conclusiones; IV. Bibliografía.

## I. El estatuto jurídico de los recursos hídricos en el sistema universal de protección de derechos humanos

Los esfuerzos por avanzar hacia la formulación del derecho al agua en el sistema universal se remontan, en primer lugar, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)<sup>1</sup>, aprobada por la IX Conferencia Internacional americana, redactada en Bogotá, que dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En el artículo 11 de dicho instrumento podemos leer que: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Dicho derecho a un nivel de vida adecuado también se recoge en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)<sup>2</sup>. Particularmente, en su artículo 25, que cubre un amplio rango de derechos, incluyendo aquellos a una alimentación adecuada, al agua, al saneamiento, a la ropa, a la vivienda y al cuidado médico. El primer requerimiento listado en el artículo 25 como necesario para lograr un “nivel de vida adecuado” que asegure la salud y el bienestar es la alimentación<sup>3</sup>. De dicho(s) precepto(s), podría extraerse la obligación de los gobiernos de los Estados miembros de tomar las medidas adecuadas para asegurar que las actividades del sector privado no afecten al derecho de los pueblos indígenas a la alimentación. Y, de manera similar, entendemos que los servicios privados de agua no pueden poner en riesgo el acceso equitativo, asequible y aceptable de los suministros de agua.

---

<sup>1</sup>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%20hombres%20nac en%20libres.exigencia%20del%20derecho%20de%20todos>.

<sup>2</sup>Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Texto íntegro (ENG) disponible en: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

<sup>3</sup>Un ex relator especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Jean Ziegler, observó que el derecho a la alimentación no significa ofrecer comida de forma gratuita por todo el mundo. No obstante, sí establece una obligación a los gobiernos, que deben abstenerse de evitar el acceso a una alimentación adecuada por medio de, por ejemplo, un desalojo forzoso de las tierras, la destrucción de las cosechas, la criminalización de la pobreza o la contaminación de los alimentos.

Progresivamente, la naturaleza jurídica del agua se configura como la de un recurso natural regulado por un régimen especial distinto al del resto de los bienes que son propiedad de un Estado. De modo que, las autoridades estatales, sin llegar a ser propietarias del recurso deberán ejercer la facultad de regular, administrar y desplegar su *ius imperium* sobre el agua, cumpliendo con una serie de obligaciones específicas. En primer lugar, el Estado deberá garantizar el abastecimiento de agua por persona de forma suficiente y continua para el uso personal y doméstico. Estos usos incluyen de forma general el agua de beber, el saneamiento personal, el agua para realizar la colada, la preparación de alimentos, la limpieza del hogar y la higiene personal. De acuerdo con la organización Mundial de la Salud (OMS), son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona y día para garantizar que se cubren las necesidades básicas en materia de salud. En segundo lugar, el Estado deberá proporcionar el agua saludable necesaria tanto para el uso personal como doméstico, es decir, libre de microorganismos, sustancias químicas y peligros radiológicos que constituyan una amenaza para la salud humana. En este sentido, las medidas de seguridad del agua potable vienen normalmente definidas por estándares nacionales y/o locales de calidad del agua potable. A tal efecto, las Guías para la calidad del agua potable de la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>4</sup> proporcionan las bases para el desarrollo de estándares nacionales que, implementadas adecuadamente, garantizarán la salubridad del agua potable. De modo que, el agua ha de presentar un color, olor y sabor aceptables para ambos usos, tanto el personal como el doméstico. En cuarto lugar, todas las instalaciones y servicios de agua deberán ser culturalmente apropiados y sensibles con las necesidades de las comunidades indígenas. De acuerdo con la OMS, la(s) fuente(s) de agua debe(n) encontrarse a menos de 1.000 metros del hogar y el tiempo de desplazamiento para la recogida no debería ser superior a los 30 minutos. Y, en quinto lugar, los servicios e instalaciones de acceso al agua deberán ser asequibles para todos. En este sentido, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que el coste del agua no debería ser superior al 3% de los ingresos del hogar.

A continuación, estudiaremos el deber de los Estados de garantizar el acceso a los recursos hídricos a los pueblos históricamente marginados o desfavorecidos. Nuestro interés es el de centrar la cuestión en si dicho deber es extensible (o no) a los acuerdos y contratos celebrados entre la Administración Pública y la empresa privada. En este tipo de controversias, la organización empresarial que gestiona los recursos hídricos se enfrenta a las reivindicaciones de la población autóctona sobre las fuentes de agua potable que se encuentran en sus tierras ancestrales. En la mayoría de ocasiones, sin un título de propiedad -ya sea individual o colectivo- que respalde sus reclamaciones. De modo que, para determinar la existencia de estándares mínimos de protección de estas poblaciones, así como un posible régimen jurídico que determine la

---

<sup>4</sup>Organización Mundial de la Salud (OMS). Guía para la calidad del agua del consumo humano. Texto íntegro disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272403/9789243549958-spa.pdf?ua=1>

responsabilidad derivada de una mala praxis por parte de estas empresas, analizaremos los principales instrumentos de reconocimiento y protección de derechos humanos, así como las principales peticiones, reclamaciones y denuncias presentadas tanto en el sistema universal como en el interamericano.

### 1.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una serie de estándares en materia de reconocimiento y protección de derechos humanos. Éste ha sido ampliamente ratificado por sus Estados signatarios y, por tanto, podemos concluir que recibe un amplio apoyo por parte de la comunidad internacional. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuenta con un procedimiento de denuncia individual, que puede ser ejercitado tanto por individuos como de forma colectiva -como pudiese ser el caso que nos ocupa, es decir, el de un pueblo o comunidad indígena, tribal o autóctono-. Pero, debemos plantearnos: ¿cuál sería la argumentación jurídica más apropiada para que pudiesen interponer dicha denuncia, petición o reclamación sobre la propiedad de sus recursos hídricos?

La libre determinación de los pueblos indígenas sobre la base del Derecho Internacional Contemporáneo exige el autogobierno, la autogestión, la participación de las mujeres<sup>5</sup> y hombres indígenas en la vida pública, el reconocimiento de sus costumbres y tradiciones, así como el control de los servicios públicos básicos -como pudiesen ser, por ejemplo, los centros de educación y salud-. En el caso concreto del derecho al agua, se exhorta a los Estados a celebrar consultas a los pueblos indígenas con el fin de obtener un consentimiento libre e informado previo a la aprobación de proyectos que afecten a sus recursos hídricos.

En la Comunicación 1457/2006, relativa al asunto Ángela Poma Poma c. Perú<sup>6</sup>, el Comité de Derechos Humanos decidió que el desvío de agua que provocó la desecación y degradación de las tierras del pueblo indígena provocó la muerte del ganado y la privación del medio de vida de dicha comunidad; considerándose una violación del derecho a no ser privado(s) de su medio de subsistencia en virtud del artículo 1(2). Sin embargo, el Comité “recuerda su jurisprudencia según la cual el Protocolo Facultativo establece un procedimiento en virtud del cual las personas pueden alegar que sus derechos individuales han sido violados, aunque estos derechos no incluyen aquellos establecidos en el artículo 1 del Pacto”. De lo que podemos extraer que el artículo 1 es un derecho colectivo, que carece de existencia de forma aislada. Por tanto, este derecho

---

<sup>5</sup>Esta cuestión ha sido abordada más detenidamente en Cruz Ángeles, Jonatán. “Las obligaciones estatales en materia de reconocimiento y protección de las mujeres indígenas, autóctonas o tribales en las Américas” en *Desafíos, necesidades y oportunidades para el mundo rural*, dirigido por Miguel Ángel Martín López- 1ª edición. Madrid: editorial Dykinson (2022): *passim*.

<sup>6</sup>Para un estudio más detallado sobre la Comunicación 1457/2006, Ángela Poma Poma contra Perú, de 24 de abril de 2009, véase: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1495>



colectivo no puede ser objeto de una reclamación ante el Comité. De modo que ni los individuos ni los grupos podrán denunciar una posible vulneración de dicho derecho a no ser privados de los medios de subsistencia ni del derecho a disponer libremente de sus recursos naturales.

De la lectura del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos podría deducirse que el derecho a la vida también brinda la posibilidad de proteger el derecho al agua. Asimismo, en el caso *Matsipane Moselelhanyane*<sup>7</sup> se muestra cómo éste podría invocarse en concurrencia con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes también puede invocarse para proteger los derechos de los pueblos indígenas al agua. En este caso, el tribunal nacional resolvió que la comunidad Basarwa tenía derecho a volver a poner en funcionamiento sus pozos a y seguir perforando en sus tierras. El agua utilizada en éste y otros pozos sólo pueden utilizarse para fines domésticos. El tribunal subrayó el hecho de que la práctica consistente en una reubicación forzosa y la privación del agua, constituye un trato inhumano o degradante contrario a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Otra disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que podría brindar protección y desarrollo del derecho al agua es el artículo 27, que protege los derechos de las personas como miembros de minorías en relación con su cultura. No obstante, su protección está restringida por tres razones. En primer lugar, el uso del agua debe calificarse como una actividad cultural tradicional. En segundo lugar, el impacto sobre las prácticas culturales debe ser consistente y significativo. Y, por último, este derecho se considera individual<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup>*Matsipane Moselelhanyane y Ors contra el Fiscal General*. En 2006, el Tribunal Supremo de Bostwana consideró ilegal e inconstitucional la decisión del Gobierno de desalojar a la comunidad Basarwa de sus tierras. Tras la decisión, el Gobierno declaró que, si la comunidad insistía en permanecer en sus tierras, ellos mismos tendrían la culpa de la grave escasez de agua, ya que el gobierno no se responsabilizaría del suministro. El Tribunal de Apelación falló a favor de la comunidad Basarwa, citando preceptos propios del Derecho Internacional. Éste consideró que, según el artículo 7(1) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “Las personas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona”. La Corte también citó el Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas como referencia para enfatizar el derecho al agua de los pueblos indígenas. Los jueces insistieron en que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoce el derecho al agua potable segura y limpia como un derecho fundamental que es esencial para el pleno disfrute de la vida y todos los derechos humanos. Por tanto, declararon que el Gobierno de Bostwana no había cumplido con sus obligaciones constitucionales hacia los Basarwa al someterlos a un trato inhumano y degradante.

<sup>8</sup>Los derechos consagrados en el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se confieren a los particulares -personas pertenecientes a grupos minoritarios-, así como los contenidos en la Parte III de dicho texto. Ello ha permitido que el Comité examine las reclamaciones relacionadas con varias problemáticas que afectan a las comunidades indígenas. Para un estudio más detallado de la cuestión, véase: Batalla, Anna. “The Right of self-determination – ICCPR and the jurisprudence of the Human Rights Committee” en *Symposium on The Right to Self-Determination in International Law, Organized by Unrepresented Nations and Peoples Organization (UNPO), Khmers Jampuchea-Krom Federation (KKF), Hawai'i Institute for Human Rights (HIHR), del 29 de septiembre al 1 de octubre de 2006, La Haya, Países Bajos*. Texto completo de la ponencia disponible en: <https://www.unpo.org/downloads/AnnaBatalla.pdf>

Por tanto, dificultaría una reclamación por parte de una comunidad. Por todo ello, debemos considerar que, si la comunidad indígena reclama el acceso a agua “potable”, su petición quedaría fuera del alcance de este precepto.

## 1.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también incluye el derecho humano al agua. El artículo 1 es idéntico al artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los términos descritos en el apartado anterior. En aquellos casos en los que las fuentes de agua conforman lugares sagrados que forman parte de la experiencia cultural de los pueblos indígenas, podríamos estudiar la posibilidad de invocar el contenido del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>9</sup>, aunque, a día de hoy (2022) todavía no contamos con estándares internacionales en tal sentido.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado el contenido del “derecho al agua” en la Observación General nº. 15<sup>10</sup>, de la que se extrae lo siguiente: “el derecho humano al agua otorga a todos el derecho a agua suficiente, segura, aceptable, físicamente accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Es necesaria una cantidad adecuada de agua potable para evitar la muerte por deshidratación, reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y satisfacer las necesidades de consumo, cocina, higiene personal y doméstica”. Entendemos, por tanto, que el derecho al agua potable comprende una serie de estándares mínimos: (1) agua limpia, libre de sustancias nocivas como microorganismos y productos químicos, de modo que sea apta para el uso doméstico y personal; (2) las instalaciones deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, en el ámbito de la jurisdicción del Estado; (3) los Estados están obligados a adoptar marcos regulatorios que hagan que el agua se encuentre disponible para todos, de forma accesible y asequible; (4) sólo cubre el agua para uso personal y usos domésticos y (5) un factor importante para hacer frente a la escasez de agua es la participación de los ciudadanos, especialmente, de las minorías. Estos grupos, a menudo, están subrepresentados y deben tener la oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones que influye en su acceso al agua potable.

---

<sup>9</sup>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 15. “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

<sup>10</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General nº. 15, adoptada en 2002. Se trata de un documento que carece de fuerza jurídicamente vinculante, que “extrapola las obligaciones existentes de la naturaleza del Pacto”.

En relación con los pueblos indígenas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tratado varios casos, estableciendo una serie de requisitos específicos. En primer lugar, el CDESC considera que los Estados deben prestar especial atención a la hora de garantizar que las personas tengan un acceso adecuado al agua para sus necesidades de subsistencia<sup>11</sup>. En segundo lugar, este reconocimiento va más allá de la simple aceptación de la necesidad de agua para beber, saneamiento e higiene, incluyendo también el uso del agua para la agricultura de subsistencia, específicamente, para este colectivo. Tercero, al referirse al artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité también incluye un elemento colectivo al derecho al agua. En cuarto lugar, el Comité enfatiza que el derecho al agua se aplica a todos y que se debe prestar especial atención a los grupos que, tradicionalmente, han tenido dificultades para ejercer el derecho de acceso al agua, como las mujeres y los presos. En cuanto a los pueblos indígenas, el Comité afirma que los Estados Partes deben tomar medidas para garantizar que todos disfruten del derecho al agua sin discriminación, como también se confirma en el artículo 2(2) del PIDESC. Los Estados deben identificar los grupos e individuos vulnerables que se encuentren en su jurisdicción. Estos grupos no deben verse afectados negativamente de ninguna manera, ya sea directa o indirectamente. Quinto, uno de los requisitos señalados por el Comité es que todas las instalaciones y servicios de agua deben ser culturalmente apropiados. El Comité no desarrolla este concepto. Permitir que los grupos identifiquen por sí mismos lo que consideran culturalmente apropiado podría ser un punto de referencia. En estas circunstancias, los pueblos indígenas podrían incorporar su perspectiva sobre el significado cultural del agua. Sexto, los Estados están obligados a involucrar a los pueblos indígenas en el proceso de toma de decisiones<sup>12</sup>. Y, por último, séptimo, el Comité también declara que el acceso de los pueblos indígenas a los recursos hídricos, en sus tierras ancestrales, está protegido contra la invasión y la contaminación ilegal. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas diseñen, entreguen y controlen su acceso al agua.

### 1.3. La Convención Internacional para erradicar Todas las Formas de Discriminación Racial

---

<sup>11</sup>El CDESC se refiere al artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que ningún pueblo puede ser privado de sus medios de subsistencia. En este sentido, el Comité reconoce que los pueblos indígenas se incluyen en la definición de “Pueblos” tal como se menciona en el artículo 1 y señala que “los Estados Partes deben garantizar que haya un acceso adecuado al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar el sustento de los pueblos indígenas”.

<sup>12</sup>El Comité reconoce que “la formulación e implementación de las estrategias y planes de acción nacionales del agua deben respetar, entre otros, los principios de no discriminación y participación popular. El derecho de las personas y grupos a participar en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar su ejercicio del derecho al agua debe ser parte integral de cualquier otra política, programa o estrategia en materia de agua. Las personas y los grupos deben tener pleno y equitativo acceso a la información sobre el agua, los servicios de agua y el medio ambiente, en poder de las autoridades públicas o de terceros”.

Nos planteamos si la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial podría llegar a aplicarse en relación con el derecho humano al agua. En este sentido, la mera acción de impedir u obstaculizar el acceso a recursos naturales como el agua podría plantearse también como una forma de discriminación racial. No obstante, hasta la fecha (2022), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), se ha limitado a destacar la importancia del acceso al agua para los pueblos indígenas en el 80º periodo de sesiones, en el examen de los informes presentados por Canadá (2012)<sup>13</sup>, en el que señala que cada Estado parte en la Convención está obligado a presentar un informe al Comité relativo a la implementación de los derechos mencionados en la Convención. El Comité se encarga de evaluar cada informe y formular recomendaciones - jurídicamente no vinculantes-.

Encontramos varios informes del CEDR relativos a la situación de los pueblos indígenas en varias regiones de Canadá. Entre éstos, destacamos el informe(s) presentado(s) por la comunidad de los tsilhqot'in<sup>14</sup>, que denuncian cómo un proyecto propuesto por la empresa de extracción *Prosperity Gold-Copper Mine* provoca la alienación de sus tierras y fuentes de agua. En este sentido, se destaca cómo sus hogares, lugares sagrados y recursos hídricos se convierten en lugares inaccesible para los miembros de la comunidad. La presencia de empresas extractoras no es la única razón que provoca la falta de acceso a fuentes de agua. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha mostrado su preocupación por los altos niveles persistentes de pobreza entre los pueblos aborígenes y la marginación persistente y las dificultades que enfrentan en materia de empleo, vivienda, agua potable, salud y educación, como resultado de una discriminación estructural cuyas consecuencias todavía están presentes. A través de este tipo de casos podemos observar cómo el CEDR se muestra activo a la hora de abordar los problemas de acceso al agua por parte de los pueblos indígenas, pero no establece que éste sea un derecho humano. En su lugar, se limita a clasificarlo como un servicio que debería ser proporcionado por parte de las autoridades estatales.

#### 1.4. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales

Como resultado de la aplicación del artículo 14 del Convenio n°. 169 (1989) de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), jurídicamente vinculante, nos planteamos cómo las tierras tradicionalmente ocupadas por los

---

<sup>13</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 80º periodo de sesiones, de 13 de febrero a 9 de marzo de 2012. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 9 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Texto íntegro disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/724576>

<sup>14</sup>Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 80º periodo de sesiones. Presentación de los informes periódicos: Tsilhqot'in sobre la denegación de los derechos de los pueblos indígenas, centrado en el sector extractivo, en Canadá. Texto íntegro disponible en: [https://www.tsilhqotin.ca/wp-content/uploads/2020/11/2012\\_01-TsilhqotinCERDSubmission.pdf](https://www.tsilhqotin.ca/wp-content/uploads/2020/11/2012_01-TsilhqotinCERDSubmission.pdf)

pueblos indígenas deberían ser legalmente reconocidas, demarcadas y protegidas. Dicho precepto establece que:

“1. Deberá reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar si las tierras de los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”

En este contexto, planteamos si los Estados también deberían reconocer los sistemas tradicionales de gestión del agua, así como los pueblos indígenas tendrían el derecho a usar sus tierras y fuentes de acceso al agua en sus propias formas tradicionales. Del mismo modo que, en aquellos casos en los que las tierras hubiesen sido expropiadas con el pretexto de servir para fines relacionados con el de desarrollo de la región, éstos también tendrían derecho a una restitución y/o indemnización.

Aunque, desafortunadamente, la realidad es que, en la *praxis*, podemos apreciar que el apoyo universal a estas disposiciones es limitado, si tenemos en cuenta que el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sólo ha sido ratificado por 24 Estados<sup>15</sup>. Aunque, sí podemos señalar que sus disposiciones sí parecen aplicarse en el conjunto de Estados que conforman el sistema interamericano<sup>16</sup>. A tal efecto, es interesante señalar que dicho Convenio trata diferentes derechos relacionados con el proceso de toma de decisiones en relación con la gestión de los recursos naturales. En el caso que nos ocupa, nos centraremos en los procedimientos de “participación” y “consulta” de los pueblos indígenas en la gestión de los recursos hídricos situados en sus territorios y tierras ancestrales. En función de lo dispuesto en el artículo 6(2) del Convenio n.º. 169: “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. De ello podemos extraer que no se requiere, necesariamente, un acuerdo formal o el consentimiento de la población o comunidad indígena, sino que entendemos que dicha norma se limita a exhortar a las autoridades estatales a que habiliten un procedimiento de mera consulta.

---

<sup>15</sup>Ratificaciones de C169. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (n.º. 169): Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314)

<sup>16</sup>El Convenio n.º. 169 ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. Para un estudio más detallado sobre su incidencia en el sistema interamericano véase, *inter alia*, Awás Tingni contra Nicaragua. Ficha técnica disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/awas.pdf>

### 1.5. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) pasó por un largo proceso hasta ser adoptada en 2007<sup>17</sup>. Los derechos mencionados en dicha Declaración se conciben como una serie de estándares necesarios para su “supervivencia, dignidad y bienestar”<sup>18</sup>. Aunque la Declaración no es jurídicamente vinculante, ha contribuido al desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario y crea un argumento moral en defensa de los derechos indígenas<sup>19</sup>. Hasta el momento (2022) podría considerarse la declaración más completa sobre los derechos de los pueblos indígenas, que pone de manifiesto la reivindicación del desarrollo de una serie de derechos de naturaleza colectiva, en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos<sup>20</sup>. La Declaración no crea ninguna categoría nueva de derechos, sino que se limita a recopilar principios y derechos generales relativos a nacionalidad, libre determinación, igualdad y no discriminación; derecho a la cultura, la espiritualidad, la educación y el idioma; así como derechos de participación en el desarrollo y otros derechos económicos y sociales. La DNUDPI garantiza los derechos relacionados con la tierra y sus recursos. Sin embargo, no contempla una obligación específica de los Estados signatarios relativa a la demarcación y respeto de las tierras ocupadas por comunidades indígenas.

En relación con el agua, la DNUDPI tiene como objetivo subrayar la propiedad tradicional de los pueblos indígenas sobre las aguas que han utilizado y que están conectadas a la tierra que ocupan. El artículo 26(2) establece que: “los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”<sup>21</sup>. Además, el artículo 32(2) señala que: “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente, en relación

---

<sup>17</sup>Para un estudio más detallado de la cuestión véase “Preguntas frecuentes sobre la Declaración” (PDF) disponible en: [http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration\\_faqs.pdf](http://www.un.org/es/events/indigenousday/pdf/indigenousdeclaration_faqs.pdf)

<sup>18</sup>Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 43. “Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”. Para un estudio más profundo y detallado de la Declaración véase: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html#:~:text=The%20United%20Nations%20Declaration%20on,%2C%20Bangladesh%2C%20Bhutan%2C%20Burundi%2C>

<sup>19</sup>Desmet, Ellen. *Indigenous Rights Entwined with Nature Conservation*, editorial Intersentia (2011): p. 176.

<sup>20</sup>*Ibidem*.

<sup>21</sup>Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Texto íntegro disponible en: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)

con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

#### 1.6. La Resolución 64/292 y otras normas de *soft law*

El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292<sup>22</sup>, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y el saneamiento, reafirmando que el agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. Dicha Resolución exhorta a los Estados y Organizaciones Internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular, a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio y accesible para todos.

Desde entonces, Naciones Unidas ha promovido toda una serie de iniciativas destinadas a concienciar a la comunidad internacional. Entre éstas, podemos destacar: (1) la prórroga del mandato inicial de tres años -establecido mediante la Resolución 7/22<sup>23</sup>- de un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de los derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento. Dicho Experto Independiente supervisa e informa sobre la implementación por parte de los Estados del derecho humano al agua así como sobre las violaciones relacionadas; (2) la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud 64/24<sup>24</sup>, de mayo de 2011, en la que la Organización Mundial de la Salud, hizo un llamamiento a los Estados miembros “para garantizar que las estrategias de salud nacionales contribuyan al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en materia de agua y saneamiento al mismo tiempo que deben apoyar la progresiva realización del derecho humano al agua y el saneamiento”, así como realizó un llamamiento al Director General de la OMS a “reforzar la colaboración de la OMS con los correspondientes socios y miembros de la ONU – Agua y otras organizaciones relevantes para promover el acceso a unos servicios de agua saneamiento e higiene saludables, así como a servir de modelo de una acción efectiva intersectorial en el contexto de la iniciativa de las Naciones Unidas en la Acción a la que pertenece OMS, y de cooperación de la organización con la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento orientada a mejorar la implantación del mismo”; y (3) la Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/18/1<sup>25</sup>, de 28 de septiembre de 2011, que llevó el derecho humano

---

<sup>22</sup>Resolución 64/292, aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010. Texto íntegro disponible en: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S)

<sup>23</sup>Resolución 7/22. Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. Texto íntegro disponible en: [https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A\\_HRC\\_RES\\_7\\_22.pdf](https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_22.pdf)

<sup>24</sup>Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud 64/24. Agua potable, saneamiento y salud. Texto íntegro disponible (ENG) en: [https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA64/A64\\_R24-en.pdf](https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA64/A64_R24-en.pdf)

<sup>25</sup>Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/18/1. El derecho humano al agua potable y el saneamiento. Texto íntegro disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/165/92/PDF/G1116592.pdf?OpenElement>

al agua potable y a un saneamiento saludable un paso más allá. El Consejo daba, así, la bienvenida a la compilación de nuevas prácticas sobre el derecho al agua potable y a un saneamiento saludable, en la que la Relatora Especial ponía especial énfasis en las soluciones prácticas relacionadas con la implantación del derecho humano al agua potable y a un saneamiento saludable. Dicha Resolución hace un llamamiento a los Estados para que garanticen la suficiente financiación para el suministro sostenible de servicios de agua y saneamiento.

#### 1.7. La consolidación del “derecho al agua limpia y saneamiento” como un Objetivo del Desarrollo Sostenible

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) resultó en la adopción del Programa 21<sup>26</sup> -jurídicamente no vinculante- que incluye el capítulo 21 sobre la situación de las poblaciones indígenas como actores importantes en la protección ambiental y ha sido firmada por más de 178 Estados. El Capítulo 26 insta a la protección de las tierras indígenas contra las prácticas ambientales nocivas y otras actividades que los pueblos indígenas encontrarían cultural o socialmente inapropiadas. El documento insta a los gobiernos a comprometerse plenamente con los pueblos indígenas para alcanzar los siguientes objetivos que son relevantes para proteger el derecho al agua de los pueblos indígenas:

“iii) El reconocimiento de sus valores, sus conocimientos tradicionales y sus prácticas de ordenación de los recursos, con miras a promover un desarrollo ecológicamente racional y sostenible; iv) El reconocimiento de que la dependencia tradicional y directa de los recursos renovables y los ecosistemas, incluido el aprovechamiento sostenible, sigue siendo esencial para el bienestar cultural, económico y físico de las poblaciones indígenas y de sus comunidades”.

El Capítulo 26 del Programa 21 no menciona expresamente el agua. Considera el agua como parte de los recursos naturales y no menciona sus diferentes usos. De modo que, contempla el acceso al agua como recurso, pero no establece ningún requisito orientado a su conservación. No obstante, sí pretende incluir a los pueblos indígenas en el proceso de protección de las fuentes de agua y hacer que participen activamente.

El Programa 21 ha tenido un estrecho seguimiento a partir del cual se han desarrollado ajustes y revisiones. Primero, con la conferencia denominada Río+5<sup>27</sup>, se llevó a cabo del 23 al 27 de junio de 1997 en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York. Posteriormente, con la

---

<sup>26</sup>Para un estudio más detallado del Programa 21 véase: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/index.htm>

<sup>27</sup>La 19ª Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, más conocida como Río+5, se celebró en Nueva York (Estados Unidos) entre el 23 y 27 de junio de 1997. Esta cumbre trató de identificar las principales dificultades en la implementación de la Agenda 21 y se dedicó a definir prioridades de acción para los próximos años, además de dar un impulso político relacionado con las negociaciones ambientales en curso. Río+5 contribuyó a crear un ambiente político propicio para la aprobación del Protocolo de Kioto en diciembre de 1997.



adopción de una agenda complementaria, los Objetivos de Desarrollo del Milenio (*Millennium Development Goals*)<sup>28</sup>. Los ODM fueron revolucionarios porque ofrecieron un discurso común para alcanzar un acuerdo global. Los ocho acuerdos, realistas y fáciles de comunicar, se contaba con un mecanismo claro para su cuantificación y seguimiento<sup>29</sup>. El Fondo ODM contribuyó directa e indirectamente al logro de los ODM con un enfoque inclusivo e integral. Este enfoque, inspirado por la Declaración del Milenio y su énfasis en considerar el desarrollo como un derecho, centró su atención de manera específicamente en los grupos tradicionalmente marginados, como las minorías étnicas, las mujeres y los pueblos indígenas.

En enero de 2016, los ODM fueron reemplazados por la nueva Agenda 2030<sup>30</sup> para el Desarrollo Sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por los Estados miembros de las Naciones Unidas, tras un proceso consultivo mundial sin precedentes de más de tres años<sup>31</sup>. La nueva agenda está enfocada en la construcción de un mundo sostenible en el que se valoren de igual manera la sostenibilidad del medio ambiente, la inclusión social y el desarrollo económico. Entre sus objetivos, debemos destacar, en el caso que nos ocupa, los siguientes: el “Objetivo 6: garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”, que plantea como una de sus grandes metas el “apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento”, en concurrencia con el “Objetivo 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles”, así como el “Objetivo 15: Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, efectuar una ordenación sostenible de los bosques, luchar contra la desertificación, detener y revertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica” y, por último, el “Objetivo 16: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles” . A través de este ODS se reivindica la necesidad de elevar “el derecho de acceso al agua y saneamiento” a la categoría de derechos humano y se expresa la voluntad de dar contenido y hacer efectivo dicho derecho, como una

---

<sup>28</sup>Objetivos del Desarrollo Mundial: (1) erradicar la pobreza extrema y el hambre; (2) lograr la enseñanza primaria universal; (3) promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de las mujeres; (4) reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años; (5) mejorar la salud materna; (6) combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades; (7) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y (8) fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

<sup>29</sup>El progreso alcanzado con los ODM fue sustancial. Para 2015, el mundo ya había cumplido el primer objetivo, consistente en reducir las tasas mundiales de pobreza extrema y hambre a la mitad. Sin embargo, el alcance del resto de los logros planteados fue desigual.

<sup>30</sup>Para profundizar más en la Agenda 2030 véase Presta Novello, Déborah Elisabet. “La Agenda 2030 en América Latina y el Caribe: especial referencia a los derechos de los pueblos indígenas” en Carlos Fernández Liesa. & María Eugenia López-Jacoiste Díaz (Dir.) *Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos sociales y culturales*. 1ª edición. Pamplona: editorial Thomson Reuters Aranzadi (2021): pp. 249-268.

<sup>31</sup>Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se centran en políticas de globalización y en la erradicación de la pobreza y el hambre, adoptados en la 55ª Asamblea de la ONU, celebrada en Nueva York del 6 al 8 de septiembre de 2000. Para un estudio más detallado de los Objetivos de Desarrollo Sostenible véase: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

forma de estimular a la comunidad internacional, a los gobiernos y a las grandes empresas para que redoblen sus esfuerzos para satisfacer las necesidades humanas básicas de las poblaciones indígenas, tribales o autóctonas en el marco de la consecución de los Objetivos de la nueva Agenda 2030.

## II. El acceso al agua potable en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA)

En el sistema interamericano, el derecho de acceso al agua no se reconoce de forma expresa ni en la Carta de la Organización de Estados Americanos<sup>32</sup> ni en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>33</sup>. Sin embargo, ésta última sí reconoce el derecho a la vida, a la integridad y a la salud, derechos éstos que sólo pueden garantizarse mediante el acceso al agua, tal y como ha precisado la Comisión Interamericana (en adelante ComIDH) en sus informes, así como la Corte Interamericana en su jurisprudencia -tal y como desarrollaremos, con mayor profundidad, a lo largo de los próximos apartados-.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>34</sup> -también denominado como Protocolo de San Salvador- tampoco reconoce expresamente el derecho al agua aunque éste podría entenderse como un requisito *sine qua non* si se pretende garantizar el derecho a un medioambiente sano, así como también podría deducirse del reconocimiento del derecho de toda persona a acceder a los servicios más básicos; dado que el agua es un elemento vital para la subsistencia, el derecho a su acceso estaría reconocido implícitamente en este texto. Es más, podría llegar a plantearse la aplicación de una interpretación *pro homine* -pro persona- para defender o reivindicar que el derecho al agua se encuentra necesariamente ligado al derecho a la salud y a la alimentación contemplados en el citado protocolo.

Partiendo del reconocimiento de esta(s) laguna(s), la Asamblea General de la OEA ha desarrollado una serie de resoluciones centradas en el concepto de

---

<sup>32</sup>La Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948) en su artículo 3 sí identifica la eliminación de la pobreza crítica como una parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia. Asimismo, en su artículo 34, dispone que los Estados miembros convienen en pro del desarrollo integral dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de una serie de metas básicas, entre las que se pueden mencionar la nutrición adecuada y condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna. La consecución de dichas metas depende del acceso al agua para el consumo humano en condiciones de igualdad real para la satisfacción de los derechos humanos como punto de partida para un desarrollo integral. Texto íntegro disponible en: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp)

<sup>33</sup>Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%20hombres%20nac en%20libres,exigencia%20de%20derecho%20de%20todos.>

<sup>34</sup>Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

desarrollo sostenible. Éste es el caso de la AG/RES. 1440 (XXVI-O/96)<sup>35</sup>, titulada literalmente “desarrollo sostenible”; así como el de la AG/RES. 2313 (XXXVII-O/07)<sup>36</sup>, que constituye un “Informe de la Primera Reunión Interamericana de Ministros y Altas Autoridades de Desarrollo Sostenible en el ámbito de la CIDI”; similar en cuanto a su contenido a la AG/RES. 2347 (XXXVII-O/07)<sup>37</sup>, “Reunión Interamericana sobre aspectos económicos, sociales y ambientales vinculados a la disponibilidad y acceso al agua potable”; en la misma línea de la AG/RES. 2644 (XLI-O/11)<sup>38</sup>, en tanto que “Informe de la Segunda Reunión de Ministros y Altas Autoridades de Desarrollo Sostenible en el ámbito del CIDI”. En todas ellas, se contempla de forma directa o indirecta el derecho de acceso al agua. No obstante, a efectos del objetivo de nuestro estudio, nos centraremos en dos resoluciones. Así, pues, en primer lugar, la Resolución AG/RES.2349 (XXXVII-O/07)<sup>39</sup>, relativa al “agua, salud y derechos humanos”, que tuvo presente la relación entre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos y el acceso al agua. En particular, esta Resolución destaca que “el agua es esencial para la vida y la salud de todos los seres humanos y (que) el acceso al agua potable y la higiene básica es indispensable para poder vivir una vida con dignidad humana”. Además, reconoció el respeto al uso ancestral del agua para las comunidades urbanas, rurales y pueblos indígenas, en el marco de sus usos y costumbres”. Posteriormente, la Asamblea General de la OEA, mediante su Resolución AG/RES.2760 (XLII-O/12)<sup>40</sup> sobre “el derecho humano al agua potable y el saneamiento” aprobada el 5 de junio de 2012, reconoció expresamente el derecho humano al agua en el sistema interamericano y reafirmó la importancia de que “cada Estado siga trabajando para asegurar a los individuos sujetos a su jurisdicción (...) el acceso no discriminatorio al agua potable y a los servicios de saneamiento como componentes integrales de la realización de todos los derechos humanos”.

Este proceso de reconocimiento de la importancia del “agua” se vio reflejado en la redacción de la Carta Social de las Américas<sup>41</sup>, más concretamente en su artículo 20, en el que los Estados miembros sí reconocen de forma expresa

---

<sup>35</sup>Vigésimo sexto período ordinario de sesiones (Panamá). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/pl00227s05.pdf>

<sup>36</sup>Trigésimo séptimo período ordinario de sesiones (Panamá). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/AG03738S13.pdf>

<sup>37</sup>*Ibidem*.

<sup>38</sup>Cuadragésimo primer período ordinario de sesiones (El Salvador). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/AG05485S05.pdf>

<sup>39</sup>Trigésimo séptimo período ordinario de sesiones (Panamá). Resolución AG/RES.2349 (XXXVII-O/07). Texto íntegro disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/ag-res\\_2349\\_XXXVII-O07.doc#:~:text=RESUELVE%3A,una%20vida%20con%20dignidad%20humana.](http://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2349_XXXVII-O07.doc#:~:text=RESUELVE%3A,una%20vida%20con%20dignidad%20humana.)

<sup>40</sup>Cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones (Bolivia). Resolución AG/RES.2760 (XLII-O/12). Texto íntegro disponible en: <http://www.oas.org/en/sedi/dsd/elpg/resources/ag2760.pdf>

<sup>41</sup>La Carta Social de las Américas fue adoptada en junio de 2012 durante el XLII período de sesiones ordinarias de la Asamblea General. Es, sin duda, uno de los documentos más importantes en materia social del hemisferio y representa una oportunidad histórica para situar el bienestar general y la equidad como objetivos centrales de las políticas públicas de los Estados miembros de la OEA. Texto íntegro disponible en: [https://www.oas.org/docs/publications/carta\\_social\\_de\\_las\\_americanas.doc](https://www.oas.org/docs/publications/carta_social_de_las_americanas.doc)

que “el agua es fundamental para la vida y básica para el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad ambiental y que el acceso no discriminatorio de la población al agua potable y a los servicios de saneamiento, en el marco de las legislaciones y políticas nacionales, contribuye al objetivo de combatir la pobreza”. Asimismo, dicho texto dispone que “los Estados miembros, con base en sus realidades nacionales, se comprometen a continuar trabajando para garantizar el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento para las presentes y futuras generaciones.

A lo largo de la última década, podemos observar cómo la Asamblea General de la OEA ha comenzado a desarrollar una línea de trabajo que concibe el derecho de acceso al agua como un derecho de carácter colectivo en el marco de una política medioambiental de carácter regional. En 2013, la AG/RES. 2780 (XLIII-O/13)<sup>42</sup> se plantea con el objetivo de promover la gestión integrada de los recursos hídricos en las Américas. En dicha resolución se parte del estudio de la Carta Democrática Interamericana<sup>43</sup>, en la que se reconoce que un medio ambiente sano es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política. Este argumento servirá para (re)plantear una estrategia de gestión transfronteriza del agua, con el objetivo de que ésta sea útil para toda la región. Para ello, se hace necesario un ejercicio de diálogo global que pretende establecer una agenda para el desarrollo post 2015 para las Américas, así como la inclusión expresa de dicha estrategia de gestión integrada de los recursos hídricos americanos en el programa interamericano para el desarrollo sostenible (2016-2021)<sup>44</sup>. En definitiva, nos encontramos ante un fenómeno de (re)diseño de políticas públicas para el desarrollo sostenible que reclama una promoción de alianzas para la implementación de proyectos de gestión integrada del agua en la región y de mitigación y adaptación al cambio climático, cuando corresponda.

En el marco de esta línea de trabajo, en los últimos cinco años, se han emitido varias resoluciones en el seno de la Asamblea General de la OEA, tales como la AG/RES. 2904 (XLVII-O/17)<sup>45</sup>, la AG/RES. 2915 (XLVIII-O/18)<sup>46</sup>, la AG/RES. 2945 (XLIX-O/19)<sup>47</sup> y la AG/RES. 2955 (L-O/20)<sup>48</sup>. Todas ellas han

---

<sup>42</sup>Cuadragésimo tercer período ordinario de sesiones (Guatemala). Resolución AG/RES.2780 (XLIII-O/13). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/AG06222S04.pdf>

<sup>43</sup>Vigésimo octavo periodo extraordinario de sesiones, celebrado el 11 de septiembre de 2001, en Lima (Perú). La Carta Democrática Interamericana. Texto íntegro disponible en: [https://www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_es.htm](https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm)

<sup>44</sup>Cuadragésimo sexto período ordinario de sesiones (República Dominicana). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/AG07239S03.pdf>

<sup>45</sup>Cuadragésimo séptimo período ordinario de sesiones (México). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/AG07524S02.pdf>

<sup>46</sup>Cuadragésimo octavo período ordinario de sesiones (Estados Unidos). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/AG07691S03.pdf>

<sup>47</sup>Cuadragésimo noveno período ordinario de sesiones (Colombia). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/AG07975S11.pdf>

<sup>48</sup>Quincuagésimo período ordinario de sesiones (Estados Unidos). Texto íntegro disponible en: <https://www.oas.org/es/sla/docs/AG08273S08.pdf>

tratado de impulsar una amplia batería de iniciativas hemisféricas en materia de desarrollo integral, que reconocen que el desarrollo social y económico está vinculado a la gestión sostenible de los recursos naturales de nuestro planeta y que, en ese contexto, la disponibilidad del agua, así como su gestión y uso sostenible son importantes para alcanzar el desarrollo; por ello, el agua debe ser gestionada de manera integral con el fin de lograr beneficios sociales, económicos y ambientales, fortalecer la cooperación a todos los niveles e impulsar proyectos hídricos en los países de América, con especial énfasis en el fortalecimiento de las capacidades e instituciones nacionales responsables de la gestión sostenible de los recursos hídricos para alcanzar el Objetivo del Desarrollo Sostenible número 6 de garantizar la disponibilidad y la gestión del agua y saneamiento para todos.

## 2.1. El establecimiento de medidas cautelares

La ComIDH ha recibido una serie de solicitudes de medidas cautelares destinadas a proteger los derechos a la vida, integridad personal y salud en asuntos en los que se han alegado vulneraciones de diversa naturaleza en relación con el acceso al agua en las Américas. Generalmente, estos asuntos se han relacionado con: (1) supuesta contaminación ambiental de mantos acuíferos que presuntamente incidiría en la calidad del agua para consumo humano, riego de cultivos y acceso a fuentes de alimentación, en situaciones relacionadas con presuntas afectaciones a la salud de los pueblos indígenas; (2) alegados desafíos en términos de accesibilidad al agua y el supuesto impacto de carácter irreparable en los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad, entre las que se encuentran privadas de libertad, personas indígenas, entre otros; y (3) líderes, lideresas, defensores de derechos humanos, quienes en el marco de la defensa de sus derechos, relacionados con el acceso al agua, habrían sido objeto de amenazas, actos de hostigamiento y episodios de violencia<sup>49</sup>.

En cuanto a la presunta contaminación de mantos acuíferos y supuestos efectos en la vida, integridad personal y salud de las comunidades indígenas, la ComIDH ha tenido una aproximación a través de la medida cautelar dictada el 20 de mayo de 2010, a favor de los miembros de 18 comunidades del pueblo indígena Maya Sicapakense y Mam de Guatemala<sup>50</sup>. En la solicitud de medidas cautelares se alegó que debido a la explotación de una empresa minera se estaría generando un impacto ambiental en la zona, el cual estaría afectando a las afluentes principales del río que serviría para la subsistencia de las comunidades indígenas. La ComIDH solicitó al Estado adoptar todas las medidas necesarias para que las fuentes de agua de las comunidades beneficiarias no resultaran contaminadas por acciones de actividades mineras.

---

<sup>49</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asunto líderes y lideresas de Comunidades Campesinas y Rondas Campesinas de Cajamarca respecto de Perú (MC 452-11), de 5 de mayo de 2014.

<sup>50</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asunto miembros de 18 comunidades del pueblo indígena Maya respecto de Guatemala (MC 260-07), de 20 de mayo de 2010.

Respecto a los desafíos en la accesibilidad al agua y supuestos efectos de carácter irreparable con respecto a personas y grupos en situación de discriminación histórica, la ComIDH cuenta con varios antecedentes, entre los que podemos destacar, por ejemplo, las medidas cautelares otorgadas a favor de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayuu, en el departamento de la Guajira, Colombia. La solicitud de medidas cautelares alega que los beneficiarios se encontrarían en situación de gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal estarían en riesgo debido a la presunta falta de acceso a agua potable y el estado de desnutrición de niños y niñas de la comunidad. La resolución de la ComIDH incluye, *inter alia*, adoptar medidas inmediatas para que las comunidades beneficiadas puedan tener, a la mayor brevedad posible, acceso al agua potable y salubre, de manera sostenible y suficiente para las niñas, niños y adolescentes<sup>51</sup>.

## 2.2. La interpretación del “derecho al agua” en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

El “derecho al agua” no se encuentra reconocido de forma expresa en el sistema interamericano, aunque sí podemos apreciar una serie de instrumentos que establecen una serie de derechos que guardan una estrecha vinculación con el acceso al agua y sus distintas dimensiones, como, por ejemplo, las condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad del agua sin discriminación alguna. Entre éstos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José)<sup>52</sup> tampoco reconoce de forma expresa el derecho al agua, aunque sí consagra una serie de derechos humanos que están estrechamente vinculados con el acceso al agua y el saneamiento como condiciones inherentes para la realización de éstos -véase, *inter alia*, la obligación de respetar los derechos (artículo 1), el derecho a la vida (artículo 4), el derecho a la integridad personal (artículo 5), el derecho a la propiedad privada (artículo 21) o el deber de desarrollo progresivo de los derechos contenidos en la Convención (artículo 26).

Ante esta laguna normativa, tanto la ComIDH como la Corte Interamericana han realizado una labor de (re)interpretación de los tratados de derechos humanos en tanto que instrumentos vivos<sup>53</sup>, cuya aplicación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las

---

<sup>51</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asunto niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, departamento de la Guajira (MC 51-15), de 11 de diciembre de 2015.

<sup>52</sup>Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Texto íntegro disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

<sup>53</sup>Esta cuestión ha sido abordada con mayor detalle en Díaz Galán, Elena Carolina. “El sistema iberoamericano y los derechos humanos: una atmósfera favorable en el quehacer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales* Vol. 23, n.º. 46 (2021): pp. 631-652.

establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>54</sup>. De modo que, en las últimas décadas, la jurisprudencia tanto de la ComIDH como de la Corte Interamericana, ha sido la encargada de abordar una serie de cuestiones referidas al acceso al agua -tal y como detallaremos a continuación- a través de la interpretación del contenido de una serie de derechos humanos establecidos en los instrumentos interamericanos, considerando las aportaciones del sistema universal e información técnica de una serie de organismos especializados.

### 2.2.1. La garantía del derecho universal de acceso al agua

Se estima que más de una cuarta parte de la población total de América Latina y el Caribe -más de 100 millones de personas- vive en zonas de escasez de agua<sup>55</sup>. A esta circunstancia se suma que en las Américas se estarían presentando dificultades para el abastecimiento del agua en vista de la alegada contaminación progresiva de las fuentes y el intenso proceso de urbanización en las últimas décadas, además del impacto de las actividades de las industrias extractivas y el uso de los agroquímicos. Por lo que, en los últimos años, no es de extrañar que tanto la ComIDH como la Corte Interamericana hayan recibido información relativa a situaciones de discriminación y falta de igualdad con respecto al acceso al agua en las Américas. En estos casos, se relata la implementación de medidas de cortes de suministro de agua que diversas comunidades autóctonas habrían experimentado, generando una situación de especial vulnerabilidad para aquéllos que viven en situación de pobreza extrema, comunidades indígenas rurales, campesinos y otros grupos históricamente discriminados.

En este tipo de reclamaciones, la Corte Interamericana ha reconocido que, en lo que respecta al reconocimiento del derecho al agua en aquellas poblaciones en situación de riesgo de exclusión, la (in)acción por parte de las autoridades estatales puede generar, adicionalmente, una violación del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos. O, dicho de otro modo, la escasa presencia de las instituciones del Estado que proveen servicios básicos, como es el caso del suministro y abastecimiento del agua, coloca a estas poblaciones en una situación de especial vulnerabilidad, lo que supone un caso de discriminación en el acceso a los recursos hídricos que viola la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>56</sup>.

Además, si realizamos un seguimiento de las obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana es pertinente señalar que los órganos del sistema han reconocido, reiteradamente que, en

---

<sup>54</sup>Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Texto íntegro disponible en: [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf)

<sup>55</sup>Informe anual (2015) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo IV. A “Acceso al agua en las Américas. Una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano”. Texto íntegro disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap4a-agua-es.pdf>

<sup>56</sup>Véase, *inter alia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek c. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n°. 214.

determinadas circunstancias, puede determinarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por particulares, lo que incluye claramente a las empresas privadas. Así, desde los primeros casos contenciosos resueltos, la Corte Interamericana ha esbozado la aplicación de los efectos de la Convención Americana en relación con terceros y ha señalado, en concreto, que:

“Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de tal trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”<sup>57</sup>.

En este sentido, debemos entender que si el apartado del Estado actúa de modo que una violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Esto mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención<sup>58</sup>. Como han advertido reiteradamente los órganos del sistema interamericano, la aplicación de justicia efectiva -es decir, llevar a cabo procesos de investigación, sanción y reparación contra agentes estatales o particulares o aquellas empresas que violen los derechos humanos- constituye un factor disuasivo fundamental para evitar la repetición de futuras violaciones de derechos humanos.

### 2.2.2. *La obligación estatal de proveer agua potable*

La Corte Interamericana ha establecido una obligación estatal de especial cuidado en relación con aquellas personas que se encuentren privadas de libertad, siempre y cuando éstas se encuentren bajo su tutela. En este tipo de casos, se plantea el derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos) al afirmarse que “toda persona privada de libertad tendrá acceso en todo momento a agua potable suficiente y adecuada para su consumo”<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

<sup>58</sup>*Ibidem*.

<sup>59</sup>Véanse Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez c. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006; Caso Vélez Llor c. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 y Caso Pacheco Teruel c. Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012.



En relación con el resto de sus ciudadanos, el acceso al agua potable se plantea como un requisito indispensable para el pleno disfrute del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana. En este sentido, este derecho comprende una doble perspectiva: (1) no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también (2) el derecho a que se le garanticen las condiciones necesarias para una existencia digna. Esta interpretación ha sido aplicada en los casos de las comunidades indígenas Yakye Axa<sup>60</sup>, Sawhoyamaxa<sup>61</sup> y Xákmok Kásek<sup>62</sup>, contra Paraguay, en los que la Corte Interamericana consideró que el Estado no había adoptado las medidas necesarias para brindar las condiciones esenciales para una vida digna, al no haber garantizado la provisión de agua, alimentación, salud y educación, entre otros.

A día de hoy (2022) podemos afirmar que esta línea jurisprudencial se ha reafirmado y consolidado a través de un amplio número de casos, entre los que podemos destacar, por ejemplo, el caso Tiu Tojín c. Guatemala<sup>63</sup>; Chitay Nech y otros c. Venezuela<sup>64</sup>; Kichwa de Sarayaku c. Ecuador<sup>65</sup>; o los casos de las Masacres de Río Negro<sup>66</sup> y Coc Max y otros (Masacre de Xamán) c. Guatemala<sup>67</sup>. Asimismo, observamos cómo, en breve, todo apunta a que la Corte Interamericana se verá obligada a aplicar de nuevo esta doctrina ante la llegada de nuevos casos, como el de los pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane c. Ecuador<sup>68</sup> -pendiente de fecha de señalamiento para la celebración de la audiencia pública-.

La ComIDH también se ha pronunciado en relación al peligro que significa para la vida que se consuma agua que no sea apta para el consumo humano. *Inter*

---

<sup>60</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C n°. 125: párr. 162.

<sup>61</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n°. 146.

<sup>62</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek c. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C n°. 214: párr. 194 a 217.

<sup>63</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tiu Tojín c. Guatemala. Sentencia de 26 de noviembre de 2008.

<sup>64</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

<sup>65</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.

<sup>66</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

<sup>67</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) c. Guatemala. Sentencia de 22 de agosto de 2018.

<sup>68</sup>Los Tagaeri y Taromenane son pueblos indígenas en aislamiento voluntario que han optado por vivir sin mantener contacto con la población mayoritaria. Son además pueblos conocidos como ecosistémicos por vivir en estricta relación de dependencia con su entorno ecológico. Según se explica, viven según un patrón de movilidad estacional en un territorio amplio que les permite ejercitar su actividad de recolección y caza, así como la búsqueda de lugares relacionados con sus ancestros. Se alega que, debido a esta estricta dependencia con el ecosistema, cualquier cambio en el hábitat natural puede perjudicar tanto la supervivencia física de sus miembros, como la del grupo como pueblo indígena. Para un estudio más detallado de la cuestión véase el informe del caso pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane c. Ecuador, disponible en:

[https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/pueblos\\_indigenas\\_tagaeri\\_y\\_taromenane.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/pueblos_indigenas_tagaeri_y_taromenane.pdf)

*alia*, en su informe sobre la situación de derechos humanos en el Ecuador (1997)<sup>69</sup>, la ComIDH se refirió a la situación de las 500.000 personas (aprox.) que vivían en la época señalada en una zona del interior del país llamada “el Oriente” donde observamos la existencia de varias etnias indígenas milenarias: quichuas, shuar, huaorani, secoyas, sionas, shiwiari, cofanes y achuar-. La ComIDH consideró que se había documentado ampliamente que la exposición al petróleo y a los compuestos químicos vinculados al mismo petróleo a través de la piel, por ingestión en los alimentos o el agua, o bien en las emanaciones absorbidas por el aparato respiratorio, provocó efectos nocivos para la salud y la vida del ser humano y que suponían un riesgo considerable para la vida y la salud humana. En su informe, la ComIDH recomendó al Estado de Ecuador implementar las medidas necesarias para remediar la situación y evitar toda contaminación futura que amenace la vida y la salud de dicha población.

A lo largo de las últimas décadas son varios los casos de este tipo que han llegado ante la ComIDH. Entre los asuntos con mayor repercusión podemos citar el de los diversos derrames de petróleo en Perú (2019)<sup>70</sup>. Tras lo ocurrido, el Ministerio de Salud tuvo que declarar el estado de emergencia sanitaria por un plazo de 90 días en las comunidades nativas afectadas y agentes de la Fiscalía iniciaron acciones de investigación. Asimismo, Defensa Civil habría indicado que, por lo menos, 1.230 familias nativas se habrían visto afectadas por las fugas de crudo, por lo que se establecieron medidas para abastecer de agua potable a la población. Ante esta situación, 54 federaciones indígenas de las 12 cuencas iniciaron una huelga indefinida. En 2017, la Comisión tuvo que establecer medidas cautelares para proteger diferentes derechos de pobladores de las comunidades de Cuninico y San Pedro en Perú por hechos similares<sup>71</sup>. En julio de ese mismo año, la ComIDH realizó una visita de trabajo con el fin de recabar documentación sobre los riesgos contra la vida, integridad personal y salud de las personas afectadas por la actividad petrolera, así como denuncias sobre el impacto sobre el derecho a un medio ambiente sano, incluyendo impactos directos sobre el derecho al agua y la alimentación.

### 2.2.3. *La obligación estatal de proveer agua salubre*

La Corte Interamericana ha establecido tres obligaciones principales derivadas del deber de garantía del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos) en relación con el derecho a la salud que guardan relación, entre otras condiciones, con los deberes de provisión

---

<sup>69</sup>Comisión interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador (1997), OEA/Ser.L/V/II.-24 de abril de 1997. Capítulo VIII: la situación de los derechos humanos de los habitantes del interior del Ecuador afectados por las actividades de desarrollo.

<sup>70</sup>Para un estudio más detallado de la cuestión véase el comunicado de la ComIDH en el que manifiesta su preocupación por los derrames de petróleo en Perú e insta al Estado a tomar acciones de prevención, mitigación e investigación urgentes: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/184.asp>

<sup>71</sup>Para mayor información véase el comunicado de la ComIDH en el que otorga medidas cautelares a favor de las comunidades de Cuninico y San Pedro de Loreto (Perú), texto íntegro del comunicado disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/205.asp>

y acceso al agua potable y salubre para la satisfacción de dichos derechos. Dichas obligaciones son las de regulación, supervisión y fiscalización<sup>72</sup>. En el marco de estas obligaciones, el Estado no sólo tiene el deber de proveer de agua potable y salubre a sus ciudadanos, sino que, en aquellos casos en los que haya cedido la gestión de dicho servicio a una empresa privada, también podrá derivarse su responsabilidad internacional si se demuestra que éste no ha actuado con la debida diligencia<sup>73</sup>.

En este sentido, es importante destacar que la ComIDH ha señalado en su jurisprudencia que la naturaleza de estas obligaciones -derivadas del artículo 26 de la Convención Americana- supone que la plena efectividad de los derechos consagrados en dicha norma debe lograrse de forma progresiva y en atención a los recursos disponibles. Ello implica un correlativo deber de no retroceder en los logros avanzados en dicha materia. Dicha obligación de no regresividad desarrollada por otros organismos internacionales es entendida por la ComIDH como un deber estatal justiciable mediante el mecanismo de peticiones individuales consagrado en la Convención<sup>74</sup>.

#### 2.2.4. *La propiedad efectiva sobre las fuentes de agua*

La Corte Interamericana observa una estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales<sup>75</sup> ligados a su cultura que allí se encuentren, así como sobre los elementos incorporales que se desprendan de ellos, que deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana<sup>76</sup>. Como consecuencia, se reconoce que el acceso de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran está directamente vinculado con la obtención de alimentos y el acceso a agua limpia<sup>77</sup>. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen derecho a ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos ya que, si no se reconociesen dichos derechos, la

<sup>72</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes v. Brasil. Excepción preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C n°. 139: párr. 89 y 99.

<sup>73</sup>Véanse Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez c. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006; Caso Vélez Loo c. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 y Caso Pacheco Teruel c. Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012.

<sup>74</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de admisibilidad y fondo n°. 38/09, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad social y Otras, de 27 de marzo de 2009: párrafo 139.

<sup>75</sup>Esta cuestión ha sido abordada con mayor detalle en Gascón Marcén, Ana. "Tribunales internacionales y Estados latinoamericanos: últimos avances en la protección del medio ambiente". *Actualidad Jurídica Ambiental*, n°. 82 (2018): pp. 23-45.

<sup>76</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C n°. 125: párr. 137.

<sup>77</sup>*Ibid.* Párr. 167.

supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos estaría en riesgo<sup>78</sup>. De ahí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente para sostener sus formas de vida<sup>79</sup>.

De forma conexa, la ComIDH ha indicado que lo derechos culturales de un pueblo indígena o tribal pueden abarcar actividades relacionadas con los recursos naturales, tales como la pesca o la caza<sup>80</sup>. La ComIDH también ha señalado que, entre las comunidades indígenas, la vida de sus miembros “depende fundamentalmente” de las actividades de subsistencia -agricultura, caza, pesca, recolección- que realizan en sus territorios y que, por tanto, “la relación que la comunidad mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia<sup>81</sup>, y el derecho de circulación y residencia”<sup>82</sup>. La preservación de la conexión particular entre los pueblos indígenas y tribales y los recursos naturales que han usado tradicionalmente y se vinculan a su cultura “es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección.

## Conclusiones

En el sistema universal de derechos humanos, el “derecho al agua” se reconoce a los pueblos indígenas, pero podemos apreciar una tendencia a concebirlo como un derecho individual más que como un derecho colectivo. El derecho humano al agua se plantea como parte de un paquete de derechos más amplio que incluye el derecho a usar el agua por razones culturales, para la agricultura de subsistencia y/o por razones ambientales y que incluye la prohibición de la contaminación de los recursos hídricos.

Este conjunto de derechos incluye: (1) una formulación genérica que permite y/o apoya el derecho a la propiedad; (2) contenido tanto en normas jurídicamente vinculantes como en otras que no lo son; (3) con una variedad de

---

<sup>78</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09.30 de diciembre de 2009: párr. 182.

<sup>79</sup>Véanse Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001; Caso Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 y Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam, Sentencia de 12 de agosto de 2008.

<sup>80</sup>*Ibid.* Párr. 184.

<sup>81</sup>Esta cuestión se ha desarrollado con mayor profundidad en Cruz Ángeles, Jonatán. *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, editorial Thomson Reuters Aranzadi (2018): pp. 153-269.

<sup>82</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni c. Nicaragua. Referidos en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n°. 79: párr. 140 (f).

autoridades institucionales asociadas y mecanismos de denuncia; y (4) que se aplican, según la ocasión, a individuos y/o a grupos. No obstante, la confusión con respecto al alcance del derecho al agua y la diversidad de normativa, sujetos y actores implicados y si los derechos son jurídicamente vinculantes o no, dificulta que las poblaciones indígenas puedan hacer valer sus derechos de una forma efectiva.

Los pueblos indígenas han comenzado a plantear denuncias y reclamaciones en los distintos sistemas de protección de derechos humanos cuando se presenta la oportunidad. No obstante, si estas comunidades desean plantear su caso ante los organismos competentes de Naciones Unidas, deberán tener en cuenta una serie de obstáculos. Entre éstos, la falta de mecanismos de denuncia disponibles para los pueblos indígenas constituye un desafío. Aunque, desde la entrada en vigor del Primer Protocolo Facultativo del PIDESC, éstos cuentan con un mecanismo efectivo para poder reclamar sus derechos económicos y sociales tanto como individuos como de forma colectiva.

Hasta el momento (2022) parece que la disposición que proporciona la mejor protección para el derecho más amplio al agua de los pueblos indígenas es el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En función de su contenido, los pueblos indígenas se encuentran ante el desafío de especificar cómo su cultura se ha visto gravemente afectada por la falta de acceso al agua. En el PIDESC no se crean o establecen estándares explícitos relativos a la calidad del agua, sino que éstos podrían llegar a deducirse de la (re)interpretación de varios de sus preceptos. En este contexto, es esencial que el derecho humano al agua se conciba no sólo en el marco de un “derecho de acceso”, sino que también se desarrolle un estándar que reconozca el derecho a la propiedad efectiva sobre los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas.

En cuanto a la normativa y estándares propios del sistema interamericano de protección de derechos humanos, es posible afirmar que, en términos generales, existe, de entrada, la obligación de los Estados de garantizar el acceso al agua saludable y en cantidad suficiente como una condición ineludible para la satisfacción de otros derechos humanos, tales como el derecho a la vida o a la integridad personal. La ComIDH y la Corte Interamericana reconocen el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales, así como sobre sus recursos naturales, entre los que debemos incluir las fuentes de agua potable. Ello no es incompatible con el hecho de que las autoridades estatales -o incluso determinadas empresas privadas- puedan encargarse de la gestión de dichos recursos hídricos, siempre y cuando respeten los estándares mínimos de protección de las comunidades indígenas. Por lo que, en definitiva, podemos afirmar que, por un lado, el derecho de acceso al agua constituye el derecho fundamental de las poblaciones indígenas, al mismo tiempo que, por otro lado, las fuentes de agua sí pueden constituir un bien susceptible de apropiación, explotación y mercantilización por parte de terceros -como hemos visto, con

ciertos límites-. Llegados a este punto, resulta fundamental destacar dos aspectos relativos a la determinación de la responsabilidad de dichas empresas, como resultado de una posible *mala praxis*. En primer lugar, que en este tipo de casos sigue siendo posible atribuir parte de la responsabilidad internacional al Estado, no por el hecho en sí mismo, sino por la falta de debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención Americana. Y, en segundo lugar, que, en última instancia, la determinación de la responsabilidad internacional de la empresa *-per se-* todavía se sigue tratando como una materia propia del Derecho Privado, a pesar de que cada vez seamos más conscientes de su impacto directo en cuestiones de orden público -tales como la vida, la salud y la integridad física de las personas o la conservación y preservación del medioambiente-.

Así las cosas, para evitar posibles abusos, la ComIDH (re)afirma su compromiso de colaborar con las autoridades estatales en la búsqueda de soluciones a los problemas identificados, que permitan garantizar la buena gestión de los recursos hídricos en las Américas y exhorta a los Estados miembros a seguir una serie de recomendaciones: (1) diseñar, implementar y aplicar efectivamente un marco normativo adecuado para garantizar el acceso al agua apta para el consumo humano en cantidad suficiente sin discriminación en el territorio sometido a la jurisdicción del Estado, en particular, con respecto a personas y grupos históricamente discriminados; (2) con respecto a las personas de pobreza extrema que no puedan solventar los costes relacionados con el suministro de agua potable, habilitar mecanismos que garanticen un suministro de las cantidades mínimas de agua potable de conformidad con los estándares internacionales; (3) prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos y, en particular, los obstáculos referidos al acceso al agua de las personas, grupos y colectividades afectadas por actividades de extracción, desarrollo e inversión; y (4) consultar a los pueblos y comunidades de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en tierras y territorios indígenas, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique un impacto potencial sobre su territorio, en particular, con respecto a posibles restricciones al acceso al agua en calidad y cantidad adecuada para garantizar una vida digna.

## Bibliografía

Abalde Cantero, Oscar. “El derecho de los pueblos a la libre determinación y su aplicación a los pueblos indígenas: algunas aproximaciones a la cuestión”. En *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián* Vol. 3, dirigido por Juan Soroeta Licerias. San Sebastián: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco (2002).

Álvarez Molinero, Natalia. *Pueblos indígenas y derecho de autodeterminación ¿hacia un Derecho Internacional multicultural?* 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto. Cuadernos de Derechos Humanos No. 47 (2008).

Arévalo Amelia, Alva. *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional*. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto. Cuadernos de Derechos Humanos No. 76 (2014).

Bertot Triana, Harold. “La protección de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos: especial referencia al derecho de propiedad comunal”. En *Las minorías en el contexto actual*, dirigido por Ana Gemma López Martín y Carmen Otero García-Castrillón. Madrid: Dykinson (2020).

Bou Franch, Valentín. “En busca de un estatuto jurídico para los pueblos indígenas”. En *Diversidad cultural: conflicto y derecho: nuevos horizontes del derecho y de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, coordinado por Emiliano Borja Jiménez. Valencia: Tirant lo Blanch (2006).

Bello Domínguez, Juan & Urquidi, Vivian (eds.). *Derechos humanos de los pueblos indígenas en América Latina: perspectivas y retos*. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores (2012).

Boelens, Rutgerd. *Water and Indigenous Peoples*. 1ª edición. UNESCO (2006).

Boelens, Rutgerd. *Water Law and Indigenous Rights: The Research Proposals*. 1ª edición. Wageningen University: Walir Studies, Vol. 1 (2002).

Cabedo Mallol, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. 1ª edición. Valencia: Editorial Universidad Politécnica de Valencia (2004).

Campaña, Pablo. “Las relaciones de bilateralidad entre estados y pueblos indígenas”. *The American University International Law Review* Vol. 28, No. 4 (2013).

Cavalcanti, Thais Novaes. “Direito ao desenvolvimento dos povos indígenas e bom governo: uma contribuição de Guaman Poma de Ayala e Francisco de Vitória”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional* Vol. 96 (2016).

Bernal Camargo, Diana Rocío. “Protección de los recursos genéticos de los pueblos indígenas en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Vol. 66, No. 138 (2013).

Caicedo Camacho, Natalia & Moya, David (eds.). *Diversidad cultural e interpretación de los derechos: estudios de casos*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios Políticos (2015).

Craig, Donna. “Interconexión entre derechos humanos, medio ambiente y pueblos indígenas”. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* No. 12 (2007).

Cruz Ángeles, Jonatán. *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*. 1ª edición. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (2018).

Cruz Ángeles, Jonatán. “Las obligaciones estatales en materia de reconocimiento y protección de las mujeres indígenas, autóctonas o tribales en las Américas”. En *Desafíos, necesidades y oportunidades para el mundo rural*, dirigido por Miguel Ángel Martín López. Madrid: Dykinson (2022).

Da Silva Leite, Cristiane Kerches & Eliseu Costa, Renato. “Indicadores de derechos humanos para los pueblos indígenas y políticas públicas: cuestiones metodológicas y conceptuales”. En *Derechos humanos de los pueblos indígenas en América Latina: perspectivas y retos*, editado por Juan Bello Domínguez & Vivian Urquidi. 1ª edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores (2012).

Desmet, Ellen. *Indigenous Rights Entwined with Nature Conservation*. 1ª edición. Cambridge: Intersentia (2011).

Díaz Barrado, Cástor Miguel; Rodríguez Barrigón, Juan Manuel; Francisco Pereira, Coutinho & Urbaneja Cillán, Jorge. *Encuentro luso-español de profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Las empresas transnacionales en el Derecho Internacional contemporáneo: derechos humanos y Objetivos de Desarrollo Sostenible*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch (2020).

Díaz Galán, Elena Carolina. “El sistema iberoamericano y los derechos humanos: una atmósfera favorable en el quehacer de la Corte Interamericana de



Derechos Humanos”. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Vol. 23, nº. 46 (2021).

Estrada Tanck, Dorothy. “Los derechos humanos al agua y al saneamiento: una visión desde el Derecho Internacional, Europeo y Español”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 33 (2017).

Etxeberria, Xabier. “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpretación mutua”. En *Pueblos Indígenas Y Derechos Humanos*, dirigido por Mikel Berraondo. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto (2006).

Fernández Margarita & Salinas García, Javier. *Defensa de los derechos territoriales en Latinoamérica*, 1ª edición. Santiago de Chile: RIL editores (2012).

García Ramírez, Sergio; Ordóñez Cifuentes; José Emilio & García Fong, Gustavo. *Los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1ª edición. Universidad Rafael Landívar: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuaderno de Estudio, 79 (2006).

Gascón Marcén, Ana. “Tribunales internacionales y Estados latinoamericanos: últimos avances en la protección del medio ambiente”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº. 82 (2018).

Gelles, Paul H. *Pueblos indígenas, identidad cultural y derechos de agua en las Naciones Andinas*. 1ª edición. Wageningen University: Walir Studies, Vol. 7. (2006).

Giraudó, Laura & Clavero Bartolomé. *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, Estados y orden internacional*. 1ª edición. Madrid: Centro de Estudio Políticos y Constitucionales (2007).

Gómez del Prado, José Luis. *Pueblos indígenas: normas internacionales y marcos nacionales*. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, No. 21 (2003).

Gómez Isa, Felipe. “Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas.” *Anuario Español de Derecho Internacional* Vol. 27 (2011).

Gómez Isa, Felipe. *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua: nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos (2003).

Gómez Isa, Felipe (ed.). *Los derechos indígenas tras la declaración: el desafío de la implementación*. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto, Serie Derechos Humanos, Vol. 20 (2013).

Izquierdo, Ana Luisa. *Términos básicos sobre derechos indígenas*. 1ª edición. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos (2005).

Jiménez Bartlett, Lelia. *Diversidad cultural y pueblos indígenas*. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos No. 54 (2009).

López Zamora, Luis A. “El enfoque extractivo del derecho ambiental y los desafíos del concepto de ‘pueblos indígenas’”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2014).

Mantilla Pineda, Benigno. “Francisco de Vitoria defensor de los indígenas americanos”. *Estudios de Derecho* Vol. 54, No. 119-124 (1995).

Marés de Souza Filho, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*, 1ª edición. Curitiba, Paraná: Juruá Editora (2006).

Martí i Puig, Salvador. *Pueblos indígenas y política en América Latina: el reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, 1ª edición. Barcelona: Fundació CIDOB, (2007).

Martí i Puig, Salvador. “Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina: Algunas claves interpretativas desde lo local y lo global”. *Foro Internacional: Revista Trimestral* Vol. 49, No. 3 (2009).

Martín-Pérez de Nanclares, José & González Herrera, Daniel (eds.). *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch (2019).

Martínez Bringas, Asier. *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 24 (2003).

May Castillo, Manuel & Strecker, Amy (eds.). *Heritage and Rights of Indigenous Peoples*. 1ª edición. Leiden. Leiden University Press (2017).

Misiedjan, Daphina & Gupta, Joyeeta. “Indigenous communities: Analyzing their Right to Water under Different International Legal Regimes”. *Utrecht Law Review* Vol. 10, Issue 2 (2014).

Nash Rojas, Claudio. “Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Inter-American and European Human Rights Journal* Vol. 1, No. 1 (2008).

Núñez Ávila, María Dolores. “El reconocimiento de ‘la justicia indígena’ como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico”. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* Vol. 6 (2018).

Oliva Martínez, J. Daniel. “Acerca de la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional”. *Revue Québécoise De Droit International* Vol. 21, No. 2 (2008).

Oliva Martínez, J. Daniel. *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos: fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*. 1ª edición. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid (2012).

Paredes Paredes, Felipe Ignacio. “Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: una mirada crítica”. *Anuario Mexicano De Derecho Internacional* Vol. 21 (2021).

Pigrau i Solé, Antoni. *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental: un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch (2013).

Postero, Nancy Grey & Zamosc, León. *The Struggle for Indigenous Rights in Latin America*. 1ª edición. Sussex: Sussex Academic Press (2004).

Presta Novello, Déborah Elisabet. “La Agenda 2030 en América Latina y el Caribe: especial referencia a los derechos de los pueblos indígenas” en Carlos Fernández Liesa & María Eugenia López-Jacoiste Díaz (Dir.) *Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos sociales y culturales*. 1ª edición. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (2021).

Prieto, Esther. *Derechos Humanos de los pueblos indígenas (en el marco del convenio 169 de la OIT)*. 1ª edición. Asunción, Paraguay: Iniciativa Amotocodie (2006).

Rodríguez Rescia, Víctor; García Muñoz, Soledad & Salvioli, Fabián. *Manual para litigio de casos sobre pueblos indígenas ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. 1ª edición. Chicago: DePaul University College of Law, International Human Rights Law Institute (2009).

Roulet, Florencia. *Human Rights and Indigenous Peoples: A Handbook on the Un System*. 1ª edición. Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs (1999).

Ruiz Chiriboga, Oswaldo. “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano”. *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos* (2006).

Saiz Arnaiz, Alejandro (ed.). *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch (2017).

Sánchez, Víctor M. “Hacia un derecho fundamental al agua en Derecho Internacional”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), Vol. 16 (2008).

Sanz Mulas, Nieves; Gorjón Barranco, María Concepción & Nieto Librero, Ana Belén (eds.). *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch (2019).

Toniatti, Roberto. “El paradigma constitucional de la inclusión de la diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica.” *Inter-American and European Human Rights Journal* Vol. 9, No. 1 (2016).

Torrecuadrada García-Lozano, Soledad. “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”. *Revista del Instituto de Estudios Internacionales de La Universidad de Chile* Vol. 42, No. 165 (2010).

Van Cott, Donna Lee. “De los movimientos a los partidos: retos para los movimientos de los pueblos indígenas”. En *Pueblos indígenas y política en América Latina: el reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*. 1ª edición. Barcelona: Fundación CIDOB (2007).

Viaene, Lieselotte. *Nimla Rahilal. Pueblos indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas*. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 93 (2019).

Watters, Lawrence. *Indigenous Peoples, the Environment and Law: An Anthology*. 1ª edición. Durham: Carolina Academic Press (2004).

Whitmore, Andy. “Los pueblos indígenas y las industrias extractivas”. En *Los derechos indígenas tras la declaración: el desafío de la implementación*, editado por Felipe Gómez Isa. 1ª edición. Bilbao: Universidad de Deusto (2013).

Yáñez, Nancy. *Las aguas indígenas en Chile*. 1ª edición. Santiago, Chile: LOM Ediciones, Colección Ciencias Humanas (2011).

### **ANEXO I. El estatuto jurídico de los recursos hídricos: instrumentos internacionales de reconocimiento, protección y mecanismos de denuncia**

<b>Instrumento internacional</b>	<b>La protección de los derechos de los pueblos indígenas al agua</b>	<b>Mecanismo de denuncia</b>
PIDESC (1966)	<p>Derecho al agua implícitamente protegido a través de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho a un nivel de vida adecuado;</li> <li>- Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental;</li> <li>- Derecho de los pueblos a disponer libremente de sus propios recursos naturales (en ningún caso puede “privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”).</li> </ul>	Comunicaciones individuales/grupales al CDESC
PIDCP (1966)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No debe negarse a las “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas” el derecho, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura”;</li> <li>- Derecho de los pueblos a disponer libremente de sus propios recursos naturales (donde en ningún caso puede “privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”);</li> <li>- El derecho a la vida (“nadie será privado de la vida arbitrariamente”).</li> </ul>	Comunicaciones individuales al Comité de Derechos Humanos
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1966)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los Estados deben tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación racial que prohíbe el disfrute de los derechos humanos;</li> <li>- Igualdad de trato ante los tribunales;</li> </ul>	Peticiónes individuales al Comité para la Eliminación de Discriminaciones Raciales

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El disfrute de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales debe tener lugar sin distinción alguna por motivos de raza, etc.</li> </ul>	
<p>Convenio OIT n°. 169 (1989)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Consulta con los pueblos indígenas utilizando procedimientos apropiados y a través de instituciones representativas de los propios pueblos indígenas;</li> <li>- Reconocimiento de las especificidades culturales y de otro(s) tipo(s) de los pueblos indígenas y tribales;</li> <li>- Los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin obstáculos ni discriminación;</li> <li>- El derecho a la autodeterminación y a decidir las prioridades para su proceso de desarrollo y las tierras que ocupan o utilizan de otro modo.</li> </ul>	<p>Sólo para Estados miembros</p>
<p>Programa 21 (1992)</p>	<p>Tiene como objetivo proteger y gestionar los recursos de agua dulce reconociendo los efectos que el cambio climático tendrá sobre el agua y los pueblos indígenas. Identifica la necesidad de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Involucrar a los pueblos indígenas en la formulación de políticas y la toma de decisiones sobre la gestión del agua;</li> <li>- Mejorar las tecnologías autóctonas para utilizar plenamente los recursos hídricos limitados y salvaguardar esos recursos contra la contaminación.</li> </ul>	<p>Ninguno</p>

<p>Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Acceso indígena, conservación y desarrollo económico de agua;</li> <li>- Un derecho a preservar la relación indígena distintiva con “tierras, territorios, aguas y mares costeros de propiedad tradicional u ocupados y utilizados de otro modo”;</li> <li>- El derecho a la conservación y protección de las tierras indígenas;</li> <li>- El derecho al desarrollo de todas las tierras y recursos indígenas, incluida el agua.</li> </ul>	<p>Ninguno</p>
<p>Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000)</p>	<p>Objetivo 7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Meta 7a: Incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente.</li> <li>- Meta 7b: Haber reducido y haber ralentizado considerablemente la pérdida de diversidad biológica en 2010.</li> <li>- Meta 7c: Reducir a la mitad la proporción de personas sin acceso sostenible al agua potable y a servicios básicos de saneamiento.</li> <li>- Meta 7d: Haber mejorado considerablemente, en 2020, la vida de al menos 100 millones de habitantes de barrios marginales.</li> </ul>	<p>Ninguno</p>
<p>Objetivos de Desarrollo Sostenible (2016)</p>	<p>Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.</p> <p>Metas: (...)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Apoyar y fortalecer la</li> </ul>	<p>Ninguno</p>



	participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y saneamiento.	
--	---	--

Fuente: Traducción, adaptación y actualización de Misiedjan, Daphina & Gupta, Joyeeta. "Indigenous communities: Analyzing their Right to Water under Different International Legal Regimes", *Utrecht Law Review*, Volume 10, Issue 2 (2014): pp. 79-80.

# ***CURSOS DE DERECHO DE AUTOR EN UNIVERSIDADES Y FACULTADES DE ARTE EN AMÉRICA LATINA***

*Copyright courses in universities and art schools in Latin America*

FERNANDO CHARRIA-GARCÍA\*

**Resumen:** El presente documento resultado de investigación aplicada sobre Cultura del Derecho de Autor, en su fase documental, indagó sobre una parte del aspecto cognoscitivo de dicha herramienta conceptual, en las universidades y facultades de arte en América Latina, evidenciando el poco acceso que los estudiantes tienen al conocimiento de sus derechos como creadores de obras. La indagación se realizó en 285 universidades que en América Latina ofrecen 612 programas en artes, encontrando que, solamente en 62 de ellos se ofrecen cursos relacionados con derecho de autor a los estudiantes, aunque se aceptó tener en cuenta cursos llamados como derechos humanos, entendiendo que el derecho de autor forma parte de ellos. Es comprensible que lo relativo al conocimiento del Derecho de Autor, esté en directa relación con el hecho de que se imparta en una asignatura a los estudiantes, pues es una forma de conocer su contenido, sin embargo, es posible pensar que el conocimiento se pueda adquirir por otros medios, aunque lo ideal es que se haga directamente por las instituciones de educación.

**Palabras clave:** cultura del derecho de autor; programas; universidades; enseñanza; derecho de autor, currículos

**Abstract:** This document is the result of applied research on Copyright Culture, in its first documentary phase, investigated a part of the cognitive aspect of such conceptual tool in the art universities and university faculties in Latin America showing evidence of the small access that the students have about their rights as creators of works. The research was conducted in 285 universities that offer 612 programs in the arts in Latin America, finding that only 62 of them offer students courses related to copyright, although courses in human rights were accepted, understanding that copyright is part of them. It is understandable that what relates to copyright, it is directly related to the fact that it teaches students in a subject, as it is a way of knowing its content, however it is possible to think that knowledge can be acquired by other means although ideally it should be done directly by educational institutions.

**Keywords:** copyright culture; programs; universities; teaching; copyright; resumes

**Sumario:** I. Los Derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como categoría de los derechos humanos. II. El Derecho de autor. III. Cultura del derecho de autor. IV. Los Currículos. V. El Derecho de autor en las universidades y facultades de arte en América Latina. 5.1. Países en Latinoamérica con ofertas en artes. Universidades, programas y cursos. 5.1.1. Países con mayores ofertas en artes. Universidades, programas y cursos en Suramérica. 5.1.2.

---

\*Abogado, Magister en Estudios Políticos, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Docente jornada completa de la Facultad de Derecho, ciencias políticas y sociales, Universidad Libre, seccional Cali, Colombia. ORCID: 0000-0002-0195-9075. Correo electrónico institucional: fernando.charria@unilibre.edu.co

Países con menores ofertas en artes. Universidades, programas y cursos en Suramérica. 5.1.3. Países de Centro América y México. Universidades, programas y cursos. Conclusiones. Referencias.

## **I. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) como categoría de los derechos humanos.**

Los Derechos Humanos, responden a exigencias humanas universales, aunque en su consolidación son realmente un resultado de la modernidad,<sup>1</sup> que al asumir una Declaración Universal de Derechos Humanos hacia el año de 1948, reflejaron los derechos económicos, sociales y culturales o DESC (en lo sucesivo “DESC”) como una de sus categorías. De otra parte, la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, de acuerdo con Pérez curiosamente no define los derechos culturales, pero si se define cultura, identidad cultural y comunidad cultural, reconociendo como derechos culturales los siguientes: 1) A la identidad cultural y patrimonial; 2) A la identificación con la comunidad cultural; 3) Al acceso y participación en la vida cultural; 4) A la educación y formación; 5) A la información y comunicación; 6) A la cooperación cultural; 7) A la libertad de investigación, actividad creadora y propiedad intelectual; 8) A la participación en la formulación, aplicación y evaluación de las políticas culturales.<sup>2</sup>

Ahora bien, desde una mirada práctica-humanista, podemos señalar la existencia de tres niveles de aplicación de pactos sobre los Derechos Humanos: los niveles locales, nacionales, regionales y universales. Estos niveles incluyen los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los pactos y de las normas allí contenidas. Esto confiere a los sectores públicos, privados o civiles, la responsabilidad en el respeto, protección y puesta en práctica de los derechos culturales, de manera que, además, se tome en consideración la dimensión cultural de todos los derechos humanos.

Los derechos culturales son aplicados en el mundo mediante instrumentos universales de derechos humanos, instrumentos regionales y los instrumentos de la UNESCO. El primer instrumento aprobado por las Naciones Unidas en que se enumeran los derechos culturales es la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948. Se reflejan los derechos culturales en los artículos 22<sup>3</sup> y 27<sup>4</sup>. Estos artículos

---

<sup>1</sup>Ángelo Papacchini, *Los Derechos Humanos a través de la historia* (Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 1998).

<sup>2</sup>Isabel Cristina Pérez Cruz, Conformación histórica legal de los derechos culturales, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (2011): s/n. [https:// www.eumed.net/rev/cccss/13/](https://www.eumed.net/rev/cccss/13/)

<sup>3</sup>“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.” La Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>4</sup>“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.” La Declaración Universal de Derechos Humanos.

permiten que la Declaración de derechos humanos alcance una muy importante dimensión cultural.

El segundo instrumento lo constituye el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 15<sup>5</sup> señala en cabeza de los Estados partes el reconocimiento de una serie de derechos con un fuerte énfasis en lo cultural. El tercer instrumento es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 27<sup>6</sup> hará referencia a la consagración de derechos de las minorías étnicas o religiosas para que profesen con sus grupos sus creencias, sus culturas y sus idiomas. El cuarto instrumento, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, encontramos en su artículo 13, párrafo c,<sup>7</sup> encontramos consagración relacionada con el deporte, el esparcimiento y la vida cultural, correspondiéndole a los Estados parte adoptar esta medida para garantizar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, así como los mismos derechos. El quinto instrumento lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño que en su Artículo 31 plantea el mismo derecho reflejado anteriormente, pero en relación con la niñez.

En los espacios regionales tal los casos de América, África o Europa también existen múltiples documentos. Así, en América aparece la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que es el primer instrumento regional que presenta un catálogo de derechos culturales, así, en su artículo XIII,<sup>8</sup> se consagra la participación en la vida cultural, el goce de las artes y las ciencias y la protección del derecho de autor. De otra parte, en el artículo XIV del “Protocolo de San Salvador” se hace referencia al artículo 14, sobre el derecho a los beneficios de la cultura, pero en este caso referida a la libertad creadora y de investigación científica.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup>“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>6</sup>“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>7</sup>“El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.” Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

<sup>8</sup>“Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

<sup>9</sup>“Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora” Protocolo Adicional a la Convención Americana

En África encontramos la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que dispone, en el artículo 17<sup>10</sup> el derecho a la participación al interior de la comunidad, de la vida cultural y, en el artículo 22 una consagración cultural más amplia pues incorpora el desarrollo económico, social y cultural, así como la identidad y el patrimonio común de la humanidad.<sup>11</sup>

En el caso europeo aparecen diferentes instrumentos aprobados por el Consejo de Europa en que se examinan los derechos culturales o se hace referencia a ellos, cabe mencionar por ejemplo, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural de 1985 hace referencia al patrimonio arquitectónico, muy evidenciado en su artículo 1;<sup>12</sup> la Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico de 1992, que expresa como objetivo la protección de dicho patrimonio en su artículo 1 numeral 1<sup>13</sup>, la Carta Europea del Deporte de 1992, que en su artículo 2 conceptúa lo que deberá entenderse como deporte, acudiendo a la intención de mejorar la condición física y síquica en el marco de las relaciones sociales, que es el lugar de construcción de la cultura;<sup>14</sup> la Carta Europea sobre las Lenguas Regionales o Minoritarias de 1992 en cuyo preámbulo se resalta el valor de lo intercultural y el plurilingüismo<sup>15</sup>; y la Convención-Marco para la protección de las minorías nacionales de 1994, que

---

sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>10</sup>“Todo individuo podrá participar libremente en la vida cultural de su comunidad”. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

<sup>11</sup>“Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad” Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>

<sup>12</sup>“Art. 1.- De acuerdo con los fines del presente Convenio, se considera que la expresión ‘patrimonio arquitectónico’ comprende los bienes inmuebles siguientes: 1) los monumentos: todas las realizaciones especialmente relevantes por su interés histórico, arqueológico, artístico, científico, social o técnico, comprendidas las instalaciones o los elementos decorativos que constituyen parte integrante de estas realizaciones; 2) los conjuntos arquitectónicos: grupos homogéneos de construcciones urbanas o rurales relevantes por su interés histórico, arqueológico, artístico, científico, social o técnico y suficientemente coherentes como para ser objeto de una delimitación topográfica; 3) los sitios: obras combinadas del hombre y de la naturaleza, parcialmente construidas y que constituyan espacios suficientemente característicos y homogéneos como para ser objeto de una delimitación topográfica, relevantes por su interés histórico, arqueológico, social o técnico.” Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Arquitectónico de Europa.

<sup>13</sup>“1. El objetivo del presente Convenio (revisado) es proteger el patrimonio arqueológico por su carácter de fuente de la memoria colectiva europea e instrumento para el estudio histórico y científico.” Convenio Europeo sobre la protección del Patrimonio Arqueológico (Revisado), hecho en La Valetta el 16 de enero de 1992.

<sup>14</sup>“1. A los fines de la presente Carta: a) Se entenderá por «deporte» todo tipo de actividades físicas que, mediante una participación, organizada o de otro tipo, tengan por finalidad la expresión o la mejora de la condición física y psíquica, el desarrollo de las relaciones sociales o el logro de resultados en competiciones de todos los niveles.” Carta Europea del Deporte.

<sup>15</sup>“Subrayando el valor inherente a lo intercultural y al plurilingüismo y considerando que la protección y apoyo de las lenguas regionales o minoritarias en los diferentes países o regiones de Europa representa una importante contribución para la construcción de Europa basado en los principios de democracia y diversidad cultural dentro del marco de la soberanía nacional y de la integridad de territorio”, Tomado de: <https://rm.coe.int/16806d355d>

consagra una promoción de la vida cultural de las minorías en igualdad con las mayorías, en su artículo 4 numeral 2.<sup>16</sup>

Además, existen numerosos instrumentos normativos relacionados con los derechos culturales que han sido aprobados por la UNESCO, más de 30 instrumentos normativos tales como convenciones, declaraciones y recomendaciones que, tratan de diversos aspectos de los derechos culturales.

Con lo anterior, es evidente que los derechos culturales forman parte integral de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y por tal razón, propenden por la construcción de mínimos básicos para la dignidad humana y su desarrollo. Con todo esto, y a pesar de la importancia y positivación del Derecho de Autor y los DESC en las normativas constitucionales, el problema de su efectividad requiere de una serie de aspectos imprescindibles para ello: pasa por la filosofía de las Constituciones Políticas; por la legalidad y validez de los desarrollos normativos que requieren las normas constitucionales; por los recursos económicos, físicos y de personas que los implementen; por los receptores beneficiarios de las normas como quiera que son la razón de ser de las mismas.<sup>17</sup>

## II. El Derecho de Autor

El derecho de autor es un ámbito del campo de la propiedad intelectual, conformado precisamente por la propiedad industrial y el derecho de autor; de igual manera, el derecho de autor se encuentra consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948, en su artículo 27 inciso segundo, razón por la cual también forma parte de los derechos humanos y, de manera más específica, de los DESC.<sup>18</sup>

Desde otra perspectiva, el derecho de autor comparte aspectos del derecho público y del derecho privado. En el primer caso, se involucran las oficinas públicas nacionales encargadas de inspección y vigilancia, de funciones de registro de obras y de sus actos y contratos de transferencias de derechos patrimoniales, de los trámites judiciales, entre otras. En el segundo caso, porque regula los actos y negocios jurídicos entre particulares.

En igual sentido, se establece una relación especial entre el autor y el cargo público, cuando la realización de obras por una persona natural en el ámbito

---

<sup>16</sup>“2. Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales.”, Convención-Marco para la protección de las minorías nacionales de 1994.

<sup>17</sup>Así, sobre el concepto de Cultura del Derecho de Autor ya lo entendimos como “aquel conjunto integrado por las orientaciones cognoscitiva, afectiva y valorativa que las personas tienen respecto del derecho de autor”. Fernando Charria García, “El concepto de Cultura del Derecho de Autor”, *Revista: DIXI*, vol. 19, 25 (2017): 71 a 81. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v19i25.1822>

<sup>18</sup>Fernando Charria García, *Derechos de Autor en Colombia*, 2ª ed. (Colombia: VLex, 2020)

público, resulta en el tratamiento de los derechos económicos o patrimoniales y la titularidad de los mismos *post mortem*. En este orden, las industrias culturales, que para la UNESCO se trata de organizaciones cuya misión está en relación con la difusión de los bienes y servicios culturales<sup>19</sup>, se nutren fundamentalmente de obras artísticas o científicas, y presentan una influencia determinante hoy en día. Como se ha dicho:

“Con el paso del tiempo, la industria cultural ha ido cambiando, evolucionando y expandiéndose. Han ido apareciendo muchas otras actividades que podemos enmarcar dentro del concepto ‘industria cultural’ ya que responden a una comercialización de la cultura, además de su producción. Actividades como el deporte, la moda, el diseño, la publicidad, los videojuegos... además del desarrollo de la televisión, la radio o la prensa. Llegando hasta la actualidad con el gran auge de internet y todo lo que ello conlleva.”<sup>20</sup>

Frente a la globalización y la consecuente internacionalización de los mercados, se requiere de formas que legitimen la dinámica económica de estas obras protegidas por el derecho de autor, razón por la cual el derecho de autor es un elemento estratégico en nuestra época.<sup>21</sup> Sobre su objeto hemos señalado que son “todas las creaciones o manifestaciones de la inteligencia humana expresadas de forma perceptible y original susceptibles de reproducción por cualquier medio conocido o por conocer”,<sup>22</sup> con lo cual se construyen los criterios de protección que tiene el derecho de autor sobre dichas creaciones, y que tienen que ver con seis aspectos a saber: 1) protección a las formas y no a las ideas; 2) originalidad de la creación, es decir, de la obra, lo cual supone que no se trate de una copia y que conlleve la impronta de su autor; 3) la no existencia de formalidades para que el derecho de autor surja y beneficie con su protección la obra; 4) la posibilidad de reproducción de la obra por cualquier medio que exista o pueda llegar a existir; 5) ausencia del mérito artístico o científico de la obra para que sea protegida por el derecho de autor; 6) y no se tiene en cuenta la destinación de la obra científica o artística.

Aquí, la pretensión no es presentar la dogmática jurídica del derecho de autor, como quiera que ya lo hemos hecho en otros textos, sino un acercamiento general que sirva de marco para incorporar una mirada que del derecho de autor tienen los estudiantes de artes en las universidades y facultades de arte en América Latina, pues entendemos estos espacios como el lugar social estructurado para la formación y la creación artística.

<sup>19</sup>“Son los sectores de actividad que tienen como objeto principal la creatividad, la producción o reproducción, la promoción, la difusión y la comercialización de bienes, servicios y actividades de contenido cultural, artístico o patrimonial.” Políticas para la creatividad. Guía para el desarrollo de las industrias culturales y creativas. <https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/220384s.pdf>

<sup>20</sup>Enrique Mas Ares, “La influencia social de las industrias culturales en la era digital” (Trabajo de Fin de Grado, Universidad Politécnica de Valencia, 2019). <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/128647/Mas%20-%20La%20influencia%20social%20de%20las%20industrias%20culturales%20en%20la%20era%20digital.pdf?sequence=1>

<sup>21</sup>Alberto Bercovitz, “Globalización y Propiedad Intelectual”, *Revista de Derecho* 11 (2005): 137-173.

<sup>22</sup>Fernando Charria García, *Derechos de Autor en Colombia*.

### III. Cultura del Derecho de Autor

El objeto del derecho de autor está en la protección de obras, producto del ingenio humano, que sean originales y contengan la impronta de su autor, así como la capacidad de reproducirse por cualquier medio conocido o por conocer. Este objeto es la razón por la cual tanto los convenios internacionales, como las normativas internas de las naciones, muestran su preocupación por garantizar una debida protección a estos productos. De manera que dicha protección surge sin formalismo alguno y da cabida a toda la protección que el derecho pueda prestar con el solo hecho de existir la obra, todo lo cual es acogido por los dos grandes modelos que son el *copyright* y el Derecho de Autor.<sup>23</sup>

Cabe señalar que las obras son bienes protegidos por la propiedad intelectual, convirtiéndose en garantía de movilidad global de las mismas, por lo que con el fenómeno del mundo globalizado, la certificación y protección de la misma es requisito *sine qua non* para el crecimiento y desarrollo del mercado que le atañe. Sin embargo, la realidad nos ha venido mostrando que pueden existir múltiples razones por las cuales la protección pretendida no resulta efectiva. Por esta razón, de acuerdo a su impacto en las conductas de los autores, se creó un instrumento que facilitara un mejor acercamiento para analizar dicho aspecto.

Es posible entonces entender a la cultura del derecho de autor como aquel conjunto integrado por las orientaciones cognoscitiva, afectiva y valorativa que las personas tienen respecto del derecho de autor. Al amparo de este concepto nos planteamos la importancia de efectuar una indagación de la cultura del derecho de autor en los estudiantes de las universidades y facultades de arte en América Latina en dos etapas. De esta manera, lo que ahora se presenta son los resultados de la fase de la investigación que indaga sobre aspectos cognoscitivos de la cultura del derecho de autor.

### IV. Los Currículos

En torno a los significados del concepto de currículo, se distinguen por lo menos seis grupos de interpretaciones: 1) como agrupamiento de cursos o contenidos; 2) como plan general de instrucción; 3) como cursos y experiencias planificadas; 4) como serie estructurada de metas o propósitos educativos; 5) como programas de actividades; 6) y como documento escrito del programa educativo.<sup>24</sup>

Se puede observar una concepción polisémica de la voz currículo, que incluso se deja expresar en ámbitos normativos, como lo señala la ley general de

---

<sup>23</sup>Jhonny Antonio Pabón Cadavid, “Aproximación a la historia del Derecho de Autor: antecedentes normativos”. *Revista La Propiedad Inmaterial* 13 (2009): 59-104.

<sup>24</sup>Caicedo Sánchez, Judith, y Jorge Hernán Calderón López “Currículo: en busca de precisiones conceptuales”. *Educación y Pensamiento*, n.23 (2016): 57-76.



educación de Colombia o Ley 115 de 1994 art. 76.<sup>25</sup> El currículo es entonces un concepto que involucra unas categorías, de las cuales la más usual es la centrada en la organización del saber, si bien se encuentra otra enfocada en la organización de la acción o experiencias y en la complementariedad del saber y de la acción.<sup>26</sup>

Resulta también aceptado que tales currículos son expresión de una concepción de ser humano, de la sociedad y de los valores que se aúnan en torno al fin de la idea de formación académica que se pretende, lo cual supone necesariamente una creencia de lo allí consignado. También es cierto que los currículos se constituyen obedeciendo a un enfoque cognoscitivo, con lo cual se pretende la generación de procesos intelectuales y consiguientes destrezas cognoscitivas, en los que el aspecto del diseño de herramientas metodológicas es central<sup>27</sup>; o igualmente, se constituye el currículo como tecnología, en cuyo caso se enfatiza en los medios para lograr resultados previamente determinados; o como expresión de un racionalismo académico, sobre la base de disciplinas tradicionales, evidenciando como una debilidad, que presenta una especie de sectorización del saber y no su concepción holística. Existen otros enfoques, el *organizado*, como experiencia de autorrealización o consumatoria y, en fin, aquel cuya relevancia está ubicada en la reconstrucción social.

En todos los casos, lo que constituye *currículo* en el panorama de nuestra América Latina, es sinónimo de currículo, planes de estudio o malla curricular. Lo que nos interesa en esta oportunidad es que, en este currículo, plan o malla, se encuentran expresados elementos de conocimiento y manejo que deben ser adquiridos -como mínimos- por el estudiante y, de los cuales debe dar cuenta. Efectuado esto, la institución acredita la capacidad del estudiante para desempeñarse en sociedad con ese nivel profesional, evidenciado en el título que le se confiere. Por lo anterior, la expresión en el currículo de materias del Derecho de Autor, habla del enfoque y cosmovisión que se tiene de la disciplina artística, del ser humano que allí se forma y del entorno social con el cual interactúa.

## **V. El Derecho de Autor en las Universidades y Facultades de Arte en América Latina**

Como hemos venido indicando, el interés no está en los desarrollos teóricos del Derecho de Autor o de los DESC, sino en su eficiencia, en particular con aquellas personas que son receptoras beneficiarias de las normas de protección del Derecho de Autor. Así, resulta evidente que los autores de obras en las artes

---

<sup>25</sup>“Currículo es el conjunto de criterios, planes de estudio, programas, metodologías, y procesos que contribuyen a la formación integral y a la construcción de la identidad cultural nacional, regional y local, incluyendo también los recursos humanos, académicos y físicos para poner en práctica las políticas y llevar a cabo el proyecto educativo institucional.” (Diario Oficial n° 41.214 de 8 de febrero de 1994)

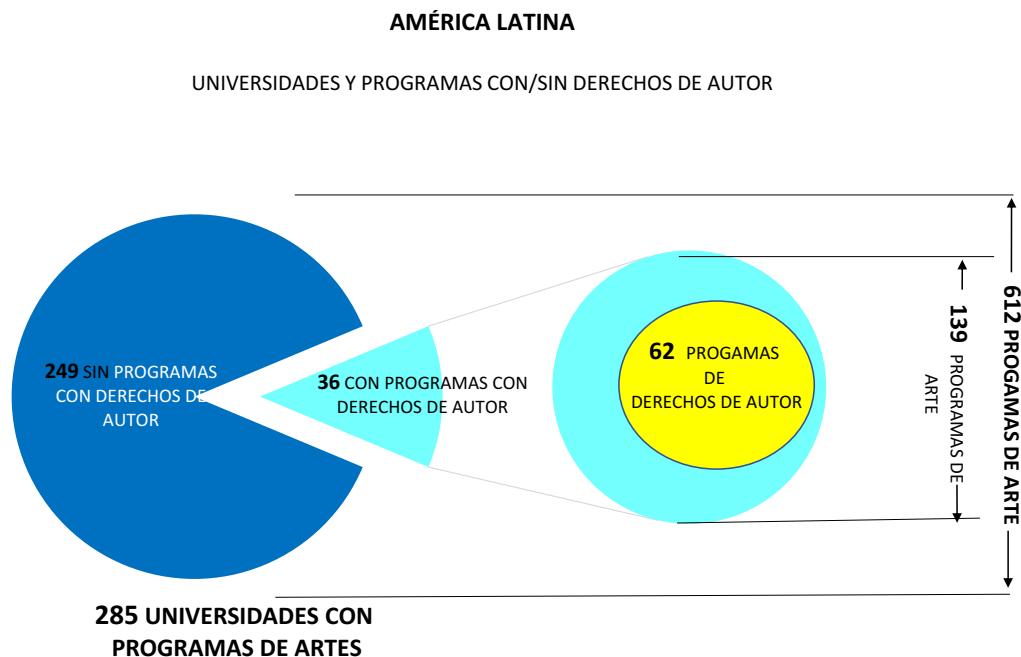
<sup>26</sup>Caicedo Sánchez, Judith, y Jorge Hernán Calderón López “Currículo: en busca de precisiones conceptuales”, 57-76.

<sup>27</sup>Oscar Alberto Narváez Guerrero, “Currículo”, *Revista Sigma* 7 (1996): 79-98.

y, por ende, quienes se forman para generar sus creaciones en las artes, son un sector beneficiario de la normativa de protección de sus obras, aunque, es cierto, también lo son quienes generan obras en el ámbito de las ciencias.

La decisión por indagar si a aquellas personas que deciden iniciar estudios en las artes, se les enseña sobre Derecho de Autor, es el objeto de esta investigación, en razón de la importancia que tiene el arte en América Latina. Esto está en los marcos de un interés por el fortalecimiento de un mercado que requiere, por parte de los autores, del conocimiento de las diferentes formas de explotación económica y defensa que sus obras tienen o pueden llegar a tener.

Por lo anterior fue que se efectuó indagación de Universidades y Facultades de Arte en 17 países de América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La posibilidad de acceder a las universidades y facultades de arte mediante búsqueda en Internet, fue viable y se estructuró un universo lo más completo posible, quedando de la siguiente manera:



Gráfica n°1. Elaborada por Luis Fernando Parra con base en los insumos del autor (2020)

La gráfica n°1 nos muestra que, de un total de 285 universidades en América Latina que ofrecen programas en artes, de ellas 36 que presentan 139 programas en artes, de los cuales solamente 62 ofrecen cursos en Derecho de Autor o similares. Lo anterior significa que solamente el 12.63% de las universidades que trabajan con las artes ofrecen cursos con Derecho de Autor o similares. Los programas que contemplan un curso sobre Derecho de Autor

representa un 10.13% o menos. En este sentido, hay que tomar en cuenta las denominaciones que adquieren los cursos, pues tal vez el curso de Derecho de Autor se ofrece dentro del programa de Derechos Humanos, en tanto los Derechos de Autor están consagrados en la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 27. En todo caso, se requiere un trabajo específico para comprobar si estos cursos se hacen como parte de un curso más general sobre los Derechos Humanos, en cuyo caso el porcentaje disminuiría.

#### 5.1. Países en Latinoamérica con Ofertas en Artes. Universidades, Programas y Cursos

Efectuada una indagación documental, se puede organizar en agrupamientos diferentes la información obtenida. De una parte, se reúne aquellos países que en Suramérica presentan una mayor oferta académica en el campo de las artes. En otro agrupamiento se conforman por aquellos que, comparativamente con los comentados, presentan una oferta académica notoriamente menor. También se separa de la anterior organización a los países de Centroamérica, pero se incluye a México, a pesar de ser de Norteamérica, atendiendo al sentimiento de lo latinoamericano y a su importante influencia.

##### 5.1.1. Países con mayores ofertas en artes. Universidades, programas y cursos en Suramérica

A continuación, se ofrecen los países que tienen mayores ofertas de programas en artes. Se realizará un acercamiento a cada país a partir de incorporar la normativa constitucional positiva que consagra la protección del Derecho de Autor, si bien, es posible que se encuentre la protección sobre la Propiedad Industrial, concepto que acoge tanto al Derecho de Autor como a la Propiedad Industrial, agrupamiento que en la doctrina jurídica viene de vieja data.<sup>28</sup>

**Caso Argentina.** La consagración de la Propiedad Intelectual se encuentra en el artículo 17 de la Constitución Política.<sup>29</sup>

Encontramos que hay 26 universidades que enseñan artes con un total de 60 programas, dentro de los cuales solamente en 20 programas aparece un curso sobre nuestro objeto de indagación o con denominación que permita suponer la

---

<sup>28</sup>Delia Lipszyc, *Derecho de Autor y derechos conexos*, reedición (Argentina: UNESCO-CERLALC-ZAVALLIA, 2001).

<sup>29</sup>Constitución Nacional de la República Argentina. Convención Nacional Constituyente, ciudad de Santa Fe, 22 de agosto de 1994: “Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4o. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

presencia del Derecho de Autor. Así las cosas, la nominación es variada con la cual identifican los programas en este aspecto, por ejemplo: Derecho de autor y Legislación audiovisual, frente a lo cual no hay duda, pero también aparecen cursos como Legislación de lo artístico musical o Legislación y políticas audiovisuales; Legislación y política cultural; Edición y Legislación; Legislación cinematográfica y, legislación. Estos cursos que tal vez trabajen el Derecho de Autor, aunque se requiere revisar el contenido temático. Otro sería el caso de Práctica profesional y legislación, cuyo contenido temático aborda lo relativo a Derecho de Autor.

El curso sobre Legislación cinematográfica, por ejemplo, es dictado en la Universidad del Cine en los programas de Compaginador cinematográfico, Dirección de cine y animación multimedial, Dirección cinematográfica, Dirección arte cinematográfico, Dirección fotografía y cámara cinematográfica, Guion cinematográfico, y Productor cinematográfico. El curso Legislación es dictado por la Universidad Nacional de Avellaneda, en el programa de Licenciatura en Artes Visuales. En el caso del curso Práctica profesional y legislación, se dicta por la Universidad Nacional de Río Negro y solamente es dictado en el programa de Diseño artístico y audiovisual, aunque dicha universidad ofrece otros programas en artes, como licenciatura en Arte Dramático o Artes Visuales, entre otros, que no ofertan cursos relacionados con Derecho de Autor. Caso similar es el de la Universidad Nacional José de San Martín, que ofrece Derecho de Autor y Legislación audiovisual en el programa de Licenciatura en Cine Documental, pero no lo ofrece en otros como el de Licenciatura en Artes, en Artes Escénicas, en Fotografía, en Música argentina o en el profesorado en letras.

La Universidad Nacional de la Plata ofrece el curso Legislación y políticas audiovisuales en los programas de Licenciatura y Profesorado en Artes audiovisuales y Licenciatura en Realización. Con un ligero cambio lo ofrece en el marco de Legislación y política cultural, en el programa de Licenciatura en Artes Plásticas, aunque no hace lo mismo con otros programas como Licenciatura y Profesorado en Realización Dirección Fotografía, o en Licenciatura en Artes Visuales, o en varias licenciaturas con Música, como la de dirección coral, la de composición y la de los varios instrumentos que también contempla.

Por último, la Universidad Nacional de las Artes oferta el curso de edición y legislación en el programa de artes de la escritura, sin que se pueda conocer con claridad si allí se enseña Derecho de Autor. Igual acontece con el curso de legislación de lo artístico musical, ofertada en los programas de Licenciatura de Música en los ámbitos del Canto, la composición, dirección orquestal, dirección coral, en instrumento y electroacústica.

**Caso Ecuador.** La Constitución Política de Ecuador consagra la Propiedad Intelectual en su artículo 322.<sup>30</sup>

Se encontraron 14 universidades con 32 programas en artes, y solamente se enseña Derecho de Autor en 4 de ellos. En la Universidad Casa Grande se ofrece el programa de Artes escénicas, con un curso en cuarto año ciclo 1 de “Ethical and legal framework of Copyright and communication”. En la Universidad Católica Santiago Guayaquil, en el programa de Licenciatura en Cine, el curso se imparte como fundamentos teóricos de “Legislación de la industria cinematográfica, pero no es ofrecido en la Licenciatura de artes musicales y, además, se ignora si en dicha legislación se contempla lo relativo a Derecho de Autor. En la Universidad de las Américas, el programa de Cine ofrece en el octavo período “ética y legislación audiovisual”, pero en su otro programa de artes nada semejante ofrece.

**Caso Colombia.** La Constitución Política de Colombia consagra la Propiedad Intelectual en el artículo 61.<sup>31</sup>

En la revisión documental realizada, se encontraron 35 universidades con 79 programas en artes, de los cuales existen solamente 8 cursos con Derecho de Autor o semejantes. Así, por ejemplo, la Fundación Universidad de Bellas Artes ofrece los cursos de Políticas culturales y Propiedad Intelectual, lo cual hace suponer que en Propiedad Intelectual se trabajará sobre Derecho de Autor, pues se dicta en el programa de Fotografía, si bien en los programas de Artes Plásticas y Música no contemplan esa cátedra.

En la Institución Universitaria Instituto Tecnológico Metropolitano de la ciudad de Medellín, existen los programas de Artes Visuales y Artes de la grabación y producción musical, que ofrecen curso de Propiedad Intelectual, lo que hace suponer que aborda el Derecho de Autor. En Colombia la Propiedad Intelectual acoge al Derecho de Autor y a la Propiedad Industrial. También ofrece el programa de Cine con un curso de Aspectos legales de la industria cinematográfica, que es de suponer enseña Derecho de Autor, si bien es necesario indagar en el desarrollo temático de dicho curso.

En Bogotá, la Fundación Universitaria Juan N. Corpas oferta el programa de Música, con el curso en uno de sus semestres sobre seminario Humanístico

---

<sup>30</sup>Constitución de la República del Ecuador. Comité Legislativo y de Supervisión de la Asamblea Nacional. Publicado en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008.

“Artículo 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad.” Constitución de la República del Ecuador.

<sup>31</sup>Constitución de la República de Colombia. Esta versión corresponde a la segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Incluye la última reforma realizada mediante Acto Legislativo 2 de 2009, publicada en Diario Oficial No. 47.570 de 21 de diciembre de 2009.

“Artículo 61.- El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.” Constitución de la República de Colombia.

Derecho de Autor. En la Universidad de Caldas, ubicada en dicho Departamento, se ofrece el programa de Licenciatura en Música, dentro del cual está el curso electivo de Propiedad Intelectual, pero dicho curso no se encuentra en el programa de Artes Plásticas que también ofrece esa misma universidad. De manera similar la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, en el programa de Fotografía, imparte el curso Propiedad Intelectual para Industrias culturales y creativas, aunque este tema está ausente en los programas de Artes Plásticas, Cine y TV. Finalmente, está la Universidad INCCA de Colombia, que en su programa de música ofrece en el curso Derechos de Autor en el tercer semestre.

**Caso Brasil.** La Constitución Política de Brasil consagra el Derecho de Autor.<sup>32</sup>

Se presenta con 61 universidades que ofertan 128 programas en artes y, solamente encontramos 7 cursos de Derecho de Autor o semejantes. Así, la Universidad Metodista de Piracicaba en el programa Cine y Audiovisual ofrece el curso de cuarto semestre denominado Projeto Interdisciplinar: Legislação em Cinema e Audiovisual, pero no lo ofrece en el programa de Música. De similar manera en la Universidad Federal del Espíritu Santo se ofrece en el sexto período del programa de cine, el curso Legislação e ética no audiovisual, pero no lo ofrece en los programas de Artes Plásticas, Visuales ni Música. Otro tanto sucede en la Universidad Federal de Río de Janeiro, que en el programa de Grabado ofrece el curso de Derechos Humanos, que no es ofertado en sus otros programas de artes y, en todo caso, ignoramos si se habla de Derecho de Autor o solamente es un enfoque general sobre los Derechos Humanos. En el mismo sentido, la Universidad Federal de Paraíba, en el programa de música, está el curso Legislação profissional e dir autoral, pero no es ofrecido en sus otros programas de Artes Visuales, Teatro y Cine y Audiovisual.

En la Escuela Superior de Publicidad y Marketing, en el programa de Cine y Audiovisual se ofrece el curso sobre Derechos de autor, patrocinios y contratos, así como en las últimas dos universidades de Brasil objeto de nuestro interés, encontramos que, en la Universidad Católica de Minas Gerais, el programa de Cine y Audiovisual ofrece el curso ética y legislaçao, dentro de cuya temática se incluye el estudio de los derechos de creación artística audiovisual. Por último, la Universidad de San Pablo, que ofrece el programa de formación en Audiovisual, incluye en el período V, el curso Legislação y mercadeo audiovisual.

*5.1.2. Países con menores ofertas en artes. Universidades, programas y cursos en Suramérica*

**Caso Chile.** La Constitución Política de Chile consagra en el Capítulo III “De los Derechos y Deberes Constitucionales”.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup>Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, con Reformas hasta el 13 de julio de 2010. Texto Refundido hasta la Reforma Constitucional N° 66 del 13 de julio de 2010. “XXVII. - los autores tienen el derecho exclusivo de usar, publicar o reproducir sus obras, transferible a los herederos por el tiempo establecido por la ley”.

Existen 10 universidades con 60 programas en artes, en los cuales se encuentra solamente 5 programas con cursos en Derecho de Autor o semejantes. En tal sentido, la Universidad Academia Humanismo Cristiano ofrece el curso Derechos humanos género y multiculturalidad en los programas de Cine y artes audiovisuales, intérprete musical, danza interpretación y Teatro actuación. Pero no lo ofrece en otros programas como Composición musical o cine y cine documental. En todo caso, queda la inquietud si en el curso Derechos humanos, género y multiculturalidad se hace una desagregación temática de los Derechos Humanos acogiendo lo relativo al Derecho de Autor del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

**Caso Perú.** La Constitución Política del Perú contempla la protección de la actividad intelectual.<sup>34</sup>

En Perú, la oferta de universidades con programas de arte son 9, que presentan 38 programas en artes y, de los cuales solamente en una universidad y un programa se encontró un curso relativo al Derecho de Autor. En este caso, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas ofrece el programa de Producción musical, el cual en el ciclo 5 presenta el curso Aspectos legales de la industria de la música. Pero en los otros programas de Artes Escénicas ni en los de composición musical o ejecución musical se ofertan cursos similares. Por ser Perú miembro de la Comunidad Andina de Naciones presenta una normativa supranacional en Derecho de Autor, lo que seguramente habrá de facilitar que estos aspectos legales incorporen lo relativo a Derecho de Autor.

**Caso Paraguay.** La Constitución Política de Paraguay consagra la protección de la propiedad intelectual en su artículo 110.<sup>35</sup>

En 5 universidades se prevén 17 programas en arte y solamente en una universidad se comprobó que existe un curso semejante al Derecho de Autor. Este es el caso de la Universidad Politécnica y Artística del Paraguay, que ofrece el curso Derechos Humanos en el cuarto nivel. Para tales efectos, se reitera la

---

<sup>33</sup>Constitución Política de la República de Chile. Texto refundido, coordinado y sistematizado. Contiene la última reforma efectuada mediante ley n° 20.516 de fecha 11 de julio del 2011: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 25°.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.”

<sup>34</sup>Constitución Política del Perú de 1993. Con reformas hasta 2005: “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.”

<sup>35</sup>Constitución Política de la República de Paraguay de 1992: “Artículo 110. - De los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual. Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley.”

inquietud sobre si en este curso de manera específica se aborda el Derecho de Autor o si, por el contrario, la mirada es más general sobre los derechos humanos.

**Caso Uruguay.** En la Constitución Política de Uruguay el artículo 33 consagra la propiedad intelectual.<sup>36</sup>

En Uruguay se encontraron 3 universidades que ofrecen 10 programas de artes y en ninguno se pudo apreciar en el Plan o la malla curricular la existencia de curso alguno relacionado con Derecho de Autor o semejantes.

**Caso Bolivia.** La Constitución Política de Bolivia consagra protección a la propiedad intelectual en diversos apartes.<sup>37</sup>

Se encontraron 2 universidades que ofrecen 3 programas en artes, pero en ninguno existe un curso de Derecho de Autor o semejante.

**Caso Venezuela.** La Constitución Política de Venezuela en su capítulo VI, contempla la protección a la propiedad intelectual.<sup>38</sup>

Presenta 4 universidades con 10 programas dedicados a las artes, pero sin curso alguno en Derecho de Autor o semejantes.

### *5.1.3. Países de Centro América y México. Universidades, programas y cursos*

**Caso Panamá.** Se contempla en la Constitución Política de Panamá protección a la propiedad intelectual en su artículo 49.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup>Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 con reformas hasta 2004: “Artículo 33.- El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley”.

<sup>37</sup>Constitución de la República de Bolivia de 2009: “Artículo 41, numeral III.- El derecho a acceder a los medicamentos no podrá ser restringido por los derechos de propiedad intelectual y comercialización, y contemplará estándares de calidad y primera generación.” Posteriormente: “Artículo 42, numeral II. La promoción de la medicina tradicional incorporará el registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.” Luego: “Artículo 100, numeral II. El Estado protegerá los saberes y los conocimientos mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y las comunidades interculturales y afrobolivianas.” Finalmente: “Artículo 102.- El Estado registrará y protegerá la propiedad intelectual, individual y colectiva de las obras y descubrimientos de los autores, artistas, compositores, inventores y científicos, en las condiciones que determine la ley.”

<sup>38</sup>Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela con reformas hasta 2009: “Artículo 98.- La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.”

<sup>39</sup>Constitución Política de la República de Panamá: “Artículo 49.- Todo autor, artista o inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra o invención durante el tiempo y en la forma que establezca la ley.”



Cuenta con 3 universidades que ofrecen 11 programas en artes, y sin curso alguno en Derecho de Autor o semejantes.

**Caso Costa Rica.** La Constitución Política de Costa Rica protege el derecho de autor y la propiedad industrial en su artículo 47.<sup>40</sup>

Hay 1 universidad con 17 programas en artes y ningún curso en Derecho de Autor.

**Caso Honduras.** La Constitución Política contempla la protección de la propiedad intelectual en su artículo 108.<sup>41</sup>

Con 2 universidades que ofertan 3 programas en artes y 1 curso en Derecho de Autor. La Universidad Tecnológica Centroamericana ofrece el programa de Animación digital y diseño interactivo y en el 7 semestre se encuentra el curso Legislación para animación e interactividad.

**Caso El Salvador.** Constitucionalmente se consagra la protección a la propiedad intelectual en su artículo 103.<sup>42</sup>

Con 2 universidades que ofrecen 2 programas en artes, pero ninguno presenta curso alguno en Derecho de Autor o similar.

**Caso Guatemala.** Contempla la Constitución Política la protección al derecho de autor y la propiedad industrial en su artículo 42.<sup>43</sup>

Guatemala es un caso interesante, pues se encuentra solamente una universidad que ofrece un solo programa en arte y tiene curso similar o semejante al Derecho de Autor. La Universidad Mesoamericana presenta el programa de Producción audiovisual y artes cinematográficas, y allí se encuentra en el 8 semestre, el curso: Legislación y políticas de la Producción audiovisual. Esperando que en dicho curso se trabaje aspectos del Derecho de Autor.

---

<sup>40</sup>Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949 con reformas hasta 2003: “Artículo 47.- Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley.”

<sup>41</sup>Constitución Política de la República de Honduras de 1982: “Artículo 108.- Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial con arreglo a la ley.”

<sup>42</sup>Constitución de la República de El Salvador: “Art. 103.- Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social. Se reconoce asimismo la propiedad intelectual y artística, por el tiempo y en la forma determinados por la ley. El subsuelo pertenece al Estado, el cual podrá otorgar concesiones para su explotación”.

<sup>43</sup>Constitución de República de Guatemala de 1985 con las reformas de 1993: “Artículo 42.- Derecho de autor o inventor. Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales.”

**Caso Nicaragua.** La Constitución Nacional de este Estado consagra la propiedad intelectual en su artículo 125.<sup>44</sup>

No existe en su oferta formativa universitaria, programa alguno en artes y, por ende, tampoco un curso en Derecho de Autor en Artes.

**Caso México.** La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, protege los derechos de autor en el artículo 7 y los antimonopolios en el artículo 28, en cuyo segundo inciso se confiere una facultad específica para legislar en relación con el derecho de autor.<sup>45</sup>

Notablemente diferente es el panorama de México, pues ofrece 80 universidades con 181 programas en Artes con 12 cursos en Derecho de Autor o similares. El Centro de Estudios en Ciencias de la Comunicación ofrece el programa de Cine, que presenta el curso Legislación para Medios Audiovisuales, si bien podría tener contenido en Derecho de Autor, no se sabe la temática propia del mismo. El Instituto Mexicano de Investigaciones Cinematográficas y Humanísticas ofrece el programa de Licenciatura en Cine con el curso Legislación cinematográfica y televisiva en México. Dicho curso podría tener desarrollo de Derecho de Autor, aunque se ignora el desarrollo temático que contiene.

En igual sentido se encuentra el Instituto Universitario del Centro de México, con su programa de Licenciatura en Artes Escénicas y producción audiovisual, el cual presenta en el sexto cuatrimestre el curso sobre Derecho de Autor. También la Universidad Nacional Autónoma de México, que tiene 11 programas en artes, solamente en la Licenciatura en Arte y Diseño presenta el curso seminario de derechos de autor dentro de “optativas de profundización en innovación en lenguajes y soportes alternativos”; y en el programa de Cinematografía, el curso de legislación de la industria cinematográfica, que es de suponer que contiene materia sobre Derecho de Autor.

En la Universidad Anáhuac del Sur se oferta el programa de Licenciatura en Artes Visuales, con el curso de cuarto semestre “procesos legislativos para artes

---

<sup>44</sup>Constitución de la República de Nicaragua de 1987 con las reformas de 1995, 2000 y 2005: “Artículo 125.- (...) [Inciso 4] Se garantiza la libertad de cátedra. El Estado promueve y protege la libre creación, investigación y difusión de la ciencia, la tecnología, las artes y las letras y garantiza y protege la propiedad intelectual.”

<sup>45</sup>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Artículo 7.- Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.”; “Artículo 28.- (...) Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.” En el desarrollo de la normativa Constitucional, en lo relacionado con las facultades del Congreso, mediante el artículo 73 se le confiere facultad en el numeral romano XXV en sus últimos dos renglones “(...) Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma.”

visuales”, pero nada similar ofrece en su otro programa artístico. La Universidad Anáhuac México Norte, por su parte, ofrece tres programas en artes y solamente en el programa de Licenciatura en Artes visuales en el cuarto semestre se encuentra el curso la Ley y el Arte. Al igual que en el programa Licenciatura en Música Contemporánea se ofrece el curso en 5 semestre de Propiedad intelectual y legislación para la industria y el entretenimiento.

Algo parecido acontece con la Universidad Autónoma de Aguascalientes, que presenta 5 programas en artes y solamente en la Licenciatura en Artes cinematográficas en el semestre 7 se encuentra el curso Legislación cinematográfica y derechos de autor; y en el programa de Licenciatura en Estudios del arte y gestión cultural se encuentra en el semestre cuarto el curso marco jurídico del arte y la cultura. Termina México con la UNES, que presenta un programa de Licenciatura en Animación y arte digital, con un curso en el ciclo octavo sobre derecho de patentes y marcas, con lo cual estamos ante una curiosa excepción pues se encuentra en el ámbito de la Propiedad Industrial.

Si bien es cierto que se revisaron la mayoría de países de América Latina, no se incluyeron los territorios insulares, como es tradición de esta referencia étnica-geográfica, es decir, no se incluyó Cuba, Haití, República Dominicana, Jamaica, ni otro país de la región del Mar Caribe. De igual manera, se excluyó el espacio del territorio continental Estados como Belice, Surinam, Guyana y Guyana Francesa. En el caso de Belice, no se encontraron programas de artes; otro tanto sucede con Surinam, pues la única universidad que encontramos está en Paramaribo y es la Universidad Anton de Kom, que tampoco ofrece programas en artes.

Los casos de las Guayanas muestran que, en primer lugar, en la Guayana se encuentran la Universidad de Guayana, la de Texila American University, la Rajiv Gandhi University o Science and Technology y, la Green Heart Medical University, ninguna de las cuales enseñan artes. Igual sucede con la Guayana Francesa, en la cual se encuentra la “École Supérieure du Professorat et de l’Éducation Université de Guyane”, que tampoco ofrece programas o estudios en artes, razón por la cual una indagación como la desarrollada en el presente caso no fue tomada en cuenta.

## **Conclusiones**

Este primer acercamiento a la Cultura del Derecho de Autor en los estudiantes de las Universidades y Facultades de Arte de América Latina plantea un escenario interesante. Lo primero a resaltar es que, en la existencia de cursos sobre derecho de autor en los programas de artes, solamente se tienen 10 cursos específicos sobre Derecho de Autor en 612 programas artísticos, es decir, un 1,63% de Derecho de Autor en estos programas. Lo segundo a comentar es que las universidades son los espacios preferentes, socialmente hablando, para el estudio de las artes, y que deberían ser el espacio preferente para el estudio de los derechos que tienen los autores por la creación de sus obras. Sería posible, y de

hecho es posible, encontrar otros espacios alternativos a las universidades, como la internet, o espacios creados por las oficinas nacionales de derecho de autor en cada país, aunque en nuestro criterio tales espacios deberían ser considerados alternativos al desarrollo central del derecho de autor.

Lo tercero es que, una de las tantas características que tiene el derecho de autor es que, al plantear de manera estructurada las formas típicas o tradicionales de realizar una explotación económica de la obra, están planteando topos de derecho que muestran las posibilidades de desarrollo económico que puede tener una obra, lo cual, de no ser enseñado, se convierte en un saber oculto e impacta en los desarrollos del mercado de las artes.

En cuarto lugar, ignorar lo relativo al derecho de autor, pone al sujeto creador de la obra ante una perspectiva supremamente cerrada, frente a la cual se pueden presentar un sin número de violaciones, muchas de las cuales son base para la generación de algunos decires populares, como el que “fulano de tal le entregó su autoría a otro zutano quien la explota y recoge todos sus beneficios”. Por eso sería muchísimo más difícil pensar en la efectividad normativa, si hubiera ese conocimiento del derecho de autor. Igualmente, aquellas erróneas concepciones que se desprenden del hecho de haber vendido una obra a un tercero y considerar que, como autor de la misma, ya no tiene más que hacer, ignorando con ello que una cosa es la obra y otra los derechos que sobre ella tiene el autor y, que permiten otras formas de explotación.

Otro importante aspecto que está en relación con el componente cognoscitivo de la cultura del derecho de autor y los autores de obras, tiene que ver con la idea popular que sobre la protección de las obras se tiene. En este sentido es común que los autores consideren la posibilidad de ir a una notaría a registrar la obra, bajo el convencimiento que, sin dicho trámite, no tendrá opción de proteger sus creaciones, lo cual es absolutamente innecesario frente al derecho positivo en este ámbito, con lo cual, estamos frente a una práctica equivocada por ignorancia del derecho.

Igualmente sucede en relación con los bienes dejados en herencia, pues en muchos casos las obras de los autores difuntos no son incorporadas a la masa de la herencia, sobre todo porque los herederos ni siquiera piensan que ellas deben estar en dicha masa herencial; o porque algunos abogados no hacen esa anotación a los herederos, pues de manera similar a lo que hemos visto con relación a los estudiantes de arte, en las facultades de derecho la enseñanza de este campo jurídico suele ser tratado de manera ligera, y dejado para posibles postgrados.

En octavo lugar, de acuerdo con lo anotado en nuestro numeral 1 de este escrito, es evidente que frente a la internacionalización de los mercados y el fenómeno de la globalización, la necesidad de legitimar los actos y negocios jurídicos de las obras producto del ingenio humano, con las características de protección que requiere el derecho de autor, son estructuralmente importantes para el fortalecimiento del mercado; y más aún frente a los desarrollos actuales

del ciberespacio, las industrias culturales y las redes sociales, pues se han convertido en verdaderas autopistas de tránsito comercial de obras. Es decir, el paso de una producción de materias primas básicas a una producción de obras del ingenio humano, habla de una evolución hacia una mayor complejidad del mercado, con lo cual desconocer el derecho de autor puede significar ponerse fuera del mismo tránsito global de productos intangibles o expresados en soportes materiales e inmateriales.

Como noveno aspecto a concluir en este trabajo, se hace evidente la dificultad de construir redes de difusión y movilidad de las obras, como un aspecto básico derivado de las orientaciones cognoscitivas del derecho de autor. En este sentido, se pueden incorporar los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los editores fonográficos y los organismos de radiodifusión. Ello impacta en los aspectos propios de las industrias culturales, debido a que los derechos conexos acogen a los músicos intérpretes de instrumentos y canto, aunque se protegen otras expresiones fruto de la industria fonográfica y de la radio y la televisión, y no solamente para los artistas músicos, sino para cualquier artista en sus diferentes expresiones.

En décimo lugar, es evidente la necesidad de ahondar en este campo de la cultura del derecho de autor, que terminará explicando por qué existe una participación, una apatía o una relación de los autores con el campo del derecho de autor de una manera más precisa. Esto beneficiará la construcción de políticas públicas en América Latina, sobre la base de investigación que generará resultados más estructurados en sus aspectos cognoscitivos, afectivos y evaluativos, trabajando con estudiantes de las universidades y facultades de arte, así como con docentes, directivos y representantes de las oficinas nacionales de derecho de autor.

## Referencias bibliográficas

Bercovitz, Alberto. “Globalización y Propiedad Intelectual”, *Revista de Derecho* 11 (2005): 137-173. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2008-3-30860/Documento.pdf>

Caicedo Nagles, Judith y Calderón López, Jorge Hernán. “Currículo: en busca de precisiones conceptuales”. *Revista de Educación y Pensamiento*, vol. 23, 23 (2016): 57-76. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5740421>

Charria García, Fernando. “El concepto de Cultura del Derecho de Autor”, *Revista DIXI* 20, 27 (2018): 71-81. <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1822>

Charria García, Fernando. *Derechos de Autor en Colombia*, reedición, Colombia: VLex, 2020.

Lipszyc, Delia. *Derecho de Autor y derechos conexos*, reedición, Argentina: UNESCO-CERLALC-ZAVALIA, 2001

Mas Ares, Enrique. “La influencia social de las industrias culturales en la era digital” Trabajo fin de Grado. Universidad Politécnica de Valencia, 2019. <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/128647/Mas%20-%20La%20influencia%20social%20de%20las%20industrias%20culturales%20en%20la%20era%20digital.pdf?sequence=1>

Narvárez Guerrero, Oscar Alberto. “Currículo” en Enfoque curricular del desarrollo del pensamiento, *Revista Sigma*, Vol. 7 (1996): 79-98. Colombia. <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/rsigma/issue/view/Vol%C3%BAmen%20VII>

Pabón Cadavid, Jhonny Antonio. “Aproximación a la historia del Derecho de Autor: antecedentes normativos”, *Revista La Propiedad Inmaterial* 13 (2009): 59-104 Colombia. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457>

Papacchini, Ángelo. *Los Derechos Humanos a través de la historia*, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Pérez Cruz, Isabel Cristina. “Conformación histórica legal de los derechos culturales”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (2011): s/n: [www.eumed.net/rev/cccss/13/](http://www.eumed.net/rev/cccss/13/)

Rodríguez Diéguez, José Luis. *Currículum, acto didáctico y teoría del texto*. España: Anaya. 1985.

## Anexo

### Derecho de Autor en Universidades y Facultades de Arte de América Latina

<b>ARGENTINA – 6 Univ. – 49 Programas – Derecho de Autor 20</b>			
<b>Universidades con programas de arte con Derecho de Autor: 36</b>	<b>Programas en Artes: 139</b>	<b>Cursos con Derecho de Autor u otras denominaciones semejantes: 62</b>	<b>Comentarios</b>
<b>1. Universidad del Cine</b>	Compaginador cinematográfico	Legislación cinematográfica	
	Dirección de cine y animación multimedial	Legislación cinematográfica	
	Dirección cinematográfica	Legislación cinematográfica	
	Dirección arte cinematográfico	Legislación cinematográfica	
	Dirección fotografía y cámara cinematográfica	Legislación cinematográfica	
	Guion cinematográfico	Legislación cinematográfica	
	Productor cinematográfico	Legislación cinematográfica	
<b>2. Universidad Nacional de Avellaneda</b>	Lic. Artes visuales	sexto cuatrimestre – Legislación	
<b>3. Universidad Nacional de Río Negro</b>	Lic. Arte Dramático		
	Artes Visuales		
	Diseño Artístico y Audiovisual	4 año: práctica profesional y legislación – entiende Propiedad intelectual	
	Diseño artístico		
	Letras		
<b>4. Universidad Nacional José de San Martín</b>	Profesorado en Teatro		
	Lic. Artes		
	Lic. Artes Escénicas		
	Lic. Cine Documental	3er año: Derecho de autor y Legislación audiovisual	
	Lic. Fotografía		
	Lic. Música Argentina		
Profesorado en Letras			

<b>5. Universidad Nacional de la Plata</b>	Licenciatura y Profesorado en Artes audiovisuales-	5 año: Legislación y políticas audiovisuales	
	Licenciatura y Profesorado en - Realización Dirección Fotografía		
	Lic. - Realización	5 año: Legislación y políticas audiovisuales	
	Lic. - Artes Plásticas	5 año: Legislación y política cultural	
	Lic. - Artes Visuales		
	Lic. -Música Composición		
	Lic. - Dirección coral		
	Lic. - Dirección orquestal		
	Lic. - Guitarra		
	Lic.- Piano		
	Profesorado en Artes Audiovisuales		
<b>6. Universidad Nacional de las Artes</b>	Actuación		
	Artes de la Escritura	5 año: Edición y Legislación	
	Composición coreográfica-Comedia musical		
	Danza		
	Danza teatro		
	Expresión corporal		
	Lic. en Folklore-Danza		
	Lic. - Instrumentos		
	Lic. en Folklore		
	Lic. Música-Canto	4 año: Legislación de lo artístico musical	
	Lic. -Composición	4 año: Legislación de lo artístico musical	
	Lic. -Dirección orquestal	4 año: Legislación de lo artístico musical	
	Lic. -Dirección coral	4 año: Legislación de lo artístico	



		musical	
	Lic. –Instrumento	4 año: Legislación de lo artístico musical	
	Lic. –Medios electroacústicos	4 año: Legislación de lo artístico musical	
	Profesorado de Artes en Danza		
	Profesorado de Expresión corporal		
	Profesorado de – Folklore.		
<b>BOLIVIA - 0</b>			
<b>BRASIL – 7 Univ. – 21 Programas – Derecho de Autor 7</b>			
7. Universidad Metodista de Piracicaba	Cine y Audiovisual	4º semestre - Projeto Interdisciplinar: Legislação em Cinema e Audiovisual	
8. Universidad Federal del Espíritu Santo	Artes Plásticas		
	Artes Visuales		
	Cine	Periodo 6: Legislacao e ética no audiovisual	
	Lic. Música		
9. Universidad Federal de Río de Janeiro	Artes Escénicas		
	Danza		
	Escultura		
	Grabado	Derechos Humanos	
	Música		
	Pintura		
	Cine y Audiovisual		
10. Universidad Federal de Paraíba	Artes Visuales		
	Cine y Audiovisual		
	Música	Legislação	

		profissional e dir autoral	
	Teatro		
<b>11.</b> Escuela Superior de Publicidad y Marketing	Cine y Audiovisual	en 4 semestre: Derechos de autor, patrocinios y contratos	
<b>12.</b> Universidad Católica de Minas Gerais	Cine y Audiovisual	Ética y Legislacao	(Estudio de los derechos de creación artística audiovisual. Normas
<b>13.</b> Universidad de San Pablo	Audiovisual	Período V: Legislación y Mercado audiovisual	
	Artes Escénicas		
	Música		
<b>CHILE– 2 Univ. – 16 Programas – Derecho de Autor 4</b>			
<b>14.</b> Universidad Academia Humanismo Cristiano	Cine y artes audiovisuales	1 semestre: Derechos humanos, género y multiculturalidad	
	Interprete musical	1 semestre: Derechos humanos, género y multiculturalidad	
	Danza-interpretación	2 semestre: Derechos humanos, género y multiculturalidad	
	Teatro-actuación	3 semestre: Derechos humanos, género y multiculturalidad	
	Composición musical		
	Cine-Cine documental		
<b>15.</b> Universidad de	Artes visuales		

Arte y Ciencias Sociales - ARCIS	Comunicación audiovisual-guiones	4 año: legislación y derechos de autor	
	Comunicación audiovisual-cine		
	Comunicación audiovisual-televisión		
	Danza y coreografía		
	Música y composición-canción		
	Música - medios		
	Música -Producción musical		
	Música e Interpretación		
	Teatro y comunicación escénica		
<b>COLOMBIA– 6 Univ. – 13 Programas – Derecho de Autor 8</b>			
16. Fundación Universidad de Bellas Artes	Artes Plásticas		
	Música		
	Fotografía	6-Políticas culturales y Propiedad Intelectual	
17. Institución Universitaria Instituto Tecnológico Metropolitano	Artes Visuales	Nivel 3: Propiedad Intelectual	
	Artes de la grabación y producción musical	Nivel VI: Propiedad Intelectual	
	Cine	Nivel X: Aspectos legales de la industria cinematográfica	
18. Fundación Universitaria Juan N. Corpas	Música	Semestre V. Seminario Humanístico: Derechos de Autor	
19. Universidad de Caldas	Artes Plásticas		
	Licenciatura en Música	Electiva: Propiedad Intelectual	
20. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano	Artes Plásticas		
	Cine y Televisión		
	Fotografía	Propiedad intelectual para industrias culturales y creativas	
21. Universidad	Música	Semestre III:	

INCCA de Colombia		Derechos de Autor	
<b>COSTA RICA – 0</b>			
<b>ECUADOR – 3 Univ. – 6 Programas – Derecho de Autor 5</b>			
22. Tecnológico Latinoamericano de Expresiones Artísticas – LEXA	Tecnología en fotografía	5 nivel: Legislación, ética y política del Arte	<b>Carrera Tecnológica</b>
	Actuación & Gestión Cultural	5 nivel: Legislación, ética y política del Arte	<b>Carrera Tecnológica</b>
23. Universidad Casa Grande	Artes Escénicas	4 año ciclo 1: Ethical and legal framework of Copyright and communication	
	Lic. Cine	como Fundamentos Teóricos: Legislación de la industria cinematográfica	
24. Universidad de las Américas	Artes musicales		
	Cine	8 período: ética y legislación audiovisual	
<b>EL SALVADOR - 0</b>			
<b>GUATEMALA– 1 Univ. – 1 Programa – Derecho de Autor 1</b>			
25. Universidad Mesoamericana	Producción audiovisual y artes cinematográficas	8 semestre: Legislación y políticas de la Producción audiovisual	
<b>HONDURAS – 1 Univ. – 1 Programas – Derecho de Autor 1</b>			
26. Universidad Tecnológica Centroamericana	Animación digital y diseño interactivo	7 semestre: Legislación para animación e interactividad	
<b>MÉXICO– 8 Univ. – 25 Programas – Derecho de Autor 11</b>			
27. Centro de Estudios en Ciencias de la Comunicación	Cine	Legislación para Medios Audiovisuales	No se cuenta con el plan detallado del curso.
28. Instituto Mexicano de Investigaciones Cinematográficas y Humanísticas	Lic. en Actuación para Cine, Teatro y T.V.		
	Lic. en Cine	Legislación cinematográfica y televisiva en México.	No se cuenta con el plan detallado del curso.
29. Instituto	Lic Artes Escénicas	sexto cuatrimestre:	

Universitario del Centro de México	y producción audiovisual	Derechos Autor	
30. Universidad Nacional Autónoma de México	Lic. Arte y Diseño	seminario de derechos de autor dentro de “optativas de profundización en innovación en lenguajes y soportes alternativos”	
	Artes Visuales		
	Cinematografía	legislación de la industria cinematográfica	
	Etnomusicología		
	literatura dramática y teatro		
	música instrumentista		
	educación musical		
	música y tecnología artística		
	composición musical		
	Música-canto		
teatro y actuación			
31. UNES	Lic. Animación y arte digital	en 8 ciclo: derecho de patentes y marcas	Se trabaja sobre Propiedad Industrial
32. Universidad Anáhuac del Sur	Lic. Artes Visuales	semestre 4: procesos legislativos para artes visuales	
	Música Contemporánea		
33. Universidad Anáhuac México Norte	Lic. Artes visuales	Semestre 4 Art. Visuales: La Ley y el Arte	
	Lic. Música contemporánea	semestre 5: Propiedad intelectual y legislación para la industria y el entretenimiento	
	Lic. teatro y actuación		
34. Universidad Autónoma de Aguascalientes	Lic. Artes cinematográficas	semestre sétimo: Legislación cinematográfica y derechos de autor	

	Lic. Estudios del arte y gestión cultural	semestre cuarto: marco jurídico del arte y la cultura	
	Lic. Artes escénicas		
	Lic. Música		
	Lic. letras hispánicas		
<b>NICARAGUA – 0</b>			
<b>PANAMÁ – 0</b>			
<b>PARAGUAY– 1 Univ. – 3 Programas – Derecho de Autor 3</b>			
35. Universidad Politécnica y Artística del Paraguay	Lic. En Artes Teatrales	Cuarto curso: Derechos Humanos I	
	Lic. En Danza	Cuarto curso: Derechos Humanos I	
	Lic. Música	Cuarto curso: Derechos Humanos	
<b>PERÚ– 1 Univ. – 4 Programas – Derecho de Autor 1</b>			
36. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas	Artes escénicas		
	Música-composición		
	Música- ejecución		
	Música- Producción musical	ciclo 5: Aspectos Legales De La Industria Musical	
<b>URUGUAY – 0</b>			
<b>VENEZUELA – 0</b>			

*(Tabla elaborada por el autor del texto. Las fuentes son las direcciones web de universidades de América Latina y están en las referencias bibliográficas por el nombre de la universidad correspondiente, indagadas entre 2019 -2021)*

### **Instituciones consultadas para la extracción de datos:**

Centro de Estudios en Ciencias de la Comunicación: <https://cecc.edu.mx/>

Escuela Superior de Publicidad y Marketing: [www.espm.br](http://www.espm.br)

Fundación Universidad de Bellas Artes: <https://bellasartesmed.edu.co/>

Fundación Universitaria Juan N. Corpas: <https://www.juanncorpas.edu.co/>

Institución Universitaria Instituto Tecnológico Metropolitano: <https://www.itm.edu.co/>

Tecnológico Latinoamericano de Expresiones Artísticas – LEXA: <https://www.lexa.edu.ec/carrera-actuacion/>

Instituto Mexicano de Investigaciones Cinematográficas y Humanísticas: <https://imichmexico.com/>

Instituto Universitario del Centro de México: <http://44.238.245.238/ucem/acceso.asp>

Universidad Academia Humanismo Cristiano: <https://www.academia.cl/>

Universidad Anáhuac del Sur: <https://www.anahuac.mx/mexico/>  
Universidad Anáhuac México Norte: <https://www.anahuac.mx/mexico/>  
Universidad Autónoma de Aguascalientes: <https://www.uaa.mx/>  
Universidad Casa Grande: <https://www.casagrande.edu.ec/>  
Universidad Católica de Minas Gerais: <https://www.pucminas.br>  
Universidad de Arte y Ciencias Sociales – ARCIS:  
<https://www.universidadarcis.cl/>  
Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano: <https://www.utadeo.edu.co/es>  
Universidad de Caldas: <https://www.ucaldas.edu.co/portal/>  
Universidad de España: <https://unes.edu.mx/>  
Universidad de San Pablo: <https://www5.usp.br/>  
Universidad del Cine: <https://ucine.edu.ar/>  
Universidad de las Américas: <https://www.udla.edu.ec/>  
Universidad Federal del Espíritu Santo: <https://www.ufes.br/>  
Universidad Federal de Paraíba: [www.ufpb.br](http://www.ufpb.br)  
Universidad Federal de Río de Janeiro: <https://ufrj.br/es/>  
Universidad INCCA de Colombia: <https://www.unincca.edu.co/>  
Universidad Mesoamericana: <https://www.mesoamericana.edu.gt/>  
Universidad Metodista de Piracicaba: <http://unimep.edu.br>  
Universidad Nacional Autónoma de México: <https://www.unam.mx/>  
Universidad Nacional de Avellaneda: <https://undav.edu.ar/index.php>  
Universidad Nacional de Río Negro: <https://www.unrn.edu.ar/home>  
Universidad Nacional de la Plata: <https://unlp.edu.ar/>  
Universidad Nacional de las Artes: <https://www.una.edu.ar/>  
Universidad Nacional José de San Martín: <https://www.unsam.edu.ar/>  
Universidad Tecnológica Centroamericana: <https://www.unitec.edu/>

# CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA



# ***EL FRENTE POLISARIO C. EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, APOYADO POR ESPAÑA, FRANCIA, LA COMISIÓN EUROPEA Y LAS COFRADÍAS PESQUERAS MARROQUÍES. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2021, AS. T-344/19 Y T-356/19 (ECLI: EU: T: 2021: 640)***

JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ PATRÓN\*

## **Introducción**

La Oficina de Prensa e Información del Tribunal General de la Unión Europea (en adelante: TJUE) comunicó que la jurisdicción europea había anulado las Decisiones del Consejo relativas a varios Acuerdos internacionales celebrados entre la Unión Europea y Marruecos. Entre esos tratados, se encuentra el nuevo Acuerdo de pesca sostenible que permite el acceso de la flota pesquera comunitaria (entre la que se encuentra la española), a los caladeros de pesca existentes a las aguas adyacentes al Sáhara Occidental<sup>1</sup>. La noticia tuvo especial eco en los medios de comunicación españoles debido al impacto económico que las Decisiones anuladas implicaba para nuestro país<sup>2</sup>. No obstante, la interposición de recursos de casación contra las sentencias anulatorias por parte

---

\*Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales en el Departamento de Derecho internacional “Adolfo Miaja de la Muela” de la Universitat de València.

<sup>1</sup>Comunicado de Prensa nº 166/21 de 29 de septiembre de 2021.

<sup>2</sup>Los principales periódicos del país dieron cuenta de la noticia en sus ediciones impresas al día siguiente. Así, el Diario El País titulaba en su portada principal: “*El Tribunal de la UE anula los acuerdos con Marruecos por afectar al Sáhara*” y desarrollaba la noticia en su sección internacional bajo la rúbrica: “*La justicia europea anula los pactos de comercio y pesca de la UE con Rabat*” y “*España quiere que el Consejo recurra las sentencias judiciales*”. Diario El País de 30 de septiembre de 2021, Portada y p. 2. Por su parte, el Diario El Mundo dedicaba una página de su sección “Mundo” a la noticia: “*El acuerdo UE-Marruecos, nulo*”, “*La justicia europea tumba el pacto pesquero y agrícola por incluir al Sáhara Occidental*”. Diario El Mundo de 21 de septiembre de 2021, p. 26. El Diario La Razón, en la sección de internacional, anunciaba la noticia con este titular: “*La justicia europea anula los acuerdos con Rabat*”. Diario La Razón, p. 16. Por último, el Diario La Vanguardia rotulaba en su portada: “*La justicia europea tumba los acuerdos de agricultura y pesca con Marruecos. El Tribunal General de la UE da la razón a la reclamación del Frente Polisario*” y en sus páginas interiores: “*No sin los saharauis. El Tribunal de la UE da la razón al Polisario y tumba los acuerdos con Rabat*”. Diario La Vanguardia de 30 de septiembre de 2021, Portada y p.2.

del Consejo de la Unión Europea ha permitido mantener los efectos de las Decisiones anuladas y, con ello la vigencia de los Acuerdos internacionales concernidos. Esta situación se prolongará hasta que el TJUE resuelva los recursos de casación interpuestos<sup>3</sup>.

Con independencia de las consecuencias económicas que se deriven de la posible anulación definitiva de los tratados referidos, en particular para España, la sentencia adoptada por el TJUE en materia pesquera -en cuyo procedimiento nuestro país intervino a fin de defender sus intereses en el sector-, resulta también relevante desde la perspectiva jurídico-internacional. Y esa trascendencia se explica por las consideraciones de esa naturaleza que realiza la jurisdicción europea en relación con el principio de libre determinación de los pueblos y de la relatividad de los tratados, lo que la hacen merecedora del presente comentario jurisprudencial que acabamos de introducir<sup>4</sup>.

## I. Antecedentes del litigio

La Unión Europea y sus Estados miembros comparten la competencia en materia de pesca<sup>5</sup>. Esta Organización regional “definirá y aplicará una política común de (...) pesca”<sup>6</sup>. A tal efecto, “el Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará las medidas relativas (...) a la fijación y el reparto de las posibilidades de pesca”<sup>7</sup>. En cumplimiento de esta disposición convencional, la Comisión negoció, en nombre de la Unión Europea, un nuevo Acuerdo de pesca sostenible con Marruecos, un nuevo Protocolo de aplicación y un Canje de Notas adjunto al Acuerdo de pesca. El nuevo Protocolo tendría una duración de cuatro años a partir de su fecha de aplicación y durante ese periodo de tiempo se procedía a repartir las posibilidades de pesca entre los Estados miembros; entre ellos: España, a la que se reconocía, en función de la categoría de pesca y tipo de

---

<sup>3</sup>Al respecto, ver: Recursos de casación interpuestos el 14 de diciembre de 2021 y 16 de diciembre de 2021 por la Comisión Europea y el Consejo, respectivamente, contra la sentencia del Tribunal General dictada el 29 de septiembre de 2021 en los asuntos acumulados T-344/19 y T-356/19, Frente Polisario/Consejo (Asunto C-778/21 P). También, ver: Recurso de casación interpuesto el 14 y 16 de diciembre de 2021 por la Comisión Europea y el Consejo, respectivamente, contra la sentencia del Tribunal General dictada el 29 de septiembre de 2021 en el asunto T-279/19, Frente Polisario/Consejo (Asunto C-779/21 P).

<sup>4</sup>Acerca de las sentencias referidas del TJUE, pueden consultarse la contribución de SOROETA LICERAS, J., “El Tribunal General pone fin a la sinrazón del Consejo y la Comisión (sentencias de 29 de septiembre de 2021). No habrá más acuerdos para explotar los recursos naturales del Sáhara occidental sin el consentimiento del Frente Polisario”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 56, 2022, pp. 34-80. Asimismo, también puede consultarse el comentario jurisprudencial de GRATSIAS, D., “El Tribunal General de la Unión Europea anula las decisiones del Consejo relativas a los acuerdos entre la UE y Marruecos que incluyen el Sáhara Occidental, TG, Novela Sala ampliada, Sentencia de 29 de septiembre de 2021, Asuntos acumulados T-344/19 y T-356/19: Frente Polisario c. Consejo”, en *La Ley Unión Europea*, nº 96, 2021; o bien, la tribuna de YTURRIAGA BARBERÁN, J.A., “Varapalo del Tribunal de Justicia a la UE y a Marruecos por la pesca en el Sáhara occidental”, en *la Ley Unión Europea*, nº 97, 2021.

<sup>5</sup> Art. 4.2d). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE, C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

<sup>6</sup> Art. 38.1. *Ibid.*

<sup>7</sup> Art. 43.3. *Ibid.*

buque, licencias u cuotas de pesca<sup>8</sup>. El 14 de enero de 2019 se firmaron los instrumentos internacionales correspondientes<sup>9</sup>, los cuales fueron aprobados el 4 de marzo de 2019<sup>10</sup>.

Sin embargo, el 10 y 12 de junio de 2019, el Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Rio de Oro (en adelante: Frente Polisario) presentó dos recursos ante Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante: TJUE) en los que solicitó que “admitiese” sendas demandas y “anulase” el nuevo Acuerdo de pesca sostenible con Marruecos, el nuevo Protocolo de aplicación y el Canje de Notas adjunto al Acuerdo de Pesca, así como el reparto reglamentario de las posibilidades de pesca entre los Estados miembros<sup>11</sup>. Y ello en base a una serie de motivos; en particular, once, que pueden sintetizarse en la siguiente denuncia principal: la Unión Europea y Marruecos no pueden negociar acuerdos internacionales aplicables al territorio y la población del Sáhara Occidental sin contar con su consentimiento negando su derecho a la libre determinación y desconociendo el correlativo a la explotación de sus recursos naturales<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Reglamento (UE) 2019/440 del Consejo, de 29 de noviembre de 2018, relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos y de su Protocolo de aplicación. DO L 77 de 20 de marzo de 2019, p.1.

<sup>9</sup> Decisión (UE) 2018/2068 del Consejo, de 29 de noviembre de 2018, relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos, de su Protocolo de aplicación y del Canje de Notas adjunto al Acuerdo. DO L 331 de 28 de diciembre de 2018, p. 1.

<sup>10</sup> Decisión (UE) 2019/441 del Consejo de 4 de marzo de 2019, relativa a la celebración del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos, de su Protocolo de aplicación y del Canje de Notas adjunto al Acuerdo. DO L 77 de 20 de marzo de 2019, p. 4.

<sup>11</sup> Recursos interpuestos por el Frente Polisario/Consejo el 10 de junio de 2019, as. T-344/19 y el 12 de junio de 2019, as. T-356/19.

<sup>12</sup> El Frente Polisario presentó, con antelación, el 27 de abril de 2019, un recurso contra la Decisión (UE) 2019/217 del Consejo, de 28 de enero de 2019 en relación con la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre la modificación de los Protocolo nº 1º y nº 4 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, por un parte, y el Reino de Marruecos, por otra (D.O. L34 de 6 de febrero de 2019, p. 1). El recurso presentado se basaba en diez motivos, prácticamente idénticos a los presentados en sus recursos posteriores de 10 y 12 de junio de 2019. Los motivos, uno a sexto, resultan coincidentes. Sin embargo, el séptimo difiere. En la demanda inicial, el séptimo se refiere a la violación del derecho a la autodeterminación, mientras que en las demandas de 10 y 12 de junio de 2019 alega la contradicción con lo Política Pesquera Común de la Unión Europea al prever que “los buques de la Unión Europea tendrán acceso a los recursos pesqueros del pueblo saharauí, sin el consentimiento de este, a cambio de una contrapartida económica abonada a las autoridades marroquíes, mientras que las aguas del Sáhara Occidental no son “aguas” marroquíes a los efectos de los artículos 61 y 62 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. El motivo octavo de estas últimas demandas incorpora el séptimo de la demanda de 27 de abril de 2019 referente, como hemos avanzado, a la violación del derecho a la autodeterminación. Y siguiendo el mismo *iter* motivacional el octavo se refiere al principio de efecto relativa de los tratados que pasara a ser el noveno de las demandas de 10 y 12 de junio de 2019. La vulneración del Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional penal, así como el incumplimiento del Derecho de la responsabilidad internacional, constituye el noveno y décimo, así como el décimo y undécimo, respectivamente. Recurso presentado por el Frente Polisario/Consejo de 27 de abril de 2019, as. T-279/19. El TJUE se pronunció sobre las razones invocadas en esa primera demanda de 27 de abril de 2019 el 29 de septiembre de 2021. TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19 (ECLI: EU: T:2021: 639). Aunque el presente comentario jurisprudencial esta circunscrito a la sentencia adoptada acerca de las demandas presentadas por el Frente Polisario el 10 y 12 de junio de 2019, dado que los motivos sobre los que se pronuncia son similares en la práctica, haremos mención a los razonamientos jurídicos empleados por la sentencia mencionada de 29 de

El Estado español y francés solicitaron intervenir en el procedimiento, al igual que la Comisión, en apoyo del Consejo de la Unión Europea. A ese apoyo estatal e institucional, también se sumó el de las cofradías de pesca marítimas marroquíes<sup>13</sup>.

Frente a la pretensión del Frente Polisario de que se anulase los actos normativos de la UE controvertidos, el resto de los intervinientes en el procedimiento solicitaron, en cambio, que los recursos presentados por la entidad saharauí fuesen rechazados por el TJUE y que, además, se le procediese a condenar en costas; extremo, este último, que sólo avalaron el Consejo, la Comisión y las cofradías de pescadores marroquíes<sup>14</sup>.

## II. La admisibilidad del litigio

### 2.1. La personalidad jurídica del Frente Polisario

El Frente Polisario sostuvo que “es un movimiento de liberación nacional, que extrae directamente sus derechos y sus obligaciones del Derecho internacional, como consecuencia del estatuto separado y distinto del Sáhara Occidental y del derecho a la autodeterminación del pueblo saharauí”<sup>15</sup>. Su estatuto jurídico “queda corroborado, en particular, por su capacidad para celebrar acuerdos y por su reconocimiento como único representante de dicho pueblo por parte de la Asamblea General de la ONU”<sup>16</sup>. Además, en su condición de “sujeto de Derecho internacional, considera que cumple con mayor motivo los criterios establecidos en la jurisprudencia para comprobar que una entidad carente de personalidad jurídica puede ser considerada una persona jurídica”<sup>17</sup>. Sin embargo, el Consejo<sup>18</sup>, la Comisión, Francia y las cofradías de pescadores marroquíes cuestionaron que el Frente Polisario tuviese la consideración de persona jurídica y, como tal, contase con la legitimidad necesaria para impugnar la normativa comunitaria.

Según su jurisprudencia, el TJUE consideró que la determinación de la personalidad jurídica depende de que así se la reconozca los derechos internos en los que ha sido constituida. Sin embargo, el hecho de que los criterios para su determinación varíen de un ordenamiento jurídico interno a otro, impiden que exista una noción unívoca de persona jurídica a los efectos de su legitimación

---

septiembre de 2021 en la medida en la que ayude a clarificar o profundizar en la posición final del TJUE en la sentencia que, sin embargo, es objeto principal del presente comentario jurisprudencial; a saber: Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19 (ECLI: EU: T:2021: 640)

<sup>13</sup> *Ibid.*, pars. 77 y 78.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pars. 94-99.

<sup>15</sup> *Ibid.*, par. 134.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*, par. 132.

ante el TJUE<sup>19</sup>. Así ha sucedido con entidades que, pese a carecer formalmente de la consideración de persona jurídica, han sido reconocidas como tales a partir de su representatividad<sup>20</sup>, responsabilidad<sup>21</sup>, capacidad<sup>22</sup>, u oportunidad<sup>23</sup>, en la práctica. Además, esa determinación puede venir dada por el ordenamiento jurídico internacional tal y como ocurre con los Estados terceros que tienen la consideración de personas jurídicas para el Derecho de la Unión Europea<sup>24</sup>. Dicho lo anterior, ¿el Frente Polisario puede ser considerado una persona jurídica a los efectos de la impugnación del Derecho de la Unión Europea ante el TJUE? Para responder a esta cuestión, la principal institución judicial examinó “si el papel y la representatividad del demandante permiten conferirle capacidad procesal ante el juez de la Unión”<sup>25</sup>. Y, tras razonar la misma<sup>26</sup>, llegó a la conclusión de que, en el presente caso, “el demandante pretende defender el derecho a la autodeterminación del pueblo del Sáhara Occidental, alegando, en esencia, que la Decisión impugnada no respeta tal derecho”. Por consiguiente, “es preciso considerar que, en esta situación específica, las exigencias de la tutela judicial efectiva requieren, en cualquier caso, reconocer al demandante capacidad para interponer un recurso ante el Tribunal (...) al objeto de defender ese derecho”<sup>27</sup>.

No obstante, pese a todos los argumentos esgrimidos en su resolución - entre los que merece destacarse el reconocimiento del Frente Polisario como “representante del pueblo del Sáhara occidental”<sup>28</sup>-, el TJUE acabó sustentando

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 136. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 83.

<sup>20</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 137. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 84.

<sup>21</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 138. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 85.

<sup>22</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 138. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 85.

<sup>23</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 139. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 86.

<sup>24</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 140. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 87.

<sup>25</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 142. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 90.

<sup>26</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, pars. 143-151. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 92-99.

<sup>27</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 152. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 100.

<sup>28</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 143. También, ver: A/RES/34/37 de 21 de noviembre de 1971, apartado 7º y A/RES/35/19 de 11 de noviembre de 1980, apartado 10º.

el reconocimiento de su personalidad jurídica en un motivo residual<sup>29</sup>; esto es, en el argumento de oportunidad en virtud del cual “se recono(ce) capacidad procesal ante el juez de la Unión a una entidad (...) si así lo requieren las exigencias de tutela judicial efectiva”<sup>30</sup>. Con posterioridad, el TJUE procedió a desestimar todas las alegaciones presentadas por el Consejo, Francia, la Comisión y las cofradías de pescadores marítimos marroquíes -España no se sumó a las mismas<sup>31</sup>- contra del reconocimiento de la personalidad jurídica del Frente Polisario<sup>32</sup>.

## 2.2. La afectación jurídica del Frente Polisario

España, al contrario, sí secundó las alegaciones del Consejo en las que señaló que el Frente Polisario, como demandante, no es destinatario de la decisión impugnada, tampoco está concernido por ella ni “directamente” ni “individualmente”<sup>33</sup>. El TJUE advirtió que el demandante no era destinatario de la decisión recurrido por lo que sólo cabía verificar si efectivamente le afectaba de manera directa e individual<sup>34</sup>.

### 2.2.1. La afectación directa

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la jurisprudencia sostiene que la afectación directa requiere, a su vez, la concurrencia de dos criterios; a saber: que la medida contestada produzca efectos directos en la situación jurídica del

<sup>29</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 153. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 101.

<sup>30</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 139. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 86.

<sup>31</sup> Aunque España no ha reconocido formalmente al Frente Polisario, ha mantenido contactos con su Delegación en nuestro país. Precisamente, como consecuencia del giro político dado por el Gobierno español en relación con la problemática saharauí y su libre determinación, ha llevado al Frente Polisario a anunciar la suspensión de contactos con nuestro Gobierno. Para más información, puede consultarse su página web: <https://frentepolisario.es/> (consultada el 19 de abril de 2022). Al respecto, varios Grupos Parlamentarios presentaron una Proposición no de Ley en relación con el cambio de posición del Gobierno español en relación con el conflicto del Sáhara Occidental. La Proposición no de Ley fue redactada en los siguientes términos: «El Congreso de los Diputados ratifica su apoyo a las resoluciones de la ONU y a la Misión de Naciones Unidas para el Referéndum en el Sáhara Occidental (MINURSO), en el convencimiento de que solo el diálogo, la negociación y el acuerdo llevado a cabo de buena fe y de manera constructiva, conforme al Derecho Internacional, ayudarán a alcanzar una solución política justa, realista, viable, duradera y aceptable por ambas partes al conflicto político en el Sáhara Occidental”. Esta Proposición no de Ley fue aprobada por 168 votos a favor, 118 en contra y 61 abstenciones. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación Permanente), nº 178 de 7 de abril de 2022, p. 45. También, ver: BOCG. Congreso de los Diputados, Serie D, nº 439 de 13 de abril de 2022, p. 21.

<sup>32</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 154.

<sup>33</sup> *Ibid.*, par. 171.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 174.

demandante y que éste último no hayan podido disponer de margen de apreciación en su aplicación<sup>35</sup>.

Por lo que respecta al primero de esos criterios y frente a lo defendido por el Consejo, la Comisión, España, Francia y las cofradías de pescadores marítimas de Marruecos, el TJUE señaló que la decisión de celebrar un acuerdo internacional y el despliegue de sus consiguientes efectos puede afectar a la situación jurídica del demandante<sup>36</sup>. Su ámbito de aplicación territorial incluye el territorio del Sáhara Occidental y las aguas adyacentes por lo que “dicho Acuerdo puede afectar al pueblo de este territorio y por tanto requerir su consentimiento”<sup>37</sup>. Este requerimiento no se encuentra obstaculizado por el hecho de que España continúe siendo aún Potencia administradora del mismo<sup>38</sup>. Por consiguiente, el TJUE acabó admitiendo que “en la medida en que la celebración del Acuerdo controvertido afecta al pueblo del Sáhara Occidental y debe obtener su consentimiento, la Decisión impugnada produce efectos directos en la situación jurídica del demandante en cuanto representante de dicho pueblo”<sup>39</sup>, por lo que el primero de los criterios exigidos debe considerarse satisfecho<sup>40</sup>.

En relación con el segundo criterio necesario, el Consejo consideró que el Acuerdo objeto del litigio requería medidas de aplicación, lo que negó el propio demandante al considerar que éste se aplicaba “automáticamente”. En opinión del TJUE, “en el presente asunto, en la medida en que el Acuerdo controvertido se celebró precisamente con el objetivo de permitir a los buques de la Unión

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, par. 179. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 144.

<sup>36</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 196.

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 235. También, par. 123.

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 243. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, par. 208 y 209. No obstante, el TJUE parece aceptar que España dejó de ser Potencia administradora del territorio saharauí. Aunque admite que “el proceso de autodeterminación de dicho territorio no autónomo aún sigue su curso”, señala igualmente que España “renunció, a partir del 26 de febrero de 1976, a ejercer cualquier responsabilidad de carácter internacional con la administración de dicho territorio, renuncia de la que tomaron nota los órganos de la ONU”. Como consecuencia de ello, “las partes en dicho proceso, (...) son, por un lado, el Reino de Marruecos, que reivindica el ejercicio de derechos soberanos en este territorio y, por otro lado, el demandante, como representante del pueblo de dicho territorio”. TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, par. 238. De lo anterior, parece colegirse que, en opinión del TJUE, España no es Potencia administradora del Sáhara Occidental. Sin embargo, paradójicamente, el Pleno de la Audiencia Nacional española mostró, en su asunto, su “conformidad con el criterio del Ministerio Fiscal respecto de España *de iure*, aunque no *de facto*, sigue siendo la Potencia Administradora del territorio, y como tal, hasta que finalice el periodo de la descolonización, tiene las obligaciones recogidas en los artículos 73 y 74 de la Carta de Naciones Unidas, entre ellas dar protección, incluso jurisdiccional, a sus ciudadanos contra todo abuso, para lo cual debe extender su jurisdicción territorial para hechos como los que se refieren en la querrela a que se contrae el presente procedimiento”. AAN 256/2014 de 4 de julio de 2014. F.J.º1 (ECLI: ES: AN: 2014: 256A)

<sup>39</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, pars. 250 y 256. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 215.

<sup>40</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 253.

retomar sus actividades pesqueras en las aguas adyacentes al Sáhara Occidental y a las poblaciones de dicho territorio beneficiarse de la contrapartida financiera correspondiente, es obligado constatar que la voluntad de las autoridades de la Unión y de las del Reino de Marruecos de no aplicar los compromisos que se derivan de él es meramente teórica<sup>41</sup>, por lo que “procede concluir que el demandante se ve directamente afectado por la Decisión”<sup>42</sup>.

### 2.2.2. La afectación individual

El demandante arguyó que no había podido consentir al Acuerdo internacional litigioso, en representación del pueblo saharauí, por lo que estaba afectado individualmente por la aplicación del mismo<sup>43</sup>. Esto lo negaban el Consejo, la Comisión, Francia, España y las confradías de pescadores marítimos marroquíes ya que, éstos últimos entendían que el susodicho tratado internacional, de carácter económico, no afectaba a la condición del Frente Polisario como representante del pueblo saharauí y su estatus político<sup>44</sup>. Sin embargo, el TJUE consideró que el Frente Polisario, “en su condición de representante del pueblo del territorio no autónomo”, tiene competencias “propias y distintas” de las que ostentan las partes en el Acuerdo controvertido y que la decisión impugnada impide que el demandante pueda ejercer dichas competencias “como considere oportuno”, lo que individualiza al Frente Polisario con respecto al resto de las partes en el Acuerdo susodicho<sup>45</sup>. Por tanto, “procede considerar que el demandante se ve afectado por la Decisión impugnada en razón de determinadas cualidades que le son propias y que lo individualizan”, como si fuera un destinatario aparte<sup>46</sup>.

En base a todo lo dicho y como conclusión, “el demandante no solo se ve directamente afectado por la Decisión impugnada, sino también individualmente”<sup>47</sup>.

## III. La resolución del litigio

### 3.1. Los motivos invocados por el Frente Polisario

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, par. 258.

<sup>42</sup> *Ibid.*, par. 259. Sin embargo, el TJUE consideró que el Reglamento (UE) 2019/440 del Consejo, de 29 de noviembre de 2018, relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos y de su Protocolo de aplicación, no le afectaba directamente por lo que esa parte del recurso no era admisible. *Ibid.* Par. 394.

<sup>43</sup> *Ibid.*, par. 262.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pars. 260 y 261.

<sup>45</sup> *Ibid.*, par. 264. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 229.

<sup>46</sup> *Ibid.*, par. 265. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 230 y 231.

<sup>47</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 268. En relación con el Frente Polisario y su legitimación ante el TJUE en el sentido de ser persona jurídica y destinatario de normas comunitarias, merece consultarse la también Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 10 de diciembre de 2015, as. T-512/12, pars. 34-114 (ECLI: EU: T: 2015: 953).



Admitida la viabilidad del Frente Polisario para presentar el recurso a resolver, el TJUE resumió, en un solo párrafo, los once motivos invocados por el demandante. Dado su carácter comprensivo y sucinto, los reproducimos a continuación en su literalidad. Así, “(e)l primer motivo se basa en la incompetencia del Consejo para adoptar la Decisión impugnada; el segundo, en el incumplimiento de su obligación de cerciorarse del respeto de los derechos fundamentales y del Derecho humanitario internacional; el tercero, en el incumplimiento de la obligación de ejecutar las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia; el cuarto, en la vulneración de los derechos fundamentales, como principios y valores que deben orientar la acción exterior de la Unión; el quinto, en la violación del principio de protección de la confianza legítima; el sexto, en la aplicación errónea del principio de proporcionalidad; el séptimo, en el incumplimiento de la política pesquera; el octavo, en la vulneración del derecho a la autodeterminación; el noveno, en la violación del principio del efecto relativo de los Tratados; el décimo, en la vulneración del Derecho humanitario internacional y, el undécimo, en el incumplimiento de las obligaciones de la Unión en virtud del Derecho de la responsabilidad internacional”<sup>48</sup>.

### 3.2. Los motivos atendidos por el Tribunal de Justicia

El TJUE examinó el primer motivo alegado por el demandante, quien consideró que el Consejo de la Unión Europea no tenía competencia para celebrar un tratado internacional que afectase al Sáhara Occidental; alegación que, en principio, fue rechazada por el Tribunal europeo<sup>49</sup>. A su parecer, la Unión Europea y Marruecos pueden celebrar un acuerdo internacional que resulte aplicable al espacio terrestre y las aguas adyacentes del Sáhara Occidental<sup>50</sup>. Ahora bien, “los derechos relativos a la explotación de los recursos pesqueros (...) pueden ejercerse en beneficio de los pueblos de los territorios no autónomos que poseen litoral, como ocurre con el Sáhara Occidental<sup>51</sup>. Sin embargo, si así sucediese, continúa señalando el TJUE, “ese pueblo, con arreglo al principio de autodeterminación y al principio de efecto relativo de los tratados, debe manifestar su consentimiento a que esos derechos sean ejercidos por aquellos”<sup>52</sup>. Sin embargo, el TJUE constató que el Acuerdo en cuestión “no confiere ningún derecho al pueblo del Sáhara Occidental, en su condición de tercero en él”<sup>53</sup>. En efecto, los derechos de pesca se conceden en beneficio de la Unión Europea y de sus Estados miembros<sup>54</sup>, y la gestión de las actividades pesqueras en esas aguas

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, par. 269.

<sup>49</sup> *Ibid.*, par. 273.

<sup>50</sup> *Ibid.*, par. 300. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 305.

<sup>51</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 309.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*, par. 312.

<sup>54</sup> *Ibid.*, par. 313.

“la ejercen las autoridades marroquíes”, quien son, además, las destinatarias de la “contrapartida financiera”<sup>55</sup>. Y es que Marruecos no pretende reconocer ningún derecho al pueblo saharauí, máxime cuando -y así lo señala el TJUE- el propio Canje de Notas anexo a los instrumentos jurídicos contestados, concibe “la región del Sáhara” como parte de su territorio<sup>56</sup>.

A la vista de lo anterior, ¿los principios de autodeterminación y efecto relativo de los tratados quedan incólumes? El TJUE advirtió, sin embargo, que el Acuerdo cuestionado “atribu(ye) a una de las partes una competencia sobre el territorio de un tercero que este no puede (...) ejercer por sí mismo o, (...) delegar su ejercicio, (por lo que) el Acuerdo controvertido impone al tercero (...) una obligación, con independencia de la circunstancia (...) de que dicho tercero no esté, (...) en condiciones de ejercerla por sí mismo o por medio de su representante”<sup>57</sup>. Y es la imposición de esa obligación al tercero en cuestión, la que exige su “consentimiento”<sup>58</sup>. Por consiguiente, a juicio del TJUE, el Acuerdo puede ser impugnado por las obligaciones que impone a un tercero, teniendo en cuenta que ya tuvo ocasión de señalar que este tercero puede ser un “Estado”, pero también un “pueblo”<sup>59</sup>. Dicho esto, ¿cómo debe ser este consentimiento?

Para el TJUE, la prestación del consentimiento por el pueblo saharauí debe ser “explícito”<sup>60</sup>. Y, además, “libre” en aplicación del principio “universalmente reconocido que desempeña una función fundamental en el Derecho de los tratados”<sup>61</sup>. Según el Tribunal de Justicia este principio, conlleva una serie de efectos; en primer lugar, “la expresión del consentimiento de una parte o de un tercero condiciona la validez del acto para el que se requiere; en segundo lugar, que la validez del propio consentimiento depende de su carácter libre y auténtico, y, en tercer lugar, que ese acto sea oponible a la parte o al tercero que haya dado válidamente su consentimiento al respecto”<sup>62</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, el pueblo del Sáhara Occidental, en su condición de tercero en el Acuerdo controvertido, debe “cumplir los mismos

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, par. 314.

<sup>56</sup> *Ibid.*, par. 315.

<sup>57</sup> *Ibid.*, par. 318.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> El TJUE dispuso que: “debe considerarse que el pueblo del Sáhara Occidental es un tercero, en el sentido del principio de efecto relativo de los tratados”. TJUE. Sentencia “*Consejo c. Frente Polisario*” de 21 de diciembre de 2016, as. 104/16 P, par. 106 (ECLI: EU: C: 2016: 973)

<sup>60</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 318. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 322-323.

<sup>61</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 319. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 324 y 325.

<sup>62</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 319. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 324 y 325.

requisitos y surtir los mismos efectos jurídicos”<sup>63</sup>. Por tanto, el TJUE debe verificar si las actuaciones del Consejo (y también de la Comisión) se conformaron a esas exigencias. Sin embargo, la jurisdicción europea lo único que pudo constatar es la realización de unas consultas previas a la celebración del Acuerdo en cuestión. Según el Consejo, estas consultas fueron las únicas que pudieron organizarse teniendo en cuenta la situación particular del Sáhara Occidental<sup>64</sup>, y la conveniencia de sortear un conflicto con Marruecos<sup>65</sup>. Esta posición fue refrendada por la Comisión, Francia, España y las cofradías de pescadores marítimas de Marruecos<sup>66</sup>. Sin embargo, estas explicaciones no convencieron al TJUE<sup>67</sup>.

A juicio de la jurisdicción europea, las justificaciones avanzadas “no excluyen la posibilidad del pueblo del Sáhara Occidental manifieste su consentimiento al Acuerdo, en su condición de tercero en él”<sup>68</sup>. Dicho esto, ¿quién podría haber llevado a efecto la prestación del consentimiento? Como muy bien indica el TJUE, la prestación del consentimiento por parte de “los representantes electos regionales” o “representantes de la sociedad civil”, entre otros, no puede considerarse a estos efectos “sin que tales entidades u organismos se consideren a si mismos, o deban considerarse, órganos representativos del pueblo del Sáhara Occidental facultados para manifestar el consentimiento de este pueblo”<sup>69</sup>. Además, el TJUE pudo comprobar, a través de lo manifestado por el Consejo, que esas entidades u organismos son próximos a las autoridades marroquíes, por lo que no pueden ser considerados “órganos representativos” del pueblo saharauí, sino, más bien “partes interesadas” próximas a Marruecos<sup>70</sup>. De ello, el TJUE dedujo que se soslayó “el consentimiento del pueblo del Sahara

---

<sup>63</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 320. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 326.

<sup>64</sup> TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 333.

<sup>65</sup> *Ibid.*, par. 338.

<sup>66</sup> *Ibid.*, par. 305.

<sup>67</sup> *Ibid.*, par. 339. En particular, el TJUE rechazó la serie de razones esgrimidas por el Consejo y quien apoyaron sus explicaciones para justificar el consentimiento soslayado al pueblo saharauí; en concreto: el consentimiento no puede exigirse de la misma manera a un Estado que un territorio no autónomo (par. 340); la población saharauí aceptó implícitamente al beneficiarse de la contrapartida financiera (par. 341); la dificultad de identificar a los miembros del pueblo saharauí (par. 342); la conveniencia de no interferir en un conflicto sobre la legitimidad sobre un territorio no autónomo (par. 343); el carácter no autónomo del territorio no posee la capacidad necesaria para prestar su consentimiento (par. 344); Marruecos como “Potencia administradora *de facto*” no parece dispuesta a que el pueblo manifieste su consentimiento (345) y el Frente Polisario no es el único representante del pueblo saharauí por lo que no tiene que contarse necesariamente con su consentimiento lo que le otorgaría una especie de “derecho de veto” (346).

<sup>68</sup> *Ibid.*, par. 347.

<sup>69</sup> *Ibid.*, par. 354. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 373-379.

<sup>70</sup> *Ibid.*, par. 360. También, TJUE. Sentencia “*Frente Polisario c. Consejo*” de 29 de septiembre de 2021, as. T-279/19, *ibid.*, par. 384.

Occidental al Acuerdo controvertido, con arreglo al principio de efecto relativo de los tratados”<sup>71</sup>.

Por todo lo anterior y, como colofón, el TJUE concluyó que procedía “anular la Decisión (que conllevaba el Acuerdo) impugnada”, al tiempo que no era necesario examinar “los demás motivos del recurso” presentado por el Frente Polisario<sup>72</sup>.

## Conclusión

A diferencia de pronunciamientos anteriores<sup>73</sup>, en los que el TJUE realizó mayores precisiones acerca del principio de autodeterminación de los pueblos y su aplicación al Sahara Occidental, en el presente, se manifestó, en mayor medida, sobre la virtualidad del principio de efecto relativo de los tratados. A partir de este principio jurídico, el Tribunal europeo consideró que el pueblo saharauí es un “tercero” al Acuerdo pesquero celebrado entre la Unión Europea y Marruecos. No contemplarlo como tal en el tratado internacional en cuestión, acaba por imponer a ese pueblo una “obligación” (y no un “derecho”). Y, como tal, requiere del consentimiento del Sahara Occidental, tal y como sería exigible a cualquier “parte” de un Acuerdo como el controvertido.

Precisamente, el hecho de que las instituciones europeas (el Consejo, más concretamente) no pudiera demostrar la obtención del consentimiento requerido, ha llevado a considerar que la normativa sobre la que se sustenta el Acuerdo impugnado es nula. No obstante, la declaración de esta nulidad y las “graves consecuencias” que lleva consigo, han llevado a suspenderla hasta que el propio TJUE resuelva el recurso de casación presentado contra su sentencia<sup>74</sup>. No cabe duda alguna que el Frente Polisario cuenta con la legitimación necesaria para denunciar el Acuerdo pesquero. Así lo reconoce el Tribunal europeo al considerar, como en asuntos anteriores, que es destinatario del instrumento jurídico litigioso y, tampoco niega su representatividad internacional respecto del Sáhara Occidental. Sin embargo, elude afirmar que el tratado internacional anulado hubiera quedado validado si hubiese sido aceptado por el Frente Polisario.

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, par. 361.

<sup>72</sup> *Ibid.*, par. 365.

<sup>73</sup> TJUE. Sentencia Consejo c. Frente Polisario de 21 de diciembre de 2016, as. C-104/16 P, pars. 88 y ss. (ECLI: EU: C: 2016: 973).

<sup>74</sup> TJUE. Sentencia “Frente Polisario c. Consejo” de 29 de septiembre de 2021, as. T-344/19 y T-356/19, *ibid.*, par. 368.

# ***ESTÁNDARES INTERAMERICANOS E INDULTO POR “RAZONES HUMANITARIAS” EN CASOS DE VIOLACIONES GRAVES A DERECHOS HUMANOS. RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 7 DE ABRIL DE 2022 EN EL CASO BARRIOS ALTOS Y CASO LA CANTUTA VS. PERÚ***

HAROLD BERTOT TRIANA\*

## **Antecedentes**

La sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante “Corte IDH”) en el *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, fue un paso trascendental en contra de la *impunidad* en el continente americano. Considerada *leading case* sobre leyes de auto-amnistía y violaciones graves de los derechos humanos, su impacto alcanzó a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como dan cuenta casos como *Lexa v. Slovakia* de 2008<sup>1</sup>, *Margus v. Croacia* de 2014<sup>2</sup>, *Mocanu and Others v. Romania* de 2014<sup>3</sup>, *Baka v. Hungary* de 2016<sup>4</sup>, entre otros.

En la zona de Barrios Altos en Lima, Perú, el 3 de noviembre de 1991 hombres armados provocaron una masacre contra “presuntos integrantes de Sendero Luminoso”, con el saldo de 15 muertos y varios heridos. Los responsables fueron un “escuadrón de eliminación” conocido como “Grupo Colina”, perteneciente a la inteligencia militar y el Ejército peruano, aunque con “su propio programa antisubversivo”.<sup>5</sup> La entrada en vigor de una ley de amnistía el 15 de junio de 1995 en Perú (Ley N° 26479) permitió amnistiar a personas vinculadas con violaciones derechos humanos (integrantes de fuerzas de seguridad y civiles), que se encontraban denunciadas, investigadas, condenadas o extinguiendo sanción en prisión. Entre estas se encontraron personas vinculadas

---

\*Ha sido Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana (Cuba).

<sup>1</sup>*Case of Lexa V. Slovakia*, Fourth Section, (Application No. 54334/00) Judgment Strasbourg, 23 September 2008, párr.97.

<sup>2</sup>*Case of Marguš v. Croatia*, Grand Chamber, (Application No. 4455/10), Judgment, Strasbourg, 27 May 2014, párrs. 60, 62, 111, 138.

<sup>3</sup>*Case of Mocanu and Others v. Romania*, Grand Chamber, (Applications Nos. 10865/09, 45886/07 and 32431/08) Judgment Strasbourg 17 September 2014, párr.7

<sup>4</sup>*Case of Baka v. Hungary*, Grand Chamber, (Application No. 20261/12) Judgment Strasbourg 23 June 2016, párr.23.

<sup>5</sup>*Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr.2

con la masacre de Barrios Altos. Una ley posterior (Ley N° 26492) declaró no “revisable” las amnistías en sede judicial y extendió el alcance de la ley anterior hacia militares, policías o civiles en el período 1980-1995, que estaban en procesos o sin constar denuncia.<sup>6</sup>

En el conocido párrafo 41 de la sentencia de fondo que declaró la responsabilidad internacional de Perú por la violación del derecho a la vida, la integridad personal, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial y los artículos 1.1 y 2 de la Convención, se expresó:

“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”<sup>7</sup>

La Corte IDH declaró a las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 “incompatibles” con el marco convencional y sin “efectos jurídicos”.<sup>8</sup> La sentencia de interpretación consideró con “efectos generales” la resolución sobre el fondo del asunto sobre las mencionadas leyes.<sup>9</sup> En igual sentido, se declaró el deber del Estado peruano de “investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.”<sup>10</sup>

Esta línea jurisprudencia fue mantenida en el *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, con sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 26 de septiembre de 2006<sup>11</sup> y posteriormente en el *Caso La Cantuta Vs. Perú* con sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de noviembre de 2006<sup>12</sup>, que declaró la responsabilidad internacional de Perú por la violación de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial y la *obligación de*

---

<sup>6</sup>*Ibid.*

<sup>7</sup>Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr.41.

<sup>8</sup>*Ibid.*, Decisión 4.

<sup>9</sup>Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, decisión, párr.2

<sup>10</sup>Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, Decisión 5.

<sup>11</sup>Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr.114. “(...) la Corte estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía.”

<sup>12</sup>Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

*adoptar disposiciones de derecho interno a fin de adecuar la normativa interna a las disposiciones convencionales.* Este caso involucró igualmente al “Grupo Colina” en hechos de detención arbitraria, ejecución y desaparición forzada de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación “Enrique Guzmán y Valle”, ubicada en La Cantuta, Lima, el 18 de julio de 1992. Entre las medidas ordenadas por la Corte IDH, se encontraba:

“realizar inmediatamente las debidas diligencias para completar eficazmente y llevar a término, en un plazo razonable, las investigaciones abiertas y los procesos penales incoados en la jurisdicción penal común, así como activar, en su caso, los que sean necesarios, para determinar las correspondientes responsabilidades penales de todos los autores de los hechos cometidos (...)”<sup>13</sup>

En la Resolución de la Corte IDH de 20 de noviembre de 2009 en la etapa de supervisión de sentencia en el *Caso La Cantuta Vs. Perú*, respecto a esta “obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de las violaciones cometidas”, se informó del “proceso judicial N° 19-2001-AV, con posterioridad a la extradición concedida el 21 de septiembre de 2007 por la Corte Suprema de Justicia de Chile, el 7 de abril de 2009”, por el cual “se condenó al ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori a la pena de 25 años de prisión, «en su condición de autor mediato de[l delito] de homicidio calificado bajo la circunstancia agravante de alevosía en agravio de las víctimas [del presente caso]»”<sup>14</sup>. Se reconoció, no obstante, que “la sentencia en el proceso judicial 19-2001-AV seguido contra Alberto Fujimori Fujimori aún continúa objeto de un recurso de nulidad”<sup>15</sup>. Por esta razón, la Corte IDH expresó que:

“valora ampliamente los esfuerzos realizados en el avance de la investigación de los hechos. Así, se ha determinado la responsabilidad penal de varios responsables de las violaciones cometidas, entre ellos, ex altos funcionarios del Estado, aunque algunos procesos todavía no cuentan con sentencia firme.”<sup>16</sup>

Por su parte la Resolución de la Corte IDH en el *Caso Barrios Altos Vs. Perú* de 7 de septiembre de 2012 en la etapa de supervisión de sentencia, reconocía que “(e)l 30 de diciembre de 2009, al resolver el recurso de nulidad interpuesto contra dicha Sentencia, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú confirmó que «los mencionados delitos de homicidio calificado y lesiones graves constituyen crímenes contra la [h]umanidad según el Derecho Internacional Penal», así como la condena impuesta.”<sup>17</sup> Esto motivó que la Corte IDH destacara que:

---

<sup>13</sup>*Ibid.*, Disposición 9.

<sup>14</sup>*Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2009, párr.7.

<sup>15</sup>*Ibid.*, párr.8

<sup>16</sup>*Ibid.*, párr.10.

<sup>17</sup>*Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012, párr.14.

“El Estado ha avanzado en el cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia de fondo emitida en el presente caso, principalmente a través de la investigación, juzgamiento y posterior condena del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori (...), lo cual es valorado positivamente por el Tribunal, tal como también lo hizo en el marco de la supervisión del caso *La Cantuta Vs. Perú*”.<sup>18</sup>

La concesión de un “indulto por razones humanitarias” al expresidente Alberto Fujimori por el presidente Pedro Pablo Kuczynski el 26 de diciembre de 2017, por medio de la Resolución Suprema No. 281-2017-JUS, motivó que la Corte IDH en su Resolución de 30 de mayo de 2018 en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia analizara la conformidad de este indulto con las obligaciones del Estado peruano establecidas en las sentencias referidas en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* sobre investigación, juzgamiento y sanción por graves violaciones de derechos humanos. En este orden, la Corte IDH parte de insistir, como ya había establecido en otros casos, que “la ejecución de la pena también forma parte de dicha obligación y que durante la misma no se deben otorgar beneficios de forma indebida que puedan conducir a una forma de impunidad”, del mismo modo que “la ejecución de las sentencias es parte integrante del derecho al acceso a la justicia de las víctimas”.<sup>19</sup> En tal sentido, la Corte IDH estableció estándares y “elementos de ponderación” que debían tomarse en cuenta con relación a “la obligación estatal de garantizar tanto la vida e integridad de personas condenadas a una pena privativa de libertad como el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y sus familiares”<sup>20</sup>.

Después de recordar “medidas para resguardar la vida e integridad de las personas privadas de libertad”, la Corte IDH indicó que es un deber del Estado una valoración proporcional de la medida administrativa u otra “figura jurídica que permita proteger la vida y la integridad del condenado”, a partir de tomar en cuenta “factores como situación de salud, riesgo a la vida, condiciones de detención y facilidades para ser atendido adecuadamente (ya sea en el centro penal o mediante traslado a un centro médico)”. En este sentido, debe ser una medida otorgada “debidamente y siguiendo un fin legítimo que no signifique únicamente dejar de asegurar la ejecución de la pena”<sup>21</sup>. Para casos que involucren “graves violaciones de derechos humanos”, el estándar es más riguroso:

“dicha medida o figura jurídica debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la justicia de las víctimas (...) y debe ser aplicada en casos muy extremos y por una necesidad imperante. Esto no significa que la figura jurídica o medida que tenga que adoptar el Estado sea necesariamente una que ponga en libertad al condenado y, mucho menos, que implique la extinción de la pena. Corresponde determinar primeramente, de acuerdo con otros factores, si habría una medida que permita una atención médica

---

<sup>18</sup>*Ibid.*, párr.19.

<sup>19</sup>Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018, párr.30.

<sup>20</sup>*Ibid.*, párr.48.

<sup>21</sup>*Ibid.*, párr.52.



efectiva (por ejemplo, asegurar que el condenado, de forma efectiva y pronta, pueda acudir a las citas o procedimientos médicos correspondientes y medidas y protocolos que permitan una atención médica de urgencia) (...) o si resulta necesario aplicar una institución jurídica apropiada que modifique la pena o permita una libertad anticipada (...)"<sup>22</sup>

Respecto al “derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos”, se parte de considerar que “en casos de graves violaciones a los derechos humanos, en que mediante un proceso penal se fijó una pena proporcional a los bienes jurídicos afectados, el posterior perdón de la misma por una decisión del Presidente de la República conlleva una mayor afectación al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos y sus familiares en lo que respecta a la ejecución de la pena dispuesta en la sentencia penal”.<sup>23</sup> Por esta razón, la Corte IDH agrega:

“Además, si se contempla una medida que afecte la pena dispuesta por delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, particularmente si se trata de una figura jurídica que permite que sea el Poder Ejecutivo quien extinga dicha pena mediante una decisión discrecional, es necesario que exista la posibilidad de solicitar el control jurisdiccional de la misma, que permita realizar un análisis de ponderación respecto de la afectación que ocasione a los derechos de las víctimas y sus familiares, y asegurar que sea otorgada de forma debida, en consideración de los estándares de derecho internacional expuestos (...) Por tratarse de graves violaciones a los derechos humanos y tomando en cuenta el desarrollo del Derecho Penal Internacional (...), resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares.”<sup>24</sup>

Al analizar el ordenamiento jurídico peruano y la práctica del Tribunal Constitucional, la Corte IDH consideró posible un control jurisdiccional de la resolución del Presidente Pedro Pablo Kuczynski sobre el otorgamiento del indulto por “razones humanitarias” a Alberto Fujimori. En esta ocasión se pronunció sobre “la situación comprobada de que la jurisdicción constitucional podría realizar un control del «indulto por razones humanitarias» otorgado a Alberto Fujimori, en ejercicio de sus facultades de supervisión”, en tanto consideró “conveniente que los órganos jurisdiccionales peruanos competentes puedan pronunciarse al respecto, para efectuar un análisis que tome en cuenta los estándares expuestos en la presente Resolución (...) y los serios cuestionamientos relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano (...)”.<sup>25</sup> A continuación consideró que:

---

<sup>22</sup>*Ibid.*, párr.53.

<sup>23</sup>*Ibid.*, párr.56.

<sup>24</sup>*Ibid.*, párr.57.

<sup>25</sup>*Ibid.*, párr..64.

“De ser necesario, este Tribunal podrá realizar un pronunciamiento posterior sobre si lo actuado a nivel interno es acorde o no a lo ordenado en la Sentencia o constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar en los dos referidos casos por no adecuarse a los estándares indicados e impedir indebidamente la ejecución de la sanción fijada por sentencia penal.”<sup>26</sup>

En esta ocasión se refirió a la figura del “control de convencionalidad”, que implicaba la obligación para todas las autoridades de un Estado parte en la Convención Americana de que “la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos”.<sup>27</sup> De acuerdo con estos estándares, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia declaró, mediante sentencia de 3 de octubre de 2018, sin “efectos jurídicos” la Resolución Suprema N.º 281- 2007-JUS, de 24 de diciembre de 2017 sobre la concesión del indulto a Alberto Fujimori.<sup>28</sup> La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia el 13 de febrero de 2019 al resolver un recurso de apelación presentado por la defensa de Fujimori.<sup>29</sup> El 22 de febrero de 2019 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia declaró “improcedente” un recurso de nulidad presentado contra la referida decisión<sup>30</sup>.

## I. La sentencia del Tribunal Constitucional de Perú de 17 de marzo de 2022

El sistema de justicia constitucional imperante en el Perú, al amparo de la Constitución peruana de 1993<sup>31</sup> –y que reproduce lo que establecía la Constitución de 1979- hace coexistir un sistema de control difuso en el poder judicial, y un sistema de control concentrado en un Tribunal Constitucional.<sup>32</sup> Según el artículo 202 de la Constitución peruana vigente, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional se encuentra conocer -en instancia única-, las acciones de inconstitucionalidades, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, así como conocer de los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley. De este modo, el Tribunal Constitucional conoce de un “recurso de agravio constitucional” como “medio impugnativo contra las sentencias

<sup>26</sup>*Ibid.*, párr..64.

<sup>27</sup>*Ibid.*, párr..65.

<sup>28</sup>*Corte IDH. Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de abril de 2022, párr.23.

<sup>29</sup>*Ibid.*, párr.25.

<sup>30</sup>*Ibid.*, párr..26.

<sup>31</sup>Domingo García Belaunde, “La Constitución peruana de 1993: sobreviviendo pese a todo pronóstico”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 18 (2014): 211-229.

<sup>32</sup>*Vid.*, Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional* (Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, 1998), p.40; Gerardo Eto Cruz, *Constitución y Procesos Constitucionales*, t. I y t. II (Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico Constitucionales, ADRU Editores, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Sección Peruana, 2013); Domingo García Belaunde; Gerardo Eto Cruz, “Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 12 (2008): 263-290.

expedidas en segunda instancia en el Poder Judicial, que posibilita a las personas a acudir ante el Tribunal Constitucional como última instancia para obtener el restablecimiento de sus derechos constitucionales vulnerados o amenazados.”<sup>33</sup> Así, “el recurso de agravio constitucional (RAC) es aquel medio extraordinario de impugnación constitucional mediante el cual la Constitución establece que el Tribunal Constitucional conozca, de modo excepcional, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento en lo que se ha denominado por la doctrina nacional la Jurisdicción Negativa de la Libertad.”<sup>34</sup>

El 17 de abril de 2020 el abogado de Alberto Fujimori presentó una demanda de *habeas corpus* a favor de Alberto Fujimori en la Sala Mixta de Emergencia de Ica de la Corte Superior de Justicia de Ica contra la sentencia de 3 de octubre de 2018 del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia que había declarado sin “efectos jurídicos” la Resolución Suprema del entonces presidente peruano sobre la concesión del indulto a Alberto Fujimori. El mencionado tribunal consideró “improcedente” la demanda de *habeas corpus* el 22 de mayo de 2022.

Esta resolución de la Corte Superior de Justicia de Ica fue impugnada mediante un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional.<sup>35</sup> El 17 de marzo de 2022, con tres votos a favor y tres votos en contra, se aprobó una sentencia con el voto decisorio de su presidente, en la que se consideró:

“1. Declarar FUNDADA la demanda de habeas corpus. 2. Declarar NULAS la Resolución 10, de fecha 3 de octubre de 2018; la Resolución 46, de fecha 13 de febrero de 2019 y la Resolución 48, de fecha 13 de febrero de 2018, por encontrarse viciadas de incompetencia y vulnerar la debida motivación. 3. Restituir los efectos de la Resolución Suprema 281-20 17-JUS, del 24 de diciembre de 2017. 4. Disponer la libertad inmediata del favorecido, Alberto Fujimori Fujimori.”<sup>36</sup>

Entre los argumentos de la sentencia, se encontraban los “vicios de incompetencia” de la resolución de 3 de octubre de 2018 en tanto las “normas sobre las que se ha justificado el control de convencionalidad efectuado”, se precisaba, “solo otorgan competencias de juzgamiento y no sobre la ejecución de la condena”.<sup>37</sup> También se consideró que el juez penal no podía admitir la solicitud de control de convencionalidad por la parte civil, pues los “aspectos” para la intervención de la parte civil en un proceso penal -“(determinación de la responsabilidad penal del imputado para evitar la impunidad, determinación del daño ocasionado y determinación de la reparación civil)”- “han fenecido al haberse dictado condena penal”. En tal sentido, “tanto el Juzgado de

---

<sup>33</sup>Aníbal Quiroga León, “El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes vinculantes y las sentencias interlocutorias”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales 9 (2016): 219.

<sup>34</sup>*Ibid.*, p.220.

<sup>35</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 78/2022.

<sup>36</sup>*Ibid.*

<sup>37</sup>*Ibid.*, párr.12.

Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República como la Sala Penal Especial de Corte Suprema de Justicia de la República no estaban habilitados para emitir pronunciamiento sobre la petición de la parte civil”.<sup>38</sup> En otro tanto, confirmó anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional al considerar el “máximo grado de discrecionalidad” de la prerrogativa del Presidente de la República para conceder indultos, que “no está exenta de control jurisdiccional y debe ser ejercida sin infringir el principio de interdicción de arbitrariedad”.<sup>39</sup>

Con respecto a las resoluciones en cuestión que dejaron sin efectos el indulto presidencial, el Tribunal Constitucional consideró el “sustento” de esta decisión en “presunciones subjetivas sobre irregularidades que no resultan tales, si nos encontramos frente a un indulto humanitario de un adulto mayor de 79 años (edad del favorecido al momento del otorgamiento del indulto”. En este orden, consideró el Tribunal que “esta específica figura de extinción de la pena tiene por objetivo final evitar la muerte en prisión del reo que viene cumpliendo condena definitiva, producto de las condiciones de salud que lo aquejan”.<sup>40</sup> Por tales razones, consideró de las referidas resoluciones que, “además de encontrarse viciadas de incompetencia, también lesionan el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al contener una motivación subjetiva, basada en irregularidades y presunciones no probadas, alejándose su argumentación de los parámetros constitucionales y convencionales pertinentes”.<sup>41</sup>

## II. Supervisión de sentencia y medidas provisionales

El *mecanismo de supervisión de sentencia* establecido por la Corte IDH persigue el cumplimiento de las reparaciones ordenadas a un Estado mediante sentencias que determinan la responsabilidad internacional por violación de derechos convencionales. Con este procedimiento se busca, *inter alia*, la

---

<sup>38</sup>*Ibid.*, párr.13.

<sup>39</sup>*Ibid.*, párr.15.

<sup>40</sup>*Ibid.*, párr.23.

<sup>41</sup>*Ibid.*, párr. 26. En el Voto Singular del Magistrado Miranda Canales, entre los fundamentos para declarar improcedente la demanda de *hábeas corpus*, estaba el hecho de que la “revisión constitucional de una resolución judicial no le da competencia a la justicia constitucional para revisar a modo de supra instancia, lo decidido por la justicia ordinaria”. Ello para criticar que “la ponencia pretende reexaminar lo analizado por la Corte Suprema en relación con el cumplimiento de los requisitos para la concesión del indulto, aspecto que excede la competencia de la justicia constitucional.” (Voto Singular del Magistrado Miranda Canales, en Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 78/2022, párr.10) En el Voto Singular de la magistrada Ledesma Narváez, con duras críticas, consideró que esta sentencia “ha dañado gravemente la legitimidad de la justicia constitucional peruana dado el desprecio que sobre los derechos humanos ha reflejado” (Voto Singular de la Magistrada Ledesma Narváez, en Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 78/2022, párr.2) Señaló “vicios de forma” y “vicios de fondo” de la sentencia, y entre los segundos, que “la sentencia de los 3 magistrados del TC no ha mencionado en absoluto como así en este caso del *hábeas corpus* de Alberto Fujimori se estarían cumpliendo o no los estándares establecidos por la Corte IDH”. (Voto Singular de la Magistrada Ledesma Narváez, en Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 78/2022, párr. 10). *Vid.*, también, Voto Singular del Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

efectividad de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH. Es un mecanismo con apoyo para su implementación, *prima facie*, en los artículos 68.1 y 67 de la Convención, que establece la obligación de los Estados “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, cuyo fallo es “definitivo e inapelable”. Es un procedimiento que se defendió desde sus inicios con énfasis en varias consecuencias lógicas para los Estados partes al asumir obligaciones por vía convencional: *pacta sunt servanda*, obligación de reparar, garantizar el *efecto útil* de las disposiciones convencionales, la facultad del tribunal para determinar el alcance de su propia competencia, entre otros<sup>42</sup>. En la actualidad, tiene base en lo establecido en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención, 30 de su Estatuto y en el artículo 69 de su Reglamento.<sup>43</sup>

La Corte IDH consolidó una jurisprudencia sobre la posibilidad de decidir medidas provisionales en la etapa de *supervisión de sentencia*. En la anterior composición de la Corte IDH, el juez Eduardo Vio Grossi se opuso en más de una ocasión al criterio de la mayoría sobre esta posibilidad.<sup>44</sup> Las medidas provisionales se destacan con un carácter *cautelar y tutelar*.

“(…) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos. Siempre y cuando

---

<sup>42</sup>Vid., por ejemplo: *Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros (270 Trabajadores) Vs. Panamá Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de junio de 2003.

<sup>43</sup>*Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de mayo de 2018. En el artículo 69 de su Reglamento se establece que “la supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes”, así como que “la Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.” Se establece también que la Corte “podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento” así como para “los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.” Se prevé que cuando lo considere pertinente, la Corte “podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.” Se subraya en este punto que “una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes”, y se culmina señalando que las citadas disposiciones “se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.” (Artículo 69 del Reglamento de la Corte, aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009) En este sentido, la Corte también ha remarcado que la obligación contenida en el artículo 68.1, también “incluye el deber del Estado de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para cumplir cada uno de los puntos ordenados, lo cual es fundamental para evaluar el estado de cumplimiento de la Sentencia en su conjunto. Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.” *Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2018, considerando 2.

<sup>44</sup>Vid., por ejemplo, *Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2020, Solicitud de Medidas de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*.

se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.”<sup>45</sup>

El 16 y 17 de marzo de 2022, conocida la decisión del Tribunal Constitucional peruano, representantes de las víctimas en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta* solicitaron medidas provisionales ante la Corte IDH. En Resolución de 30 de marzo de 2022, la Corte IDH resolvió “(r)equirir al Estado del Perú que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los casos Barrios Altos y La Cantuta, se abstenga de ejecutar la orden del Tribunal Constitucional del Perú de disponer la libertad de Alberto Fujimori Fujimori, hasta tanto este Tribunal internacional pueda decidir sobre la solicitud de medidas provisionales”.<sup>46</sup> En su Resolución posterior de 7 de abril de 2022, destacaría “que las medidas provisionales de no innovar, dictadas en su Resolución de 30 de marzo de 2022 (...), cumplieron su objetivo de que no se ejecutara la liberación inmediata del señor Fujimori ordenada en la sentencia del Tribunal Constitucional”<sup>47</sup>, por lo que no correspondía “ordenar medidas provisionales en los presentes casos, sino canalizar el análisis a través de una supervisión de cumplimiento de las sentencias”.<sup>48</sup>

En tal sentido, al supervisar la “obligación de investigar, juzgar y sancionar en lo que respecta al control jurisdiccional del indulto «por razones humanitarias»”, la Corte IDH concluye que “(l)a decisión del Tribunal Constitucional no analizó la compatibilidad del indulto “por razones humanitarias” concedido a favor de Alberto Fujimori con base en los estándares establecidos en la Resolución de esta Corte de 30 de mayo de 2018”<sup>49</sup>. Al respecto la Corte IDH constató un grupo de deficiencias de la sentencia del Tribunal Constitucional conforme a los estándares establecidos en la Resolución de 30 de mayo de 2018 en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia.

Entre ellas: 1) la decisión del Tribunal Constitucional no valoró la existencia de “una necesidad imperiosa, por la situación de salud del condenado y sus condiciones de detención, de que no pudiera continuar cumpliendo la pena privativa de libertad en el centro penitenciario”<sup>50</sup>; 2) de los escritos presentados ante la Corte IDH (recursos interpuestos, expediente a la vista del Tribunal Constitucional, y escritos de Alberto Fujimori y su abogado, no surgía “el alegato de que éste requiera estar internado en un centro médico o que no se le pudiere continuar brindando el «tratamiento regular y permanente» que alegaron ante

---

<sup>45</sup>Caso del Periódico “La Nación”. *Medidas Provisionales respecto de Costa Rica*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001, considerando cuarto.

<sup>46</sup>Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú. Solicitud de Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2022, Resuelvo 1.

<sup>47</sup>Corte IDH. *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de abril de 2022, párr.33.

<sup>48</sup>*Ibid.*, párr.34.

<sup>49</sup>*Ibid.*, párr.40.

<sup>50</sup>*Ibid.*, párr. 40, i)

esta Corte que requiere de la forma como se ha venido garantizando”<sup>51</sup>; no se había efectuado “una ponderación que tomara en cuenta la afectación que tiene el indulto por graves violaciones a los derechos humanos en el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares”<sup>52</sup>; tampoco “se tomaron en cuenta otros factores o criterios tales como el hecho de que Alberto Fujimori no ha pagado la reparación civil a las víctimas impuesta en la condena”<sup>53</sup>; entre otros.

Por tales razones, la Corte IDH resolvió realizar una “supervisión específica relativa al indulto «por razones humanitarias» concedido a Alberto Fujimori Fujimori”<sup>54</sup>. En este sentido, el tribunal consideró que el Estado del Perú “debe abstenerse de implementar la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional del Perú el 17 de marzo de 2022, que restituye los efectos al indulto «por razones humanitarias» concedido a Alberto Fujimori Fujimori el 24 de diciembre de 2017, debido a que no cumplió con las condiciones determinadas en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias de 30 de mayo de 2018”<sup>55</sup>. En este orden, también se requirió del Estado, “a más tardar el 13 de mayo de 2022, un informe sobre el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar en lo relativo a no ejecutar la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional del Perú el 17 de marzo de 2022”<sup>56</sup>.

## Conclusiones

Después de conocida la Resolución de la Corte IDH de 7 de abril de 2022, el gobierno peruano reiteró su alineación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos y con acatar lo resuelto por la Corte IDH. El canciller peruano César Landa dio a conocer, un día después de la fecha de la resolución de la Corte IDH, que el Estado del Perú debía “abstenerse de implementar” la sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de marzo de 2022<sup>57</sup>.

En casos como estos, se pone en valor la obligación a cargo de todos los órganos estatales de efectuar un “control de convencionalidad”, que no es otra cosa que cumplir con las obligaciones convencionales en aspectos específicos para el Estado concernido. Es cierto que no es posible asimilar este control a un

---

<sup>51</sup>*Ibid.*, párr.40, ii)

<sup>52</sup>*Ibid.*, párr.40, vi)

<sup>53</sup>*Ibid.*, párr.40, vii)

<sup>54</sup>*Ibid.*, Resuelvo 1.

<sup>55</sup>*Ibid.*, Resuelvo 2.

<sup>56</sup>*Ibid.*, Resuelvo 3.

<sup>57</sup>“Por resolución de la @CorteIDH, Perú debe abstenerse de implementar la sentencia del @TCPeru del 17.03.2022, que dispuso “restituir” los efectos al indulto del 24.12.2017 concedido a Alberto Fujimori, pues no cumplió con lo ordenado por la Corte IDH. Concretamente, las condiciones determinadas en la Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencias de 30 de mayo de 2018, en los términos de los Considerandos 12 a 20 y 37 a 42 de esta Resolución.” @CesarLanda0, 10:36 p. m. · 8 abr. 2022, <https://twitter.com/CesarLanda0/status/1512529841375088641>

modelo o sistema en específico<sup>58</sup>, con referencia, por ejemplo, a los modelos de control de constitucionalidad, como en ocasiones se realiza. Sin embargo, la alusión a una obligación de controlar la convencionalidad de las disposiciones normativas, decisiones judiciales, *inter alia*, como si se tratara de un “mecanismo” de control, imprime *simbolismo* y sirve para potenciar el cumplimiento de las obligaciones convencionales del sistema interamericano<sup>59</sup>.

La decisión del Tribunal Constitucional peruano en este asunto, tendrá indudables repercusiones en su legitimidad de cara a la opinión pública. Constituye con su inobservancia de estándares interamericanos en materias tan sensibles como los indultos en casos que involucraron graves violaciones a los derechos humanos, un actuar que reta las decisiones de la Corte IDH. Aunque, por ahora, es una inobservancia que no se coloca en las mismas posiciones de tribunales en otros momentos en el propio Perú de Fujimori, cuando la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú, con fecha 14 de junio de 1999, declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte en el *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú* o cuando la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar de 11 de junio de 1999, respecto a la sentencia de la Corte Interamericana en el *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, de 30 de mayo de 1999, resolvió que carecía “de imparcialidad y vulnera la Constitución Política del Estado, siendo por ende de imposible ejecución”.<sup>60</sup>

Pero, sin lugar a dudas, esta sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2022 revive viejos fantasmas en torno a la impunidad en el continente y pone en cuestión su propio funcionamiento. De ahí el enorme valor de la Corte IDH y del sistema interamericano de derechos humanos en impedir y corregir las decisiones de órganos de tanta importancia y trascendencia en la vida institucional, social y política de un Estado. El desarrollo de una jurisprudencia sobre estándares interamericanos para evitar prácticas y normativas nacionales que conducen a la impunidad, alcanza a las mencionadas leyes de amnistía y auto-amnistía o a la invocación del principio *ne bis in ídem* o a la existencia de

---

<sup>58</sup>La propia Corte IDH ha expresado que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”. *Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr.124.

<sup>59</sup>*Vid.* Harold Bertot Triana, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos: buenas intenciones, incongruencias y un necesario perfeccionamiento”, en *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Diálogos interdisciplinarios con la práctica*, coord., por E. J. Martínez Pérez (Tirant lo Blanch, 2022): 293-303.

<sup>60</sup>*Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte 17 de noviembre de 1999, párr.2. En este orden también puede citarse, entre otros, la posición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, que, en casos muy notorios, declaró la “inejecutabilidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, párrs. 13 y ss; *Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, párr.4 y ss.



“cosa juzgada fraudulenta”, entre otras. En este plano se colocan también los posibles indultos por “razones humanitarias” en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

# ***EL ENFOQUE DE GÉNERO COMO UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA ADJUDICACIÓN TRANSFORMADORA. LA SENTENCIA SU-201 DE 2021***

MARIA DOLORES MINO\*

JORGE ERNESTO ROA ROA\*

## **Contexto**

La Corte Constitucional de Colombia es uno de los tribunales más destacados del constitucionalismo transformador<sup>1</sup>. Se trata de un tribunal de tres décadas de funcionamiento. Durante esos treinta años, la Corte ha asumido el reto de resolver disputas relacionadas con la protección de las promesas constitucionales y realizar la defensa de la Constitución con un enfoque que trasciende la mera adjudicación. Eso significa una forma de ejercicio judicial que comprende el contexto social, político y económico de manera que tiende a perseguir cambios sociales profundos<sup>2</sup>.

Uno de los elementos (lamentablemente esenciales) del contexto latinoamericano es la profunda desigualdad. Quizá sea más preciso hacer referencia a las desigualdades. Dentro de estas, uno de los dramas más acuciantes es la desigualdad estructural de género y su impacto transversal. De allí que el enfoque de género y la vocación transformadora sean fundamentales en toda decisión judicial. La Sentencia SU-201 de 2021 es una decisión que enfatiza en la centralidad de la perspectiva de género en la función de adjudicación. No se puede superar la desigualdad estructural de género si los poderes del Estado se basan en una visión formal de sus competencias. Esta resulta claramente incompatible tanto con los retos sociales que afrontan como con los generosos mandatos constitucionales y derechos humanos que orientan la acción de la autoridad. Esto vale también para el poder judicial. De allí que las decisiones *extra y ultra petita*, el principio *iura novit curia* y las medidas de reparación estructural pertenezcan menos a un esquema de activismo judicial y aparezcan

---

\*Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Magíster en Derecho Internacional por el *Washington College of Law de American University*. Actualmente es candidata a Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Email: [maria.mino1@est.uexternado.edu.co](mailto:maria.mino1@est.uexternado.edu.co)

\*Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional Comparado y Derechos Humanos de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Código orcid: 0000-0003-1117-2302 Email: [jorgeroaroa@gmail.com](mailto:jorgeroaroa@gmail.com)

<sup>1</sup>Jorge Ernesto Roa Roa, “La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano”, *Revista Derecho del Estado* 49 (2021): 35-58. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.04>.

<sup>2</sup>Jorge Ernesto Roa Roa, “El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano”, en: *Constitucionalismo transformador en América Latina*, edit. Por Vera Karam de Chueiri, y Bianca Schneider van der Broocke (Bogotá: Tirant Lo Blanch, 2021), 13-27. doi: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3571507>

como plenamente compatibles (y exigidas) bajo el paradigma del Estado constitucional.

En esta reseña se hará referencia al contexto fáctico y normativo del caso. Adicionalmente, se indicarán los elementos fundamentales de la decisión de la Corte Constitucional. Finalmente, se enunciarán algunos comentarios sobre el contenido de la sentencia, sus alcances y el impacto que puede tener. El objetivo es ofrecerle al lector una invitación a seguir la jurisprudencia transformadora de la Corte Constitucional e identificar también los retrocesos o las vicisitudes en el largo camino que transita la justicia constitucional para aproximar las promesas constitucionales a la realidad de cada una de las personas que habitan nuestros Estados constitucionales en el marco de la democracia deliberativa<sup>3</sup>.

### **I. Argumentos de las partes: la simulación como mecanismo de violencia económica y de género en el contexto de los procesos de divorcio y liquidación de la sociedad conyugal**

En la Sentencia SU-201 de 2021, la Corte revisó el caso de una mujer casada que había presentado dos demandas de divorcio (en 2010 y 2012) por las causales de infidelidad y separación de cuerpos. Durante los procesos, su cónyuge realizó negocios jurídicos simulados para evitar que algunos de los bienes conjuntos ingresaran en la liquidación de la sociedad conyugal. La simulación fue reconocida en la primera instancia (Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira en julio de 2017) y revocada parcialmente en la segunda instancia (Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en agosto de 2018). Contra esa decisión, la accionante interpuso una demanda de casación que fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia (en agosto de 2019). La accionante presentó los recursos de reposición y de queja, pero estos le fueron negados por la propia Corte Suprema de Justicia (en septiembre de 2019).

En su escrito de tutela, la accionante argumentó que las sentencias inferiores violaban los derechos derivados de su condición de mujer. Indicó que la negativa tanto de conceder el recurso de casación como el enfoque de las sentencias del proceso de origen en instancias inferiores omitieron la aplicación de la perspectiva de género. En su criterio, se debieron tener en cuenta las afectaciones a sus derechos como mujer derivadas de las posibles simulaciones de compraventa efectuadas por su antiguo cónyuge sobre los bienes de la sociedad conyugal. El propósito de esos negocios jurídicos nulos fue extraer los bienes de la sociedad y perjudicarle en su derecho a recibir una partición proporcional en la liquidación de la sociedad conyugal.

En marzo de 2020, la acción de tutela le fue negada en primera instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En su escrito de

---

<sup>3</sup> Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019).

impugnación, la accionante indicó que en el proceso de origen no se tuvieron en cuenta las normas de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) y otros instrumentos que protegen a las mujeres y niñas frente a las posibles violaciones a sus derechos humanos. La ciudadana argumentó que el párrafo final del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil establecía la *casación de oficio* que opera ante la posible existencia de violaciones a los derechos constitucionales. En junio de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de negar la tutela. En esta segunda instancia se declaró que se había inadmitido adecuadamente la demanda de casación y que no concurrían los supuestos para la selección de oficio de la casación. En efecto, para el juez de amparo de segunda instancia, no se comprometían los derechos fundamentales y la perspectiva de género era *ajena al asunto*.

## **II. Síntesis de la decisión: el imperativo de aplicar la perspectiva de género en la adjudicación judicial**

Esta decisión de la Corte Constitucional tiene su eje transversal en el deber judicial de aplicar la perspectiva de género en la adjudicación. Se trata de una obligación que deriva tanto del derecho internacional de los derechos humanos como de las normas constitucionales. Además, esa obligación implica trascender de una comprensión formal de las facultades judiciales hacia una visión transformadora e igualitaria del proceso judicial. El juez tiene unas cargas para igualar el proceso. Además, sus poderes se amplían cuando se trata de comprender la desigualdad de género que afecta a los casos que ingresan bajo sus competencias. De allí que se activen los poderes oficiosos, los instrumentos procesales proactivos y se exija decisiones que apliquen el principio *iura novit curia*. También es importante que la decisión de reparación sea estructural y que se profieran, cuando sea necesario, decisiones *extra y ultra petita*.

### **a. El deber de administrar justicia con enfoque de género, la violencia patrimonial y la discriminación a las mujeres en los procesos judiciales de familia**

En primer lugar, la Corte Constitucional reiteró que existe un reconocimiento internacional de la discriminación histórica que ha enfrentado la mujer en los diferentes ámbitos. De allí que se hubieran aprobado tanto la CEDAW como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de *Belem Do Pará*. Ambos instrumentos disponen la obligación del Estado de erradicar o eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres<sup>4</sup> e integran el bloque de constitucionalidad<sup>4</sup>. A nivel nacional, algunas de esas obligaciones internacionales se respaldaron mediante la aprobación de la Ley 1257 de 2008. En especial, el tribunal destacó los conceptos de violencia económica contra la

---

<sup>4</sup> La Corte se refirió a las sentencias T-012 de 2016, C-539 de 2016, T-093 de 2019 y SU-080 de 2020.

mujer y de daño patrimonial por razón de género establecidos en los artículos 2 y 3 de esa ley.

En segundo lugar, la Corte reiteró los postulados básicos de la Sentencia T-012 de 2016. En esa oportunidad, el tribunal se había referido a la violencia económica y a los procesos judiciales como escenarios de discriminación contra la mujer. En concreto, la Corte indicó que:

“(…) la violencia contra la mujer también es económica. Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos. || Por lo general, esta clase de abusos son desconocidos por la mujer pues se presentan bajo una apariencia de colaboración entre pareja. El hombre es el proveedor por excelencia. No obstante, esa es, precisamente, su estrategia de opresión. La mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar, así como está en la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él, ella no podría sobrevivir. || Es importante resaltar que los efectos de esta clase [sic] violencia se manifiestan cuando existen rupturas de relación, pues es ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos, pero, como sucedió a lo largo de la relación, es el hombre quien se beneficia en mayor medida con estas particiones. De alguna forma, la mujer “compra su libertad”, evitando pleitos dispendiosos que en muchos eventos son inútiles”<sup>5</sup>.

En la misma decisión del año 2016, la Corte Constitucional estableció que los jueces y las juezas debían aplicar una forma especial de interpretación y un enfoque de género cuando se trata de resolver un caso de familia, cuando se vean comprometidos los derechos humanos de las mujeres o exista una potencial discriminación. A la luz de ese test, a los jueces y a las juezas les corresponde:

“(…) (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-012 de 2016.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-012 de 2016.

En tercer lugar, la Corte se refirió a la Sentencia T-093 de 2019. En esa decisión, el tribunal amplió la obligación de ejercer las facultades investigativas con un enfoque de género. En concreto, la Corte propuso tres criterios que orientan la actividad judicial cuando se aplica el enfoque de género:

“El primer criterio es el análisis probatorio sistemático. (...) consiste en el deber judicial de desplegar toda la actividad probatoria posible, incluso oficiosa, para corroborar los supuestos fácticos del caso como, por ejemplo, la existencia de una violencia de género o la configuración de una relación contractual. Dicho deber, a su vez, comprende dos elementos. El primero consiste en la revisión de las facultades judiciales para decretar oficiosamente pruebas en procesos concretos. Por ejemplo, en los casos de restitución de inmueble arrendado de mínima cuantía, dicha facultad está prevista en el artículo 392 inciso 1 del Código General del proceso. El segundo elemento es la revisión de pruebas que respeten los principios probatorios (licitud, pertinencia y conducencia). Por ejemplo, el juez no podrá valorar pruebas donde se cuestione el pasado familiar, social o sexual de la mujer o se busque un careo entre la mujer y la contra parte (prohibición a no ser confrontada con el victimario, conforme al artículo 8 literal k) de la Ley 1257 de 2008). || El segundo criterio es la duda razonable (...), donde el juez deberá permitir que se esclarezca, con plena certeza, la existencia de violencia de género, antes de tomar una decisión (...) La aplicación de la duda razonable permitiría, por una parte, que la mujer no sea condenada en un proceso ordinario sin que se cuente con claridad respecto a las relaciones personales y, por otra parte, evitar que, en caso de que se descarte la posible violencia de género en la jurisdicción, se le cierre la oportunidad a la otra persona de reclamar judicialmente sus derechos. || El tercer criterio es el respeto de las competencias. (...) consiste en que la decisión del juez, en caso de incertidumbre, debe respetar su ámbito competencial. Por tanto, el juez deberá tomar una decisión que le sea propia de su competencia, como el rechazo de la demanda y la remisión a la autoridad competente, pues son los jueces de familia y penales quienes cuentan con las competencias, facultades y acciones suficientes para poder determinar la existencia o no de violencia contra la mujer”<sup>7</sup>.

En cuarto lugar, la Corte sintetizó algunos de sus precedentes que habían analizado los derechos de las mujeres en el marco de la separación o el divorcio. El tribunal se refirió a varios casos en los que la existencia de violencia contra la mujer no fue tenida en cuenta para establecer el derecho a recibir alimentos en el contexto de una separación. La Corte reiteró que es imprescindible tener en cuenta la violencia económica como una forma de violencia contra la mujer. Esa forma de violencia es especialmente tangible en los procesos de divorcio o separación. Además, es fundamental detectar la desigualdad económica que afecta a las mujeres que no trabajan porque usualmente ellas se encuentran en una situación de desventaja cuando enfrentan un proceso de separación o divorcio.

En este ámbito, la Corte se refirió a algunas Recomendaciones Generales del Comité de la CEDAW relativas a los derechos de las mujeres en el ámbito de las relaciones familiares, el derecho de familia y los procesos judiciales. El Comité les recomendó a los Estados crear instituciones jurídicas que aseguraran la igualdad de los derechos de los cónyuges o miembros de la pareja. El objetivo

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-093 de 2019.

es que no existan situaciones de desigualdad con respecto a los bienes dentro de estas uniones, ni en las cuestiones relativas a la tenencia y custodia de los hijos. El tribunal resaltó el carácter vinculante de las recomendaciones de la CEDAW en las que se establece que los Estados deben asegurar que los operadores de justicia decidan sus causas con perspectiva de género. Asimismo, se deben revisar las normas sobre la carga de la prueba para asegurar la igualdad entre las partes en todos los campos en los que las relaciones de poder privan a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de sus pretensiones ante la judicatura. Finalmente, en relación con la Recomendación General 35, el tribunal reiteró que se puede incurrir en la responsabilidad estatal internacional por las acciones y las omisiones de los poderes judicial, legislativo o ejecutivo cuando estos incurren en violencia contra las mujeres o las niñas.

Con base en estos fundamentos, la Corte concluyó que el caso de la accionante requería una aproximación basada en un enfoque de género. No solo se trataba de un proceso de simulación con el ánimo de defraudar a un acreedor sino de una simulación ocurrida después de la terminación de una relación matrimonial. Este es un ámbito propicio tanto para la discriminación como para el ejercicio de la violencia económica en contra de la mujer. Para el tribunal, los jueces de instancia debieron formular sus problemas jurídicos con base en la causal de violación directa de la Constitución por el desconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer. En últimas, este era uno de los argumentos implícitos de la accionante.

#### **b. La aplicación del principio *iura novit curia* y las decisiones de amparo *extra* y *ultra petita* con enfoque de género**

La Corte reiteró que los jueces de amparo tienen la competencia (y la obligación) de declarar la violación de las normas o los derechos que no fueron directamente invocados por los accionantes cuando así se derive del marco fáctico presentado ante el tribunal. En los procesos de tutela, los hechos probados determinan la respuesta judicial y aquellos prevalecen sobre una potencial restricción en las pretensiones o derechos invocados por las peticionarias. Cuando se trata de la acción de tutela contra las providencias judiciales, la accionante debe mencionar explícitamente la denominación de las causales específicas de procedencia que invoca en contra de la providencia. No obstante, si la ciudadana acredita la existencia de una controversia *iusfundamental* en relación con la providencia judicial cuestionada, al juez le corresponde analizar el caso más allá de los argumentos explícitamente expuestos. El objetivo es garantizar la protección de los derechos fundamentales que puedan estar comprometidos.

En el caso concreto, la Corte concluyó que le correspondía efectuar un análisis con perspectiva de género. Por regla general, a quienes solicitan una acción de tutela contra decisiones del poder judicial se les exige un análisis argumentativo más riguroso. No obstante, en este caso la accionante indicó que

su condición de mujer le habría impedido acceder a una tutela judicial efectiva en el proceso de origen. De manera que era necesario que la Corte revisara las decisiones de instancia bajo esa perspectiva de género.

### **c. Sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones del poder judicial cuando se afectan los derechos fundamentales**

La Corte Constitucional reiteró las *condiciones generales* de procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales. En el criterio del tribunal, en este caso se presentó un evidente debate con relevancia constitucional. En efecto, estaba involucrada la posible afectación de diferentes derechos fundamentales porque la actora solicitó que se analizara si la Sala de Casación Civil había errado al no efectuar un estudio de fondo de la casación y excluir la procedencia de la casación oficiosa. Esas decisiones formales impidieron que la Corte Suprema protegiera la dignidad de la mujer en el marco de un proceso de simulación que buscaba recuperar los bienes vendidos de la sociedad conyugal con el fin de defraudar el proceso de liquidación. La relevancia constitucional se concretaba en la necesidad de analizar si la Sala de Casación Civil, en su condición de administradora de justicia, había aplicado o no una adecuada perspectiva de género al momento de proferir las decisiones inadmisorias que fueron posteriormente censuradas mediante la acción de tutela.

El tribunal constitucional reiteró que la violación directa de la Constitución es un defecto autónomo que ocurre en tres circunstancias en particular: i) cuando se deja de aplicar una disposición de derecho fundamental a un caso concreto, ii) cuando se aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución o iii) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata. En este sentido, la Corte indicó que el recurso de casación también opera como una forma de control de constitucionalidad. La selección positiva de oficio y la casación oficiosa son figuras jurídicas que le permiten a la Corte Suprema de Justicia analizar los casos con el fin de proteger los derechos constitucionales. Por ese motivo, la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela puede verificar la correcta aplicación de la selección positiva y de la casación oficiosa para establecer si se cumplió con el objetivo de protección de los derechos fundamentales.

### **d. La violación directa de la Constitución en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer**

La Corte concluyó que los argumentos esgrimidos por la demandante denunciaban un déficit de perspectiva de género al resolver su caso. La ciudadana argumentó el defecto de la decisión por violación directa de la Constitución. En concreto, debido a: i) la renuencia del sistema judicial para adoptar un enfoque que visibilizara los derechos de las mujeres; ii) el desconocimiento de la violencia económica o patrimonial como uno de los tipos de violencia contra la mujer; iii) la separación, el divorcio y la liquidación de



sociedad conyugal como escenarios propicios para ejercer este tipo de violencia y iv) el deber de las autoridades judiciales de incorporar en el análisis de los casos el enfoque de género para detectar los contextos de discriminación y desplegar sus facultades probatorias para determinar la existencia de cualquier tipo de violencia que afecte a las mujeres.

El tribunal declaró que se había configurado un defecto por violación directa de la Constitución. La Corte Suprema de Justicia desconoció la obligación garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en contra de la mujer porque no ejerció la facultad de selección positiva cuando estudió la demanda de casación interpuesta por la accionante. El contexto demostraba la existencia de posibles afectaciones a sus derechos constitucionales derivados de su condición de mujer. La Corte estimó que lo correcto era que, durante la etapa de admisión del recurso de casación, se realizara el análisis derivado de la facultad de *selección oficiosa positiva*. Esa figura era aplicable en virtud del deber de asegurar los derechos de la mujer. Este constituye una causal de protección de los derechos constitucionales y habilita el ejercicio de facultad oficiosa de selección positiva.

Por lo tanto, la Corte concluyó que la falta de selección oficiosa positiva del recurso de casación interpuesto por la accionante generó una violación directa de la Constitución por inaplicación de los artículos 13 y 43 de la Constitución. Para el tribunal:

“(…) no se trataba entonces de un caso de simulación en el que simplemente se manifestó públicamente una voluntad distinta a la que se convino en secreto. El caso estaba inmerso en un escenario propio de la discriminación contra la mujer, de violencia económica, como lo es el divorcio y la disolución de la sociedad conyugal, y particularmente, de cuestionamientos sobre las actuaciones judiciales, que requieren la intervención del juez constitucional”<sup>8</sup>.

Por esa razón, la Corte decidió conceder la acción de tutela y dejar sin efectos las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que resolvieron los recursos de reposición y queja. De manera que el tribunal le ordenó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia proferir un nuevo auto en el que admitiera el recurso de casación con base en los objetivos de la casación oficiosa que son funcionales a la protección de las garantías constitucionales. En concreto, le ordenó analizar los hechos con un enfoque de género. El objetivo final es asegurar que la protección de las garantías constitucionales se concrete en el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género.

### III. Análisis de la sentencia

Sobre esta importante decisión de la Corte Constitucional se pueden formular muchos comentarios. Sin embargo, es importante destacar cuatro

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-201 de 2021.

aspectos que son relevantes para comprender la decisión y el futuro del constitucionalismo feminista y transformador<sup>9</sup>: i) la obligación de realizar la función de adjudicación con enfoque de género; ii) el deber de realizar el control de convencionalidad; iii) la violencia patrimonial como una forma de violencia autónoma e interdependiente de otras formas de violencia y iv) la casación como un mecanismo de tutela de los derechos constitucionales y convencionales.

#### **a. La obligación de realizar la función de adjudicación con enfoque de género**

Como ya se indicó, esta sentencia de la Corte Constitucional reitera el deber de los operadores de justicia de decidir con perspectiva de género. Esta obligación es transversal. De manera que también opera en los casos de naturaleza civil en los que, aparentemente, solo se discuten pretensiones de carácter patrimonial. Los tribunales deben analizar el verdadero trasfondo de cada caso y verificar la posible existencia de situaciones que comprometan los derechos de las mujeres y las niñas. Ello debe ocurrir incluso cuando la pretensión no haya hecho una solicitud explícita en ese sentido.

Los jueces de todas las especialidades deben decidir las causas para determinar tanto si se configuran las infracciones de carácter civil, penal o laboral invocadas como las posibles violaciones a derechos de las mujeres. Por ejemplo, si en la compraventa de ciertos bienes no se configurara una simulación a la liquidación de la sociedad conyugal, en todo caso, los tribunales deberían realizar un análisis integral y sistemático sobre la potencial existencia de simulación en algunos bienes o la intención de causar violencia económica de género mediante negocios jurídicos no simulados con el objetivo de perjudicar a la accionante en el ejercicio de sus derechos, en especial, la igualdad en el disfrute del patrimonio.

#### **b. El deber de realizar el control de convencionalidad**

Esta sentencia resalta el deber de los operadores de justicia de toda materia y en toda instancia de realizar un análisis con enfoque de género cuando resuelvan casos que comprometan los derechos de las mujeres. Se trata de la obligación de incorporar una perspectiva de género en las decisiones del poder judicial. Esta no solo opera en los casos relacionados con los delitos, sino en todos aquellos en los que sea posible determinar la existencia de un detrimento o una posible afectación a los derechos de las mujeres y las niñas.

Esta obligación es consistente con las recomendaciones del Comité de la CEDAW. Como se indicó en la sentencia, los Estados deben asegurar el derecho a la igualdad y no discriminación para las mujeres y las niñas en el ámbito de la

---

<sup>9</sup> Christine Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Marina Bonatto, and Melina Girardi Fachin, On March 8, *Why Celebrate Feminist Constitutionalism?* Int'l J. Const. L. Blog, Mar. 8, 2022. <http://www.icconnectblog.com/2022/03/on-march-8-why-celebrate-feminist-constitutionalism/> (10.03.2022)

administración de justicia. Eso no solo requiere contar con jueces especializados, sino que exige que estos adjudiquen con enfoque de género. Se trata de una obligación especialmente relevante en la investigación penal y en el ámbito de las relaciones familiares. La Corte Constitucional acertó al reiterar que el proceso judicial familiar puede ser un espacio para la violencia patrimonial. De allí que los jueces deban analizar tales procesos (i.e. divorcios, terminación de uniones libres, *inter alia*) a la luz de las posibles situaciones de violencia patrimonial o desigualdad que pueden afectar a las mujeres en esos contextos.

Asimismo, todas las autoridades judiciales deben realizar un adecuado control de convencionalidad. Se trata de la obligación de los jueces y las juezas de aplicar directamente las normas y los estándares derivados del derecho internacional de los derechos humanos, incluso si ello supone inaplicar o invalidar una norma local. Aunque esto último no ocurrió en la Sentencia SU-201 de 2021 porque las normas domésticas no eran contrarias a un estándar convencional, el tribunal reiteró el deber de los operadores de justicia, de toda materia y en todo nivel, de adjudicar con base en las normas más favorables a la protección del ser humano (principio *pro persona*).

Por eso resulta destacable que el razonamiento de la Corte Constitucional se haya centrado en la obligatoriedad de los estándares provenientes del Comité de la CEDAW que se incorporan al bloque de constitucionalidad. El reto de la Corte constitucional es mantener la consistencia y la coherencia en el uso del derecho internacional de los derechos humanos. Eso implica evitar prácticas de instrumentalización de los estándares internacionales o el denominado *cherry picking*. Este consiste en usar solo los estándares internacionales que son funcionales a las decisiones que va a adoptar el tribunal constitucional o resistirse a modificar los propios precedentes que son evidentemente contrarios al derecho internacional de los derechos humanos en tanto que son más restrictivos en la protección de un derecho humano.

### **c. La violencia patrimonial como una forma de violencia autónoma e interdependiente de otras formas de violencia**

La Corte reconoció que la violencia patrimonial es una forma de violencia tan grave y reprochable como cualquier otra. El hecho de que aquella ocurra sin agresiones de carácter físico o psicológico e impacte el patrimonio de una mujer en el contexto de un proceso de divorcio, no implica que carezca de una gravedad autónoma. Además, el tribunal reiteró que las distintas formas de violencia contra la mujer son interdependientes. Eso significa que una situación de violencia patrimonial impacta necesariamente otros ámbitos de la vida de las mujeres y compromete su integridad física y psicológica. La Corte concluyó que no existían formas *más graves de violencia* (i.e. violencia física) y formas *menos graves de violencia*, sino que todas deben ser prevenidas, investigadas, sancionadas y erradicadas.

La buena situación económica de la accionante (una profesional que trabajaba y tenía ingresos propios) resultó irrelevante para detectar una situación de violencia patrimonial. La mera afectación creada con la intención de perjudicarlo en sus derechos a acceder en condiciones de igualdad al patrimonio conyugal en el marco del divorcio fue suficiente para que se configurara una situación de violencia. La posibilidad de una mujer de subsistir por sus propios medios no excluye ni reduce la gravedad de la violencia patrimonial. El criterio relevante es el trato desigual en el acceso a los bienes conyugales y no la condición económica en la que se encuentra la mujer.

#### **d. La casación como un mecanismo de tutela de los derechos constitucionales y convencionales**

La Corte Constitucional estableció que la selección oficiosa y la casación de oficio son mecanismos legítimos para tutelar los derechos constitucionales. El tribunal destacó que los procesos ante el poder judicial ordinario son los escenarios para la tutela de pretensiones que pueden involucrar disputas sobre derechos constitucionales. La Corte Constitucional encontró que existían pocos casos en los que se hubiera ejercido la facultad de selección oficiosa o casación de oficio por parte de la Corte Suprema de Justicia. En esos pocos casos, las disputas se han referido a controversias lesivas de bienes jurídicos importantes para la Nación o violatorias de los derechos constitucionales. De manera que el caso de la violencia patrimonial de género se adecuaba a una de las hipótesis en las que procedía analizar, en sede de casación, si había existido una simulación con fines discriminatorios con impacto en el derecho al disfrute de los bienes conyugales en condiciones de igualdad.

Por esa razón, la Corte reafirmó la obligación de oficio para las cortes de cierre de tutelar los derechos constitucionales en cada uno de los procesos que son de su competencia. Eso puede incluir la activación de la figura de la casación oficiosa cuando los hechos del caso permiten inferir una potencial vulneración a los derechos constitucionales. Para la Corte Constitucional, existe una especie de deber de los jueces, en instancia de casación, de casar de oficio aquellas decisiones inferiores que vulneraron los derechos humanos. La selección oficiosa constituye un mecanismo de protección de los derechos constitucionales en el máximo nivel de la justicia ordinaria.

Esta es una manifestación del derecho humano a la tutela judicial efectiva. De manera que no solo opera con base en los reclamos (pretensiones) expresos de las partes en el contexto de un proceso, sino que implica activar los poderes oficiosos de investigación y la optimización del principio *iura novit curia*. El objetivo no solo es proteger los derechos constitucionales sino los estándares derivados de las decisiones o las recomendaciones de organismos internacionales. Esos parámetros se deben incorporar en la resolución del caso tanto si eso fue solicitado por las partes como por la mera posibilidad de que una de esas obligaciones sea vulnerada.

## **Conclusión: la construcción incremental de un constitucionalismo transformador y feminista**

Esta sentencia integra un conjunto más amplio y no acabado de decisiones que incrementalmente han respondido al contexto de desigualdad de género. Se trata de un proceso jurisprudencial de progresiva ampliación de los derechos de las mujeres. Este debe ir acompañado de la acción de los demás poderes del Estado y de una fuerte movilización social. La Corte no puede superar todos los retos que exige la construcción de una sociedad igualitaria. Sin embargo, el tribunal tampoco puede declinar su imperativo rol constitucional como garante de los derechos humanos y como catalizador de procesos deliberativos sobre la mayor garantía de las promesas constitucionales. A ello le denominamos un constitucionalismo transformador feminista.

# ***EL ESTADO DE ALARMA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL***

DAVID DELGADO RAMOS\*

## **Introducción**

La declaración del Estado de Alarma por la pandemia del COVID-19 el 14 de marzo de 2020 supuso una profunda crisis en la articulación de las dos grandes esferas en las que se define el Estado constitucional en sus relaciones público-privadas: por un lado, el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas: y, por otro lado, el buen funcionamiento institucional de los poderes del Estado.

El Estado de Alarma –más bien, los sucesivos Estados-, desde una primera declaración en diciembre de 2010 a causa de la crisis de los controladores aéreos, se definía como un arcano constitucional en la medida en la que, pese a su buen diseño jurídico en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante, LOAES), era deudora de una concepción de la *emergencia constitucional* que, en puridad, se encontraba ya obsoleta en los inicios del siglo XXI.

Una concepción que pivotaba sobre una interpretación teórica temporal, es decir, de limitada duración, de dichos Estados de excepción, pero cuya aplicación práctica no se planteaba pudiese extenderse. En definitiva, y quizá esta cuestión resulte uno de los aspectos capitales de la intensa y polémica *controversia constitucional* a causa de las declaraciones del Estado de Alarma en España, ni el Constituyente de 1978 ni el legislador de la LOAES de 1981 concibieron el *derecho de emergencia* como de duración indefinida o indeterminada. Y esto es, precisamente, uno de los aspectos más conflictivos en su formulación jurídico-constitucional.

Por otro lado, los efectos del confinamiento sobre los derechos fundamentales suscitaron un hondo debate político y social en torno al sentido de los términos *limitación* y *suspensión* y, con ello, el cuestionamiento sobre si hubiese sido más propia la declaración del Estado de Excepción –del que no había precedentes- en vez del Estado de Alarma -del que sí los había-.

Por ello, junto a la temprana STC 83/2016, de 28 de abril, que resolvió el recurso de amparo por el primer Estado de Alarma en diciembre de 2010, los dos

---

\*Profesor Contratado Doctor (interino) de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos. Dirección: Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos. Paseo de los Artilleros s/n, 28032 Vicálvaro (Madrid). Correo electrónico: [david.delgado@urjc.es](mailto:david.delgado@urjc.es)

recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional –SSTC 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre- han servido para clarificar, aunque quede aún un recurso por resolver, el indeterminado marco jurídico que servía de soporte a la puesta en marcha del Estado de Alarma, especialmente en lo relativo a la restricción de los derechos fundamentales, el poder sancionador asociado a las medidas impuestas o el control parlamentario del gobierno.

Con todo, sería positivo y necesario reflexionar sobre el necesario *aggiornamento* del derecho de excepción en España, adaptando dichos estados a las nuevas realidades globales que pueden conllevar su declaración y, en consecuencia, *redefinir* algunos de los supuestos definidos en la LOAES.

## I. El Derecho de Excepción en la Constitución Española de 1978

La Constitución Española reguló el llamado *derecho de excepción* en su artículo 116<sup>1</sup>, trasladando a una ley orgánica posterior, que sería a la LOAES, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, la concreta definición y alcance de cada uno de los tres estadios que configurarían los supuestos de excepcionalidad constitucional en España, y cuyo sustrato último es la *garantía de la Constitución* frente a situaciones de crisis<sup>2</sup>. Es decir, que la excepcionalidad no suponga arbitrariedad, ausencia del Estado de Derecho y, consecuentemente, falta de normatividad<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>Artículo 116 de la Constitución Española:

“1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.

<sup>2</sup> En palabras de Cruz Villalón, analizando su problemática aneja, “es que se trata de una *garantía* de la Constitución que funciona como suspensión temporal de la Constitución misma”. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 19.

<sup>3</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional, Vol. I*. Editorial Tecnos, Madrid, 2008, pág. 496.

Pese a que ha sido y es objeto de fuerte controversia en la doctrina, cada uno de los tres estadios no se sitúa en una escala piramidal a modo de intensidad o gravedad constitucional, sino que son supuestos, ámbitos, propios y distintos que exigen un Estado concreto u otro.

No obstante, y pese a esta teórica claridad, como tendremos ocasión de analizar cuando comentemos las diversas sentencias del Tribunal Constitucional relativas al Estado de Alarma, lo cierto es que han existido y existen lagunas conceptuales no del todo claras, dado que un supuesto concreto puede exigir las medidas establecidas para otro, con la subsiguiente controversia relativa a la aplicabilidad de cada uno de ellos, como sucedió en el caso de las medidas relativas al confinamiento.

El supuesto primario y fundamental para todos ellos, recogido en el artículo primero de la LOAES, sintetiza la vocación que cualquier de los tres estados se define por la existencia de circunstancias extraordinarias que impiden el mantenimiento de la normalidad, la necesidad de que las medidas a adoptar y su duración sean proporcionadas y las estrictamente necesarias, la no extensión de la eficacia de las medidas y competencias más allá de la vigencia de los estados y, por último, que el derecho de excepción no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes del Estado<sup>4</sup>.

En cualquier caso, y en lo relativo al Estado de Alarma, el presupuesto para su declaración por el Consejo de Ministros es una situación de alteración grave de la normalidad que afecte a circunstancias naturales, sanitarias, de paralización de los servicios públicos o desabastecimiento<sup>5</sup>. Supuestos que pueden producirse en todo el territorio o en uno concreto, pudiendo ser por ello declarado en el ámbito de una determinada comunidad autónoma. Declaración que no podrá exceder de quince días, salvo prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados que, durante el tiempo de vigencia del Estado, será informado y se le suministrará toda la información que requiera. Además, todas las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado quedarán sometidos a la Autoridad competente –el Gobierno o, por su delegación, el Presidente de la Comunidad Autónoma afectada- y el incumplimiento o resistencia a las órdenes será sancionado. Por último, en lo relativo a las medidas cuya incidencia pueda

---

<sup>4</sup> Artículo 1 de la LOAES.

<sup>5</sup> Artículo cuarto de la LOAES:

*“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.*

*a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.*

*b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.*

*c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.*

*d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”.*



afectar a los derechos fundamentales, podrá limitar la circulación, practicar requisas, intervenir y ocupar transitoriamente industrias, salvo domicilios privados, limitar o racionar servicios o productos de primera necesidad y asegurar el abastecimiento y el funcionamiento de los servicios<sup>6</sup>. En este caso, no hay restricción de derechos, sino tan sólo limitación de los mismos. Es decir, supuesto de normal funcionamiento, salvo excepciones.

Por lo que respecta al Estado de Excepción, cuyo presupuesto es la existencia de una situación en la que *“el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo”*<sup>7</sup>, exigirá para su declaración la previa autorización del Congreso de los Diputados, con determinación de los efectos, relación de las medidas, ámbito territorial afectados y cuantía máxima de las sanciones a imponer por parte de la Autoridad gubernativa. En este Estado, la incidencia en el caso de los derechos fundamentales es mayor, y supone, *de iure* y *de facto*, una auténtica restricción, especialmente visible en lo relativo a la prohibición de desplazamientos y restricciones horarias, incluso su comunicación en el caso de personas sospechas, la posibilidad –con control judicial- de que una detención se extienda por diez días, o la suspensión de la inviolabilidad del domicilio, además de intervenir comunicaciones. Todo ello, sin olvidar la posibilidad de suspender publicaciones o disolver reuniones y manifestaciones. Medidas y supuestos que, por suponer una grave alteración de la normalidad, suponen también una notable restricción de la *normalidad constitucional* que preside el ejercicio ordinario de los derechos y libertades.

Y, por último, en lo relativo al Estado de Sitio, conocido como el “Estado de Guerra”, es un supuesto crítico que se produce, como reza la LOAES, *“Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios”*<sup>8</sup>. Supone la militarización del poder civil en el que, además de las medidas

---

<sup>6</sup> Artículo once de la LOAES:

*“Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:*

*a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.*

*b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.*

*c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.*

*d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.*

*e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto”.*

<sup>7</sup> Artículo trece de la LOAES.

<sup>8</sup> Artículo treinta y dos de la LOAES.

restrictivas contenidas en el Estado de Excepción, se podrán suspender temporalmente las garantías jurídicas del detenido. Es un supuesto que se funda en la necesidad de mantener la existencia del Estado, su soberanía y que, por lo tanto, exige del establecimiento de una serie de medidas por parte de quien, de forma ordinaria, no podría hacerlo: el poder militar. Sometido, eso sí, al Gobierno en todo caso.

## II. La jurisprudencia constitucional sobre el Estado de Alarma

### 2.1. Antecedentes: la STC 83/2016, de 28 de abril

En esta primera sentencia, el Tribunal Constitucional resolvía el conocido como “conflicto de los controladores aéreos”<sup>9</sup>, que propició la primera declaración del Estado de Alarma de nuestra historia constitucional en diciembre de 2010<sup>10</sup>, posteriormente objeto de recurso de amparo contra el auto de inadmisión de su demanda frente al Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma, por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010, por el que se solicita del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma y el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre. Para los recurrentes, se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la jurisdicción.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional interpreta la supuesta vulneración aducida pero, muy especialmente se centra en un aspecto conexo pero trascendental, y es la posición jurídica, dentro del sistema de fuentes, del propio Estado de Alarma. Esto es, el rango normativo de los reales decretos de declaración y prórroga. Para el Tribunal, *“aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación*

---

<sup>9</sup>El sábado 4 de diciembre de 2010, al inicio del “puente de la Constitución” que preveía un notable incremento del tráfico aéreo, el Gobierno declaró el Estado de Alarma por la presión de los controladores aéreos por una serie de modificaciones de sus condiciones laborales. El precedente día 3, cuando el Gobierno modificó su marco laboral, iniciaron una huelga encubierta, con abandono de sus puestos incluidos amparándose en cuadros clínicos de “estrés”. Ante la real amenaza de colapso del tránsito aeroportuario y riesgo evidente de accidentes, el Ejecutivo cerró el espacio aéreo, lo que conllevó cancelaciones de vuelos. Posteriormente, ante una más que sospecha de que la situación se repitiese en las inminentes Navidades, decretó la “militarización” del sistema aeroportuario –con lo cual, todos los controladores estaban movilizados y sometidos a las autoridades militares- y el Estado de Alarma.

<sup>10</sup>Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, y su prórroga por Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre.

*puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma”* (FJ 10)<sup>11</sup>. Siendo como es una norma con rango legal, no ha habido, por lo tanto, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. La trascendencia de esta sentencia radica en que clarifica nuestro sistema de fuentes analizando la categorización del marco jurídico que preside la excepcionalidad, en este caso el Estado de Alarma<sup>12</sup>, que tienen un carácter *sui generis*<sup>13</sup>.

## 2.2. La STC 148/2021, de 14 de julio

Esta sentencia es fruto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario de Vox en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

En esta sentencia, de honda complejidad, el Tribunal se centra en dirimir sobre la dialéctica de tensión que se produjo entre la limitación y la suspensión, es decir, sobre cuál de las dos efectivamente tuvo lugar, aunque otros aspectos relacionados con el control parlamentario y sobre si hubiese debido declarar el Estado de Excepción se analizan.

En lo relativo a la nuda distinción entre los Estado de Alarma y de Excepción desde la perspectiva de la semántica entre limitación y suspensión, el Tribunal Constitucional sostiene que *“la declaración de un estado de alarma no consiente la suspensión de ninguno de los derechos de tal rango (que sí cabe para determinados derechos en el supuesto de proclamación del estado de excepción o el de sitio, conforme a los arts. 55.1 y 116.3 y 4 CE), pero sí «la*

---

<sup>11</sup>El Alto Tribunal lo justifica explicando que *“La decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o «alteraciones graves de la normalidad» previstas en la de la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción”* (FJ 10).

<sup>12</sup> Un interesante análisis de esta sentencia se encuentra en ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel. “Sistema de fuentes del Derecho y estado de alarma: la STC 83/2016, de 28 de abril”. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, 2016.

<sup>13</sup> GARRIDO LÓPEZ, Carlos. “Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 110, 2017, pág. 70.

*adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones» a su ejercicio (STC 83/2016, FJ 8), que habrán de atemperarse a lo prescrito en la LOAES y a las demás exigencias que la Constitución impone. En otras palabras, todos estos derechos siguen vigentes” (FJ 3).*

Sin embargo, este claro deslinde o distinción no es usado por el Tribunal para conformar dos conceptos estancos, sino que, antes al contrario, *“una primera aproximación general permite apreciar que el concepto de «limitación» (o «restricción») es más amplio que el de «suspensión», como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada” (FJ 3).*

En caso contrario, se abriría a una arbitrariedad por los poderes públicos. Por ello, señala el Tribunal, *“Tampoco basta con que las medidas extraordinarias establecidas en un decreto de alarma encuentren acomodo, en abstracto, en lo previsto en la LOAES. Además, es preciso que las limitaciones exorbitantes de derechos fundamentales que así puedan disponerse, y que no pueden suponer la suspensión de los mismos, se atemperen a las exigencias de la proporcionalidad: en otro caso, los derechos quedarían a merced de la apreciación de oportunidad de los órganos políticos siempre que las medidas adoptadas fueran reconducibles a los tipos genéricos de intervención previstos, en términos no taxativos, en la Ley Orgánica” (FJ 3).* En síntesis, parece deducirse, la distinción entre ambos conceptos depende del tipo de derecho fundamental del que se trate<sup>14</sup>.

Por otro lado, en relación con la cuestión que mayor problemática jurídico-política suscitó, la relativa al *confinamiento domiciliario*, el Alto Tribunal lo plantea en los siguientes términos: *“Esa es, pues, la cuestión que corresponde dilucidar ahora: en qué medida el «derecho a [...] circular por el territorio nacional» garantizado en el art. 19 CE se ve (simplemente) limitado, o (directamente) suspendido, en el sentido de que cesa pro tempore en su contenido protector, por una disposición que prescribe, literalmente, que durante la vigencia del estado de alarma «las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de [ciertas] actividades»*

---

<sup>14</sup> En palabras de Carmona, *“tenor de lo que establece el art. 55 CE y la LOEAES, la diferencia no estriba en la calidad o la intensidad de la restricción, sino, más bien, en la índole de los derechos que pueden ser afectados. En el estado de alarma los derechos que pueden ser afectados son el derecho a la libertad de circulación, el derecho de propiedad privada, la libertad de empresa y el derecho al trabajo, según establece el art. 11 LOEAES. En los estados de excepción y de sitio, los derechos que pueden ser restringidos son los más relacionados con el orden público o, si se quiere, las libertades públicas: el derecho a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de circulación y residencia, la libertad de expresión, el derecho de reunión, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva”.* CARMONA CUENCA, Encarnación. “Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales ¿limitación o suspensión?”. *Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, pág. 37.

*allí definidas; especificando, además, que tales actividades «deberán realizarse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores o por otra causa justificada» (FJ 5).*

Para el Tribunal, *“A menos que se quiera despojar de significado sustantivo alguno al término «suspensión», parece difícil negar que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los casos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho, proscritos como se ha reiterado ya en el estado de alarma. Otra cosa implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados) la noción misma de «suspensión» utilizada por el constituyente, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad, mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter «meramente» restrictivo, y no suspensivo” (FJ 5).*

Todo ello permite estimar al Tribunal Constitucional varios de los preceptos impugnados. No obstante, el aspecto sustantivo que merece la pena resaltar es que, con esta sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene que la existencia de una excepcionalidad constitucional no conlleva en absoluto la ausencia de límites gubernamentales y que el Ejecutivo, para resolver cualquier crisis que suponga el uso del derecho de excepción, no puede sortear el pulcro respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos que debe proteger.

### 2.3.- La STC 183/2021, de 27 de octubre

En esta segunda sentencia, dictada también a resultas de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario de Vox en el Congreso de los Diputados respecto de diversos preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado real decreto, y el art. 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres) distintos preceptos del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, el elemento nuclear fue la extensión a seis meses, para sortear el debido control parlamentario, del Estado de Alarma.

Hemos de partir de una imagen retrospectiva que se produjo en el primer Estado de Alarma: tras su declaración, el Gobierno fue, reiteradamente, solicitando sucesivas prórrogas<sup>15</sup> al Congreso de los Diputados, ocasión propicia para suscitar cada vez más agrias controversias políticas que debilitaban su posición, minando su crédito, ya que, de una adhesión unánime en los primeros momentos, el devenir de las semanas y la intensa y creciente gravedad de la pandemia propició un cuestionamiento de las medidas adoptadas.

Tres fueron los concretos ámbitos recurridos: las reglas por las que fueron designadas, como autoridades competentes delegadas del Gobierno para determinados efectos del estado de alarma y en los respectivos ámbitos territoriales, a los presidentes de cada comunidad autónoma y ciudad con estatuto de autonomía; las reglas referidas a la duración de la prórroga del estado de alarma y, en relación con ello, a la “rendición de cuentas” por el Gobierno ante el Congreso de los Diputados; y, por último, que varios de los preceptos y determinaciones ya considerados habrían incurrido en contravenciones materiales o sustantivas, al infringir directamente preceptos de la Constitución relativos a derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso, aunque lo rechaza en cuatro esferas específicas aducidas por los recurrentes en lo relativo a los derechos fundamentales: la limitación de la circulación de personas en horario nocturno –al considerar que *“establecer una limitación de la circulación de las personas durante determinadas horas de la noche, en concreto desde las 23:00 hasta las 6:00 horas, debe reputarse como una medida adecuada para combatir aquella evolución negativa de la pandemia, toda vez que, de ese modo, se hizo frente a una situación de riesgo que había sido detectada como favorecedora de los contagios, la de los encuentros sociales producidos en aquellas horas de la noche del tiempo anterior al estado de alarma”* (FJ 4)-; la limitación de entrada y salida de personas en comunidades y ciudades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores (FJ 5); la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados –al entender que *“el estado excepcional de crisis motivado por la propagación del coronavirus, agravado por el apreciado incremento cuantitativo de la incidencia de contagios, la preocupante situación de la asistencia sanitaria, al borde de la saturación y el colapso, así como la necesidad de reducir, en la medida de lo posible, los encuentros sociales para, de ese modo, dificultar la movilidad del virus, precisaban de la adopción de una medida de esta naturaleza, que, si bien no llegaba a impedir el contacto social entre las personas, sí, al menos, lo restringía a una cifra máxima que se ajustaba, en términos de proporcionalidad, a un equilibrio entre el reconocimiento que merece la condición de ser social de las personas y la lucha por preservar la salud pública”* (FJ 6)-; o, por último, la

---

<sup>15</sup> Seis en total, desde el 14 de marzo de 2020 (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo), hasta el 21 de junio (Real Decreto 555/2020, de 5 de junio).

limitación de la permanencia de personas en lugares de culto, -en la consideración de que “*si la limitación prevista en el art. 8 lo que hace es simplemente condicionar el establecimiento de aforos de asistencia a actos religiosos y de culto al cumplimiento de un criterio de alcance general como es el del «riesgo de transmisión» de la pandemia, derivado de aquellos encuentros colectivos, pero sin establecer pautas de cuantificación o porcentajes máximos de asistencia, debemos desestimar la pretensión sin más largo discurso argumentativo; en primer lugar, porque se trata de una impugnación que tiene carácter preventivo, en la medida en que no es esta norma la cuestionable sino la que, en uso de la habilitación conferida, hubiera podido dictar la autoridad autonómica correspondiente estableciendo los aforos máximos para su ámbito territorial. Y, en segundo término, porque, como ha declarado este tribunal, «la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca motivo bastante para declarar [su] inconstitucionalidad»*” (FJ 7).

En lo relativo a la excesiva extensión del Estado de Alarma, el Tribunal Constitucional reconoce la indefinición en cuanto a su duración, que debe ser apreciada por el Congreso de los Diputados aunque, no obstante, sí señala que “*No puede calificarse de razonable o fundada la fijación de la duración de una prórroga por tiempo de seis meses que el Congreso estableció sin certeza alguna acerca de qué medidas iban a ser aplicadas, cuándo iban a ser aplicadas y por cuánto tiempo serían efectivas en unas partes u otras de todo el territorio nacional al que el estado de alarma se extendió*” (FJ 8). Una cuestión que no es problemática, para el Tribunal, por su duración, sino por su carácter irrazonable, ya que “*La determinación temporal de aquella prórroga de seis meses se realizó de un modo por entero inconsistente con el sentido constitucional que es propio al acto de autorización y sin coherencia alguna, incluso, con aquellas mismas razones que se hicieron valer por el Gobierno para instar, por ese concreto plazo, la prórroga finalmente concedida*” (FJ 8).

Otro tema ventilado en la sentencia, que conecta con el necesario equilibrio cooperativo-colaborativo que preside la separación de poderes en un Estado de Derecho, es resuelto en la sentencia desde la perspectiva de lo que, en el mundo anglosajón, se conoce como *accountability*, y es la rendición de cuentas, la capacidad de fiscalización que el Congreso debe ejercer sobre el Gobierno en un régimen parlamentario y cómo este debe, proactivamente, facilitar dicha labor para fortalecer el conjunto del sistema político.

Por ello, un control parlamentario eficaz resulta crucial. Si el control se predica en toda su extensión en situaciones de normalidad, más aún es así en situaciones de excepcionalidad, donde el Gobierno puede verse *tentado* de hacer un indebido uso extensivo de sus prerrogativas amparado en la excepcionalidad de la crisis a superar.

Bajo ese prisma, se percibe con nitidez lo expresado por el Tribunal en su sentencia, según el cual, *“En el transcurso de un episodio de grave alteración de la normalidad como es, en el caso de autos, el del estado de alarma declarado por causa de una pandemia, forma parte de los deberes del Ejecutivo el de «rendir cuentas» al Congreso de los Diputados de «los datos y gestiones» que aquel realice para combatir la situación de crisis e informar de la evolución de las medidas que esté aplicando para revertir aquella situación”* (FJ 9). Para el Tribunal, las comparecencias parlamentarias tanto del Ministro de Sanidad como del Presidente del Gobierno fueron regulares, adecuadas, por lo tanto.

Sin embargo, el problema surge con la aprobación de las autoridades competentes delegadas en la persona de los respectivos presidentes autonómicos, que permitió sortear al Gobierno la debida fiscalización. Ello permite afirmar al Constitucional que *“Dado que la gestión y aplicación directa de las medidas previstas en las disposiciones impugnadas quedó delegada en los presidentes de las comunidades autónomas y en los de las ciudades con estatuto de autonomía que, por las razones acabadas de expresar, quedaban fuera del ámbito del control político del Congreso de los Diputados, la «rendición de cuentas» quedó, en la práctica, limitada a comparecencias del presidente del Gobierno y de los dos titulares que se sucedieron en el Ministerio de Sanidad durante la vigencia de la prórroga, que, en los plazos que se indicaban en aquel precepto, llevaron a efecto una valoración general de la evolución de la pandemia que motivó el estado de alarma, pero sin que aquellos pudieran ser sometidos al régimen de control político por el Congreso de los Diputados, en orden a la aplicación de las medidas previstas en aquellas disposiciones recurridas, toda vez que no fue el Gobierno el que aplicó las medidas y gestionó directamente dicha aplicación, ni tampoco la «modulación, flexibilización, suspensión» o «regresión» de aquellas medidas”* (FJ 10).

Concluye este punto el Tribunal con un resumen demoledor de la fallida y, probablemente, premeditada, ausencia de rendición de cuentas por parte del Ejecutivo que merece la pena destacar: *“Quedó así cancelado el régimen de control que, en garantía de los derechos de todos, corresponde al Congreso de los Diputados bajo el estado de alarma. Control parlamentario que está al servicio, también, de la formación de una opinión pública activa y vigilante y que no puede en modo alguno soslayarse durante un estado constitucional de crisis”* (FJ 10).

## Conclusiones

La pandemia causada por la propagación del Coronavirus ha supuesto la quiebra de la normalidad constitucional en España y la dilación, por un largo período de tiempo de duración imprevista por imprevisible, de la anormalidad que preside el derecho constitucional de excepción.



El derecho y sus costuras, siempre frágiles, han sido cuestionados en la dogmática relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas en tiempo de crisis ajenas a la fortaleza institucional del Estado de Derecho.

El Estado de Alarma, -mejor, los sucesivos Estados-, han transformado la forma de ver y entender la pacífica concepción de los derechos, concebidos como prácticamente inamovibles e intocables. El confinamiento, la limitación de los derechos de residencia o circulación, el derecho de reunión o el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, han sido objeto de una convulsión sustantiva que ha incidido en la, hasta entonces, serena praxis dogmática.

Otras esferas, como las relativas a las relaciones institucionales y al equilibrio cooperativo-cooperativo entre poderes del Estado que preside las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo en un régimen parlamentario, se han deslizado peligrosamente hacia la dudosamente constitucional potenciación del Gobierno en una doble vertiente: la amplitud e incidencia de las medidas adoptadas, y el limitado control parlamentario.

Todas estas cuestiones, más la que, en 2016, ya resolvió desde la perspectiva de la posición jurídico-normativa del Estado de Alarma en la jerarquía de las fuentes del derecho, han sido resueltas en sendas sentencias de 2021 –en espera de alguna más-, que han reforzado el garantista control de constitucional sobre el más indeterminado de los Estados del derecho de excepción, reduciendo el margen de arbitraria discrecionalidad que el Gobierno puede tener para resolver la crisis o crisis que dan lugar a la declaración de dicho Estado.

Con estas sentencias, el Estado de Derecho se ha reforzado, pero también ha mostrado que, en situaciones y circunstancias de excepcionalidad, los derechos fundamentales y las libertades públicas no puedan darse por inmutables y consolidados. Se precisan garantías sólidas para que el ejercicio por los ciudadanos de sus derechos no quede al albur de un difuso y contingente criterio de oportunidad política que, por motivos electorales, por ejemplo, pueda diluir el *statu quo* democrático.

# RESEÑAS

***ANA M. BADIA MARTÍ Y LAURA HUICI SANCHO  
(DIRS.), EL BREXIT Y SUS CONSECUENCIAS,  
MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y  
SOCIALES, MADRID, 2022, 167 PP.***

CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO\*

El título de la obra que ahora reseño es directo y, con toda claridad, apunta al corazón de lo que siempre escondió la retirada de Reino Unido de la Unión Europea, es decir, sus consecuencias. Los directores de la obra han sabido resumir, por lo tanto, y en pocas palabras, la esencia de una realidad compleja e incierta como es que un Estado abandone una Organización internacional, lo que no es habitual, y mucho menos cuando se trata de un esquema de integración, en este caso precisamente el que mayor éxito tiene en la comunidad internacional. Por ello, se debe coincidir con la Dra. Laura Huici cuando señala que, al cabo, la publicación se realizó por “el interés de las presentaciones y del tema en sí mismo, de gran complejidad y con un carácter multifacético (...)”, (p. 12. Presentación). Por todo ello, una primera aproximación a esta obra colectiva aventura que se van a abordar, con detalle y profundidad, aspectos centrales que definen la retirada de Reino Unido de la integración europea. Y así es. La lectura completa de los interesantes trabajos de investigación que componen la obra conduce, al menos, a dos conclusiones: la Primera, que los temas han sido bien seleccionados por los directores de la obra y que se ha realizado por parte de éstos una exquisita labor de orden y sistematización. Y la Segunda, que se abordan con intensidad y rigor cada una de las materias que integran este trabajo de investigación, proporcionando una base científica sólida para su análisis y obteniéndose resultados tangibles.

Ante todo, se incluyen dos capítulos introductorios que son necesarios para descubrir los caminos que ha transitado el Brexit y, especialmente, el contexto jurídico en que se ha producido este hecho, en toda su amplitud. Así, la obra se abre, en primer lugar, con las rigurosas reflexiones de la Dra. Ana Badía “en torno a la adquisición y pérdida de la condición de miembro de una organización internacional” que constituye una materia de gran relevancia en el orden internacional y que sirve claramente al fin de situar al lector en la senda de los problemas jurídicos de todo tipo que acarrea el abandono por parte de Reino Unido de una Organización internacional de integración. La Profesora Badía Martí recuerda que “el Derecho de las organizaciones es parte de ordenamiento jurídico internacional” (p. 17), aseveración que es imprescindible tener en cuenta

---

\*Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

para comprender con toda nitidez lo que ha significado el Brexit en términos jurídicos y también para advertir cómo ha sido una manifestación más de la voluntad política de los Estados. El eje central del discurso normativo de la Dra. Ana Badía gira en torno a la noción de “voluntariedad de la participación” que, con toda razón, es una de las bases primordiales del Derecho de las Organizaciones internacionales y que engarza, con toda naturalidad, con el principio de la igualdad soberana de los Estados. En resumen, el trabajo de la Profesora Badía Martí es indispensable en una obra de estas características en la que se pretende proporcionar al lector una visión normativa de las consecuencias del Brexit. Y más todavía, cuando se hace, como es el caso, mediante una lúcida narrativa jurídica en la que se prescinde de todo tipo de adornos innecesarios. En la misma línea, se inscribe el trabajo de la Dra. Huici Sancho titulado: “El tortuoso camino jurídico hacia el Acuerdo de retirada y el Acuerdo de comercio y cooperación entre Reino Unido y la Unión Europea” en el que, con buena técnica jurídica y con perspectiva normativista, se acometen todas las complicadas cuestiones que, en la mayoría de las ocasiones, ha originado la negociación para la retirada y la búsqueda de un contexto de entendimiento para el futuro entre los actores del *Brexit*. La profesora Laura Huici no esconde los componentes de tensión que han aderezado los procesos de negociación y, con acierto, llega a la conclusión de que “el alto grado de integración que comporta la participación de un Estado en la UE conlleva que la retirada va a ser siempre un proceso extremadamente complejo y difícil de abordar en toda su extensión” (p. 42).

El tercer Capítulo, redactado por los Profesores Mel Kenny y Antonio Cardesa-Salzmán también tendría un carácter introductorio, eso sí, poniendo de relieve en este caso el carácter político de la decisión británica de abandonar la Unión Europea. Estos autores realizan un estudio verdaderamente de interés, que se proyecta a caballo entre la verdad normativa y la realidad política y en el que se advierten dos notables consecuencias que se derivan de lo que ha sucedido en el proceso que ha conducido a la decisión de las autoridades de Londres de abandonar la Unión Europea. Por una parte, los autores anotan la eventual quiebra, lo que sobrepasa la tradicional flexibilidad, de la Constitución no escrita británica en favor de postulados netamente populistas. Por otra parte, quieren dejar constancia de las dificultades y confrontaciones que se pueden producir en las relaciones entre Reino Unido y la Unión Europea, precisamente por la aceptación de nuevas técnicas jurídicas que, englobadas en decisiones políticas, pretenden justificar los cambios de posición y, con ello, debilitar los controles democráticos. Como bien lo dicen, en el fondo, se persigue “la instrumentalización de los acuerdos de retirada (...)” (p. 59). En esencia, los Dres. Kenny y Cardesa han realizado un sugestivo análisis en el que se combina sabiamente lo político y lo jurídico en lo que respecta al *Brexit*.

En los siguientes Capítulos de la obra (4, 5 y 6) se llevan a cabo estudios más específicos sobre consecuencias concretas del Brexit en ámbitos materiales que, en ocasiones, no han recibido la atención que merecían por parte de la

doctrina científica. Así, en el Capítulo 4, el Dr. Christian Twigg-Flesner profundiza en los derechos del consumidor y en el impacto que la retirada tendría en el ordenamiento jurídico británico. A través de un detallado análisis, se especifica que no parece probable que se produzca “una reducción de los derechos de los consumidores” o que tengan lugar “reformas legislativas significativas” (p. 77). En cualquier caso, el autor realiza un examen de carácter evolutivo de los derechos del consumidor en cada una de las etapas que finalmente han conducido al abandono por los británicos de la Unión Europea y, en particular, pone el acento en las implicaciones del Acuerdo de Comercio y Cooperación en la configuración futura del ordenamiento jurídico interno en esta materia en Reino Unido. En el Capítulo 5, la Dra. Claudia Manrique Carpio profundiza en las consecuencias que el *Brexit* tiene en los servicios, con especial énfasis en la industria creativa. Esto hace que la investigación penetre en uno de los sectores que despiertan, en la actualidad, un mayor atractivo en el marco de los esquemas de integración: la cooperación/integración cultural. Desde luego, se constata por la autora cómo el abandono británico de la Unión Europea tiene un negativo impacto en esta materia y, además, que se carece de la voluntad política para resolver los graves inconvenientes que se han generado para las industrias creativas. Mediante un fértil análisis se llega a la conclusión de que el Acuerdo de Comercio y Cooperación “no tiene finalmente el alcance suficiente para incluir a la industria creativa, ya que los requisitos y condiciones son muy específicos a cada una de las categorías de visitantes empresariales y dejan poco margen para incluir otros sectores de servicios que no han sido considerados” (p. 101). El Capítulo 6, realizado por la Dra. Ana Sánchez Cobaleda titulado: “El impacto del *Brexit* en los controles de exportaciones estratégicas” abunda en otros de los campos que necesariamente requieren estudios específicos. Mediante un examen pormenorizado, la autora desgrana las consecuencias del *Brexit* en el comercio internacional o, como ella lo indica, en el “movimiento internacional de productos de doble uso” y, con ello, detalla los efectos en el comercio estratégico, “componente esencial no solo desde el punto de vista económico y comercial, sino también desde la geoestrategia y la seguridad nacional, tanto para la UE como para Reino Unido” (p. 104). En realidad, la Dra. Sánchez Cobaleda acierta porque sabe que habrá notables repercusiones en los terrenos “de la seguridad y la capacidad de influencia” (p. 119).

Por último, se abordan algunos temas desde el prisma de la política exterior. En primer lugar, la Profesora Leire Moure se detiene en el análisis de la Unión Europea como actor global, lo que ha dado lugar a interesantes discusiones políticas y doctrinales. En este caso, se realiza un examen con sustancia que pretende, como lo indica la autora, indagar en “la evolución discursiva que ha tenido lugar desde el comienzo del proceso de salida de Reino Unido de la UE que (...) está contribuyendo a modificar con cierta celeridad su identidad como actor internacional a través de lo que podríamos denominar un giro geopolítico” (p. 124). A mi juicio, el abandono británico será rentable para robustecer la posición geopolítica de la Unión Europea. Pero, será una labor titánica el logro

de su autonomía estratégica y, más todavía, la necesaria diferenciación entre los relatos nacionales y la narrativa común, aunque se debe aceptar que “la retirada de Reino Unido de la UE ha contribuido a unificar el relato a través de una narrativa estratégica mejor definida por parte de las instituciones comunitarias” (p. 141). En segundo lugar, la Profesora María Mut Bosque se centra en un estudio particular de la Commonwealth que, con toda seguridad, tiene su importancia en los análisis sobre las consecuencias del *Brexit*. En esta dirección, cabría destacar dos aspectos de su trabajo: el primero, el detenido estudio que realiza la autora sobre la condición jurídica y personalidad de la Commonwealth, lo que hace que penetre en el derecho de las Organizaciones internacionales, llegando a considerar que esta comunidad histórica goza de un carácter *sui generis*. En particular, la define como “una institución internacional caracterizada por una amplia flexibilidad y un alto grado de descentralización en la toma de decisiones” (pp. 149-150). El segundo, presenta un mayor interés en esta obra, puesto que la autora mantiene una posición realista, alejada de evocaciones históricas, y descubre que la Commonwealth no será el sustituto de la Unión Europea tras el *Brexit*. En efecto, es verdad que “la propia naturaleza *sui generis* y normativa de *soft law* de la Commonwealth hacen que, hoy por hoy, la tarea de establecer un área comercial común sea inviable” (167).

En definitiva, el lector encontrará aquí una obra de gran calidad científica en la que se han combinado con destreza distintos aspectos que conforman la retirada de Reino Unido del esquema de integración que representa la Unión Europea. En verdad, se podría definir como una obra colectiva que, enfocada en perspectiva jurídica, no oscurece lo que se esconde tras una decisión tan definitiva como poco meditada, como fue acordar el abandono de un Estado de una Organización internacional de integración, lo que tiene que producir evidentes consecuencias tanto políticas como jurídicas. Con toda seguridad, el lector iniciado gozará con la lectura de los trabajos que integran esta obra colectiva pero, además, podrá comprobar la destreza científica de quienes la idearon y elaboraron.

***FERNÁNDEZ LIESA, C. Y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ,  
E. (DIRS.), URBANEJA CILLÁN, J. (COORD.),  
NUEVAS DIMENSIONES DEL DESARROLLO  
SOSTENIBLE Y DERECHOS ECONÓMICOS  
SOCIALES Y CULTURALES, ARANZADI,  
PAMPLONA, 2021, 569 PP.***

JUAN MANUEL RODRÍGUEZ BARRIGÓN\*

La Comunidad Internacional del siglo XXI, sumida en procesos complejos de globalización y en las incertidumbres de los riesgos globales, continúa sumida en grandes diferencias de desarrollo económico que obstaculizan que los beneficios del progreso queden equitativamente repartidos. La asunción del desarrollo sostenible como principio que guía la acción de los Estados y la cooperación internacional presenta un potencial transformador que puede quedar sustentado sobre los consensos que ha generado en torno a él, y que actualmente encuentra una de sus más depuradas expresiones en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprueba la Agenda 2030. Se trata de un “plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad” perfilado a través de objetivos y metas que no pueden ser entendidos sin el goce efectivo de los derechos humanos.

Las dificultades para soportar el concepto de desarrollo sostenible sobre normas jurídicas no pueden ser evitadas, especialmente si consideramos la naturaleza de los instrumentos sobre los que se construye. Pero no es menos cierto que en buena medida los objetivos que se ha convenido asociar a él toman como base fundamental obligaciones preexistentes, lo que facilita que tales objetivos pueda entenderse dentro de un marco político para su interrelación y coordinación dentro del cumplimiento de estrictas obligaciones internacionales que se extienden en los ámbitos económico, social y medioambiental. Es éste un componente de gran relevancia, toda vez que puede entenderse que la aplicación de los ODS debe hacerse de forma coherente con los derechos económicos, sociales y culturales pues, aunque éstos presenten un alcance más amplio, permiten dotar de cierta integración al conjunto de objetivos y facilitar su efectividad.

La obra que se presenta queda comprendida en estos parámetros de interrelación, materia no exenta de cierta complejidad deducida no sólo de la

---

\*Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Extremadura.

variedad de ámbitos materiales que pueden quedar comprendidos en la asociación entre desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales, sino también por la exigencia de aproximarse a ella bajo perspectivas analíticas de carácter multidisciplinar. El esfuerzo que representa su estudio queda orientado necesariamente a la consecución de objetivos consensuados de forma general, pero es inevitable que deba ser puesto hoy en relación con las dificultades que se añaden por la grave crisis sanitaria mundial en que aún estamos inmersos, tal y como hacen buena parte de las contribuciones que componen el libro.

Esta extensa publicación se estructura en dos partes que delimitan diferentes dimensiones guiadas por esta percepción amplia que se otorga al desarrollo sostenible. La primera de ellas agrupa algunas aportaciones en las que se abordan las “nuevas dimensiones del desarrollo sostenible”.

Los dos primeros capítulos abordan en diferentes ámbitos cuestiones relacionadas con la financiación del desarrollo y su conexión con la Agenda 2030. El primero (Eugenia López-Jacoiste Díaz) analiza de forma general los diferentes componentes financieros que confluyen en la realización de los objetivos de desarrollo sostenible, necesariamente basados en una cooperación internacional que se orienta a dotar de efectividad a los mismos. En ello están presentes de forma lógica las instituciones financieras internacionales, pero también se estudian otros campos de relevancia fundamental como las cargas y obstáculos que representa la deuda para Estados expuestos a una crisis económica, especialmente cuando se agrava “repentinamente” con la pandemia. El impacto de esta situación sobre los resultados alcanzables, y en los tiempos consensuados, parece ya fuera de duda. Este hecho inspira de forma particular el segundo capítulo (Jorge Urbaneja Cillán) que analiza con detalle el conjunto de medidas adoptadas por la Unión Europea para apoyar a los Estados en la necesidad urgente de recuperar sus debilitadas economías. Ciertamente, constituye un paquete amplio que comprende adaptaciones muy importantes y una orientación especializada a los fondos disponibles. Pero es relevante que su principal componente, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, quede específicamente conectado con el impulso general del desarrollo sostenible de los Estados miembros.

El capítulo tercero (Bárbara de la Vega, María José Álvarez Gil, María González-Páramo) toma como elemento central la moda, tema nada frívolo cuando se conecta con los objetivos de desarrollo sostenible. Las exigencias deducidas de la responsabilidad social corporativa y la necesidad de transparencia constituyen una guía fundamental, pero tal vez no suficiente para incardinar esta materia en el sistema del desarrollo sostenible. Por ello las autoras proponen planteamientos propios de la economía circular como medio para superar algunas prácticas con un impacto negativo de orden medioambiental o social y avanzar en el cumplimiento de los ODS.



El capítulo cuarto (Félix Vacas Fernández) conecta un tema de gran relevancia para la Sociedad Internacional de nuestros días como son las migraciones y el desarrollo sostenible, en el que se descubren relaciones complejas y de gran amplitud. Los avances que representa el tratamiento de esta materia se contextualiza con los objetivos fijados en el Pacto Mundial sobre migraciones acordado en Marrakech, haciendo notar las concordancias que éste presenta con el desarrollo. No obstante, el autor previene frente a un aparente debilitamiento de la técnica normativa que da tratamiento a las migraciones bajo una perspectiva de objetivos vinculados al desarrollo, toda vez que ésta no excluye ni puede ser divergente de la imposición de obligaciones derivadas del respeto por los derechos humanos de los migrantes.

Los avances en este campo de los derechos humanos se manifiestan también en relación con las empresas, y precisamente los problemas de acceso a la justicia que existen los conectan directamente con el objetivo de promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas (ODS 16). Estos aspectos, no exentos de dificultades para ser contenidos en normas convencionales que aporten soluciones, son tratados en el capítulo quinto (Maria Chiara Marullo, Claire Bright, Francisco Javier Zamora Cabot), en los que se analizan los avances que se producen en diferentes ámbitos entre los que sobresalen los trabajos desarrollados en el Consejo de Derechos Humanos.

También en el ámbito económico y sus relaciones con los Derechos Humanos se centra el capítulo sexto (Yolanda Gamarra), estudiando de forma particular algunos problemas relacionados con las actividades extractivas y su incidencia sobre los conflictos ambientales y la justicia social en Latinoamérica. Su origen puede encontrarse en las necesidades de atraer inversiones que promuevan el desarrollo sostenible y las carencias de efectividad de control del Estado sobre las empresas; pero las soluciones deben entroncarse en la obligación de los Estados de prevenir, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos junto a la aplicación correcta del principio de diligencia debida por parte de las corporaciones.

Las relaciones entre intereses medioambientalistas y mujeres son objeto de estudio en el Capítulo VII (Montserrat Huguet), desde las primeras manifestaciones de activismo dominado fundamentalmente por varones, con discreto protagonismo femenino, hasta la implantación de organizaciones de mujeres orientadas hacia este ámbito especialmente. La experiencia comparada resulta amplia, tanto desde el punto de vista evolutivo como en diferentes ámbitos geográficos y culturales, y encuentra manifestaciones convencionales nítidas que asocian de manera estricta mujeres, protección, naturaleza y sostenibilidad. Pero, sobre todo, suscita cuestiones relevantes sobre la fundamentación de tales vínculos y la organización sobre los mismos de movimientos organizados que promueven la defensa de la naturaleza.

El octavo capítulo (Déborah Presta Novello) conecta a los pueblos indígenas con la Agenda 2030. La incidencia que los ODS tienen sobre los pueblos indígenas van más allá de las alusiones expresas y se deben poner de manifiesto las condiciones de vida y desarrollo de estos pueblos, por lo que deben alentar la promoción de sus derechos, particularmente a través de la obligación de consulta de los Estados sobre los asuntos que puedan afectarles. Pero destaca la acuciante necesidad de atención que requieren ante una situación de pandemia que ha acentuado su vulnerabilidad y eleva los riesgos de aplazamiento de la satisfacción de sus necesidades particulares asociadas al desarrollo sostenible.

Las cuestiones medioambientales son retomadas en el Capítulo noveno (Montserrat Abad Castelos) que, partiendo del objetivo transformador que se contiene en los ODS, analiza críticamente las normas internacionales de protección del medio ambiente. Con un carácter propositivo, hace notar la necesidad de transformaciones en el sistema jurídico internacional en determinados ámbitos, destinados particularmente a evitar la excesiva sectorialización que impide una sistematización completa de las normas en torno a principios que faciliten la aplicación de normas y, sobre todo, faciliten avances sustanciales. Igualmente, suscita la oportunidad de avanzar en la proclamación de un derecho a un medio ambiente sano en el Derecho internacional de los derechos humanos o extender la protección del medioambiente a todas las situaciones, lo que tiene especial relevancia sobre sus relaciones con la paz y los conflictos, lo que exigiría ir más allá de las normas que regulan las hostilidades para incorporar la prevención y la construcción de la paz.

La parte segunda contiene las contribuciones orientadas al estudio de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con el desarrollo sostenible. Y se inicia con un Capítulo (Carmen Márquez Carrasco) que aborda la relación entre la Agenda 2030 y la agenda “empresas y derechos humanos”. Partiendo del hecho de que la relación entre los derechos humanos y las empresas queda incorporada en los ODS, los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos tienen una especial utilidad para su implementación. Por ello, la autora propone que no sean observados como agendas que transcurran en paralelo, porque el análisis de las mismas demuestra las posibilidades de complementariedad dado que entroncan ambas en la realización de los derechos humanos e incorpora la oportunidad de evitar que la actividad empresarial los exponga a riesgos.

La integración del sector privado en el cumplimiento de los ODS y los efectos sobre el ámbito de los derechos humanos es objeto de estudio en el Capítulo undécimo (Laura García Martín). Partiendo de la interrelación entre los derechos económicos, sociales y culturales con aquellos objetivos, la autora aborda las obligaciones que se imponen en este ámbito a Estados y a empresas;

ello tiene especial relevancia cuando estos actores privados empiezan a ser contemplados entre los elementos centrales para la consecución del desarrollo sostenible. Ello abunda en la necesidad de profundizar en la confluencia sobre ellos de los marcos de referencia que constituyen los Principios Rectores de Naciones Unidas y los ODS que enmarque la interdependencia y cumplimiento de obligaciones y objetivos vinculados a los derechos humanos y al desarrollo sostenible.

Los derechos de contenido social y los ODS encuadran el Capítulo duodécimo (Elena C. Díaz Galán), que subraya la vinculación estrecha entre estos derechos y el desarrollo sostenible, expresión de una de las dimensiones que están presentes en la Agenda 2030. A pesar de que ésta quede inserta dentro del desarrollo sostenible junto a las dimensiones económica y medioambiental, la autora sostiene cierta autonomía para la misma a través de la noción de desarrollo social, que se sustenta en instrumentos internacionales que promueven la centralidad del ser humano y su bienestar. Pero ello no lo disocia de la importancia que se atribuye a estos derechos en el marco de los ODS, cuyo análisis acredita que, junto al principal objetivo de erradicación de la pobreza extrema, quedan reflejados de forma extensa en los objetivos y metas que aglutina y, además, constituye la Agenda un medio adicional para dotarles de efectividad.

El capítulo decimotercero (Ana Manero Salvador y Marta Sosa Navarro) suscita interesantes cuestiones a las que han debido enfrentarse los Estados ante una situación de pandemia, partiendo en todo caso de la caracterización del derecho a la salud en el orden internacional y el esfuerzo extraordinario que supone su protección en situaciones de emergencia. Las graves consecuencias que las patologías asociadas a esta pandemia y, especialmente, la posibilidad de obtener tratamientos preventivos ha generado tensiones lógicas sobre el acceso a las mismas y el alcance de la cooperación internacional, especialmente por las consecuencias que tiene una eventual restricción sobre las exportaciones de medicamentos hacia Estados que no disponen de capacidades para producirlos; pero ello sin desconocer los problemas particulares que se deducen del régimen internacional de la propiedad intelectual.

Las difíciles circunstancias generadas por la pandemia iniciada en 2020 han tenido consecuencias inmediatas en numerosos ámbitos relacionados con los derechos humanos, entre los que se encuentra la educación. Los problemas que se han constatado y el grado de realización del ODS 4 son objeto de detallado estudio en el capítulo decimocuarto (María Isabel Torres Cazorla), que parte del contraste entre la proclamación y definición del derecho a la educación en instrumentos internacionales y los dispares niveles de cumplimiento antes de la mencionada fecha. Pero el advenimiento de la crisis sanitaria ha incrementado las dificultades para dotar de efectividad a este derecho, generando situaciones que inciden sobre la desigualdad aun habiéndose dispuesto de forma generalizada

herramientas para seguir las enseñanzas con medios digitales en diferentes niveles formativos. Por ello, concluye la autora que las dificultades encontradas han permitido constatar deficiencias que requieren respuestas, fundamentalmente para alcanzar condiciones de inclusión y equidad que no vacíen el contenido del derecho a la educación.

Este ámbito de la educación y la inclusión de las personas con discapacidad permiten suscitar algunos interrogantes para el caso particular de España. Así, el capítulo decimoquinto (Antonio Pastor Palomar) parte del estudio general de los ODS y la educación de calidad para personas con discapacidad y plantea la oportunidad de interrogantes en torno al carácter inclusivo de los modelos educativos que excluyen la educación especial. Los diferentes mecanismos de control que a tal efecto se han establecido en el ámbito internacional, tal y como se contienen en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, en su aplicación a España, son objeto de exhaustivo análisis y valoración a la luz de las modalidades educativas que están vigentes en el sistema educativo español.

La perspectiva de género constituye uno de los aspectos más frecuentemente destacados de la Agenda 2030, y a ello se dedica el capítulo decimosexto (Diana M. Verdiales López). La autora parte de la consideración de los derechos humanos como condición necesaria para alcanzar el desarrollo sostenible y analiza las metas e indicadores en los que se refleja la oportunidad de introducir un enfoque de género, especialmente en las estrategias nacionales. La compatibilidad y complementariedad que observa entre los enfoques basados en los derechos humanos y de género se basa en la interdependencia entre ambos conceptos y el concepto de desarrollo sostenible que se incorpora a la Agenda 2030.

El último capítulo (Sagrario Morán Blanco. Cástor Miguel Díaz Barrado) analiza las vinculaciones entre las ciudades, los ODS y los derechos humanos. La concentración de poblaciones en el medio urbano y la calidad de vida que se asocia a él no han sido objeto de una atención especial en la Sociedad Internacional hasta tiempos relativamente recientes, propugnándose ya la estructuración de la ciudad como medio para la realización de los derechos humanos. El ODS 11 confirma esta tendencia frente a las graves vulneraciones que actualmente se constatan sobre derechos humanos vinculados al ámbito social, económico o medioambiental. El derecho a una vivienda es claro exponente de ello, sobre el que los Estados y demás actores implicados no ponen los medios suficientes para su satisfacción general.

La obra que se propone para lectura desde estas páginas resulta de gran interés y actualidad, no sólo por abordar cuestiones relativas a los derechos económicos, sociales y culturales en el marco de los ODS, sino también por contextualizar la situación de los mismos en un momento crítico de pandemia.

Constituye así una relevante aportación al estudio de las materias señaladas y expresión de la aportación analítica y reflexiva que hace el ámbito académico a los ambiciosos objetivos que se ha marcado la Comunidad Internacional a través de una Agenda que marca un camino y unas metas para el año 2030. Y su finalidad no es otra que, como se subraya en la introducción de la obra, alcanzar “un mundo mejor, más respetuoso con la dignidad humana, donde la globalización no sea un valle de lágrimas, sino una oportunidad y donde las generaciones futuras no tengan que lamentarse de lo que hicieron las pasadas”.

***AÑAÑOS BEDRIÑANA, KAREN G. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, GRANADA, EDITORIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA (EUG)-INSTITUTO DE LA PAZ Y LOS CONFLICTOS, ESPAÑA, COLECCIÓN EIRENE, 2021***

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MARTÍN\*

Numerosos juristas de todo el mundo han publicado libros relevantes sobre la protección de los derechos humanos, pero relativamente pocos sobre su interacción con el Derecho interno de los países que pertenecen a la Organización de los Estados Americanos (OEA), desde una dimensión internacional, constitucional y comparada. Hace unos meses apareció el trabajo de Karen G. Añaños, profesora de la Universidad de Granada e investigadora del Instituto de la Paz y Conflictos de esta institución, titulado “Los derechos humanos en el derecho constitucional latinoamericano”. Su publicación es una oportunidad única para invitar a leer la obra y hacer algunos breves comentarios sobre su contenido.

La autora ha dedicado mucho tiempo al análisis de los derechos humanos, desde sus estudios de especialización en la Universidad Internacional de Andalucía, la Universidad de Granada, la Universidad de Alcalá, la Universidad Complutense y la Escuela Diplomática de Madrid, y su experiencia profesional en el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación del Gobierno de España y en el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, en Estados Unidos. Allí, comenzó, especialmente, a ser consciente de la trascendencia y la repercusión de las materias que se trataban aplicadas a la región latinoamericana y se inició en la investigación en profundidad en esta temática con su Tesis Doctoral, que obtuvo la máxima distinción académica que una Tesis puede lograr dentro de la universidad, el Premio Extraordinario de Doctorado, como señala en las primeras páginas del texto. Su posterior incorporación a la Universidad de Granada le permitió ahondar en este campo de estudio, en concreto, en las legislaciones latinoamericanas, y pudo transmitir en sus clases a las generaciones de futuros juristas y politólogos la gran relevancia de contribuir en su conocimiento y revalorar el papel de los operadores jurídicos estatales al aplicar los tratados internacionales de derechos humanos, que permite el amparo real de los derechos de la persona. No obstante, su entusiasmo por este

---

\*Catedrático de Economía Aplicada. Universidad de Granada, España. [josearm@ugr.es](mailto:josearm@ugr.es)

proceso no impide que critique, de manera constructiva, determinados elementos del funcionamiento de las instituciones internacionales, los operadores jurídicos y las políticas nacionales en los capítulos correspondientes.

Del libro, hay que resaltar, en primer lugar, la importancia y el alcance del tema, los sistemas de protección internacional como los pilares en la edificación de la promoción y la vigilancia del respeto de los derechos humanos, que es tan necesario en la región latinoamericana para asentar una cultura de paz, la construcción de sociedades menos violentas y la consolidación democrática de los países. De ahí las grandes dificultades para afrontar de manera integral y rigurosa este proceso, obstáculos que la profesora Añaños sorteó con éxito, analizando la eficacia, en términos de cumplimiento, proyección y efecto derivado de las funciones de los órganos competentes, que estableció la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Paralelamente, la autora presenta los principales retos a los que ha debido hacer frente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde sus orígenes hasta el tiempo presente.

En este sentido, hay que admirar y enfatizar la especialidad en la materia, así como el compromiso, la capacidad de trabajo y de síntesis de la Dra. Karen Añaños. Como resultado de su esfuerzo y dedicación durante años, su libro cubre una gama de aspectos muy amplia y completa, sobresaliendo, entre otros, el estudio de la aplicación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas. Sin embargo, en su desarrollo no se aprecia la inclinación de otros autores, que tienden a subrayar, principalmente, los temas y las cuestiones en las que ya tienen conocimiento o encuentran menos limitaciones en su estudio. Por otro lado, esta obra no sólo persigue aportar, entre otros elementos, legislación, jurisprudencia, acontecimientos y fechas sobre los aspectos abordados, sino también, y sobre todo, mostrar la evolución estructural y los progresos de la protección de los derechos humanos en Latinoamérica. Se pretende contribuir en su comprensión y revalorizar el papel tan esencial de los operadores jurídicos nacionales en la gobernabilidad al aplicar los tratados internacionales de derechos humanos en sus territorios.

El texto arroja luces sobre la situación vigente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, compendiando sus orígenes históricos y su consiguiente adaptación, en cada momento, a las nuevas realidades, en un entorno de sucesivas interrupciones en esta trayectoria por regímenes autoritarios, que fueron, incluso, frecuentes en la región en diferentes períodos del siglo XX. La autora destaca adecuadamente la importancia del perfeccionamiento de los ordenamientos constitucionales vigentes en cada intervalo temporal, con mayor o menor fuerza normativa, en la constante y encomiable búsqueda de la consolidación democrática de los países latinoamericanos. Este discurso se apoya en una extensa documentación y en numerosos cuadros sinópticos, que facilitan la comprensión a todo tipo de lectores de los escenarios, entre otros, políticos,

institucionales, económicos y sociales, que propiciaron el presente derecho constitucional latinoamericano, dentro del punto de vista más global del derecho internacional, proporcionando una sólida base para evaluar todo el proceso.

A los capítulos en que se divide el manual, precedido por un excelente prólogo del Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Dante M. Negro, se añade una bibliografía actualizada de documentos escogidos, que no persigue ser exhaustiva, pero que, por su interés general o por su tratamiento de ciertos temas, es un complemento muy útil para los investigadores que deseen ampliar o perfeccionar sus saberes de esta temática tan trascendental y clave para los países latinoamericanos y para el derecho internacional, en general. La publicación recoge los aspectos necesarios para que el lector tenga una visión comparativa e integral de los avances registrados en la protección jurídica de las personas, que sustenta cualquier sistema de derechos humanos. Es un devenir no exento de desafíos y dificultades en las relaciones entre los países miembros y las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el seno de la OEA, a saber, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ordenación de los temas empieza con un valioso capítulo primero dedicado a la definición y a un repaso magistral de los antecedentes históricos y a la contextualización del surgimiento y el progreso de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con especial atención al modo en que se conformaron y asentaron progresivamente en los países latinoamericanos. Por su novedad, sobresalen los apartados sobre el estudio de los informes de los Comités que, en el marco de Naciones Unidas, se encargan de la vigilancia sobre el respeto de los derechos humanos en la región, analizando de forma ordenada y fundamentada si el Sistema Universal de Derechos Humanos puede configurarse de forma efectiva como una opción al Interamericano. Por su análisis profundo y actual, se debe subrayar, asimismo, el que la investigadora dedica a la comparación, y su influencia, entre el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, recogiendo, como otra apreciable aportación, el diálogo entre Tribunales, esto es, entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La obra también incluye un capítulo segundo muy interesante, argumentado y documentado sobre los elementos más esenciales, desde un prisma histórico y estructurado por etapas, del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, resaltando y examinando muy apropiadamente hitos tan significativos como la creación de la OEA o el surgimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en 1948. Estos apartados favorecen considerablemente al lector el conocimiento de los principales instrumentos interamericanos, que se fueron implementando y desplegando a lo largo del siglo XX, así como la configuración y la consolidación de un sistema



normativo e institucional en la región, con la irrupción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este acontecimiento, como oportunamente acredita la autora, antecedió a una etapa de necesario perfeccionamiento y fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde el año 2001 hasta la actualidad, más en sintonía con las nuevas circunstancias y perspectivas, así como con los notables desafíos a los que se enfrenta Latinoamérica en el siglo XXI muy vinculados con la desigualdad, la pobreza, los temas medioambientales y las fuentes inesperadas e irregulares de violencia.

En la obra se responde, con admirable claridad expositiva y un magnífico uso del idioma, a una pregunta fundamental: ¿era necesario mejorar y potenciar el Sistema?, en otras palabras, ¿se debía redelimitar el papel de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959, que había reemplazado en parte las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes de su fundación en 1979? La respuesta a este interrogante es básica, pues de ella dependía, en gran medida, el nivel de los vínculos de la Corte Interamericana con las cortes nacionales de los países, así como la trascendencia de sus sentencias y fallos en la promoción y la protección de forma efectiva de los derechos humanos en el mencionado hemisferio como contestación a los mandatos convencionales. La respuesta de la profesora Añaños es adecuadamente positiva, y describe a continuación en este capítulo de manera metódica y secuencial los progresos que se alcanzaron en esta dirección, sobre todo a partir del año 2011, con el impulso de la Asamblea General de la OEA. Esto contribuyó al afianzamiento y a un mejor funcionamiento del conjunto de las instituciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este orden de ideas, la profesora Añaños expresa, acertada y claramente, que se necesitó una fuerte voluntad política de los Estados miembros para superar con éxito los desafíos y las dificultades inherentes a este proceso constructivo de profundos cambios en las posiciones establecidas por las distintas partes, hasta la fecha. De este modo, en el manual se sostiene que no sólo se pretendía reforzar y perfeccionar el Sistema, sino también adaptarlo a la nueva situación de la región, que se cristalizó, por ejemplo, de forma sobresaliente, en la adopción de reformas en los Reglamentos tanto de la Corte como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En su opinión, estos hitos y aspectos, articulados en un proyecto global, constituyeron una verdadera reactivación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de manera que su actuación tuvo, con mayor intensidad, desde entonces, una repercusión positiva cada vez mayor para los ciudadanos y las ciudadanas de la región.

En el texto se pone de manifiesto apropiadamente que, después de décadas de existencia y pese a múltiples instantes de crisis y tensión, entre países y organizaciones internacionales, muy ligados con el principio de soberanía estatal, el Sistema sigue en marcha y avanza cada vez más en sus diferentes dimensiones, aunque, en algunos períodos, más lentamente de lo que fuera deseable. Por todo

ello, en el transcurso de los contenidos de los capítulos no se ocultan los problemas y altibajos que se han producido a lo largo de esta trayectoria, principalmente, a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado, desde que la OEA aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, ulteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978, hasta la paulatina vigorización del Sistema en los inicios del presente siglo XXI, cimentado en sus dos pilares institucionales mencionados.

En ese entorno, en el que se ha abierto un amplio debate, desde diferentes prismas, sobre el perfeccionamiento del Sistema, la autora indica que nadie puede saber con certeza cuál será la arquitectura final que los Estados miembros y las instituciones, que, en el marco de la OEA, decidan adoptar en un futuro para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y no se aventura a augurarlos con total certidumbre en los correspondientes capítulos. En cambio, argumenta que quienes hoy pretenden determinar los límites del Sistema subestiman la fuerza de la ruta iniciada en la región, con una voluntad firme en el siglo pasado, en la defensa real de la dignidad de las personas, sobre todo de las más vulnerables. Estos parámetros se detallan en forma clara, estructurada y secuencial a lo largo de las 286 páginas de la obra.

Por último, su tercer capítulo aborda con brillantez, orden, conocimiento y rigurosidad un aspecto tan relevante y tan necesario para comprender el funcionamiento del propio Sistema Interamericano, sus órganos, sus fines y su nivel de intervención sobre los márgenes de autonomía nacional, más allá de los intereses específicos de los Estados miembros y sus diferentes Derechos Internos, como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, su recepción y su aplicación en las Constituciones Latinoamericanas.

En definitiva, el propósito de esta breve reseña no es detallar ni compendiar los excelentes análisis que componen la obra, ni los avances que se han alcanzado en los distintos factores y elementos del proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; tampoco referir exhaustivamente los vectores de actuación que la autora plantea para el futuro, sino invitar a los lectores potenciales, tanto expertos como no iniciados en la materia, a que extraigan sus propias conclusiones. Aunque no se puede concluir esta reseña sin enfatizar la amenidad con que la Dra. Añaños examina estas cuestiones, que se suelen desarrollar en ocasiones de manera árida, lo que representa una virtud adicional de este imprescindible libro, que conduce a apelar a su lectura inmediata y a consultarlo continuamente.

***TÉLLEZ NAVARRO, ROMÁN FRANCISCO &  
BLANCO BLANCO, JACQUELINE. LOS PUEBLOS  
INDÍGENAS Y SUS DERECHOS  
CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES,  
EDITORIAL NEOGRANADINA, BOGOTÁ,  
COLOMBIA, 2021***

ANDRÉS GONZÁLEZ SERRANO\*

Los autores presentan un libro cargado de estudios sociales, jurídicos y jurisprudenciales sobre los derechos de los pueblos indígenas en Colombia; partiendo de ratificar que el Estado durante muchos siglos se caracterizó por el desconocimiento de las comunidades indígenas como integrantes importantes de la sociedad, debido a expresiones *de jure* y *de facto* xenofóbicas y negacionistas, llegando a estigmatizarlos como salvajes en su propia legislación, evidenciando la deuda social que el país tenía y tiene con los pueblos aborígenes.

Se denota que la pretensión de los escritores no es otra que explicar que los derechos de los pueblos indígenas no han sido reconocidos por una sociedad igualitaria e incluyente, si no por el contrario, de las incesantes luchas que algunos comuneros, a título individual y otras con la participación de comunidades indígenas, libraron y siguen librando dentro del sistema constitucional y jurídico del país, esta vez, por medio de acciones constitucionales e internacionales.

Es de resaltar la riqueza bibliográfica del manuscrito, sobre todo, porque la investigación se sustenta en la revisión de 536 sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana y 33 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; además, hacen un excelente uso de la técnica denominada “nichos citacionales”, con la cual realizan reflexiones en torno a: los derechos a la integridad, diversidad étnica y cultural y a la autonomía de las comunidades indígenas; fuero y jurisdicción indígena; propiedad colectiva; consulta previa y participación y debido proceso. Asimismo, se evidencia la importancia que los autores le otorgan al ordenamiento interno, pues a partir del artículo séptimo de la Constitución colombiana se consagra como derecho fundamental el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación.

---

\*Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Director del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Militar Nueva Granada, Colombia.  
[andres.gonzalez@unimilitar.edu.co](mailto:andres.gonzalez@unimilitar.edu.co)

Los autores explican la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho desde la creación de la Corte Constitucional, tribunal encargado de la salvaguarda y protección del texto constitucional de 1991 y del reconocimiento y/o consolidación de los derechos de los pueblos indígenas.

Lo que precede fue condensado en cuatro capítulos, con una introducción bastante explicativa y clara sobre el proceso constituyente y las conquistas de las comunidades indígenas dentro del nuevo sistema constitucional. Desde esta óptica, las comunidades lograron la inclusión de tres integrantes de diferentes pueblos indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente, siendo influyentes en el reconocimiento y consagración de diferentes derechos.

No obstante, y a pesar de la positivización constitucional, lo que se evidencia en el libro es que las conquistas constitucionales son producto de luchas individuales de los integrantes de diferentes comunidades indígenas, logrando el respeto y garantía de sus derechos, y no por medio de políticas gubernamentales en procura de la salvaguarda de los mismos.

El primer capítulo analiza y explica el control constitucional, control que nace con la creación del Tribunal Constitucional, el cual se caracteriza por ser mixto ya que, en el sistema implementado por Colombia, se aplican los controles concentrados difuso y de convencionalidad, dependiendo de las normas o hechos que la Corte busque analizar o interpretar. En todo caso, la Corte ha venido creando doctrina y precedentes constitucionales, estableciendo reglas y subreglas para la aplicación, consolidación y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Evidencian los escritores como el control constitucional y convencional son una herramienta novedosa en el campo de la aplicación del derecho en Colombia.

El segundo capítulo, presenta las formas cómo la Corte Constitucional colombiana interpreta y se establecen los métodos que utiliza, que, en todo caso, no se signa a uno en particular, sino que, dependiendo del caso en análisis, puede aplicar uno o varios. Amén de lo anterior, se encuentra una clara influencia a una interpretación garantista, en procura de la defensa y protección de la dignidad humana. Igualmente, dejan en evidencia que la llegada del nuevo sistema constitucional, tomó desprevenidos a todos los operadores jurídicos, en especial a los jueces. Es por lo anterior que, el control y la interpretación constitucional se ha venido consolidando progresiva y paulatinamente.

En el tercer capítulo, los autores abordan y analizan diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los que se fueron consolidando poco a poco los derechos de los pueblos indígenas. Inician el análisis desde las diferentes sentencias que delimitaron el fuero y la jurisdicción indígena, a partir de la consagración constitucional en el artículo 246. Se determinan las

limitaciones que se han tenido sobre este derecho, pues como bien lo afirman, la falta de reglamentación sobre dos aspectos fundamentales, el primero, la expedición de la regulación sobre la descentralización territorial de los territorios indígenas y, el segundo, la expedición de la ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema nacional, no han permitido la consolidación de un estado multicultural, como el anhelado en la Constitución.

A pesar de lo anterior, es a partir del análisis de casos particulares, lo que ha permitido que la Corte establezca los límites y alcances de la jurisdicción indígena. En todo caso, la Corte Constitucional estableció que el respeto por su derecho propio y las maneras en que los pueblos indígenas resuelven sus conflictos, constituyen el pilar fundamental de la protección de los usos y costumbres de los pueblos, en otras palabras, la protección de la diversidad étnica y cultural como valor de preservación de los pueblos originarios. No obstante, el tribunal constitucional estableció un límite para la aplicación de la justicia indígena, justicia que no puede sobrepasar lo establecido en la constitución y la ley.

Un segundo derecho estudiado, corresponde la diversidad étnica y cultural, para este caso, se analizaron veinticuatro sentencias constitucionales, recalcando la consagración de orden constitucional de este derecho, en cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado con la ratificación y aprobación del Convenio 169 de la OIT. La Corte es enfática en señalar que este derecho fundamental debe ser visto desde las dimensiones individual y colectiva, en procura de la preservación de la subsistencia de las comunidades.

En un tercer aparte del capítulo, la investigación se centró en la propiedad colectiva, en el que la Corte establece subreglas para la garantía de la propiedad. En primera instancia, rompe el paradigma de la propiedad individual, pues su relación con el territorio no solo se basa en uso y goce del mismo, sino por el contrario, se debe tener en cuenta la ancestralidad como presupuesto básico de pertenencia a ciertos lugares, que en ocasiones son considerados sagrados y necesarios para la subsistencia de las comunidades. Conmina al Estado para que diseñe políticas públicas en pro de preservar los territorios indígenas, ante amenazas a partir de la explotación económica de los mismos. En este sentido, abordan la consulta previa y el consentimiento previo como herramientas para que los pueblos indígenas sean quienes, a través de estos procesos democráticos decidan sobre la explotación en sus territorios.

El cuarto y último capítulo, estudia las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en la cuales este tribunal sustentó sus decisiones aplicando el control de convencionalidad. El primer estudio se realiza sobre el derecho a la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas y su autonomía, que para la garantía del mismo se toma como parámetro los artículos 2, 6 y 30 del Convenio 169.

En una segunda parte del capítulo se examina el derecho a la consulta previa, y reiteran la importancia de la aplicación del Convenio 169, en especial sus artículos 6 y 7; y enfatizan en necesaria participación de las comunidades en las decisiones que puedan afectarles colectivamente, como un derecho fundamental de las mismas.

También fue objeto de estudio la jurisdicción indígena y el debido proceso, para lo cual reiteran la preponderancia del Convenio 169, identifican las subreglas establecidas por la Corte en cuanto al juez natural, los derechos de las víctimas y cómo se debe aplicar el principio de legalidad. Apalanca sus decisiones sobre todo en los derechos establecidos en los artículos 8, 9 y 10 del citado Convenio.

Finalmente, se hace un estudio sobre la propiedad colectiva y el respeto que deben expresar las entidades estatales, frente a la misma. En los casos en examen, el Tribunal Constitucional cimienta sus decisiones en los artículos 8, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, buscando el respeto por las garantías judiciales y la protección judicial, amparando los derechos a la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas.

El libro presenta un compilado de sentencias a manera de resumen, en donde se estudian otros derechos de los pueblos indígenas, siendo un valor agrado muy interesante para el objeto de estudio y los lectores.

Es de suma importancia precisar, que es un libro escrito en un lenguaje claro y accesible, como lo indican los autores, realizado para cualquier tipo de personas que estén interesados en profundizar los temas correspondientes a los derechos de los pueblos indígenas en Colombia. Aunque como también lo señalan los autores, la consagración de estos derechos continúa siendo una asignatura pendiente del Estado colombiano.

***GARRO VARGAS, ANAMARI. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS-TIRANT LO BLANCH, CIUDAD DE MÉXICO, 2017***

ALFONSO CHACÓN MATA\*

El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) ha tenido un avance jurisprudencial vertiginoso en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y de ello da cuenta el importante trabajo de la Dra. Anamari Garro Vargas, jurista costarricense, Profesora de la Maestría de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Magistrada titular de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Este trabajo es el resultado de su tesis doctoral de la Universidad de Los Andes de Chile y la obra es prologada por los exjueces de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez y Eduardo Vio Grossi, así como del Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, José Thompson Jiménez.

Una de las claves que transversalmente se presentan en esta obra, radica en la relación conflictiva o armónica que pudiesen tener los numerales 25 y su contraparte 8.1 de la misma CADH, siendo este uno de los asuntos que se van a ir dilucidando a lo largo de las exposiciones presentadas por la autora. El recurso metodológico-expositivo que se utiliza reside en la necesaria utilización de la jurisprudencia y su análisis minucioso, cuyo soporte como fuente jurídica del Derecho Internacional Público es dable según lo preceptúa el artículo 38 del Estatuto del Tribunal de La Haya y que, para los efectos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la veta jurisprudencial potencia miradas reflexivas en relación con el pasado y el presente, como lo hace adecuadamente la autora que nos ocupa.

Así, dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos, la utilización de la jurisprudencia como fuente jurídica es de vital trascendencia, debido a los alcances de las competencias consultiva y contenciosa que emanan de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mandato del artículo (...)

---

\*Profesor de Razonamiento Jurídico y Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Costa Rica. Correo: [alfonso.chaconmata@ucr.ac.cr](mailto:alfonso.chaconmata@ucr.ac.cr)

de la CADH. Las líneas vertidas nos llevan a realizar un recuento cronológico y concienzudo, de los anales jurisprudenciales más significativos y que se plasman, fidedignamente en esta obra.

En consonancia con lo anterior y en el plano temporal, la obra asume un análisis de casi treinta años de la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que permite abundantes paralelismos y contrastes que enriquecen las posiciones de la Dra. Garro Vargas.

Con respecto al valor simbólico y funcional del estudio, basado en los alcances de la protección judicial y las garantías del debido proceso – como institutos desarrollados en este trabajo –, es menester indicar que se constituyen en una temática que debe seguir siendo explorada, así como cultivada en la doctrina y la práctica de los derechos humanos en general. Si bien el énfasis de este libro es propio del quehacer interamericano como ya se ha expuesto, consideramos que dentro del denominado “diálogo entre cortes” surgido de los anales de la justicia universal del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; no dudamos que este aporte pueda ser de utilidad y sumamente esclarecedor para la materialización y ejecutividad de ambos institutos.

En efecto, adentrándonos más a la estructura del libro en comentario, el mismo está segmentado en seis capítulos temáticos y un corolario de conclusiones, siguiendo una suerte de planteamiento deductivo, en el que los primeros dos capítulos se centran en mostrarnos las primeras interpretaciones del artículo 25 CADH. Posteriormente, en el Capítulo III y IV existe un acercamiento a la correlación de los artículos supra citados y su desarrollo jurisprudencial por parte de diferentes jueces y juezas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caçado Trindade, Medina Quiroga, Ramírez García), para terminar de mostrarnos la ineludible “polivalencia del artículo 25 CADH” en palabras de la misma autora.

Conforme la obra avanza, el clímax de la misma se centra en entrelazarnos las responsabilidades derivadas de la correcta aplicación del artículo 25 CADH, a través de reglas de aplicación y ejecutividad que tienen su origen en la fuente jurisprudencial. La autora nos muestra con muy buen tino, como han discurrido diferentes líneas jurisprudenciales muy diversas entre sí, por parte de la Corte Interamericana, decantándose por una visión que considera la más conveniente, previa motivación y justificación de esta.

Por lo tanto, de una manera muy personal, quedo muy satisfecho con el esfuerzo de la autora por generar una “simbiosis y subsunción” del artículo 25 según sus propias palabras y que desarrolla plenamente en el Capítulo V de su obra. En ese sentido, me parece novedoso el intento por enfatizar en las responsabilidades derivadas de la aplicación del citado artículo, según lo ha delineado la jurisprudencia que se sirve analizar.



Otro asunto de colateral interés que permite plantearnos la propuesta reseñada, consiste en el valor independiente o autónomo que tiene el artículo 8 de la CADH, o si por el contrario tiene su referente o significancia en el artículo 25 del mismo instrumento. No se puede obviar que el debido proceso ha tenido un desenlace jurisprudencial muy abundante en los últimos veinte años en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*vgr.* Casos: Tribunal Constitucional e Ivcher Bronstein vs Perú en 2001, Baena Ricardo vs Panamá en el 2001, Yakye Axa vs Paraguay en 2005, Apitz Barbera vs Venezuela en el 2008, Atala Riffo vs Chile en el 2012.)

En consecuencia, lo que encontramos es la existencia de una suerte de “puente” jurídico entre el debido proceso y los alcances de la protección judicial dispuesta en el artículo 25 del mismo instrumento, sintetizada en un recurso sencillo y efectivo para hacer valer los derechos individuales/colectivos, ante autoridades competentes. El libro en cuestión nos da abundante margen para pensar en ese sentido y ello tiene un valor inigualable.

A título de corolario, consideramos que el trabajo tesonero y perspicaz de una persona jurista, se puede centrar en el culto a los posibles cauces jurisprudenciales que se cifran en los veredictos de los jueces y las juezas. La irreductible trazabilidad de esta propuesta reside precisamente en esta realidad; al permitir darle voz propia a los sonidos que sobresalen de la lectura pertinaz de la jurisprudencia interamericana.

En todo caso hace casi un siglo, el gran jurista español Clemente de Diego, acertadamente nos enunció que la jurisprudencia no consiste simplemente en el conocimiento teórico y en la combinación abstracta de las reglas y principios del Derecho, sino también, y sobre todo, “en el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir, de poner la ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales” (1925).

***MOULY, CÉCILE. ESTUDIOS DE PAZ Y  
CONFLICTOS. TEORÍA Y PRÁCTICA, EDITORIAL  
PETER LANG, NEW YORK, ESTADOS UNIDOS,  
2022***

ESPERANZA HERNÁNDEZ DELGADO\*

El libro, “Estudios de paz y conflictos. Teoría y práctica”, tiene el propósito, como señala su autora, de ofrecer una perspectiva amplia sobre estos estudios. La obra recoge y combina, aprendizajes propios de la formación académica de Cécile Mouly; y a su vez, de su experiencia de veinte años, de carácter situado, continuo y profundo, que va desde un ejercicio en algunos países de distintos roles en la ONU, como consultora del Centro Carter y la OEA, colaboradora con la Comisión de la verdad de Colombia en el nodo de Ecuador, académica de FLACSO Ecuador e investigadora en diversas temáticas y escenarios, especialmente en Centroamérica y Colombia, en el campo disciplinar que ella aborda en su libro. Esta publicación también se nutre y se soporta en una profunda y pertinente revisión de literatura especializada, va dirigida a un público hispano hablante, y fue escrito de manera sencilla, para que pudiera llegar tanto a personas especializadas o expertas como aquellas que cuenten con una formación disciplinar diferente e incluso que carezcan de formación profesional. El libro se desarrolla en nueve capítulos en los que se abordan desde los fundamentos teóricos del ámbito de los estudios de paz y conflictos, el origen y la dinámica de los conflictos, y el mantenimiento, la construcción y la implementación de la paz; hasta la justicia transicional, el desarme, la desmovilización y la reintegración de excombatientes, el retorno de poblaciones desarraigadas, y la acción noviolenta.

*El aporte del libro al campo de los estudios de paz*

En distintos momentos, diversos estudiosos de la paz y los conflictos, como Jhon Paul Lederach, Vicencs Fisas y Francisco A. Muñoz, han coincidido al señalar que a lo largo de la historia se ha priorizado la guerra como partera y motor de la historia, se ha invisibilizado la paz o se ha reducido a los acuerdos que finalizan las guerras, y que han hecho carrera perspectivas negativas y pesimistas de los seres humanos, que los atan irremediabilmente a la violencia. A su vez, Mario Nicolás Martínez, identifica un modelo hegemónico, ideológico y de relación, centrado en la violencia, al que se contraponen el modelo alternativo de la noviolencia. En este contexto, el libro de Cécile Mouly contribuye, sin que

---

\*Profesora e investigadora del Doctorado en Educación y Sociedad. Coordinadora del Laboratorio de la Paz. Universidad de La Salle, Colombia. Correo: [eehernandez@unisalle.edu.com](mailto:eehernandez@unisalle.edu.com)

sea su propósito específico, al reconocimiento de la paz, los estudios de paz y conflictos; y hace visible, de muchas maneras, la robusta teoría generada por estas disciplinas jóvenes pero rigurosas y propositivas, que ofrecen iniciativas, procesos, métodos y plurales alternativas para prevenir la violencia, transformar los conflictos y construir de manera sostenible la paz, entre otras.

La autora sostiene que los estudios, objeto de su libro, han proliferado especialmente a partir de la década de los noventa y que, desde entonces, han ampliado y diversificado su campo de estudio. En esta perspectiva destaca que, según hallazgos de investigaciones recientes, se han incrementado los programas de formación tanto en niveles de doctorado y maestría como de pregrado; y las revistas especializadas en este campo disciplinar. A su vez, agrega a los anteriores, el creciente número de eventos que se realizan en el mundo, como congresos, conferencias, seminarios, coloquios o talleres, centrados en los estudios de paz y conflictos. No obstante, también afirma, con base en estudios recientes, que es notorio el predominio de revistas, autores y publicaciones anglosajonas de países de alta renta sobre este ámbito de conocimiento. Al respecto, destaca estimativos que ofrecen dichas investigaciones, según los cuales, el ochenta por ciento (80%) de los artículos académicos sobre estos estudios, publicados entre 2015 y 2018 en plataformas Web of Science corresponden a autores de instituciones de países de alta renta. Reconoce que, a pesar de la existencia de valiosos estudios y publicaciones en Iberoamérica, especialmente en España y Colombia, sobre temáticas del campo disciplinar que aborda el libro, no existe hasta el momento una publicación en castellano centrada en estudios de paz y conflictos. En este contexto su libro se une a las pocas publicaciones en español sobre esta temática.

### *El libro plantea la articulación de los estudios de paz y conflictos*

Un aspecto importante para destacar del libro que reseño es el reconocimiento que hace la autora desde el título de la publicación y con mayor énfasis en sus primeros capítulos, de un campo relacional entre los estudios de paz y los de conflictos que amerita su unificación y la superación de su abordaje desde ámbitos diferenciales.

Desde finales de la segunda guerra mundial, emergieron los estudios de paz, y a partir de ese momento cuentan con un campo propio de conocimiento, investigación e intervención. Aunque han sido reconocidos dentro de las disciplinas más jóvenes; han logrado un significativo posicionamiento y reconocimiento. A su vez, los estudios de conflictos han emergido en las décadas treinta y cuarenta y lograron su profesionalización a partir de los sesenta. La autora no desconoce la tradicional tendencia de concebir estos estudios desde ámbitos separados; pero en el propósito de ir más allá se une a quienes han planteado su abordaje conjunto.

Ofreciendo elementos teóricos que deslindan las diferencias entre estas disciplinas, la autora sostiene que los estudios de conflictos privilegian los resultados de más corto plazo y las necesidades inmediatas; se centran en los individuos o grupos como agentes de cambio; y asumen que es posible revolver los conflictos, concediendo importancia a las técnicas para lograr tal propósito, como la mediación o los talleres de solución de problemas. A su vez, indica que para los estudios de paz son un proceso dinámico para alcanzar no sólo el fin de la violencia sino también estructuras justas y patrones culturales más pacíficos. Agrega que, para estos estudios, el origen de los conflictos armados se encuentra en las estructuras y que, por tanto, una paz duradera implica abordar las raíces estructurales de dichos conflictos. De igual manera que en esta disciplina se alude más a transformación que a resolución de conflictos, y que se asume que esa transformación va de la mano de la construcción de la paz. No obstante, estos planteamientos sobre las diferencias entre las disciplinas en mención, la autora concluye que cada vez es mayor su acercamiento, y ejemplifica con la aceptación por parte de los estudios de conflictos de enfoques de transformación, bajo la influencia de los estudios de paz.

La autora afirma que los estudios de paz y conflictos surgieron en los noventa, y delimita el uso que le otorga a este campo, señalando que se refiere a un área académica que “examina los conflictos armados o sociopolíticos que podrían tornarse violentos; las intervenciones para transformarlos; los procesos de resistencia no violenta; las relaciones entre conflicto, violencia y paz; y las diferentes formas de violencia y de paz. Considera Cécile Mouly, que este ámbito disciplinar ofrece la ventaja de incorporar los estudios de los conflictos sociopolíticos, en especial los conflictos armados y los procesos de resistencia no violenta, junto con los estudios que se centran en las respuestas a estos conflictos y la promoción de paces duraderas.

La autora afirma que los estudios de paz y conflictos representando en sí mismos un campo disciplinar, pero se nutren del aporte de plurales disciplinas, evidenciando así un carácter interdisciplinar. A su vez, en un ejercicio riguroso y soportado, recoge teorías que fundamentan los estudios de paz y conflictos, afirmando que estos pertenecen al núcleo pluralista / cosmopolita asociado a la promoción de la paz, y que rechaza el determinismo realista de que la violencia es inherente al ser humano. De igual manera destaca la teoría crítica de los estudios de paz y conflictos, que critican las teorías ortodoxas y deconstruyen conceptos y enfoques. A la luz de estas teorías, es necesario ir más allá de enfoques centrados en actores o estructuras, incorporando estas dos dimensiones, al igual que enfoques posestructuralistas que aborden de manera más profunda los desequilibrios de poder, que muchas veces son generados por la reproducción de discursos y patrones culturales. Algunos exponentes de esta teoría señalan que la violencia no solo se reproduce por la agencia sino también por los discursos y las prácticas institucionales.

Finalizo esta reseña destacando la rigurosidad académica que soporta este libro al plantear los estudios de paz y conflictos no solo como campo de conocimiento específico y disciplinar; sino también, al ofrecer una mirada desde su praxis, es decir, su teoría y su práctica. De igual manera, en el abordaje de cada uno de sus capítulos. Salta a la vista que implicó para la autora un ejercicio intelectual exigente. A su vez, reconozco este texto como un valioso aporte para la educación para la paz y lo recomiendo como texto obligado en los programas de formación.

# DOCUMENTACIÓN

## *DOCUMENTACIÓN*

DÉBORAH PRESTA NOVELLO\*

### **Documentos:**

- 1) Ley modelo interamericana de cuidados, OEA-CIM, 2022
- 2) Plan de respuesta a refugiados y migrantes, R4V, 2022
- 3) Metodología de saberes, OPS, 2021
- 4) Perspectivas del comercio internacional de América Latina y el Caribe 2021: en busca de una recuperación resiliente y sostenible, CEPAL, 2021
- 5) Lenguas indígenas de los países iberoamericanos. Datos y gráficos, OEI, 2021
- 6) Producción legislativa con perspectiva de género. Legislatura 2015-2020, ONUMUJERES, 2020

### **1) Ley Modelo Interamericana de Cuidados. (Organización de Estados Americanos. Comisión Interamericana de Mujeres-OEA-CIM)**

La CIM ha reconocido el tema de los cuidados como una barrera estructural para la plena autonomía de las mujeres, y su activa e igualitaria participación en el mundo productivo y en la vida pública. En la búsqueda por fortalecer el marco legal y normativo sobre los derechos económicos de las mujeres, con el apoyo de EUROsociAL+, la CIM presenta esta Ley Modelo como herramienta concreta para los Estados, con el objetivo de reconocer, valorar, redistribuir, regular y generar nuevas formas de atención de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerado, así como visibilizar y reconocer la contribución histórica de las mujeres en esta materia.

Sobre el análisis realizado, los cuidados se consideraron una barrera estructural para el acceso de las mujeres a la vida productiva, y el COVID-19 como un detonante de una emergencia global de los cuidados que ha afectado o desproporcionadamente a las mujeres, sacándolas del mercado laboral. Con esos antecedentes se avanzó en la elaboración de una Ley Modelo Interamericana de Cuidados como un paso importante para eliminar barreras estructurales a través del fortalecimiento de los marcos normativos de los Estados.  
Publicado en marzo de 2022.

URI: <https://www.oas.org/es/cim/biblioteca.asp>

Documento disponible en:

<https://www.oas.org/es/cim/docs/LeyModeloCuidados-ES.pdf>

---

\*Investigadora posdoctoral Margarita Salas. Universitat de Lleida -UdL-

## **2) Plan de Respuesta a Refugiados y Migrantes (RMRP 2022)\_(Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela -R4V-)**

En abril de 2018, el Secretario General de las Naciones Unidas dio directrices para que la OIM y el ACNUR lideraran y coordinaran la respuesta regional a la situación de los refugiados y migrantes de Venezuela que buscan acceso a derechos y servicios básicos, protección, así como autosuficiencia e integración socioeconómica. Siguiendo esta dirección, se estableció la Plataforma Regional de Coordinación Interagencial como un foro para coordinar los esfuerzos de respuesta en 17 países de América Latina y el Caribe, con un enfoque particular en lograr coherencia y consistencia en toda la respuesta. A nivel nacional y subregional, la Plataforma Regional se complementa con mecanismos de coordinación local. Las plataformas nacionales y subregionales dedicadas, que colaboran directamente con los gobiernos de los países de acogida, se encargan de la coordinación operativa y de la aplicación del Plan regional de respuesta a los refugiados y los migrantes (RMRP).

América Latina y el Caribe es testigo del mayor flujo de personas refugiadas y migrantes en la historia de la región. Más de seis millones de personas refugiadas y migrantes han salido de Venezuela, con más de cinco millones acogidas por países la región. La pandemia de COVID-19 ha profundizado las desigualdades preexistentes y aumentado la vulnerabilidad de las personas refugiadas y migrantes en la sociedad. Los efectos en las condiciones de vida, seguridad, dignidad y salud de las personas refugiadas y migrantes de Venezuela y sus comunidades de acogida han sido dramáticos. Publicado en abril de 2022.

URI: <https://www.r4v.info/es/document/rmrp-2022-espanol>

Documento disponible en:

<https://www.r4v.info/es/document/rmrp-2022-espanol>

## **3) Metodología de los Diálogos de Saberes\_(Organización Panamericana De La Salud -OPS-)**

Los diálogos de saberes se inscriben en la riqueza de la diversidad cultural con el objetivo, entre otros, de mejorar el acceso de distintos grupos a los servicios de salud y construir salud intercultural. Este documento está dirigido a personal de salud o de otras áreas y sectores, en la búsqueda de formas o



metodologías que le permitan conocer, compartir y construir prácticas saludables a partir de diálogos.

Los diálogos de saberes, también denominados diálogos interculturales, son procesos de comunicación e intercambio entre personas y grupos que provienen de diferentes orígenes o culturas. Su punto de partida es el respeto de las opiniones, creencias y costumbres de personas y grupos que no necesariamente coinciden en los puntos a tratar, en tanto proceden de raíces culturales, lingüísticas, religiosas y étnicas diferentes. El pilar central de los diálogos de saberes es el reconocimiento de la simetría entre los actores, sin jerarquías. Se asume que todo conocimiento tiene el mismo valor y debe ser considerado en la construcción de los diálogos. Poner esto en práctica es sumamente difícil, pues implica abandonar las posiciones de poder de los interlocutores.

Publicado en enero de 2021.

URI: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/55670>

Documento disponible en:

[https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55670/9789275324707\\_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/55670/9789275324707_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

#### **4) Perspectivas del Comercio Internacional de América Latina y El Caribe 2021: En busca de una Recuperación Resiliente y Sostenible (Comisión Económica para América Latina y El Caribe -CEPAL-)**

El informe anual de la CEPAL, en su edición 2021 examina el comportamiento del comercio exterior de las economías durante dicho año, con las más recientes cifras disponibles sobre el impacto y la recuperación pospandemia de COVID-19 en los países de la región. El documento consta de tres capítulos. El primero examina la evolución del comercio mundial y regional en el último año y sus perspectivas de recuperación pospandemia. El segundo analiza el desafío de la autonomía productiva en la industria de la salud de la región, y el tercero entrega propuestas para definir el aporte del comercio internacional en la nueva economía circular.

Publicado en diciembre de 2021.

URI: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/47535-perspectivas-comercio-internacional-america-latina-caribe-2021-busca>

Documento disponible en:

<https://www.cepal.org/es/publicaciones/47535-perspectivas-comercio-internacional-america-latina-caribe-2021-busca>

## **5) Lenguas Indígenas de los Países Iberoamericanos. Datos y Gráficos (Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura -OEI-)**

Este documento se realiza a pedido de la OEI para ser incluido en una publicación digital que brinde un panorama global sobre las lenguas habladas en los países Iberoamericanos.

El trabajo publicado pretende proporcionar informaciones actualizadas sobre la situación demo-lingüística de las lenguas indígenas (llamadas también nativas o autóctonas en este documento, según el área geográfica implicada), así como de su vitalidad, visibilidad y uso. Para su redacción se compiló y comparó la información proveniente de varias fuentes que aseguran una metodología común para el conjunto de lenguas o grupos lingüísticos que cada una estudia. Muchas veces, las diferencias entre fuentes son importantes, razón de preferir, en esos casos, facilitar espectros de datos en vez de cifras definitivas. Publicado en agosto de 2021.

URI: <https://oei.int/oficinas/secretaria-general/publicaciones/lenguas-indigenas-de-los-paises-iberoamericanos-datos-y-graficos-2>

Documento disponible en:

<https://oei.int/oficinas/secretaria-general/publicaciones/lenguas-indigenas-de-los-paises-iberoamericanos-datos-y-graficos-2>

## **6) Producción Legislativa con Perspectiva de Género. Legislatura 2015-2020 (ONU Mujeres. América Latina y El Caribe)**

Este documento presenta información sistematizada sobre la producción legislativa con perspectiva de género de la legislatura 2015-2020. El estudio fue promovido por el Grupo Interagencial de Género del Sistema de las Naciones Unidas en Uruguay y financiado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

Publicado en mayo de 2020.

URI: <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/05/produccion-de-legislativa-con-perspectiva-de-genero-uruguay-2015-2020>

Documento disponible en:

<https://lac.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Americas/Documents/Publicaciones/2020/05/06/PRODUCCION%20LEGISLATIVA%20FINAL%20digital.pdf>

# Revista Electrónica Iberoamericana

(REIB)